

Apuntes histórico-jurídicos sobre el artículo 1409 del Código civil

JACOBO B. MATEO SANZ
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

«Si las instituciones legales que nos rigen hoy se explican y justifican, en gran parte, por sus orígenes y antecedentes, la de los gananciales entre cónyuges no tiene otra explicación que la que le da su historia.»

CÁRDENAS: *Estudios Jurídicos, t. segundo*

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *La sociedad de gananciales como régimen económico en el que se incluye el actual artículo 1409 del Código Civil:* 1. Preámbulo. 2. El desarrollo histórico de la sociedad de gananciales: 1.1 La ausencia de antecedentes en el Derecho romano. 1.2 La sociedad de gananciales en nuestro derecho histórico. 1.3 La sociedad de gananciales y la codificación del siglo XIX.—III. *La defensa de los derechos sucesorios de los hijos del primer matrimonio ante las nuevas nupcias del supérstite como fundamento del actual artículo 1409 del Código Civil:* 1. La posible influencia del Derecho foral navarro en la aparición del actual artículo 1409 del Código Civil. 2. La defensa de los derechos sucesorios de los hijos del matrimonio anterior ante las nuevas nupcias del progenitor supérstite en otras fuentes del derecho histórico.—IV. *Los antecedentes más inmediatos del contenido del actual artículo 1409 del Código Civil:* 1. La importancia del Tratado de Febrero para entender esta materia. 2. El artículo 1353 del proyecto de García Goyena. 3. Del proyecto de García Goyena al Código Civil. 4. La Ley 11/1981, de 13 de mayo, y la liquidación simultánea de los gananciales de dos o más matrimonios contraídos por la misma persona. 5. La situación paralela en el antiguo régimen dotal y su influencia en la regulación de la liquidación simultánea de los gananciales de dos o más matrimonios.—V. *Algunas conclusiones derivadas del estudio histórico-jurídico realizado.*—*Bibliografía.*—*Fuentes.*

I. INTRODUCCIÓN

No le falta razón a quien entiende que el estudio histórico de las instituciones del Derecho es tarea más propia de los historiadores del Derecho¹. Ahora bien, cuando lo que se pretende investigar tiene un entronque directo con alguna rama específica del Derecho, y en concreto con un artículo de un Código, parece lógico profundizar en la historia para ver cuál ha sido la causa de su regulación, y hacerlo desde el campo del Derecho civil con la única intención de comprender mejor por qué actualmente su contenido se encuentra recogido en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 1409 del Código Civil (en adelante CC).

Además, este análisis histórico-jurídico se justifica en el hecho de que el mencionado artículo 1409 CC –tanto en su tratamiento histórico como positivo– ha sido objeto de estudio –con mayor o menor profundidad– por la doctrina coetánea² y posterior³ a la publicación de nuestro CC. Por lo que a este trabajo se refiere, me

¹ Cfr. RAMS: *La sociedad de gananciales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, pp. 17 a 20.

² Cfr. DEL VISO: *Lecciones elementales de Derecho Civil*, t. I, *Del derecho de las personas con relación a su estado*, 5.ª ed., Imprenta y librería de Ramón Ortega, editor, Valencia, 1885, p. 159 (también su 6.ª ed. de 1889, p. 172). DE BOFARULL: *El Código Civil español según la edición oficial, anotado y concordado*, 2.ª ed., Imprenta de Antonio Pérez Dubrull, Madrid, 1888, p. 448. BRAVO: *Código Civil. Anotado y comentado*, t. I, Establecimiento tipográfico de Pedro Nuñez, Madrid, 1888, p. 85. FALCÓN: *Código Civil español*, T. 4.º, Centro editorial de Góngora, Madrid, 1889, p. 197. DE LAS CASAS: *Aplicación práctica del Código Civil español*, Oficinas de la Gaceta del Notariado, Madrid, 1889, p. 538. ROMERO GIRÓN y GARCÍA MORENO: *Texto y comentarios al Código Civil español*, Imprenta de Enrique Maroto, Madrid, 1889, p. 591.

³ Cfr. ABELLA: *Código Civil*, 3.ª ed., Ed. Viuda e hijos de la Riva, Madrid, 1890, pp. 416 y 417 en nota BONEL: *Código Civil español*, t. IV, Libro IV, A. López Robert, Impresor. Barcelona, 1891, pp. 429 y 430. BURÓN: *Derecho civil español*, t. I, Imprenta Andrés Martín, Valladolid, 1989, pp. 503 y 504. ARGENTE y RETORTILLO: *El derecho vigente en España*, 4.ª ed., Imprenta de Fortanet, Madrid, 1907, p. 216. SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho Civil*, t. V, vol. 1.º, *Derecho de Familia*, Madrid; Estudio tipográfico «Sucesores de Rivadeneyra», Madrid, 1912, pp. 854 a 856. DE BUEN: *Notas al Curso elemental de Derecho civil*, t. sexto, «De los regímenes matrimoniales» de Ambrosio Colin y Henri Capitant, Ed. Reus, Madrid, 1926, p. 424. CALVO: *Legislación, jurisprudencia y bibliografía sobre el Código Civil*, Ed. Reus, Madrid, 1928, p. 747. JAÉN: *Derecho civil. Apuntes y notas de derecho filosófico, histórico y positivo, especialmente español común y foral*, Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1928, p. 616. DE BUEN: *Derecho civil español común*, vol. II, 2.ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1931, p. 137. VALVERDE: *Tratado de Derecho Civil español*, t. IV, *Parte especial; Derecho de Familia*, 4.ª ed., Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1938, pp. 384 y 385. PEDREIRA: *El Código Civil a través de la Jurisprudencia*, t. III, «Masava, S. L.», Madrid, sin fecha, p. 35. ROYO: *Derecho de familia*, Imprenta Suárez, Sevilla, 1949, p. 221. SANTAMARÍA: *Comentarios al Código Civil*, t. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 453. REYES: *El régimen legal de gananciales*, Gráficas Menor, Madrid, 1962, pp. 582 a 590. FORTUNY: *Régimen de bienes en el matrimonio*, GERSA, Barcelona, 1962, pp. 408 a 411. DE COSÍO: *La sociedad de gananciales*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1963, pp. 287 a 289, §§ 415 y 416. LÓPEZ y MELÓN: *Código Civil. Versión crítica del texto y estudio preliminar*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, p. 382. MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil. Comentado y concordado extensamente*, t. XXII, artículos 1.392 a 1.444, Revisado por José María Reyes Monterreal, 2.ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1967, pp. 847 ss. MANRESA: *Comentarios al Código Civil español*, t. IX, 6.ª ed., revisada por Miguel Moreno Mocholi, Ed.

ceñiré al tratamiento histórico-jurídico sin perjuicio de que en otra obra centre mi atención en el contenido legal de la norma⁴.

Como el artículo 1409 CC aparece recogido en sede de gananciales me ha parecido oportuno dejar constancia de la raigambre histórica de este régimen económico del matrimonio hasta su regulación en el CC.

He pretendido investigar si cabe o no un precedente de la regla del artículo 1409 CC en alguno de nuestros ordenamientos jurídicos históricos, y en especial en el derecho navarro por cuanto que no ha faltado en la doctrina quien ha entendido que el contenido de este artículo es fruto de lo que en ese derecho foral se ha venido regulando a lo largo de la historia. El recurso a este derecho foral me ha llevado hasta el análisis de la normativa vigente que parece guarda semejanza con la regla del artículo 1409 CC, y por ese motivo he acudido a las Leyes 105 y 106 del Fuero Nuevo de Navarra: Leyes en las que se vislumbra la defensa de los derechos sucesorios de los hijos del primer o anterior matrimonio ante las segundas nupcias de su progenitor supérstite.

Reus, Madrid, 1969, pp. 937 ss. LACRUZ: *La reforma del derecho de familia del Código Civil español, Fascículo I, Régimen económico del matrimonio, filiación y patria potestad*. Instituto nacional de prospectiva, Madrid, 1979, p. 69. DE LOS MOZOS: *La reforma del derecho de familia en España, hoy, vol. I*, Departamento de Derecho civil. Universidad de Valladolid. 1981, p. 120. MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, Luis: *El Nuevo derecho de familia, t. II (Régimen sobre Filiación y Sociedad de Gananciales). Teoría, norma y práctica. Análisis de la Ley de 13 de mayo de 1981*, Ed. Gráficas Espejo, Madrid, 1981, p. 334. SANTOS BRIZ: *Derecho Civil. Teoría y práctica, t. V. Derecho de Familia*, Ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1982, pp. 247 y 248. VÁZQUEZ IRUZUBIETA: *Régimen económico del matrimonio: ley 11/1981, de 13 de mayo*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, pp. 356 a 359. Díez-PICAZO: *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1804 a 1806. DE COSÍO: «Instituciones de derecho civil», t. II. *Derechos reales y derecho hipotecario. Derecho de familia y derecho de sucesiones*, Ed. Cívitas, Madrid, 1988, pp. 451 y 452. ÁLVAREZ CAPERO-CHIPI: *Curso de derecho de familia. Matrimonio y régimen económico*, Ed. Cívitas, Madrid, 1988, p. 288. PEÑA: *Derecho de familia*. Sección de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1989, pp. 254 en nota 114 y 313. RAMS: *La sociedad...*, cit., p. 424. GARCÍA URBANO: *Comentario al Código Civil*. Art. 1409, t. II, Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pp. 804 a 806. CASTÁN: *Derecho Civil Español, común y foral, t. quinto. Derecho de familia, vol. Primero. Relaciones conyugales*. Duodécima ed., revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero y José María Castán Vázquez, Ed. Reus, Madrid, 1994, pp. 562 a 564. VALPUESTA: *Derecho de Familia*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 279. ALBALADEJO: *Curso de Derecho Civil. IV. Derecho de Familia*, 8.ª ed., José María Bosch editor, Barcelona, 1997, p. 193. VÁZQUEZ IRUZUBIETA: *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*, 5.ª ed., Ed. Bosch. Barcelona, 1999, pp. 1308 a 1310. DE LOS MOZOS: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVIII, vol. 2.º, Arts. 1344 a 1410, Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart. 2.ª ed., EDERSA, Madrid, 1999, pp. 663 a 667. MARTÍNEZ-CALCERRADA: *Comentarios del Código Civil*, t. 7. Arts. 1315 al 1789, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, pp. 242 a 244. FARRÉ ALEMÁN, Josep M.ª: *Código Civil comentado y concordado*, Ed. Bosch, Barcelona, 2001, pp. 1354 y 1355. MORALEJO IMBERNÓN, en *Comentarios al Código Civil*, coordinados por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 1632 y 1633.

⁴ Cfr. MATEO SANZ: *La sociedad de gananciales: su liquidación simultánea*, Ed. Dykinson y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, Madrid, 2001.

Fruto del estudio de distintas fuentes históricas, he podido ver que esa finalidad protectora en favor de los hijos del primer matrimonio está presente en otros ámbitos del derecho histórico, lo cual ayuda a reforzar la idea de que tal intención inspira la inclusión del artículo 1409 en el CC. Esta finalidad también se refleja en el régimen económico matrimonial, paralelo al de la sociedad de gananciales, de la dote, y en otras situaciones de relaciones patrimoniales entre los cónyuges cual sería el caso de las arras que con el decurso del tiempo terminaron por confundirse con la dote.

Por ello, cabe decir que no aparece sólo en el derecho navarro ni exclusivamente para el régimen de gananciales. Se expande por otros ordenamientos peninsulares y para situaciones patrimoniales entre los cónyuges distintas del régimen legal de gananciales. Ambas realidades me han llevado a profundizar en otras fuentes históricas distintas de las que se tienen como antecedentes del Derecho foral navarro; esto me ha permitido reconocer dos cosas:

1.^a Que no sólo en el derecho navarro, sino también en otros órdenes de nuestro derecho histórico, la situación que hoy en día se regula en el artículo 1409 CC empezaba a ser tratada: como se constata de todas las referencias a las distintas regulaciones históricas que se reflejan en el trabajo.

2.^a Que en un régimen económico matrimonial tan importante como el dotal no sólo se contemplaba el supuesto, sino que el reflejo del mismo dentro del proyecto isabelino y, por ello en gran medida, en el CC tuvo gran influencia en la aparición del contenido que hoy se establece en el artículo 1409 de nuestro CC.

Indagar en los avatares de la historia ayuda a ver con más claridad qué es lo que el tratamiento de la liquidación simultánea de los gananciales de dos o más matrimonios contraídos por la misma persona pretendía resolver. Creo que esto, y al margen de lo que en distintas Leyes, Fueros, Observancias etc. se dijera, fue visto con bastante claridad por uno de nuestros mejores juristas –Febrero–, y al que quizá le debemos uno de los primeros estudios en profundidad de esta materia; de ahí que me haya parecido oportuno dedicarle un tratamiento particular.

Como parte esencial de este trabajo aparecerá el estudio del antecedente más inmediato a la situación referida en el artículo 1409 CC: El artículo 1353 del proyecto de García Goyena⁵. En este proyectado artículo viene a resumirse todo lo que con anterioridad se había regulado para resolver las posibles situaciones de liquidación simul-

⁵ Cfr. GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t. III. Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852, pp. 348 y 349.

tánea de los gananciales de dos o más matrimonios contraídos por la misma persona. Lo que en él se contenía fue recogido por nuestro CC y ha perdurado hasta la fecha sin grandes cambios, incluso después de la reforma del año 1981.

Así es como hoy, siglo y medio después de reflejarse por primera vez en un Código –más bien en un proyecto de Código que tuvo la fuerza suficiente, tal y como se refiere en la Base 1.^a de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, como para servir de apoyo a nuestro actual Código–, he considerado de interés profundizar en el porqué de su existencia.

Quizá este trabajo permita comprender algo mejor la historia de nuestra codificación civil, al menos por lo que respecta al artículo 1409 CC; historia que se ha podido completar «a partir de los materiales existentes inéditos en el archivo de la Comisión general de codificación en el Ministerio de Justicia»⁶, y que han sido, en gran medida, los que me han permitido elaborar este trabajo.

No quiero terminar esta introducción sin acudir a las palabras de uno de nuestros más prestigiosos juristas: «los trabajos de la codificación civil en España no toman aspecto política y científicamente serio hasta la creación de la Comisión General de Códigos, por Real Decreto de 19 de agosto de 1843»⁷. Apoyado en ellas, deseo hacer constar que, desde cualquier punto de vista, la seriedad que este trabajo puede reflejar encuentra su fundamento en la que emana de las personas que actualmente trabajan en dicha Comisión –en especial, y por lo que a esta obra se refiere, de doña Marta Molina y doña Irene Hernando– sin cuya inestimable colaboración no podría haber llegado a buen puerto. Transmito también mi agradecimiento a don Ángel Fernández Pampillón y don Antonio Manuel Morales Moreno por el interés que han demostrado en que lo aquí escrito viese la luz en el Anuario de Derecho civil.

II. LOS GANANCIALES COMO RÉGIMEN ECONÓMICO EN EL QUE SE INCLUYE EL ACTUAL ARTÍCULO 1409 DEL CC

1. PREÁMBULO

La regulación legal de esta situación de liquidación simultánea en el seno del CC –tal y como hoy la conocemos– tiene su origen

⁶ PESET: «La primera codificación liberal en España (1808-1823)», *RCDI*, 1972, p. 156.

⁷ LACRUZ: *Nota preliminar* a la reimpresión de la edición de Madrid de 1852 de las *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español* realizada por la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1974, p. VII.

en el artículo 1353 del proyecto de CC de García Goyena. En dicho artículo se establecía lo siguiente: «cuando haya de ejecutarse simultáneamente la liquidación de gananciales de dos ó más matrimonios *contraídos* por una misma persona, se admitirá toda clase de pruebas, inclusa la testimonial, á falta de inventarios, para fijar el fondo de cada uno; y en caso de duda se dividirán entre las diferentes sociedades, en proporción al tiempo de su duración, y á los bienes propios de cada uno de los *sócius*»⁸.

Con anterioridad a la redacción de este proyecto de artículo, en nuestras fuentes legales históricas hay referencias a la situación que en el mismo se regula; pero no en los términos que en él se hace, y aunque se decían cosas de cómo habían de resolverse los posibles conflictos que se derivaban de la liquidación de las sociedades de gananciales de dos o más matrimonios *contraídos* por una misma persona, «nuestro derecho (...) fue muy deficiente en este punto, y los tratadistas se ocuparon de él, pero confusamente»⁹.

Como más adelante tendremos ocasión de ver, a esta laguna legal se le dio solución tanto por alguno de nuestros ordenamientos históricos como por las opiniones de la doctrina; pero será con el proyecto de 1851 cuando por primera vez adopte una redacción muy semejante a la que hoy aparece en nuestro Código. Se podría decir que el tratamiento que en sede de gananciales se hizo de esta cuestión fue desarrollándose al tiempo que dicho régimen se consolidaba, si bien no lo hizo en la misma medida: lo que hoy queda reflejado en el hecho de que a esta situación se le dedique sólo un artículo –el 1409 CC– dentro de la regulación legal de los gananciales –arts. 1344 a 1410 CC–. Es decir, fruto de la reiterada referencia legal, histórica y doctrinal a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, y en particular al régimen de gananciales, contrasta la escasa mención a la futura situación del artículo 1409 CC.

2. EL DESARROLLO HISTÓRICO DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

El análisis histórico que ahora pretendo realizar tiene su fundamento en el hecho de que «si las instituciones legales que nos rigen hoy se explican y justifican, en gran parte, por sus orígenes y antecedentes, la de los gananciales entre cónyuges no tiene otra expli-

⁸ GARCÍA GOYENA: *Concordancias*,..., t. III, cit., pp. 348 y 349.

⁹ ABELLA: *Código Civil*..., cit., p. 416 en nota 2.

cación que la que le da su historia»¹⁰. Es por eso que si se procura estudiar algo intrínsecamente relacionado con el régimen de gananciales se hace preceptivo un análisis histórico del mismo que permita comprender mejor la cuestión que se investiga. A nadie se le escapa que si hay algo íntimamente unido a dicha sociedad serán los artículos que en nuestro CC le dan vida, de ahí que cualquier investigación que pretenda realizarse sobre alguno o algunos de ellos reclame entrar en los orígenes históricos de lo que actualmente conocemos como sociedad de gananciales.

1.1 La ausencia de antecedentes en el Derecho romano

Al margen de los matices históricos que aquí se van a hacer, me parece que lo que interesa subrayar –más que probar si existió un precedente romano de la comunidad de gananciales, o si ésta fue de raíz germánica– es que la mayoría de los autores del siglo XIX –momento en el que, con García Goyena, hace su aparición legislativa el problema en estudio– consideraban que la comunidad de gananciales no traía su origen del derecho romano, sino del derecho histórico que veían como de inspiración germánica: punto este que ha sido después muy discutido¹¹.

Esto es, no se trata de probar el origen de la institución, sino, a lo sumo, indicar el sentir de los autores –algunos de ellos del siglo XIX– respecto a su posible origen para luego comprobar la presencia de la norma del artículo 1409 CC, en el derecho histórico anterior, como norma protectora de los derechos de los hijos del primer matrimo-

¹⁰ CÁRDENAS: *Estudios Jurídicos*, t. Segundo. Establecimiento tipográfico de P. Nuñez, Madrid, 1884, p. 63.

¹¹ No faltó quien consideró a principios del siglo XX que el régimen de gananciales nació «como institución enteramente nueva, no conocida del Derecho romano y del germánico» (DE HINOJOSA: «La condición civil de la mujer en el Derecho español antiguo y moderno» (discurso leído en la junta pública de 26 de mayo de 1907). *Discursos de recepción y de contestación leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, marzo 1905-mayo 1910, t. VIII. Establecimiento tipográfico de Jaime Ratés, Madrid, 1912, p. 529). Hoy en día, hay quien mantiene el origen germánico de la sociedad de gananciales y quien se lo niega atribuyéndole un origen romano: para la primera postura, cfr. por todos. BENAVENTE: *Naturaleza de la sociedad de gananciales. Legitimación individual de los cónyuges*, Madrid, 1993. Para el segundo planteamiento cfr. por todos: PRIETO BANCES: «Los notarios en la historia de la sociedad legal de gananciales». *AAMN*, t. IX. 1957, pp. 90 a 100. DE LOS MOZOS: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVIII, vol. 2.º..., cit., pp. 9 a 16. Al atribuirle a la sociedad de gananciales un origen germánico no pretendo entrar en el espinoso tema de si la sociedad de gananciales es una comunidad germana (SSTS de 26 de septiembre de 1986, FD. 2.º [RJA. 1986/4790]; de 13 de julio de 1988, FD. 2.º [RJA 1988\5992]; de 4 de marzo de 1994, FD. 1.º [1994/1652]) o romana; me limito en este punto a hacer una reflexión histórica sin introducirme en otra consideraciones más jurídicas. Sobre la naturaleza de la sociedad de gananciales cfr. entre otros el muy claro resumen del Profesor SERRANO ALONSO (*La liquidación de la sociedad de gananciales en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ed. La Ley, Madrid, 1997, pp. 13 a 15).

nio; y en consecuencia de los derechos de los hijos del cónyuge difunto que estaba casado en régimen de gananciales.

Por lo que a la sociedad de gananciales se refiere, hay quien entiende que no cabrá remontarse al Derecho romano, pues en este orden jurídico regirá el sistema dotal: «que era su derecho común, como lo es entre nosotros el de gananciales»¹². Se recurrirá, por tanto, a fuentes normativas distintas de las romanas para encontrar el origen de la sociedad de gananciales¹³, esa búsqueda permitiría concluir que «la sociedad legal de ganancias entre marido y *muger* es indudablemente de *origen* Germánico»¹⁴; quizá en sus albores no fuese una situación idéntica a la de los gananciales actuales, pero lo que parece evidente es que «la idea de que los esposos disfrutaban de un derecho colectivo en la economía común se encuentra ya en las leyes germánicas más antiguas»¹⁵. De algún modo derivará de sus propias costumbres: «entre ellos, las mujeres participaban de las fatigas y los peligros de la guerra y eran igualmente partícipes de la conquista»¹⁶.

En esto –piensan los autores contemporáneos a García Goyena– tendrá mucho que ver el distinto talante que –frente a los romanos– tienen los pueblos germánicos respecto a la mujer: «es notorio el alto lugar, la consideración distinguida en que según Tácito tenían los germanos á sus mujeres. Antes de la predicación del cristianismo,

¹² GARCÍA GOYENA: *Concordancias*, ..., T. III, cit., p. 253. Cfr. también MARICHALAR y MANRIQUE: *Recitaciones del Derecho Civil de España*, t. I, Imprenta de la sucesora de M. Minuesa de los Ríos, Madrid, 1915, p. 445. REYES: *El régimen legal*..., cit., pp. 69 y 70. Para un estudio histórico resumido de estas relaciones en épocas anteriores a Roma, cfr. la Tesis doctoral de Mariano AVILÉS: *Los cónyuges en sus relaciones patrimoniales*. Tipografía Noticiero Granadino. Granada, 1907, pp. 13 a 23.

¹³ Afirma LACRUZ («El régimen matrimonial de los Fueros de Aragón»). ADA, 1946, p. 29) que «algunos autores franceses han creído encontrar el origen de la comunidad en ciertos usos galos de que habla César (*De bello galico*, VI, 19). He aquí el texto: *Viri, quantas pecunias ab uxoris dotis nomine acceperunt, tantas ex suis bonis, aestimatione facta cum dotibus communicant. Huius omnis pecuniae coniunctim ratio habetur, fructusque servantur: Uter eorum vita superavit, ad eum pars utriusque cum fructibus superiorum temporum pervenit*». Traducción propia: Los maridos ponen en común, de sus bienes, hecha la estimación, tanta cantidad cuanto reciben de sus mujeres a título de dote. De todo este dinero se tiene una administración común, y se conservan los frutos: aquél de ellos que sobrevive obtiene la parte de los dos con los frutos del tiempo transcurrido.

¹⁴ GARCÍA GOYENA: *Concordancias*, ..., T. III, cit., p. 252. Cfr. también ALONSO MARTÍNEZ: *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, Tomo Segundo. Establecimiento tipográfico de P. Núñez, Madrid, 1885, p. 158. MINGUJÓN: *Historia del Derecho Español. Cuaderno Sexto. Bienes conyugales: patria potestad: tutela y curatela*. 2.ª ed., Tipográfica «La Editorial», Zaragoza, 1923, pp. 53 a 55. JAÉN: *Derecho civil*..., cit., p. 609. DE BUEN: *Derecho civil español común*..., cit., p. 126.

¹⁵ LEHR: *Tratado de Derecho Civil germánico ó alemán*. Traducido libremente y adicionado en la parte española por Domingo ALCALDE PRIETO, Madrid, Librería de Leocadio López, Madrid, 1878, p. 546. Cfr. también pp. 494 a 498. Refiere este autor, como fuentes germánicas antiguas en las que se reflejaría esta idea: la *Lex Ripuariorum*, 37, 2 (años 511 a 514) (*Ibid.*, p. 546).

¹⁶ SÁNCHEZ DE MOLINA: *El Derecho Civil español en forma de Código*, Segunda Ed. Imprenta de Manuel Minuesa, Madrid, 1873, p. 399.

puede decirse que este pueblo y algún otro de su familia eran los únicos que las *habían* colocado en una situación digna y elevada. En los pueblos de *origen* asiático la mujer era la esclava, y no la compañera del marido; en los pueblos romanos era su hija de familias, que casi equivalía á la misma condición. Tanto en unos como en otros, había-sela encerrado en la domesticidad, *léjos* de permitirle salir al foro; y aun en aquella, su lugar es el *mas* ínfimo. Los galos y los germanos, es decir, los pueblos de la raza céltica, son los únicos que encumbraron á la mujer, levantándola á la par con el hombre en el interior de las familias, los únicos que la admitieron y escucharon en los negocios públicos, buscando y creyendo hallar en sus ideas algo de inspirado que aprender, algo de divino y de fatídico que seguir...»¹⁷.

Ese distinto trato de la mujer permite comprender con más facilidad porqué los autores de la época llegan a concluir que la sociedad de gananciales y todas las instituciones del derecho que favorecen a la mujer han tenido su origen en los pueblos germánicos; llegándose incluso a afirmar, no sin cierto romanticismo, que «es justo observar que el derecho germano fue muy superior al romano, en cuanto que consideró á la mujer como la compañera del hombre, como la primera figura dentro del hogar doméstico, sacándola de la postración á que fue relegada por los hijos de la Ciudad Eterna, que la consideraron como una cosa, no como una persona»¹⁸. Para algunos, el origen germano de la sociedad de gananciales aparece matizado con la influencia del cristianismo: de algún modo el mayor concepto que los germanos tenían de la mujer encontró un buen aliado en esta religión, que empezaba a propugnar una mayor igualdad entre todas las personas¹⁹.

¹⁷ PACHECO: *Los Códigos españoles. Concordados y anotados*, t. Primero. Imprenta de la Publicidad, Madrid, 1847, p. XXVIII. Esa idea de que los textos de TÁCITO –recogidos en *De moribus germanorum*, 20– prueba la existencia de una comunidad, ha sido criticada por LACRUZ (cfr. «El régimen matrimonial...», cit., p. 30).

¹⁸ ABELLA: *Código Civil...*, cit., p. 405 en nota 3. Cfr. también: LEHR: *Tratado de Derecho Civil...*, cit., pp.524 a 532. FALCÓN: *La Codificación civil. Breves indicaciones sobre la misma*. Revista de los Tribunales. F. Góngora y compañía, editores, Madrid, 1880, pp.14 ss. MARICHALAR y MANRIQUE: *Recitaciones...*, cit., pp. 445 y 446. BRUNNER: *Historia del Derecho Germánico*, 8.ª ed., alemana, traducida y anotada por José Luis Álvarez López, Ed. Labor. Barcelona. 1936, pp. 229 a 233, 318 y 319.

¹⁹ Cfr.: COMÍN: *El cristianismo y la ciencia del derecho en sus relaciones con la civilización*, Librería de D. Miguel Olamendi, Madrid, 1857, pp. 39 a 61. Esta influencia del cristianismo también la constatan autores muy posteriores, cfr.: MINGUIJÓN: *Historia del Derecho Español...*, cit., pp. 53 a 55. BENEYTO: *Instituciones de derecho histórico español. Ensayos. Volumen I. Capacidad. Familia. Derechos reales*, 1.ª ed. Librería Bosch. Barcelona, 1930, pp. 99 y 100. LACRUZ: «El régimen matrimonial...», cit., pp. 38 a 41. FONT: «La ordenación paccionada del régimen matrimonial de bienes en el derecho medieval hispánico». *AAMN*, t. VIII, 1954, pp. 211 y 212. PRIETO BANCES: «Los notarios...», cit., pp. 93, ss. En contraste con el contenido redactado en el texto principal cfr. ALONSO MARTÍNEZ: *El Código Civil...*, cit., pp. 157 y 158.

De todas formas, la presunta dignificación de la mujer y la consiguiente idea de que los gananciales se remontan a los orígenes del derecho germano hay que matizarla, considerando que la comunidad matrimonial de bienes entre los germanos no existe antes de las invasiones –lo cual supone reconocer que aparecerá consolidada a partir del siglo VI quizá con la *Lex Ripuariorum* (511 a 514)²⁰–, y que, en propiedad, sólo se puede hablar de una comunidad de bienes entre el marido y la mujer cuando esta última empieza a tener un patrimonio o una participación en los bienes del marido²¹.

Además puede parecer chocante, contrastándolo con la idea de que los germanos tratan con más dignidad a la mujer, el hecho de que en el derecho germánico –o en los albores que del mismo conocemos– el matrimonio se asimilaba a un contrato de compraventa en virtud del cual, por la entrega del precio, el padre vendía al futuro esposo el *munt* o potestad sobre su hija; en el acto, marido y mujer se entregaban dones, conociéndose los del marido como dote²². Ya se ve que, lo que se terminará conociendo como dote germana, «tuvo su origen en la costumbre de comprar á la mujer, y (...) pasó por sucesivas transformaciones hasta llegar á ser una donación del esposo á la esposa»²³: los germanos sustituyeron la dote romana por las arras, o precio de la mujer, y las donaciones *propter nuptias*²⁴. Será ese *Munt* del *Hausherr* nacido en la época patriarcal de la familia

²⁰ Cfr. LEHER: *Tratado de Derecho Civil...*, cit., p. 546. JAÉN: *Derecho civil...*, cit., p. 609. PRIETO BANCES: «Los notarios...», cit., p. 104. La mencionada *Lex Ripuariorum* en el parágrafo 37, 2 dispondrá: "..., si mulier virum supervixerit, L solidos in dotem recipiat, et tertiam partem de omni re, quam simul collaboraverunt, sibi studeat evindicare; et quidquid in morgingeba traditum fuerat, similiter accipiat" (LACRUZ: «El régimen matrimonial...», cit., p. 33).

²¹ Cfr. LACRUZ: «El régimen matrimonial...», cit., pp. 30, 31 y 34. ROYO: *Derecho de familia...*, cit., p. 152.

²² Cfr. DE HINOJOSA: *Historia General del Derecho español*, T. I. Tipografía de los huérfanos, Madrid, 1887, pp. 337 a 341, en especial p. 340. DE HINOJOSA y FERNÁNDEZ GUERRA: *Historia de España desde la invasión de los pueblos germánicos hasta la ruina de la monarquía visigoda*. El Progreso editorial, Madrid, 1890, pp. 75 a 80, en especial, p. 79. MINGUIJÓN: *Historia del Derecho Español...*, cit., pp. 41 a 45. MELÓN INFANTE: «Organización económica de la sociedad conyugal». *La familia. Cursos de conferencias para preuniversitarios*. Imprenta J. V. H, Madrid, 1959, p. 112.

²³ AVILÉS: *Los cónyuges...*, cit., p. 28. Cfr. también, PLANITZ: *Principios de Derecho Privado Germánico*, traducción directa de la tercera edición alemana por Carlos Melón Infante. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1957, pp. 304 y 305.

²⁴ Cfr. AVILÉS: *Los cónyuges...*, cit., pp. 29, 30 y 34 a 36. Entiende BRUNNER (*Historia...*, cit., p. 230 en nota 1) que «la *dos* alemana no fue como la romana, una donación que recibía el marido, sino una dádiva del marido como la *donatio ante nuptias* romana. En el derecho romano postero solía aportarse por la mujer al marido como *dos* la llamada *donatio ante nuptias in dotem redacta*. Por último llegó a ser llamada *dos* a secas. Las fórmulas y los derechos populares recibieron la palabra *dos* del derecho romano vulgar con el sentido de una donación del marido». En Roma inicialmente, sólo la mujer aportaba (dote); más tarde se generaliza la donación del marido a la mujer, en concepto de contradote, de cantidad igual a la dote, y, por último, las dificultades económicas llevaron a que el marido donara a la mujer y, con lo donado, ésta constituyera la dote.

germana, lo que haga que no pueda asignársele a la mujer germana una posición distinta o superior a la que le correspondía a la mujer romana²⁵.

En cierto sentido, el que la esposa careciese de patrimonio propio, o no participase en el del marido, o se hubiese convertido en objeto de compraventa, hace que pierdan credibilidad las posturas de quienes defienden una mayor igualdad entre hombre y mujer en el derecho germano que en el romano.

Ahora bien, esa posible minusvaloración de la mujer, se verá subsanada cuando se le reconozca un patrimonio, o participe en las ganancias, o se descubra que el hecho de ser objeto de compra y venta, no puede llevarnos a tenerla por tal, ya que la mujer no es «vendida como se podía decir de un esclavo, y es de creer que más que de precio de compra se trata de presentes o liberalidades que no responden al concepto de equivalencia o evaluación material propio del contrato de compra-venta (...) Pero ni el marido entendía comprar una esclava, sino unirse a una compañera, ni podía revenderla como hubiera sucedido si hubiera adquirido su propiedad en una verdadera compra». Los motivos que dieron lugar a que se crease la costumbre de pagar un precio por la mujer pudieron ser, entre otros, el agradecimiento «a los padres a razón del consentimiento que prestaban, una muestra de gratitud por ser acogido con agrado por la familia de la mujer, una indemnización a los padres que habían alimentado, educado y guardado a la hija y que perdían su ayuda cuando podía serles más útil...»²⁶. Además, que el precio de la compra no supone desconsideración hacia la mujer, se verá en el hecho de que terminará por perder su carácter originario de precio convirtiéndose en una asignación para el caso de repudio o viudedad²⁷.

Asimismo, y teniendo en cuenta lo dicho, ese mejor trato dispensado por estos pueblos bárbaros quizá influyó en el derecho romano tardío, e hizo que en el mismo se admitiera una mínima sociedad de

²⁵ Cfr. DE HINOJOSA: «La condición civil...», cit., pp. 523 a 526. LACRUZ: «El régimen matrimonial...», cit., p. 30. ROYO: *Derecho de familia...*, cit., p. 151. En el Derecho romano también la *manus* o poder sobre la mujer —de donde, todavía hoy, se habla de petición de mano— se adquiría mediante una venta ritual o *coemptio*.

²⁶ Para los dos últimos entrecomillados: MINGUIJÓN: *Historia del Derecho Español...*, cit., p. 46.

²⁷ Cfr. MINGUIJÓN: *Historia del Derecho Español...*, cit., p. 47 y 48. BENEYTO: *Instituciones...*, cit., p. 97. FONT: «La ordenación...», cit., pp. 194, 195, 198. Esa consideración del precio de la venta o de la dote como asignación para el caso del repudio o viudedad ya se había apuntado en la legislación hebrea (PRIETO BANCES: «Los notarios...», cit., p. 116, 122). Para un desarrollo histórico del casamiento por compensación o compra y de la dote cfr. WESTERMARCK: *Historia del Matrimonio*, Laertes de Ediciones, Barcelona, 1984, pp. 166 a 193.

ganancias reflejada en la posibilidad de que en algunas ocasiones el marido y la mujer concertasen, antes de contraer o después de contraído el matrimonio, una sociedad universal de bienes o de ganancias; pero estas situaciones de régimen económico conyugal no eran las más comunes. A esta conclusión parece llegarse fruto de la interpretación de lo dispuesto en D. 17, 2, 7 y 8; n. t. 71²⁸:

Ley 7.—También es lícito contraer una sociedad simplemente; y si no se hubiera distinguido expresamente, ha de considerarse contraída sobre todos los bienes adquiridos como ganancia, es decir si algún lucro se obtiene por compra o arrendamiento. (Ulp. 30 Sab.)

Ley 8.— Se entiende por ganancia lo que procede del esfuerzo de alguien. (Paul. 6 Sab.)

Ley 71 § 1.— Dos colibertos contrajeron una sociedad de lucro, ganancias y provechos; después, uno de ellos fue instituido heredero por su patrono y el otro recibió un legado. Respondió que ni uno ni otro debían aportarlo al fondo común. (Paul. 3 epit. Alf. dig.)²⁹

Ahora bien, esa argumentación —ver en el Digesto (en la *societas* romana) un antecedente de la sociedad de gananciales³⁰— no es pacíficamente admitida, y, así, no falta quien entiende que «la comunidad de bienes en el matrimonio fue desconocida por el Derecho romano, pese a un fragmento del Digesto que en realidad se refiere a la aplicación del contrato ordinario de sociedad»³¹.

Extremando un poco más esta última postura, si recurrimos a la sociedad de gananciales «en su sentido más lato, se comprende en ella lo que la sociedad conyugal adquiere mientras subsiste, y por lo mismo debe repartirse entre los socios o condóminos; y los Romanos no supusieron nunca que la sociedad adquiriera, y sí sólo el jefe de ella para sí, y, por consiguiente, sin tener que reconocer obligación de dividir. La mujer aportaba bienes al matrimonio; podía, después de casada, adquirir otros por herencia, donación o cualquiera otro título lucrativo; también podía adquirir aumento en los que le pertenecían por causas exclusivamente naturales, por incremento de los mismos, y todo ello debía serle devuelto a ella, o a sus herederos, a la disolución del matrimonio; pero reconocién-

²⁸ Cfr. GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, cit., pp. 253 y 321 (T. III), y 7 (T. IV). D'ORS (*Derecho Privado romano*, Novena Edición. EUNSA, Pamplona, 1997, § 347, p. 408) considera que «la tendencia a la comunidad conyugal de bienes aparece ya en algunos testimonios clásicos; así, en Scaev. D.32,41pr.: el marido compra un fundo con su dinero, pero para que sea común con su mujer; luego, por testamento, dispone que sea común de aquélla y su hijo».

²⁹ Cfr. D'ORS: *El Digesto de Justiniano*, t. I. Constituciones preliminares y Libros 1-19, Ed. Aranzadi. Pamplona, 1968, pp. 641, 654 y 655.

³⁰ Cfr. MAGARIÑOS: «Sociedad de gananciales y sociedad civil», *Academia Sevillana del Notariado*, Edersa, 1989, p. 306.

³¹ BENEYTO: *Instituciones...*, cit., p. 99.

dose la suprema autoridad del marido, y deduciéndose de ella que la mujer nada por sí podía hacer, todo cuanto el marido aumentara por su trabajo, industria, administración y percepción de frutos, a él mismo se atribuía, y, levantadas las consiguientes cargas del matrimonio, consiguiente era que se le reconociera propietario de lo sobrante»³².

Ya se adopte un planteamiento u otro sobre este particular —esto es, si cabe un origen romano de la sociedad o sólo se le puede atribuir el germánico—, y al margen de la solución que se escoja, si que creo que es de interés tener en cuenta la conexión histórica que podría plantearse entre el contrato de sociedad y el régimen de la sociedad de gananciales.

En este sentido entre los antiguos comentaristas de nuestro derecho histórico no faltaron quienes consideraron más oportuno tratar la sociedad de gananciales dentro del contrato de sociedad, y quienes creyeron más propio estudiarla en sede de matrimonio, junto con la dote, las arras y los parafernales³³. Sigue la primera de estas ordenaciones sistemáticas el proyecto de CC de 1836 que dentro del Libro III —*De las obligaciones y contratos, y de la prueba judicial*— recoge en el Título 9.º lo relativo al contrato de sociedad y en el Título 10.º la regulación de la sociedad conyugal³⁴. En la misma línea, en su CC de 1843, Fernández de la Hoz incluirá la sociedad

³² MARICHALAR y MANRIQUE: *Recitaciones...*, cit., p. 445. Cfr. también DEL VISO: *Lecciones elementales de Derecho Civil...*, Quinta Ed. 1885, p. 148. En opinión de GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (*Elementos del Derecho Civil y Penal de España. Tomo Primero*. Undécima edición, Librería de Sánchez, Madrid, 1874, p. 486 en nota 1) «cuando las nupcias se celebraban por medio de fórmulas que *ponían á* la mujer bajo la potestad casi absoluta del marido, *in manu*, todos los bienes de aquella se *confundían* con los del marido, *á* quien *perteneían también* las adquisiciones hechas durante el matrimonio. Mas en los *matrimonios libres* que se puede decir que reemplazaron *á* los primitivos, prevaleció el principio de la *distinción* de patrimonios; estos fueron administrados separadamente por cada uno de los cónyuges, y los frutos adjudicados a aquel que cuyos bienes *procedían*. Sin embargo, establecidas las dotes, cuyo dominio pasaba al marido aunque con la *prohibición* de enajenar y de hipotecar el fundo dotal, se declaró que los frutos de ellas le perteneciesen para atender *á* las cargas del matrimonio».

La prohibición de enajenar e hipotecar el fundo dotal de la que habla este autor se inicia con el Emperador Augusto. En esta época y por lo que a la constitución de la dote se refiere, en la medida en que la mujer casada *cum manu* fuera hija de familia, los bienes que aportaba al matrimonio sólo podrían proceder del *paterfamilias* bajo cuya potestad se encontraba; o de un tercero, pero, en todo caso, resultaban bienes dotedales. Sólo cuando la mujer era *sui iuris*, por haber fallecido el *pater*, la *conventio in manu* producía el efecto de una sucesión universal de sus bienes en favor del *pater* bajo cuya potestad ingresaba, que podía ser su marido —si era *sui iuris*— o el suegro —si el marido se hallaba sometido a su propio padre—.

³³ Para unos y otros, cfr. JORDÁN y DE MANUEL: *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*. Imprenta de Francisco Xavier García, Madrid, 1771, p. LX.

³⁴ Cfr. Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil, Legajo 3. Manuscrito del proyecto de Código Civil (1836) formado por D. José Ayuso, D. Eugenio de Tapia y D. Tomás María Vizmanos, individuos de la Comisión creada al intento por el Gobierno de S. M.

de gananciales dentro del Libro IV –*De las obligaciones*–, Título Séptimo –*De la sociedad ó compañía*– Capítulo II –*De la sociedad legal entre los cónyuges*– en los artículos 1303 a 1314³⁵.

Esta conexión entre el contrato de sociedad y la sociedad de gananciales, también se constata en el artículo 1313 del proyecto de CC de 1851, cuando en el mismo se afirma: «la sociedad legal se gobierna por las reglas del contrato de sociedad, en cuanto no se opongan a lo expresamente determinado en este capítulo». El contenido de este último adquirirá fuerza de ley cuando lo recoja el CC en su artículo 1395: «la sociedad de gananciales se regirá por las reglas del contrato de sociedad en todo aquello en que no se oponga á lo expresamente determinado por este capítulo»³⁶.

En la actualidad, y después de la reforma de 13 de mayo de 1981, no hay ningún artículo que dé razón de esa aplicación analógica expresa. De todas formas, en fechas recientes, no falta quien considera que, a los efectos de su naturaleza, «el concepto de sociedad nos puede ofrecer una explicación más coherente, flexible y útil, del funcionamiento de la sociedad de gananciales»³⁷. También hay quien opina que el artículo 1373 CC «presenta indudable analogía con lo establecido respecto a la sociedad civil en los artículos 1699 y 1700.3.º del propio Código»³⁸. Si bien, y en sentido contrario, tampoco faltan quienes a la hora de liquidar la comunidad postganancial consideran que «aparte de las normas relativas a la liquidación de la comunidad hereditaria, serán aplicables a esta situación no las del contrato de sociedad, que presupone una comunidad dinámica, sino las de la copropiedad, en la misma forma y medida que a la división sucesoria»³⁹; pero, aun con lo dicho, no se excluye que en determinados casos si quepa el recurso al contrato de sociedad civil: p.e. a la indivisión que se deriva del artículo 1347,5.º CC en relación con el 1354 del mismo texto legal le es plenamente aplicable el artículo 1705 del referido conjunto normativo⁴⁰.

³⁵ Cfr. FERNÁNDEZ DE LA HOZ: *Código Civil redactado con arreglo a la legislación vigente*. Imprenta y Fundación de D. Eusebio Aguado, Madrid, 1843, pp. 227 a 229.

³⁶ Interpretando esta remisión legal hubo quien entendió que la sociedad de gananciales se regía por las reglas del contrato de sociedad salvo en lo que fuera objeto de disposiciones especiales del Código (cfr. ARGENTE y RETORTILLO: *El derecho vigente en España...*, cit., p. 214 en nota 2): afirmaciones como ésta parecían sobrevalorar en sede de gananciales el contrato de sociedad civil.

³⁷ MAGARIÑOS: «Sociedad de gananciales...», cit., pp. 305 ss.

³⁸ OLAVARRÍA: «Algunos problemas en la liquidación de la sociedad legal de gananciales». *Academia Sevillana del Notariado*. Edersa. 1989, p. 348, cfr. también p. 351. En el mismo sentido DIEZ-PICAZO: *Comentarios...*, cit., p. 1786.

³⁹ RAMS, en LACRUZ: *Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia*. 4.ª ed., J. M. Bosch, Editor, Barcelona, 1997, p. 354. Esta postura del profesor RAMS, en ediciones anteriores de la misma obra la mantuvo LACRUZ: Edición 1984, p. 482 y ed., 1990, I, p. 487.

⁴⁰ Cfr. RAMS: *La sociedad...*, cit., p. 450.

Es decir, tanto legal como doctrinalmente ha sido admitida la conexión entre el contrato de sociedad y la sociedad de gananciales; ahora bien, apoyarse en este paralelismo para concluir un antecedente del régimen de gananciales en el contrato romano de sociedad, puede, como ya se ha referido, parecer excesivo.

A su vez, y al margen de ese paralelismo entre la sociedad de gananciales y el contrato de sociedad civil, en el período que va del proyecto de 1851 al CC, la doctrina civilística decimonónica adopta distintas soluciones a la hora de enmarcar la sociedad de gananciales: algunos la tratarán al estudiar la persona, la familia o la institución matrimonial⁴¹; y no faltará quien la incluya –como hará el futuro Código– en sede de obligaciones⁴².

1.2 La sociedad de gananciales en nuestro derecho histórico

Por lo que se refiere a la aparición de la sociedad legal en nuestro Derecho, habremos de remontarnos a la conquista de la Península por los Visigodos: «la sociedad legal procedente del matrimonio, desconocida por los romanos, que hacían dueño al marido de las ganancias adquiridas durante el enlace, fue introducida por los visigodos al tiempo de la conquista. Partícipes las mujeres de las fatigas, expediciones y combates de sus maridos, se creyó que debían también participar de las presas hechas al enemigo»⁴³.

En este sentido, la influencia romana o germánica tendrá también su reflejo en nuestros distintos ordenamientos históricos. Como ahora se verá, la referencia a la futura sociedad de gananciales aparecerá muy tímidamente –como fiel seguidora de la Recepción del Derecho romano– en las Siete Partidas; mientras que en conjuntos normativos anteriores y posteriores, menos

⁴¹ HERRERO la encuadra, al estudiar la familia, en sede de matrimonio (*El Código Civil español. Recopilación metódica de las disposiciones vigentes, anotadas con arreglo á la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*. Imprenta de los hijos de Rodríguez, Valladolid, 1872, pp. 110 ss.). GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (*Elementos del Derecho Civil...*, cit., pp. 486 ss.) la sitúan en sede de persona, en el enunciado de los efectos civiles del matrimonio. Al estudiar las personas y dentro del matrimonio la incluye DOMINGO (*El Derecho Civil español con las correspondencias del romano*, t. 1.º, 2.ª ed., Imprenta de Hijos de Rodríguez, Valladolid, 1877, pp. 160 ss.). DEL VISO (*Lecciones elementales de Derecho Civil...*, 5.ª ed. 1885, pp. 147 ss.) la analizada dentro *del derecho de las personas con relación á su estado*.

⁴² Cfr. SÁNCHEZ DE MOLINA: *El Derecho Civil...*, cit., pp. 399 ss. Es de interés reseñar que la estructura de la obra de este autor se aproxima bastante a la que acabará teniendo el Código Civil.

⁴³ GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN: *Elementos del Derecho Civil...*, cit., p. 486. Sobre este particular; cfr. también, DEL VISO: *Lecciones elementales de Derecho Civil...*, 5.ª ed. 1885, p. 147. BENEYTO: *Instituciones...*, cit., p. 103.

influidos en este punto por el Derecho romano, se regulará de forma más prolija⁴⁴.

Vistas así las cosas, lo que hoy conocemos, en el seno de nuestro ordenamiento, como sociedad de gananciales, empieza a fraguarse en el Breviario de Alarico⁴⁵, del año 506 d. C., cuando en el mismo, y dentro del libro *Novellarum divi Valentiniiani Augusti*, en el Título I –*De fructibus inter maritum et uxorem expensis filiis vel heredibus minime imputandis*– se haga mención a los bienes ganados de común dentro del matrimonio:

*§ I. Comperimus enim, quasdam post maritorum obitum filios suos propo-
sita indecora actione nudasse, quum ab his patrimonii sui fructus quaere-
rent, quos utique stante matrimonio in illa aequalitate vivendi in commune
consumptos convenit aestimari, quorumque ratiocinium perplexum atque
confusum ad veritatis fidem discuti posse non credimus*

*Interpretatio. Si vir uxore superstite, moriatur, fructus, quos stante coniugio
constat expensos, nullam postea a communibus filiis seu ab heredibus mater
repetendi habeat facultatem. Quod et si uxor vivo marito decesserit, maritum
praecipit eadem lege construngi, ut et ipse a filiis vel heredibus uxoris de ipsis
fructibus, qui in commune expensi sunt, penitus non requiratur*⁴⁶

Estos postulados serán tenidos en cuenta en el Formulario visigodo del siglo VII –descubierto en el siglo XVI por Ambrosio Morales⁴⁷– en su fórmula XX cuando, en los hexámetros latinos 57 a 62, afirme:

⁴⁴ Cfr. ESCRICHE: *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, t. II. Imprenta de Eduardo Cuesta, Madrid, 1874, pp. 86 a 89. ABELLA: *Código Civil...*, cit., p. 405 en nota 3.

⁴⁵ En contra de esta postura se manifiesta CÁRDENAS (*Estudios Jurídicos*, t. segundo..., cit., p. 64 y nota), al entender que en dicho Código no se hace mención de este derecho, y quizá no le falte razón si se recurre a la fuente legislativa que dentro del Breviario él ha manejado, pues acude –como argumento de su afirmación– al *Codex Theodosiano*, lib. 10, tit. 6.º, y en él se establece: *si quis forte decesserit eorum, qui communi nomine donatum aliquid a nostra impetraverunt clementia, nec superstites dereliquerit successores, placet, non ad extraneam quamcumque personam, sed ad socium vel consortem pervenire portionem illius, qui intestatus aut sine liberis defunctus est. – Interpretatio. Si aliquis ex iis mortuus fuerit, ad quos nominatim munificentia nostra processit, et nec testamentum fecisse, nec filios reliquisset cognoscitur, placet, ut portionem eius is, cum quo pariter defunctus accepit, id est socius eius acquirat: merito enim socius praefertur, ubi nulla filii persona intervenisse cognoscitur.* (ALARICO II: *Código. Fragmentos de la «Ley Romana» de los visigodos conservados en un Codice palimpsesto de la catedral de León*, Fundación Sánchez-Albornoz, León, 1991, p. 187).

⁴⁶ ALARICO II: *Código...*, cit., pp. 275 y 277. Interesa matizar en este punto la estructura del Breviario de Alarico II, en ella a los fragmentos de Derecho romano se les añade una interpretación –encargada por el propio Alarico a sus compiladores– que tenía la misma fuerza que el texto interpretado (cfr. CÁRDENAS: *Estudios Jurídicos*, t. Primero, Establecimiento tipográfico de P. Nuñez, Madrid, 1884, pp. 44 ss.).

⁴⁷ En relación con el encuadre histórico de este formulario PRIETO BANCES (cfr. «Los notarios...») considera que «la fórmula nace en Córdoba, el año 615, cuarto año del reinado de Sisebuto» (cit., p. 108). «Todo hace suponer que pertenece, como el formulario andecavense, a una familia de formularios espigada en la órbita del Breviario de Alarico» (cit., p. 109). Y «podríamos (...) darle a la fórmula el apelativo “ovetense” por su armonía con la ciudad si la terminología histórico-jurídica no se lo hubiera ya adjudicado por haber sido

... *Quicquid intra vel extra nunc corpore cuncto
Nos in jure titulis ex multis habere,
Amplius Christi dederit quod gratia nobis
Ordine diverso per nostrae tempore vitae,
Te dominam in mediis cunctisque per omnia rebus
Constituo donoque tibi vel confero, virgo*⁴⁸

De su contenido, y lo que le antecede y precede: más centrado en la dote, se deduce que «al extenderse esta donación de la mitad patrimonial a los bienes adquiridos *constante matrimonio*, se perfilan los trazos del régimen de *gananciales*, que tan hondo había de enraizar en el derecho español»⁴⁹.

Con esta fórmula delante se entiende mejor la postura que considera que «el sistema de los gananciales parece haberse derivado de la costumbre de dar el marido a la mujer como dote la mitad de sus bienes, no sólo presentes, sino futuros. Al hacer esto la asociaba a sus ganancias, se obligaba a compartir con ella los acrecentamientos que tuviera su fortuna durante el matrimonio»⁵⁰: en el fondo los bienes futuros estarán intrínsecamente relacionados con las ganancias que se generen de los bienes presentes.

Dentro de este mismo siglo VII, el 12 de enero del año 644, Chindasvinto –padre de Recesvinto– proseguirá con el modo de tratar las relaciones patrimoniales entre cónyuges establecida hasta la fecha⁵¹. Esto hará que se conserven los vestigios de la incipiente sociedad de gananciales cuando afirme:

... *Aut si forte iuxta quod ex legibus romanis recolimus fuisse decretum, tantum puella vel mulier de suis rebus sponso dare elegerit, quantum sibi ipsa dari proposcerit*⁵²

Cabría afirmar que de ahí pasará a reflejarse en el *Liber* de Recesvinto. Si bien la regulación que en el mismo se haga diferirá de lo que habían dispuesto los referidos pueblos germánicos, pues aun cuando en sus leyes «se ven los gérmenes del sistema de gananciales, ó sea de la *adquisición* para ambos cónyuges de las ganancias obtenidas durante el matrimonio, se puede decir que en ellas

descubierto por Ambrosio de Morales el *Formulario* en el Archivo de la Catedral de Oviedo» (cit., p. 131). Por lo que respecta al formulario andecavense aquí mencionado cfr. SCHWERIN: «Sobre las relaciones entre las fórmulas visigóticas y las andecavenses». *AHD*. 1932, pp. 177 ss.

⁴⁸ Por lo que respecta al texto de la fórmula cfr. FONT: «La ordenación...», cit., p. 201 en nota 28. PRIETO BANCES: «Los notarios...», cit., p. 107.

⁴⁹ FONT: «La ordenación...», cit., p. 202. Cfr. también PRIETO BANCES: «Los notarios...», cit., p. 123.

⁵⁰ DE HINOJOSA: «La condición civil...», cit., p. 527.

⁵¹ Cfr. MINGUIJÓN: *Historia del Derecho Español...*, cit., p. 65. BENEYTO: *Instituciones...*, cit., p. 103. FONT: «La ordenación...», cit., pp. 193 a 203.

⁵² Cfr. PRIETO BANCES: «Los notarios...», cit., p. 128 y 129.

solo existe bien deslindado un derecho de viudedad ó de supervivencia en favor de la mujer. Así es que *segun* sus disposiciones, si el marido *moria* antes que la mujer, esta *adquiria* una parte de las ganancias que *solia* ser la tercera; mas si *moria* ella antes que el marido nada *transmitia* á sus herederos. Era *este*, pues, un derecho eventual para el caso de que sobreviviera la mujer, diferente del de ganancias que siempre la corresponde. Mas en el Fuero Juzgo, por el contrario, la verdadera comunidad de las ganancias (...) aparece de una forma clara, y produce sus efectos tanto sobre el marido como sobre la mujer...»⁵³.

Esa verdadera comunidad de las ganancias a la que acabamos de hacer mención aparecerá –a mediados del siglo VII– recogida en el *Liber Iudiciorum* de Recesvinto dentro del Libro IV –*De origine naturali*–, Título II –*De successionibus*–, Ley XVI –*De his quae vir et uxor in coniugio constituti conquirere potuerint*–:

*Dum cuiuscumque dignitatis aut mediocritatis mariti persona uxori fuerit nobiliter atque competenter adiuncta, et pariter viventes aliquid augmentaverint, vel in quibuscumque rebus quippiam profligasse visi fuerint, atque proveniat, ut unus ex eis maioris rei et facultatis dominus sit, de omnibus augmentis, et profligationibus pariter conquisitis, tantam partem unusquisque obtineat, quantam eius facultatem fuisse omnimodis sibi debita vel habita possessio manifestat. Ita ut si æqualis abundantiae domini sunt, pro parvis rebus contentionis intemperantiam non adsumant. Quia difficile est, ut in tanta æquitate facultas eorum possit æquari, ne in quocumque videatur una pars alteri superesse. Nam si evidenter unius facultas alterius possibilitatem transgredi videatur, ut superius dictum est, iuxta quantitatem debitæ possessionis erit et divisio portionis, quam sibi post uniuscuiuscumque mortem vindicabit persona suppressis, et aut filiis suis aut propriis relinquat hæredibus, aut certe de ea facere quod voluerit, licentiam habebit. Eadem quoque ordinationis forma, tam in viris quam in uxoribus, erit omnimodis observanda. De illis autem rebus, quibus in amborum nomine inveniuntur scripturæ confectæ, iuxta conditionem ipsius scripturæ, pertineat illis et divisio rei, et possessio iuris. Quod vero maritus, aut de extraneorum lucris, aut in expeditione publica conquisivit, aut de principis, vel patroni atque amicorum conlatione promeruit, filii vel hæredes eius ad integrum sibi vindicabunt, aut quod exinde voluerint iudicare, licenter illis erit plenam potestatem habere. Similis erit et de mulieribus conditio, si quorumcumque munere videantur aliquid percepisse*⁵⁴

⁵³ GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN: *Elementos del Derecho Civil...*, cit., p. 65 en nota 1. Entiende LACRUZ («El régimen matrimonial...», cit., p. 34) que «el principio de la *collaboratio* aparece más claro en la *Ley Saxonum* –redactada durante el reinado de Carlomagno– aunque todavía restringido a los Westfalos: “Apud Westfalos postquam mulier filios genuerit dotem amittat; si autem non genuerit, ad dies suos dotem possideat... De eo quod vir et mulier simul conquesierint, mulier mediam portionem accipiat; hoc apud Westfalos, apud Ostfalos et Angarios nihil accipiat, sed contenta sit dote sua” (47, 48)».

⁵⁴ Cfr. ZEUMER: *Leges visigothorum antiquiores*. Impensis Bibliopolii Hahniani. Hannoverae et Lipsiae, 1894, pp. 129 y 130.

Como ya se ha ido viendo, la mención que en el mismo se hace a los aumentos o conquistas, es la decantación de una costumbre y regulación de origen germano⁵⁵, «pues no es de suponer que en la reforma encargada por este Monarca al Concilio VIII de Toledo, del Fuero Juzgo, se implantará en él una modificación tan trascendental sin que hubiera precedentes»⁵⁶; precedentes que aparecerán en los planteamientos de «los francos y los westfalienses que conocieron ya en época franca una comunidad de bienes limitada: concedía a la mujer una parte en los gananciales, o sea en el patrimonio adquirido por los cónyuges durante el matrimonio mediante su trabajo o por negocios jurídicos onerosos (*conlaboratio, acquaesutus coniugalis*). Sobre los gananciales existía una comunidad de derecho en la que la mujer participaba en un tercio según el Derecho franco (...) en la mitad según el Derecho westfaliense»⁵⁷ y en la cuarta parte según el Derecho Lombardo⁵⁸. En el *Liber Iudiciorum*—como del párrafo que aquí hemos transcrito se deduce— ese reparto se hará proporcionalmente atendiendo al patrimonio aportado por cada cónyuge⁵⁹.

Al margen de los conjuntos normativos vistos hasta el momento y de los que ahora se dirán—que podríamos considerar de contenido y aplicación más amplio—, los pilares de la futura sociedad de gananciales también aparecerán en otros ordenamientos más locales e incluso en escrituras de particulares:

«En el año 947, el presbítero Suario, en *union* con sus hijos Gonzalo y Velasco, donaron al convento de san Cosme y san *Damian* varias tierras, molinos y viñas, y dice la escritura que en una de las viñas, tiene otro hijo de Suario la octava parte, y en otra la mitad correspondiente á su madre (...). En el año 1003, Ordoño Sarraciniz hizo donación al monasterio de *Sahagun* de la mitad de un molino que *habia* comprado á Pedro Eriz, y dice en la escritura: «pero como compré esta finca viviendo en uno con mi mujer, Mayor Ovezquiz, y es suya la mitad *segun* fuero de la tierra, hago *donacion* de la otra mitad que me corresponde». En el año 1006, Gontrola, mujer de Ablavel Gudestis, pidió al rey Don Bermudo, le devolviese la mitad de los cuales se había apoderado el fisco como heredero. El rey otorgó esta pretensión. Ansur *Gomez* en 1048 otor-

⁵⁵ Cfr. DE HINOJOSA: «La condición civil...», cit., p. 527. MELÓN: «Organización...», cit., p. 115.

⁵⁶ AVILÉS: *Los cónyuges...*, cit., pp. 30 y 31. Cfr. también DEL VISO: *Lecciones elementales de Derecho Civil...*, Quinta Ed., 1885, p. 145.

⁵⁷ BRUNNER: *Historia...*, cit., p. 230. Cfr. también MINGUIÓN: *Historia del Derecho Español...*, cit., pp. 48 a 51. PLANITZ: *Principios...*, cit., pp. 306 ss.

⁵⁸ Cfr. MINGUIÓN: *Historia del Derecho Español...*, cit., p. 50

⁵⁹ Cfr. FONT: «La ordenación...», cit., pp. 204 y 236.

gó carta dotal á favor de su mujer, ofreciéndole, además de la dote, la mitad íntegra de todo cuanto ganaran y adquirieran durante el matrimonio. Por el mismo tiempo la mujer de Pedro Froilaz, conde del Bierzo, hizo donación á la iglesia de Astorga, de todos sus bienes gananciales»⁶⁰.

Entre los supuestos referidos en el párrafo anterior –así como en algunos de los que ahora transcribiré– unos tienen su fundamento en la dote y otros se aproximan más a los futuros gananciales. El criterio para diferenciar aquéllos de éstos encontrará su apoyo en que, lo que llegará a ser la sociedad de gananciales, «viene redactada en unos términos adecuados a su naturaleza, usando la forma plural –como referida a ambos esposos–», mientras que cuando «el novio o marido habla en nombre propio (...) como otorgante único (...) constituye como tal *arras* presentes sin conexión con lo tocante a las ganancias futuras»⁶¹.

Todo lo dicho hasta ahora pone de manifiesto que si en los conjuntos legales de más peso en nuestro derecho histórico la institución se recogió y se mantuvo, el motivo fue, en gran medida, que ese régimen ya había sido admitido en distintas épocas por los ordenamientos menores –llamémoslos así– o Fueros municipales de algunos lugares⁶²; de esta manera había entrado a formar parte del entramado social; hasta tal punto que cuando en Las Partidas se vuelve a retomar el régimen dotal se respetarán las situaciones de gananciales existentes por Fuero o por voluntad expresa de las

⁶⁰ CÁRDENAS: *Estudios Jurídicos*, t. 2.º..., cit., pp. 76 y 77. Sobre este punto se puede ver más supuestos tanto en la obra del autor aquí referido como en PRIETO BANCES: «Los notarios...», cit., pp. 132 ss.

⁶¹ Para los dos últimos entrecomillados: FONT: «La ordenación...», cit., p. 235.

⁶² Con independencia de los Fueros que a continuación se mencionan, y como constatación de la idea que en el texto principal se refiere de la aceptación de los gananciales, es de interés traer a colación *el manuscrito español 8331 de la Biblioteca del Arsenal de París* que «es una adaptación hecha a imitación de los fueros de la familia de Cuenca-Teruel y susceptible de ser adoptada por aquellas ciudades reconquistadas que andaban en busca de algún cuaderno foral por el cual pudiesen regirse» (ROUDIL: «El manuscrito español 8331 de la Biblioteca del Arsenal de París», *Vox Romanica*, T. 22, n. 1. 1963, p. 127); es decir, parece que se trata de un modelo de Fuero aplicable a todo aquel que tuviese interés en someterse a uno; a su vez, en el mismo se pueden ver antecedentes del futuro régimen de gananciales: 54. *Est es el capitulo del casamiento. (...) E todo quanto en el dia de las bodas fuere dado o mandado a amos en uno o cada uno en su cabo o fuere mandado, todo seia de amos comunal mientre tan bien de uida cuemo de muert. (...)* (*Ibid.*, p. 144). 75. *Este es el capitulo del partimiento del marido e de la mugier. Por alguna ocasion s'ouieren a partir, partan entre si todo lo que ouieren en uno ganado e non al, fueras la laour que amos fizieren en uno en rayz de qual quiere d'elos. E despues que departidos fueren e qual quiere d'elos que ante muera, el que scapare biuo nol den d'elo part; partanno los fijos o qui lo deuiere heredar* (*Ibid.*, p. 148). 77. (...) *Mas si pora uentura el padre non parte connos fijos de la mugier primera fasta la postremera que s passa él ante d'ela, ante que la madrastra o sos fijos prendan ninguna cosa, los primeros fijos o.i. prenda la mehetat de tod el auer que el padre con su madre o despues gana. (...)* (*Ibid.*, p. 149).

partes⁶³. Incluso se podría afirmar que si el preeminente régimen dotal de las Partidas no prosperó, hasta eclipsar al de las ganancias, fue por el calado que ya habían adquirido en la entraña de la sociedad estas últimas⁶⁴.

Esta realidad se fue constatando en los Fueros de distintos lugares entre los que cabe destacar los siguientes⁶⁵:

El Fuero de Jaca, concedido por Sancho Ramírez en el año 1077⁶⁶, se hace mención a las ganancias y los bienes comunes al tratar de las segundas nupcias —... *en tot quant que auran gaynnat lo payre o la mayre...*—; del viudo que se quiere casar —... *que el et sa muyller auien densemble...*—; y la fianza por cosa común —*con alguna cosa que sia dambs dos*⁶⁷—.

También refiere las ganancias conjuntas, el Fuero de Sepúlveda confirmado por Alfonso VI el 17 de noviembre del año 1076⁶⁸:

Título [66]. *Del marido a su muger quel' pueda mandar una dona. (...) Et si la muger finare, todas las armas que ovieren sean del marido; et si el marido finare ante que la muger, e fijos non ovieren, quantas armas ganaren en uno, pártanlas por medio. (...)*⁶⁹

Poco después, y sobre la cuestión que estamos viendo, en la confirmación y adiciones de los antiguos Fueros de León y Carrión hechas por la reina doña Urraca en la primera mitad del siglo XII se establece lo siguiente:

... *et Cavalleiro si de terra exierit, et ad Mauros fuerit, exito sive salito, ut sua mulier non perdet sua hæreditate, non suas medias comparationes...*

Las *medias comparationes* de las que ahí se habla, que han de equipararse a la mitad de las compras, aluden «á los bienes adquiri-

⁶³ Los pactos entre los cónyuges tuvieron gran importancia en el desarrollo de la futura sociedad de gananciales (cfr. FONT: «La ordenación...», cit., pp. 212 ss.)

⁶⁴ Cfr. DEL VISO: *Lecciones elementales de Derecho Civil...*, 5.ª ed., 1885, p. 148.

⁶⁵ Para el encuadre histórico de los Fueros, además de las fechas que en los mismos se refieren y su correspondiente constatación bibliográfica, cfr. ANTEQUERA: *Historia de la Legislación española*, 2.ª ed., Imprenta de Ángel Pérez Dubrull, Madrid, 1884, pp. 526 a 541.

⁶⁶ Esta fecha es la que le atribuyen BARRERO y ALONSO (*Textos de derecho local español en la Edad Media. Catálogo de Fueros y costums municipales*, CSIC, Madrid, 1989, pp. 266 y 267), aunque constatan que el arco temporal en que el mismo se mueve va de los años 1062 a 1100.

⁶⁷ Cfr. RAMOS: *El Fuero de Jaca*. Universidad de Barcelona, Barcelona, 1927, pp. 17 y 83.

⁶⁸ Para la fecha cfr.: REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección de Fueros y Cartas-Pueblas de España*, Imprenta de la Real Academia de la Historia, Madrid, 1852, p. 232. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., pp. 418 y 419.

⁶⁹ Cfr. SÁEZ, Emilio, y otros: *Los Fueros de Sepúlveda*. Publicaciones históricas de la Excma. Diputación provincial de Segovia, Segovia, 1953, p. 88.

dos por los cónyuges por medio de compra durante el matrimonio, esto es, á los bienes gananciales»⁷⁰.

Asimismo, el de Alcalá de Henares del Arzobispo don Raimundo, concedido entre los años 1210 y 1247⁷¹, da razón de las ganancias cuando afirma:

§ 81. (...) e esto quien lo oviere a tomar; baron o muger, si lo ovieren ganado en uno...⁷²

En el de Oviedo, dado por Alfonso VII el 2 de septiembre del año 1145, no se habla expresamente, como en los Fueros anteriores, de ganancias, pero se puede entender que implícitamente lo trata cuando de algún modo obliga a llevar a cabo la partición:

*Home que muller prende, pedida a sus parientes, o a sus amigos, et por concello et arras lli dier anter que la espose, dia lli fiador de sus arras quales se convinieren por foro de la villa, et da aquel dia quel fiador lli diere, e haya fecho su carta ata nueve dias, o a la muger, o a sus parientes, roblela su marido en concell, et el fiador sia suelto destas arras quel mando lle dar; desque fillo hobier, las arras son muertas, partan lo que Dios les dier*⁷³

Los Fueros de Borja y Zaragoza, enmarcados entre los años 1144 y 1151⁷⁴, al hablar de los que llegan a ser viudos trata la división —entiéndase de las ganancias— de la parte de la que cada uno de los cónyuges puede disponer:

*[102] De patre aut matre qui fuerint vidui. De patre aud matre qui fuerint vidui. Non possunt dare filio vel filia donum completum si non habet donum unus de alio cun carta et fidantia, aud si non diviserunt. Set de sua parte cognita de racione potest donum dare*⁷⁵

⁷⁰ Tanto para el texto del Fuero como para la posterior afirmación: Cfr. MUÑOZ: *Colección de Fueros Municipales y Cartas Pueblas*, t. I, Imprenta de don José María Alonso, editor, Madrid, 1847, p. 96 y texto de la nota 3 correspondiente a la p. 97. En opinión de CÁRDENAS (*Estudios Jurídicos*, t. Segundo..., cit., p. 87) «las palabras de la carta de la reina D.^a Urraca de 1147, adicionando los Fueros de Leon, no dan luz bastante sobre este punto. De que la mujer cuyo marido iba á la guerra, pudiera reservar *suas medias comparaciones*, no se sigue que estas fuesen la mitad exacta de todo lo que ambos hubiesen adquirido, pues *podian ser tambien* las cosas que hubiesen comprados á medias, y esta *traduccion ménos libre*, es *tambien más conforme al texto*». Sobre la datación de estos Fueros cfr.: REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., pp. 126 y 127. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., pp. 184, 278 y 279.

⁷¹ Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., pp. 9 y 10. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., pp. 101 y 102.

⁷² Cfr. SÁNCHEZ: *Fueros Castellanos de Soria y Alcalá de Henares*. Imprenta de los sucesores de Hernando, Madrid, 1919, p. 290.

⁷³ Cfr. LLORENTE: *Noticias históricas de las tres provincias vascongadas: Alava, Guipuzcoa y Vizcaya. Parte III. Apendice ó Coleccion Diplomatica*, t. IV. Imprenta Real, Madrid, 1808, pp. 102 y 103. Para la fecha de este Fuero cfr.: REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., p. 174. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., pp. 336 y 337.

⁷⁴ Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., pp. 295 y 296. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., pp. 159 y 497 a 499.

⁷⁵ Cfr. MORALES y PEDRAZA: *Fueros de Borja y Zaragoza*, Facsímil, Zaragoza, 1986, p. 49.

Una manera de tratar la cuestión de las ganancias similar a la de los Fueros de Oviedo, Borja y Zaragoza se observa en el atribuido al pueblo de Ledesma por Fernando II en el año 1161⁷⁶, cuando en el mismo se trata en su parágrafo 133, *De la uitudine*:

(...)E todo efto, quando el ouier de confuno, prendalo entrego; e elo que fur de partes del marido, prenda el medio;...⁷⁷.

Al igual que en los cuatro Fueros anteriores, en el de San Miguel de Escalada del año 1173, resultado de la labor realizada por Martín, abad de san Isidoro, por orden de Fernando II⁷⁸, se hace mención a la partición del caudal conyugal, lo que lleva a suponer que entre los cónyuges constante el matrimonio se establecía un patrimonio común:

18.— *El joven que casare y poseyera casa, no pague el censo durante un año; pero al recoger el pan y el vino debe pagarlo. La mujer viuda paga huesas; y paga por las separaciones y las reconciliaciones, cuando haya partido el caudal conyugal, a no ser que el obispo (los exonere?)⁷⁹.*

De manera más amplia y, si se puede hablar así, refundiendo y desarrollando lo que se había venido diciendo hasta entonces, aparecerán las ganancias y su modo de partirlas en el Fuero concedido por Alfonso II de Aragón a Teruel en el año 1177⁸⁰, que se fue completando hasta el año 1247, fecha en la que la recopilación de Fueros que le había sido encomendada al obispo Vidal de Canellas se decantó en la promulgación de los Fueros de Aragón o *Vidal Mayor* de Jaime I⁸¹. El Fuero Turolense referirá las adquisiciones comunes en las Leyes 320 y 330:

[320] *De la partición de bienes de la esposa y del marido. Cuando el marido y la mujer por algún motivo y de común acuerdo quieran hacer partición de bienes, repártanse por igual entre sí todas las cosas que hayan adquirido*

⁷⁶ Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., p. 125. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 277.

⁷⁷ Cfr. CASTRO y DE ONÍS: *Fueros leoneses de Zamora, Salamanca, Ledesma y Alba de Tormes. I. Textos*. Centro de Estudios Históricos, Madrid, 1916, p. 240.

⁷⁸ Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., p. 217. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 396.

⁷⁹ Cfr. RODRÍGUEZ: *Los Fueros del Reino de León II. Documentos*. Ediciones Leone-sas, León, 1981, p. 124.

⁸⁰ Por lo que a la fecha se refiere cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., p. 249 y 250. BARRERO y ALONSO (*Textos...*, cit., p. 433) entienden que el 1 de noviembre de 1177, Alfonso II de Aragón otorgó una Carta de Población a Teruel y la misma se recoge en los párrafos iniciales del Fuero extenso de la familia de los Fueros de Cuenca.

⁸¹ Cfr. TILANDER: *Vidal Mayor. Traducción aragonesa de la obra In Excelsis Dei Thesauris de Vidal de Canellas. II, Texto*, Editada por Gunnar Tilander, Hakan Ohlssons Boktryckeri, Lund, 1956. VV. AA.: *Vidal Mayor. Estudios*, Ed. Excma. Diputación Provincial de Huesca, Huesca, 1989.

conjuntamente y no otra cosa, según fuero, y además repartanse la obra que ambos hayan hecho en el bien raíz de uno y otro, y después de que muera uno de los que hayan hecho partición de bienes en vida, el que sobreviva no perciba nada de sus bienes, sino que los herederos del difunto perciban todos sus bienes y se los repartan por partes iguales entre sí

[330] *De los estériles que conjuntamente cambien o compren algo. Mando también que si el marido y la esposa son estériles y conjuntamente compran o cambian algo o, aunque sea en un bien raíz de uno o de otro, hacen conjuntamente casas, molinos, alguna obra o plantación, repártanlo en partes iguales, tanto en vida como en muerte, cuando sea necesario. Y cuando uno de éstos muera, el que quede perciba la mitad de dicha obra y los parientes más cercanos del difunto perciban la otra mitad restante. Pero los otros bienes raíces vuelvan a su raíz*⁸²

En el mismo siglo, si bien en una fecha algo más incierta —entre los años 1150 a 1194—, los Fueros de la Novenera —Artajona, Larra-ga, Mendigorria y Miranda de Arga— concedidos por Sancho el Sabio⁸³, establecerán en su párrafo 70 —*De casamiento*— la partición de ganancias por mitad no sólo como consecuencia del matrimonio, sino también en los casos en que ya son novios o hay una promesa de matrimonio (*iurada*):

*Todo hombre o toda muyller que prenga bendición, si's quisiere filios de hermanos sean, del día que prengan bendición, si quiere sea iurada con otro, de quoanto que ganen su meatat deue auer de mueble et de hereditat*⁸⁴

En el Fuero otorgado por Alfonso VIII a Huete, en el siglo XII,⁸⁵ también se da razón del reparto de las ganancias matrimoniales:

148. *De las particiones. [S]y la muger e el marido se quisieren departir por algun caso uno de otro, partan igualmente aquello tod que amos en uno ganaron e non otra cosa*

153. *[Sin título] [S]y los velados ouieren fijos, e en vida non fueren partidos, e ninguno d'ellos otros fijos non ouieren, quando el uno d'ellos muriere, pagados todos los debdos desouno que amos ouieren fechos en uno,...*

180. *Del derecho de los biudos. (...) E aquestas biudedades sean dadas de aquellas cosas que en uno ganaron e non de otras cosas...*⁸⁶

Idéntica mención se hace en el que el mismo rey dispuso para Cuenca en el año 1189⁸⁷, que en su *X Capitulum*, al tratar *De suc-*

⁸² Cfr. CASTAÑÉ: *El Fuero de Teruel. Edición crítica con introducción y traducción*. Imprenta Perruca, Teruel, 1991, pp. 465 y 481.

⁸³ Cfr. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 327.

⁸⁴ Cfr. TILANDER: *Los Fueros de la Novenera*, Almqvist & Wiksell's Boktryckeri Ab. Uppsala, 1951, p. 58.

⁸⁵ Cfr. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 262.

⁸⁶ Cfr. MARTÍN PALMA: *Los Fueros de Villaescusa de Haro y Huete*, Universidad de Málaga, Málaga, 1984, pp. 125, 129, 153 y 155.

⁸⁷ Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., pp. 81 y 82. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 216.

cessione filiorum atque parentum, regulará lo relativo a las ganancias adquiridas por ambos cónyuges:

vijj. De separatione uxoris et mariti. Cum maritus et uxor aliqua occasione abinuicem uoluerint separari, diuidant equaliter inter se quecumque simul adquisierint, et non aliud; et diuidant laborem, quem ambo in radice alterius fecerint. Et postquam unus eorum, qui in uita fuerint separati, decesserit, ille qui superuixerit, nihil de bonis eius accipiat, set heredes defuncti accipiant omnia bona sua et diuidant inter se

*xiiij. De his que sponsi simul adquisierunt. Quicquid in die nuptiarum simul aut separatim sponsis promissum siue datum fuerit, totum sit com[m]une ambobus, tam in uita quam in morte*⁸⁸

El 1 de febrero del año 1192⁸⁹, Alfonso IX concederá el Fuero a la localidad de Villafranca del Bierzo, y en él se recogerá lo relativo al patrimonio común de los cónyuges dentro de una situación que, como ahora se verá, es un tanto peculiar:

*(...) Y si por ventura el herido muriere, el que le hirió sea enterrado bajo el muerto; y si tuviere mujer, ella debe haber todo su patrimonio y lo que en derecho le perteneciera sin su marido, y de las cosas que ganara con su marido denla la mitad y de la otra mitad háganse dos partes, si tuviere hijos, y una mitad dese a los hijos y la otra dese por iguales partes al rey, al concejo y a los alcaldes; y si no tuviera hijos aquel que fue enterrado bajo el muerto, toda la mitad de él pertenezca al rey, al concejo y los alcaldes, y pártanla según se ha dicho*⁹⁰

Así mismo, en el atribuido por Alfonso VIII a Soria en los años 1195 o 1196 se hará referencia a los gananciales o ganancias de forma breve en los párrafos 324, 339, 340 y 341, y de manera más amplia en el 334, 335, 336 y 338⁹¹. Y en el que el mismo rey, hacia el año 1213, concedió al pueblo de Alcaraz⁹²:

Libro Tercero. [82.] Del departimiento del marido e de la muger. Quando el marido e la muger departir se quisieren por alguna ocasion, partan entre si equal mientre lo que en uno ganaron e no al. Et otrossi partan la lauor que amos ados en la rayz del uno fizieren. Et despues que el uno d'aquellos que en la uida fueren departidos muriere, aquel que sobreuisquiere non tome nada de sus bienes, mas los herederos del defunto tomen todos sus bienes.

⁸⁸ Cfr. DE UREÑA: *Fuero de Cuenca. [Formas primitiva y sistemática: texto latino, texto castellano y adaptación del Fuero de Iznatoraf]. Edición crítica con introducción, notas y apéndice*, Tipografía de archivos, Madrid, 1935, pp. 256, 264 y 270. Aquí se refiere la forma sistemática.

⁸⁹ Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., p. 279. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 476.

⁹⁰ Cfr. RODRÍGUEZ: *Los Fueros del Reino de León II...*, cit., p. 150.

⁹¹ Cfr. SÁNCHEZ: *Fueros Castellanos...*, cit., p. 238. Sobre la fecha de este Fuero cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., p. 249. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 424.

⁹² Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., p. 11. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., pp. 104 y 105.

[88]. *De aquello que los esposos en uno ganaren. Por que qual quier cosa que en el dia de las bodas en uno o apartada mientras a los esposos fuere prometido o dado, todo sea comun a amos a dos tan bien en la uida como en la muerte*

[92] *De la particion de los herederos e de la madrastra. Otrossi, si el padre muriere, la segunda o la tercera o la quarta seyendo biua, maguer que d'ellas fijos aya, enpero ante que la madrastra ni los fijos d'ella ninguna cosa tomen, los fijos de la primera madre tomen la meatat de todos los bienes que el padre con su madre ante o despues en uno ganaron*⁹³

Entre 1222 y 1227⁹⁴, cuando Alfonso IX le otorgue el Fuero a Coria, se establecerá, por lo que a las ganancias matrimoniales se refiere, lo siguiente:

68. *Mugier que enbiudar. Mugier que biudad quisier tener, tome... E reçibalo del aver de anbos, e si no lo ovier de consuno, tome la meatad del aver del (...)*

74. *De las mandas. Manda que mandar el marido a la mugier, o la mugier al marido, fasta la meatad de su aver lo pueda mandar. E si mas le mandar, nol preste*

81. *Qui conprar herençia. Todo ome que conprar herençia o ovejas o qual cosa quier con su muger de su aver, entre la mugier en la mitad despues que fueren velados. E si la mugier conprar alguna cosa, ansi lo fagan de su aver, aya el marido la meatad. E si alguna cosa [caminaren (caniaren)], asi sea*⁹⁵

A la economía del matrimonio como sociedad de ganancias se referirá el Fuero otorgado por Fernando III, El Santo, a Zorita de los Canes el 6 de mayo de 1218⁹⁶:

192 *DEL DAPARTIMIENTO DEL MARIDO ET DELA MUGER. Quando el marido et la muger por alguna ocasion el uno del otro se quisiere partir, partan equal mientras entre si todas aquellas cosas que en uno ganaron, et non otra cosa; et otro si, partan el trabaio/ et la lauor que entramos enla rayz del uno fizieron; et pues que el uno dellos finare, el que fincare biuo non tome ninguna cosa delos bienes del finado, mas los herederos del finado tomen todos sus bienes, et partan los entresi*

198 *DE AQUELLAS COSAS QUE LOS ESPOSOS EN UNO GANAREN (SEA DE COMUN DELLOS AMOS). Daquellas cosas que los padres asus fijos*

⁹³ Cfr. ROUDIL: *Les Fueros d'Alcaraz et d'Alarcón. Édition synoptique avec les variantes du Fuero d'Alcáraz, Introduction, notes et glossaire. Tome I. Introduction et texte*, Librairie C. Klincksieck, Paris, 1969, pp. 183, 186 y 189.

⁹⁴ Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., p. 79. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 210.

⁹⁵ Cfr. MALDONADO: *El Fuero de Coria*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1949, pp. 30, 31 y 33.

⁹⁶ El primer privilegio se lo concedió a esta localidad Alfonso VII el 4 de marzo de 1156. Posteriormente, Alfonso VIII y Martín de Siones, maestre de Calatrava, le concedieron Fueros al concejo de Zorita el 8 de abril de 1180. Fernando III confirma y adiciona estos Fueros en Pinilla el 6 de mayo de 1218 (Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., p. 298). El atribuido a Fernando III es el que he manejado para este trabajo: lo datan, sin más matices, BARRERO y ALONSO (*Textos...*, cit., p. 500) como del siglo XIII.

dieren en el dia de sus bodas, siquiere sea rayz o mueble. Si alguno daquellos sin fijos muriere, la rayz o el mueble, al que fuere dada, aquel sea tornada

224 *DELAS MEIORIAS DELOS BIBDOS. Si el bibdo ola bibda en uiduidat quisiere fincar, deue auer estas cosas sin suerte. Si fuere bibdo, su cauallo con todas sus armas, et el lecho en que yaze primera miente con su muger, et la aues aztores. Si fuere bib-da, non deue auer el lecho que con su marido solie yazer. Mas deue auer un hero que queda I cafiz sembradura, et uno yuuo de bueyes, et una arançada de uinna, que non sea parral, del derecho de su uiduidat, et non otra cosa. E aquestas uiduidades deuen seer dadas de aquellas cosas que en uno ganaron, et non de otras cosas. E sean alli luego apreçiadadas, et aquellos quelas recibieren den buen fiador, que non malmetan ninguna cosa dellas. E si por auentura, quando uiniere el dia dela particion, no ouieren, o no aduxieren aquellas cosas que son dichas de suso, non gelas tomen, si non fueren esas mismas, et tales quales fueron*⁹⁷

Entre los años 1221 y 1239⁹⁸, lejos de la extremadura del reino castellano, y confirmando una vez más lo natural que se había vuelto hablar de ganancias del matrimonio, en el Fuero ratificado por Rodrigo Jiménez de Rada para Brihuega se dispone:

*Por buena de marido et mugier. Toda buena que compraren o ganaren marido et mugier. de mueble o de rayz: a la fin del uno partan la por medio*⁹⁹

A medida que se fue realizando la Reconquista iban otorgándose normas a los nuevos territorios rescatados, y, curiosamente, en materia de economía matrimonial las disposiciones de los nuevos Fueros seguirán acogiendo lo que ya se había convertido en pauta general: lo ganado conjuntamente por ambos cónyuges¹⁰⁰.

Esto se constata en el Fuero dado por el rey Alfonso IX a Cáceres entre los años 1231 a 1235¹⁰¹:

De vidvitatem. Mulier que vidvitatem voluerit tenere, accipiat... & hoc accipiat de auer dambos, & fi non habuerit dambos, tomet la meatad del auer dèl, fi quifier viudadad tener...

Manda de Mvlier ad virum. Manda que mandare virum ad mulierem, vel mulierem ad virum vique ad medietatem de fo auer delque finare, prefte; & de fuper non prefte; & fi mas madar del auer que ouiere, fegun como mandare, afsis corregan las mandas

⁹⁷ Cfr. DE UREÑA: *El Fuero de Zorita de los Canes según el Códice 247 de la Biblioteca Nacional (Siglo XIII al XIV)*, Establecimiento tipográfico de Fortanet, Madrid, 1911, pp. 119, 122, 136 y 137.

⁹⁸ Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., p. 49. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 160.

⁹⁹ Cfr. CATALINA: *El Fuero de Brihuega. Publicalo precedido de algunos apuntamientos históricos acerca de dicha villa*, Tipografía de Manuel G. Hernández, Madrid, 1887, p. 181.

¹⁰⁰ Cfr. DE HINOJOSA: «La condición civil...», cit., p. 531. MELÓN: «Organización...», cit., p. 115.

¹⁰¹ Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., p. 54 y 55. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 170.

Qvi obierit. (...) & fu moble que ganaron ambos en vno (...)

*De comprar herencia. Todo ome, que comprare herencia, ò mueble con fu muger de fu auer, entre la mulier en enmedietate despues que fueren velados, ò cambiare, & fi mulier comprare aliquam taufa de fo auer, ò cambiare: otrofi, entre el marido en la metad*¹⁰²

La realidad de que lo que en un futuro será la sociedad de gananciales estaba echando raíces con la Reconquista –Reconquista iniciada por los propios visigodos, que, como ya hemos visto, junto con la dote, empiezan a dar carta de naturaleza a la comunidad de bienes y al reparto de ganancias entre los cónyuges¹⁰³– y arraigó con fuerza en el Fuero de Baylío aprobado en la primera mitad del siglo XIII. Este Fuero parece tener su origen inmediato en las cartas de *meatade* de la región meridional portuguesa próxima a Jerez de los Caballeros y Alburquerque¹⁰⁴; y merece ser resaltado dentro de los distintos Fueros que aquí estoy trayendo a colación por su importancia histórica en la actual liquidación de la sociedad de gananciales; influencia que queda reflejada en intentos legislativos¹⁰⁵, en la jurisprudencia¹⁰⁶, en la doc-

¹⁰² Cfr. ULLOA: *Fuero y Privilegios de Cáceres*. S.f., pp. 24 a 27.

¹⁰³ Cfr. DE HINOJOSA: «La condición civil...», cit., p. 528.

¹⁰⁴ Cfr. FONT: «La ordenación...», cit., pp. 219 y 220.

¹⁰⁵ No hace mucho se pretendió legislar la materia contenida en dicho Fuero. En este sentido en el Legajo 47. II del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil cfr.: sesiones en la que se estudio el tema relacionado con la proposición de Ley presentada a las Cortes sobre el Fuero de Baylío: 6 de diciembre de 1972, 13 de diciembre de 1972, 20 de diciembre de 1972. Anteproyecto (para estudiar una) Ley reguladora del Fuero de Baylío (16 noviembre 1977), al inicio del mismo se establece: «se trata de conseguir una regulación legal moderna –matizada con los necesarios detalles– de la institución denominada «Fuero de Baylío», vigente en el orden económico-matrimonial dentro de tres zonas peninsulares discontinuas (situadas en la provincia de Badajoz, próximas a la frontera política luso-española) y en la plaza africana de Ceuta. Sumario de dicho Anteproyecto: Capítulo I. De la aplicación territorial del Fuero de Baylío (arts. 1 a 3). Capítulo II. Régimen económico-matrimonial según el Fuero (arts. 4 y 5). Capítulo III. Adquisiciones. Administración y actos de riguroso dominio sobre bienes comunes. Responsabilidades (arts. 6 a 8). Capítulo IV. Extinción y liquidación de la comunidad foral (arts. 9 a 11). Capítulo V. Relaciones e incidencias del Fuero sobre otras instituciones del Derecho civil común (arts. 12 y 13). Disposición final.

¹⁰⁶ Fue apoyo para la jurisprudencia –junto con otras normas– incluso después de que se promulgará nuestro Código Civil: «considerando que la observancia mandada guardar por la Ley 12, Título 4.º, Libro 10 de la Novísima Recopilación del Fuero del Baylío en la villa de Alburquerque, ciudad de Jerez de los Caballeros y demás pueblos en que era costumbre, no consiste según términos de la citada Ley, en la comunidad de los bienes desde el instante del matrimonio, sino en comunicarlos y sujetarlos todos á partición como gananciales, ó sea al tiempo de disolverse la sociedad, que es el momento en que, con arreglo á la legislación común, se determina este carácter en los que excedan de las peculiares aportaciones de los cónyuges, y, por lo tanto, que durante el matrimonio pueden los sometidos á dicho Fuero disponer libremente de los bienes de su particular patrimonio» (STS de 8 de febrero de 1892, Cdo. 1.º [CJC T. 71. 1.º, n. 35]). Cfr. también RRDGRN de 19 de agosto de 1914 (CJC T. 131, n. 50); de 10 de noviembre de 1926 (CJC T. 172, n. 93); de 11 de agosto de 1939 (RJA 1939/437) y de 9 de enero de 1946 (RJA 1946/249).

trina¹⁰⁷ y en el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Extremeña¹⁰⁸.

En este esfuerzo continuo, que los visigodos y, podríamos decir, sus descendientes llevaron a cabo para recuperar el territorio perdido y volver a ordenarlo acudiendo —con mejor o peor fortuna— a sus costumbres¹⁰⁹, destaca la labor de Fernando III y Alfonso X. Padre e hijo no vieron sólo la importancia de reconquistar, sino también, y en la medida en que las circunstancias de la época lo permitían, de regular la vida y cultivar la mente de sus súbditos. Basta, por lo que a la intención legisladora se refiere, hacer constar la ingente labor normativa de ambos. Si bien, como ahora veremos, más del segundo que del primero.

En materia de economía del matrimonio se respetará la partición de lo ganado por ambos en uno, esto es, lo ganado constante matrimonio; esto no impedirá que en algunos de los conjuntos normativos elaborados por el Rey Sabio se trate más de la dote que de las ganancias.

Esa subsistencia del reparto de las ganancias obtenidas durante el matrimonio se puede leer en el Fuero que el rey santo sancionó, hacia 1240¹¹⁰, a favor de Úbeda:

Título XXI: De los heredamientos & de las particiones & de los que casan dos vezes & oujeren hijos & de los bibdos & de las bibdedat que han de auer

Ley I: (...) Mas la otra rrayz que el padre & la madre ensemble ganaren, a la de heredar el pariente que fuere bjuo todos los dias de su vida por derecho de heredamiento,...Ley quinta: (...) [D] Quando el marido o la muger por alguna ocasion partirse quisieren entre sy, partan egualmente lo que en vno ganaron,...

Ley VII [A] (...) pagadas todas las debdas de comun que en vno fizieren...¹¹¹.

O en el que, en fechas similares¹¹², este mismo rey concedía a Iznatoraf:

Ley clxxxv. Del partimjento del marido o dela muger. Quando el marido o la muger por alguna ocasion partirse quisieren entresi, partan egual mente lo

¹⁰⁷ Así mismo, ha sido objeto de un detenido estudio doctrinal: cfr. GARCÍA GALÁN: «El llamado Fuero de Baylío en el territorio de Olivenza». *Boletín informativo del ilustre Colegio de Abogados de Badajoz* de 24 de julio de 1976. Archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil. Legajo 47. II.

¹⁰⁸ Artículo 12 de la Ley Orgánica 25 de febrero de 1983 (RCLA. 1983/381). Actualmente, y después de la reforma del Estatuto por Ley Orgánica 6 de mayo de 1999 (RCLA. 1999/1202), se hace mención expresa al Fuero de Baylío en los artículos 11.1 y 42.

¹⁰⁹ Cfr. FONT: «La ordenación...», cit., pp. 212, 213, 221, 230, 231, 239 y 240. PRIETO BANCES: «Los notarios...», cit., pp. 129 y 130.

¹¹⁰ Cfr. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 450.

¹¹¹ Cfr. PESET y otros: *Fuero de Úbeda*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valencia, Valencia, 1979, pp. 286 y 288.

¹¹² Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., p. 116. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., pp. 265 y 266.

que en vno ganaron. E avn partan la lauor que amos a dos enla rayz del vno fizieren. E despues que el vno de aquellos que en vida fueren departidos muriere, el que fuere biuo non prenda njnguna cosa de sus bienes. Mas los herederos del muerto prendan todos sus bienes e partanlos entre si

*Ley cxcj. Delas cosas que alos esposos fueren dadas e mandadas el dia delas bodas. E qual qujer cosa que sea mandada el dia delas bodas o donado alos esposos ensenble o a cada vno por si, todo sea de amos tan bien en vida como enla muerte*¹¹³.

Prácticamente en la misma época –año 1241–, el Fuero Juzgo¹¹⁴, en el Libro IV (*Del linage natural*), Título II (*De los herederos*), Ley XVII (*De lo que gana el marido é la muier, seyendo casados en uno*) establecerá:

*Quantoquequier que el marido sea noble, si se casa con la muier cuemo debe, é viviendo de so uno ganan alguna cosa, ó acrecen, si alguno dellos fuere mas rico que el otro, de su buena é de todas que acreceren é ganaren en uno, tanto debe aver demas en aquello que ganáron en uno, quanto avie demas del otro en su buena: assí que si las buenas dámbos semeian iguales, por poca cosa non tomen entencion. Ca de duro puede seer que sean asmadas tan egualmiente, que non semeie que la una es mejor de la otra en alguna cosa. Mas si la una es mayor de la otra connoçuda mientre, quanto fuere mayor, tanto debe aver mayor partida en la ganancia, assí cuemo es dicho de suso, cada uno despues de la muerte del otro, é puédelo dexar á sus fijos, ó á sus propinquos, ó á otri si quisieren. E assí lo dezimos de los barones cuemo de las muieres. E de las cosas que ganáron, de que fizieron ámos escripto, aya cada uno tal partida cuemo dixiere el escripto. E si el marido ganare alguna cosa de algun omne estranno ó en hueste, ó quel dé el rey ó susennor, ó sus amigos, dévenlo aver sus fijos ó sus herederos despues de su muerte, ó puede fazer dello lo que quisiere. E otrosí dezimos de las muieres*¹¹⁵

Como puede observarse es breve la referencia de este Fuero a lo ganado de consuno, quizá porque poco haya que decir de algo tan generalmente admitido como dependiente de la voluntad de las partes. Incluso, como ahora veremos, en ordenamientos que se aproximan más al régimen dotal –influidos por la Recepción– que al

¹¹³ Cfr. DE UREÑA: *Fuero de Cuenca...*, cit., pp. 265 y 271.

¹¹⁴ «El Fuero Juzgo es la versión al romance castellano del *Liber Iudiciorum* en su forma “vulgata”, que se realiza durante la Baja Edad Media.

Con propiedad, este título de Fuero Juzgo sólo debe utilizarse para las versiones al romance, aunque es frecuente encontrar esta denominación empleada como sinónima de *Liber Iudiciorum*. Se puede decir que es reciente la delimitación y separación de ambos conceptos, delimitación clara, pues en realidad hace referencia a dos textos, que, aunque deriva el uno del otro, corresponden a épocas e idiomas distintos, e incluso el contenido de los mismos no es totalmente idéntico, ya que en el Fuero Juzgo se aprecian diferencias y adiciones» (CERDÁ: Voz «Fuero Juzgo», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. X, Barcelona, 1976, el texto literal que se refiere en esta nota aparece en la p. 326, para la fecha –año 1241– mencionada en el texto principal cfr., *Ibid.*, p. 329).

¹¹⁵ Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA: *Códigos antiguos de España*, vol. I. López Camacho, impresor, Madrid, 1885, p. 32.

ganancial, contrasta el hecho de que frente a la breve mención de los gananciales sea prolífica la regulación de la dote. Los primeros por el uso que a los cónyuges se les permitía estaban adquiriendo el carácter de costumbre y terminarán por ser ley; la segunda, tenía fuerza de ley y costumbre inveterada. Con el transcurso del tiempo, y desde el punto de vista legal, tanto aquéllos como ésta terminarán por igualarse, si bien, hoy en día, nuestro CC sólo regula los gananciales sin hacer mención a la dote.

Como ya he mencionado, fruto de la Recepción del Derecho romano se procede a la elaboración de cuerpos legales. En ellos se regula más la dote que lo referente al futuro régimen de gananciales.

Será durante el reinado de Alfonso X cuando el Espéculo, con orientación parecida a la que se recogerá en las Partidas¹¹⁶, trate muy brevemente la sociedad de gananciales haciendo mención a los posibles pactos entre los cónyuges respecto a las ganancias derivadas del matrimonio en la Ley XXXIX *—en que manera deven seer fechas las cartas de las dotes, e de las arras que los maridos dan a sus mugieres—*, del Título XII *—de los escribanos—*, del Libro IV, cuando en la misma se dispone:

*...E demas que ayades vuestra parte en quanto Dios nos diere a ganar daqui adelante, e mejoráremos en nuestro aver. E deve y nombrar todo lo que a el marido, e otrosi lo que a ella, atan bien mueble como rayz. E deve poner las arras della con lo al que avia ante, para saber quanto avie cada uno el dia que fezieron su casamiento, porque se alguno de ellos moriere, mas ciertamente puedan saber sus herederos quanto deve aver cada uno en las ganancias...*¹¹⁷

Dentro de este mismo siglo XIII, hacia la segunda mitad —año 1248— se hablará de las ganancias en lo que se conoce como *Libro de los Fueros de Castiella*. En su Título 240, cabe deducir lo que serían bienes comunes haciendo una interpretación en sentido contrario de lo que en el mismo se dispone; más claro, por lo que a los gananciales se refiere, será lo dispuesto en el Título 289:

240. Titulo delo que ganan los desposados e delas deudas que fassen. Esto es por fuero: que sy vn omne es desposado con una muger et estan algun tiempo que no casan e moran por su cabo sin la esposa e ella sin el, et el e ella ganan mueble e heredades el vno sin otro, maguer ganen heredades e mueble el vno sin el otro, lo que gana cada vno dellos suyo es de aquel que lo gana. Et otrosy sy fassen deubda cada vno por si, el que la fisiere, el la deve pagar

¹¹⁶ «En tiempo de Don Alfonso X el Sabio y en fecha que no se puede precisar, pero en todo caso anterior a la redacción del Código de las Siete Partidas, se redactó esta obra, llamada también *Espejo de todos los derechos*» (MINGUIJÓN: Voz «Espéculo», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. VIII, Barcelona, 1956, p. 790).

¹¹⁷ REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Opúsculos legales del rey don Alfonso El Sabio*. t. I. El Espéculo ó Espejo de todos los derechos, Imprenta Real, Madrid, 1836, p. 268.

289. *Titulo del omne que casa o de la muger commo a la meatad de lo que ouyere el vno del otro. Esto es por fuero de Logronno: que el dia que fuere el omne con su muger casado aura la meatad de todo el mueble, el marido dela muger, e la muger del marido. Et toda cosa que ouyesse cada vno dellos fecha por su cabo cada vno ante que casassen, ambos ados lo abrian de pechar por medio. Et despues que fuessen casados, otrosy*¹¹⁸

Ya en la segunda mitad del siglo XIII, el Fuero Real de España –de finales de 1254 o principios de 1255¹¹⁹–, tratará de los gananciales en el Libro III, Título III –*De las ganancias del marido, y la muger*–. En este Título se incluyen tres Leyes cuyos encabezamientos y desarrollos van centrandos el contenido de la futura sociedad de gananciales:

Y así la Ley I dispondrá:

*Toda cosa que el marido è la muger ganáren, ó compráren de consuno, hayanlo ambos por medio, si fuere donacion de Rey, ò de otri: è lo diere á ambos, hayanlo amos marido, è muger: è si lo diere al uno, hayalo solo aquel à quien lo diere*¹²⁰

La Ley II reizará:

Como lo que ganáre el marido por herencia, ò en otra manera semejante, es suyo propio. Si el marido alguna cosa ganáre de herencia de padre, ó de otro propinquo, ò donacion, ò de señor, ò de pariente, ò de amigo, ò en hueste en que vaya por su soldada de Rey, ò de otro, hayalo todo quanto ganáre por suyo: è si fuere en hueste sin soldada, à costa de sí, è de su muger, quanto ganáre de esta guisa sea del marido, è de la muger. Ca asi como la costa es comunal, asi lo que ganaren sea comunal de ambos: y esto susodicho sea de las ganancias de los maridos: y eso mesmo mandamos de las mugeres

Y en la Ley III se establecerá:

*Que como quier que haya mas el marido que la muger, los frutos son de consuno. Maguer que el marido haya mas que la muger, ò la muger que el marido, quier en heredad, quier en mueble, los frutos sean comunales de ambos à dos: è la heredad, è las otras cosas donde vienen los frutos, hayalos el marido, ò la muger cuyos eran, ò sus herederos*¹²¹

¹¹⁸ Cfr. SÁNCHEZ: *Libro de los Fueros de Castiella*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 1924, pp. 128, 156 y 157.

¹¹⁹ Cfr. MINGUIJÓN: Voz «Fuero Real». *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. X, Barcelona, 1976, p. 346.

¹²⁰ Entienden GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (*Elementos del Derecho Civil...*, cit., pp. 122 y 123) que «la institución de gananciales se deriva también del libro de los godos, con la notable diferencia de que en el Fuero Real no se atiende ya para partir las ganancias obtenidas durante el matrimonio á lo aportado por cada uno de los cónyuges, sino que la *division* se hace entre ellos por iguales partes».

¹²¹ Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA: *Códigos...*, vol. I, cit., p. 121.

Asimismo, la referencia a los gananciales aparecerá reflejada en los Fueros entregados por Alfonso X a Alarcón el 26 de julio de 1256:

Título 179 De los que sse quisieren partir. Quando el marido e la muger por algun caso se quisieren partir, partan todo aquello que amos ensemble ganaron e non otra cosa. E partan la lauor que amos fizieren enna rayz del otro. E despues que.1. d'aquellos fallesçiere que en uida fueron partidos, aquel que sobreuisquiere ninguna cosa non tome de los bienes del otro. Mas los otros sus herederos del muerto tomen todos sus bienes et partan los entre ellos mismos

*Título 182 [...] E fijo ninguno non parta la rayz del padre o de la «madre» que fueren biuos la qual ouiere ganado ante que fuessen uelados o de lur patrimonyo que alguno d'ellos ouiere caydo. E los fijos o los herederos non den parte al padre o a la madre qual quiere que sea biuo de la rayz del muerto que ante del casamiento ouiere ganado et fuere esta de su patrimonyo. Que todo aquello que en el dia de sus bodas dado o prometido fuere al esposo o al esposa, todo sea comun d'amos en uida e en muerte*¹²².

y a Plasencia el 1 de agosto de 1262:

[464] De particion de marido & de mugier. Quando el marido o la mugier por alguna ocasión se quisieren departir, partan egualmiente entre sí quanto en uno ganaren, & non otra cosa. Otrossí partan la lavor que amos en raíz d'otro fizieren; et después que el uno d'ellos que en vida fueren departidos, passare[n], aquél que fuere bivo, non prenda nada de la buena del muerto, mas los herederos del muerto prendan su buena & partan entre sí

*[489] De lo que a de aver el bibdo o la bibda... Estas bibdades denlas de las cosas que amos en uno ganaron & non de otras cosas*¹²³.

Destacan, dentro de la tarea reguladora del Rey Sabio y en la historia de nuestro Derecho, las Siete Partidas, publicadas entre 1256 y 1263¹²⁴. En ellas se regula ampliamente el régimen dotal, siendo muy frecuentes las referencias al mismo: Partida 3.^a, Título XVIII, Ley 86; Título 29, Ley 8. Partida 4.^a, Título XI, Leyes, 1, 2, 7 a 23 y 25 a 32. Partida 5.^a, Título XIII, Leyes 23, 25, 29 y 33; Título XIV, Leyes 50 y 51 y Título XV, Ley 7. Partida 6.^a, Título XV, Leyes 3 y 6. Partida 7.^a, Título XVII, Ley 15 y

¹²² Cfr. ROUDIL: *Les Fueros d'Alcaraz...*, cit., pp. 183 y 186. Por lo que a la fecha de este Fuero se refiere cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., p. 6. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 97.

¹²³ Cfr. MAJADA: *Fuero de Plasencia. Introducción. Transcripción. Vocabulario*. Edita. Librería Cervantes, Salamanca, 1986, pp. 110 y 116. Para la fecha de este Fuero, cfr.: REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., pp. 185 y 186. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 355.

¹²⁴ Cfr. FONT: *Voz «Código de las Siete Partidas», Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. IV, Barcelona, 1981, p. 314.

Título XXV, Ley 6. Como contrapunto, se hacen dos brevísimas menciones a los gananciales:

Una, en la Partida 4.^a, Título XI, Ley 24, en la que se reconoce el respeto a la sociedad de gananciales, o a la facultad de pactar sobre el modo en el que los cónyuges tengan lo que adquirieron de consuno, allí donde estuviese establecida por el derecho del lugar:

*... ca la costumbre de aquella tierra do fizieron el casamiento, deue valer, quanto en las dotes: e en las arras, e en las ganancias que fizieron...*¹²⁵

Y otra, en la Partida 7.^a, Título XVII, Ley 15:

*... Otrosi decimos, que si alguna muger casada saliesse fuera de casa de su marido, e fuyessee a casa de algun home sospechoso contra voluntad de su marido, o contra su defendimiento, si esto pudiere ser prouado por testigos, que sean de creer, que deue perder por ende la dote, e las arras e los otros bienes que ganaron da consuno, e ser del marido*¹²⁶

La adopción –en este cuerpo legal– del régimen dotal para el matrimonio supuso una ruptura con la normativa recogida en ordenamientos anteriores y también con la que aparecería en los posteriores.

Esta aislada vuelta al Derecho romano no se ha visto libre de críticas; en particular, y por lo que se refiere al tema del régimen económico del matrimonio que aquí estamos tratando, el principal defecto de la Partida 4.^a es «la omisión de la sociedad legal entre los cónyuges, que establecida en el Fuero Juzgo, conforme en este punto también con las costumbres góticas, fue transcrita en los Municipales y regularizada en el Real...»¹²⁷. Parece lógico reconocer –con el matiz ya referido en al Partida 4.^a, Título XI, Ley 24– que las Partidas, por ser «fiel trasunto del derecho romano, no hablaron ni aun incidentalmente de los gananciales, á pesar de que su mismo autor trató de ellos con notoria competencia en el Fuero Real, y de que la costumbre los había sancionado hasta el extremo de que nunca prevalecieron contra ella las leyes [...] de Alfonso el Sabio»¹²⁸.

Un argumento más para constatar la postura contraria a los gananciales reflejada en las Partidas será que en ellas se siguieron «en esta materia las doctrinas del Derecho Romano, el cual hacía dueño al marido de las ganancias adquiridas durante el matrimonio; y de aquí el establecerse en dicho Código, como regla gene-

¹²⁵ Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA: *Códigos...*, vol. I, cit., p. 502.

¹²⁶ *Ibid.*, pp. 647 y 648.

¹²⁷ GÓMEZ DE LA SERNA: *Los Códigos españoles. Concordados y anotados*, t. segundo, Imprenta de la Publicidad, Madrid, 1848, p. XXXII.

¹²⁸ ABELLA: *Código Civil...*, cit., p. 405, en nota 3. Cfr. también: MARICHALAR y MANRIQUE: *Recitaciones...*, cit., pp. 446, 451 y 461.

ral, que todos los bienes que aparecieran á la muerte del marido debían pertenecer á sus herederos, aunque se hallaren en poder de la mujer, excepto si justificaba ésta que eran suyos, o que los había adquirido honestamente por medio de un arte ú oficio»¹²⁹. Así parece deducirse de lo dispuesto en la Partida 3.^a; Título XIV, Ley 2.^a:

*... E otrosi dezimos que quando el marido muere, e fallan dineros, e ropa, e otras cosas en poder de su muger, que solia beuir con el, e pedian los herederos aquellas cosas, en nome del finado, si la muger negare en juyzio, que aquellas cosas non eran de su marido, e las razonare por suyas, o que ha algund derecho en ellas, tenuta es de lo prouar: e si desto non pudiere dar prueua verdadera, deuen ser entregados todos aquellos bienes a los herederos del finado. E esto touieron por bien los sabios antiguos, por esta razon, porque sospecharon, que toda cosa, que fallassen en poder de la muger, que era de los bienes del marido, fasta que ella mostrasse lo contrario, porque mas guisada razon es, de sospechar, que poner dubda en los coraçones de los omes, que ella los ouiesse ganado de mala parte. E esto se deue entender, de aquellas mugeres, que no vsan arte, o menester, de que lo pueden ganar honestamente, mas si tal arte vsan, tenemos por bien, que non sea desapoderada de aquellos bienes, que ella dize, que assi gano, e deuen ser oydas las razones della, e de los herederos, en la manera que mandan las otras leyes deste nuestro libro, que fablan en esta razon*¹³⁰

De todas formas, la regulación de las ganancias entre marido y mujer posterior a las Partidas acabará siendo distinta –por influencia de éstas– a lo que se había dispuesto con anterioridad. Así parece constatarse siglos después cuando se debata la aprobación del CC, llegándose a afirmar que en su forma originaria el sistema ganancial, no era como el que terminó por regular el CC. De esta manera lo entendió Comas cuando afirmaba «... el sistema ganancial de hoy no responde á ninguna necesidad de la familia española. ¿Era éste el sistema ganancial del Fuero Juzgo? ¿Era éste el sistema ganancial del Fuero Real, ó sea el derecho nacional de la Edad Media? ¿El Fuero Real no establecía una verdadera sociedad de pérdidas y ganancias entre el marido y la mujer españoles? ¿No explica perfectamente la Ley 207 del Estilo el carácter de la sociedad legal del Fuero Real?

«Lo que paso [...] fué que, con motivo de la influencia inmensa que experimento ó sufrió nuestro derecho por el poderío de las Partidas, se romanizó en la época en que los jurisconsultos cesaristas de los Reyes Católicos introdujeron los principios de Derecho Romano, ó sea el sistema dotal dentro del régimen ganancial, y se

¹²⁹ DEL VISO: *Lecciones elementales de Derecho Civil...*, quinta ed., 1885, p. 148.

¹³⁰ Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA: *Códigos...*, vol. I, cit., p. 409.

modificó, alteró y desnaturalizó profundamente este sistema en la Ley 60 de Toro»¹³¹.

De todas formas, el régimen de gananciales se seguirá plasmando en los Fueros posteriores; y así, entre los años 1242 y 1275¹³², el Fuero de Usagre, otorgado por don Pelay Pérez, maestre de Santiago, afirmará:

82. *Manda que mandare marido a mulier o mulier a marido. Manda que mandare uirum al mulier, aut mulier ad uirum, usque ad medietatem de so auer preste. Et desuper non preste, et si mas mandar del auer que ouiere, segun como mandare, asis corregan las mandas*

84. *Omme que murier o mulier et filios aut filias ouieren [...] et postea partan su herencia et su moble que ganaron ambos en uno...*

89. *Qui conprar herencia o moble con su mulier. Tod omme qui conprar herencia o mueble con su mugier de su auer, entre la mulier en medietate despues que fueren uelados o camiareen; et similiter si mulier comparare aliquam causam de suo auer o canbiare, otrosi entre el marido en la meatad*¹³³

Se mantiene la mención a las ganancias en el Fuero de Fuentes de la Alcarria dispuesto por el Arzobispo de Toledo Gonzalo García Gudiel entre 1280 y 1299:

[181] *Por buena de marido o de mujer. Toda buena que compraren o ganaren marido o muger de mueble o de rayz a la fin del uno partanla por medio*

[194] *Por quarto de marido o de muger. Tod ome que vinnas pusiere o casas fiziere en hereditat de su muger aya y el quarto o la meytad de la fechura qual mas quisiere, et otrosi sea en la hereditat del marido*¹³⁴.

Más tarde quizá –por lo incierto de la fecha¹³⁵–, lo relativo a los gananciales se recogerá en el Libro V, Título I– *De las arras, e del donadio que da el marido a la muger, e de las compras, o ganancias, e particiones, e debdas, e fiaduras, que facen*– del Fuero Viejo de Castilla¹³⁶.

¹³¹ REVISTA DE LOS TRIBUNALES: «Discusión parlamentaria del Código Civil. Discursos pronunciados en el Senado durante la legislatura de 1888 a 1889». Centro editorial de Góngora, Madrid, 1891, pp. 227 y 228.

¹³² Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., pp. 265 y 266. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 454.

¹³³ Cfr. DE UREÑA y BONILLA: *Fuero de Usagre*, Hijos de Reus, editores, Madrid, 1907, pp. 30, 31 y 33.

¹³⁴ Cfr. VÁZQUEZ DE PARGA: *Fuero de Fuentes de la Alcarria*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1947, p. 46. Quizá también se hiciera mención a las ganancias en el folio I, 2.^a columna, i 41 (*Qui demande particion*), pero al no conservarse el texto no pasa de ser una conjetura. Para la fecha de este Fuero Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., p. 99. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 243.

¹³⁵ Por lo que a la fecha de esta obra se refiere, cabe distinguir dos momentos y redacciones del Fuero viejo: una asistemática de la segunda mitad del siglo XIII; y otra sistemática –dividida en cinco libros y títulos– del año 1356 (cfr. CERDÁ: «Voz Fuero Viejo de Castilla». *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. X, Barcelona, 1976, pp. 353 y 354).

¹³⁶ Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA: *Códigos...*, vol. I, cit., pp. 96 y 97.

Se continúa la costumbre gótica de los gananciales en el Fuero de Béjar de finales del siglo XIII y principios del XIV:

235. *De particion de marido et de mugier. Sj por alguna occasion se quisieren partir marido e mugier, partan lo que ganaron en uno a equal, e non al. Partan aun la lauor que amos fizieron en la rayz del otro; e despues que el uno delos murier despues de la partiçion, non aya nada de la buena del otro, mas los herederos del defunto lo partan e lo tomen*

244. *Del don de los nouios en dia de su boda. Todo lo que fuer dado a los nouios el dia de su boda, a entramos en uno a cada en su cabo, o prometido, dentramos sea en muert et en uida*

251. *De particion de los herederos como partan con la madrastra. Sj el padre murier, la segunda mugier o la tercera o la quarta biuiendo, maguer que aya en ela fijos, ante que la madrastra o sus fijos tomen algo, el fijo de la primera madre prenda la mitad de todel auer que su padre o su madre ganaron de con so uno, antes o despues*¹³⁷

Asimismo, la referencia a los bienes gananciales aparece recogida, dentro de las Leyes de Estilo, publicadas quizá en 1310¹³⁸:

Ley CCIII.—Que los bienes que se fallan en poder del marido, et de la muger, se presumen comunes de ambos; salvo si alguno probare ser suyos, es notable Ley.

*Como quier quel derecho diga, que todas las cosas que han marido, et muger, que todas presume el derecho que son del marido, fasta que la muger muestre las que son suyas: pero la costumbre guardada es en contrario, que los bienes que han el marido, et la muger que son de ambos por medio, salvo los que probare cada uno que son suyos apartadamente*¹³⁹.

Ley CCV.—Como el marido puede vender los bienes ganados durante el matrimonio

Si alguno, seyendo casado con alguna muger, comprò alguna eredad o otra cosa, que ganó estando en uno con su muger; estos bienes, que ansi compró o ganó, puedelos vender el marido si menester le fuere, en tal que no lo faga el marido maliciosamente, maguer la muger avie su meytad en aquella ganancia de lo que el marido habia ganado o comprado

Ley CCVI.—De los bienes de los Mercaderes et de sus mugeres; et como se han de partir

Otrosí, han por uso en algunos lugares do son los mercaderes, porque han lo suyo todo lo mas en muebles, que si las mugeres con quien son casados han heredad, o otras cosas de su patrimonio, o que son suyas en otra manera, et

¹³⁷ Cfr. GUTIÉRREZ: *Fuero de Béjar*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1974, pp. 73 a 75. Para la ubicación temporal de este Fuero, cfr. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 147.

¹³⁸ Cfr. CERDÁ: *Voz «Leyes de Estilo»*. *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. XV, Barcelona, 1981, p. 266.

¹³⁹ Entienden MARICHALAR y MANRIQUE (*Recitaciones...*, p. 473) que «tan sumamente trascendental es la determinación de esta ley, que con ella no sólo se fijó todo lo concerniente a materia de gananciales, sino que quedó hasta tal punto aclarada que puede decirse que al establecerse se creó la luz».

vende el marido con consentimiento de su muger alguna eredad de las suyas, o si vende todo lo de la muger, habrá el marido su meytad en todo: et si la muger no consiente que se vendan sus bienes, es así de uso, que habrá el marido la meytad en todos sus bienes de la muger: et esto es porque la muger quiere haber la meytad en todo lo que ha su marido, que lo ha todo en mueble, o lo mas: et es así comunaleza, que haya el marido la meytad en los bienes de la muger

Ley CCVII.—*Quándo la muger es obligada a las debdas que face el marido durante el matrimonio*

Todo el debdo que el marido, et la muger ficieren en uno, paguenlo otrosí en uno. Et es a saber, que el debdo que face el marido, maguer la muger non lo otorgue, nin sea en la carta del debdo, tenuta es a la meytad del debdo. Et otrosí, es a saber, que si la muger se obliga con el marido al debdo de mancomun, et cada uno por todo: que si a la muger demandan toda la dedda, que lo puede facer, et es tenuta de pagar toda la debda. Otrosi, si la muger es menor de edad quel fuero manda, et es casada, et se obliga con su marido en el emprestido en la carta de debdo, tenuta es ella a la sua meytad del debdo: et si se obligó de mancomun, et cada uno por todo, será tenuta a todo el debdo si gelo demandan, maguer sea menor de edad. Ca el casamiento cumple la edad, et la malicia cumple la edad. Et como quiere parte en las ganancias, asi se debe parar a las debdas. Mas si la que es menor de edad non se obliga en la carta con su marido, non será tenuta a la debda. Et el ome menor de edad desque casado es, será tenuto a todo emprestipo, et obligamiento de debda que faga: pero en las otras cosas donde es otorgada restitucion a los menores, podrá demandar restitucion

Ley CCXXIII.—*Quándo la muger es obligada por las debdas que face el marido, et quando no*

*Otrosí, si el marido es mayordomo, o arrendador, o cogedor, también será la muger et sus bienes de la muger tenudos como los del marido: salvo si la muger ante omes buenos tomase recaddo en como ella decia, que no queria ser tenuta a ninguna cosa que su marido oviese de haber, et de recabdar destas cosas sobredichas, nin haber ende pro ni daño*¹⁴⁰

Algunos años después —el 27 de febrero de 1349¹⁴¹—, don Fadrique, maestro de la orden de Santiago, al entregarle el Fuero a Villaescusa de Haro, hará distintas menciones a las ganancias obtenidas por ambos cónyuges:

173. *Como hereden los fijos la buena de sus padres [...] Mas la otra rayz que el padre e la madre ensemble ganaron...*

¹⁴⁰ Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA: *Códigos...*, vol. I, cit., p. 169 (Leyes CCIII, CCV, CCVI y CCVII) y p. 170 (Ley CCXXIII).

¹⁴¹ Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., pp. 277 y 278. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 475.

178. *Del paramiento del marido e de la muger. Quando el marido e la muger a departirse ouieren por alguna ocasion, partan entre sy yualmente lo que ensemble ganaron e non al. E aun partan la lauor que amos fisieron en la rayz del uno*

183. *Título XV de los fijos e de la particion [...] pagadas todas las deudas de comun, las que ensemble fisieron...*

211. *De los bibdos [...] Estas biudadades sean dadas de lo que amos ganaren e non de otras cosas...*¹⁴²

El Fuero de Ayala del año 1373, redactado siendo señor de esas tierras don Fernán Pérez de Ayala, contendrá cuestiones –relativas a las deudas y las ganancias– que en el futuro serán recogidas en otros términos por el CC al tratar los gananciales. En este sentido cabrá recurrir al contenido de los Capítulos:

XXXIX: Otrosi debda que el marido ficiese la muger pague la mitad salvo si estuviere defendida por el Concejo que por debda que faga el marido que ella nin sus bienes non sea tenida a ello. E si el marido entro fiador por otro, la muger nin sus bienes non sean tenidos a ello, ni por juego de dados no por debda que el marido faga para le dar a su manceva

*LXXXII: Estando el marido con la muger si canviaren heredad que sea del uno de ellos con otro, los esquilmos de la heredad que es cambiada ayan los por medio, e la heredad sea de aquel de quien era la otra por que fue fecho el cambio. E otrosi estando en uno si vendieren heredad del uno de ellos, e del precio compraren otra, los esquilmos de la tal heredad mandamos que sean de ambos a dos comunmente e la heredad sea de aquel de cuya heredad fue fecha la compra*¹⁴³

De lo dicho hasta el momento, y principalmente del elenco de Fueros que se han traído a colación, puede deducirse la marcada influencia histórica y geográfica que tuvo la institución de los gananciales; influencia que llegó a tales extremos que «el no mencionar algunos Fueros municipales la institución, nada dice contra su universalidad, dado que no se conoce hasta ahora Fuero alguno que contenga disposiciones contrarias a ella. Por otra parte, no siendo los Fueros Códigos completos, su silencio se explica porque supone como derecho común el visigótico escrito o consuetudinario»¹⁴⁴.

¹⁴² Cfr. MARTÍN PALMA: *Los Fueros de...*, cit., pp. 118, 124 y 128.

¹⁴³ Cfr. DE URIARTE: *El Fuero de Ayala*, Ed. Diputación Foral de Álava, Álava, 1974, pp. 130 y 136 respectivamente. Como puede verse, en el Capítulo LXXXII aquí transcrito se observa un interesante caso de subrogación real. Para la fecha de este Fuero, cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., pp. 34 y 35. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 136.

¹⁴⁴ DE HINOJOSA: «La condición civil...», cit., p. 531.

Dentro de este desarrollo histórico –como pilar de este puente que nos acerca a nuestro actual régimen de gananciales–, y aunque no se puede tener como conjunto normativo por lo que ahora se verá, es de interés dejar constancia del resumen de un testamento otorgado en el siglo xv, ya que en el mismo se refleja un supuesto de causante que había contraído dos matrimonios, y llegado el momento de su muerte –y habiendo fallecido ambas esposas– se ha de proceder a la restitución de los bienes dotales y gananciales entre los hijos que quedan de cada matrimonio:

«[...] en el testamento de nuestro insigne ciudadano el doctor Yañez de Ulloa, que fue del consejo del rey don Juan II y oidor de su audiencia y canciller de su madre la señora doña Catalina, otorgado en Santa María de Nieva á 2 de noviembre del año 1442 por ante el doctor Fernando Diaz de Toledo, relator y refrendario, secretario y notario público de dicho rey y de sus reinos. [...] Tal ministro, pues, asegura que á la sazón aun regia en Toro en lo general el Fuero Juzgo ó de Leon. Testa de dos géneros de bienes, unos que tiene en el reino de Castilla y otros en el de Leon: como así bien hace declaración de dos matrimonios que ha tenido, el primero con doña Isabel de San Juan celebrado en esta ciudad de Toro, que dice es del reino de Leon, y el segundo con doña Juana de Herrera solemnizado en la villa de Santibañez de la Mota que pertenece al de Castilla. Espresa los bienes que cada una de estas mugeres llevó en dote, como no menos, los multiplicados y las deudas que hubo en el matrimonio con cada una: los hijos que quedan de las dos y como estos han de separar entre sí respectivamente los dotales y partir las deudas y ganancias. De los de la Mota, dice, con arreglo á las leyes de Castilla y de los de Toro conforme al fuero de Leon, que rige allí, acerca de lo cual extractamos esta cláusula. – Al tiempo que Isabel de Sant Johan mi muger (que Dios perdone) é yo casamos de consuno, nos desposamos en Toro por palabras de presente, é despues solepnizamos las bodas eso mesmo en la cibdat de Toro, la cual es fundada al fuero de tierra de Leon: el cual fuero es: que cuando algunos casan, que lo que ganaren, que lo partan segund que cada uno traxó». Y despues: «E segund la ley del Fuero de Leon su herencia é las deudas han se de contar á sus herederos»¹⁴⁵

Es curioso ver que, en este testamento, la regla de partición de las ganancias se funda no en el reparto por mitades, sino en lo que cada uno haya llevado al matrimonio. Solución tremendamente proporcional y que aparece recogida en el artículo 1409 CC, si bien no respecto a los bienes de cada uno de los cónyuges sino a los de cada uno de los matrimonios¹⁴⁶.

En fecha algo posterior, en las Ordenanzas Reales de Castilla, u Ordenamiento de Montalvo, publicadas por primera vez en 1484¹⁴⁷, las ganancias matrimoniales quedarán reflejadas en las distintas

¹⁴⁵ Cfr. MUÑOZ: *Colección...*, cit., p. 97 en nota 3.

¹⁴⁶ Cfr. MATEO SANZ: *La sociedad de gananciales...*, cit., pp. 166 ss.

¹⁴⁷ CERDÁ: Voz «Ordenanzas Reales de Castilla». *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. XVIII, Barcelona, 1986, p. 557.

Leyes del Libro V, Título IV (*De las ganancias del marido, y de la muger*):

Ley I (Como deben partir las ganancias el marido y la muger). Toda cosa que el marido, y la muger compraren de consuno, hayanlo ambos por medio; y si fuere donadio de Rey, ò de otri, y lo diere à ambos hayanlo marido y muger; y si diere al uno hayalo solo aquel à quien lo diere

Ley II (De las cosas que deven ser del marido ó de la muger, en que han ambos parte). Si el marido alguna cosa ganare de herencia de padre, ò de madre, ó de otro propinquo, ó de donadio de señor, ò de pariente, ò de amigo, ò de hueste del Rey, ò de otro que vaya por su soldada, hayalo todo quanto ganare por suyo; y si fuere en hueste sin soldada à costa de sí, è de su muger quanto ganare de esta guisa todo sea del marido y de la muger. Ca asi como la costa es comunal de ambos, lo que asi ganaren sea comunal de ambos. Esto que es dicho de suso de las ganancias de los maridos, y eso mesmo sea de las mugeres

Ley III (Que los frutos de los bienes son comunes de marido y muger). Maguer que el marido haya mas que la muger, ò la muger mas que el marido, quier en heredad, quier en mueble, los frutos sean comunales de ambos à dos; y la heredad, ò las otras cosas do vienen los frutos, hayalas el marido, ò la muger, cuyas eran antes

Ley IV (Declaración de las leyes susodichas). El Rey Don Enrique IV en Nieva. Año MCDLXXIII. En la Costes que hizo el Señor Rey Don Enrique nuestro hermano, que santa gloria haya, en Nieva, entre los Procuradores de vuestras Ciudades, y Villas, ovo alteraciones, y dudas como se havian de partir los bienes ganados durante el matrimonio entre el marido y la muger; sobre lo cual el dicho Señor Rey nuestro hermano, declarando las leyes del fuero, y lo contenido en el libro del estilo de corte, y las otras leyes que sobre esto disponen, mandó, è ordenó que todos, y qualesquier bienes castrenses, è officios de Rey, y donadios de los que fueron ganados, y mejorados, y havidos durante el matrimonio entre marido e muger por el uno de ellos, que sean è finquen de aquel que los ovo ganado, sin que el otro haya parte dellos segun lo quieren las dichas leyes del fuero. Pero que los frutos y rentas de ellos, y de todos otros qualesquier officios, aun de los que el derecho ovo por quasi castrenses, y los bienes que fueron ganados, ò mejorados, durante el matrimonio, y los frutos y rentas de los tales bienes castrenses, y officios, è donadios, que ambos los hayan de consuno. Otrosi, que los bienes que fueron ganados, y mejorados, y multiplicados, durante el matrimonio entre el marido, y la muger, que no fueren castrenses, ni quasi castrenses, que los pueda enagenar el marido, durante el matrimonio, si quisiere, sin licencia, ni otorgamiento de su muger. Y que el tal contrato de enagenacion vala: salvo si fuere probado que se fizo cautelosamente por defraudar, ò damnificar à la muger. Otrosi mandó, y ordenó en las dichas Cortes, que si la muger fincare viva, y seyendo viuda, viviere luxuriosamente, que pierda los bienes que ovo por razon de su meitad de los bienes que fueron ganados y mejorados por su marido, y por ella, durante el matrimonio entre ellos; y sean vueltos los tales bienes à los herederos de su marido defunto, en cuya compañía fueron ganados¹⁴⁸

¹⁴⁸ Copilación de leyes del reino, de ALFONSO DÍAZ DE MONTALVO, Ed. Lex Nova, Valladolid. 1986.

En el año 1505, y continuando con las pautas de las Ordenanzas Reales, se regulará la materia de los gananciales nacidos del matrimonio en algunas de las Leyes de Toro:

Ley XIV (6.^a, tít. 4.º, lib. 10, N. R.).

Mandamos que el marido y la muger suelto el matrimonio aunque casen segunda ó tercera vez, ó más, puedan disponer libremente de los bienes multiplicados durante el primero ó segundo, ó tercero matrimonio, aunque aya avido hijos de los tales matrimonios ó de alguno dellos, durante los cuales matrimonios los dichos bienes se multiplicaron como de los otros sus bienes propios que no oviesen sido de ganancia, sin ser obligados á reservar á los tales hijos propiedad ni usufructo de los tales bienes

Ley XV (17, tít. 4.º, lib. 10, N. R.)

En todos los casos que las mugeres casando segunda vez son obligadas á reservar á los fijos del primero matrimonio la propiedad de lo que ovieren del primero marido, ó heredaren de los hijos del primero matrimonio, en los mismos casos el varón que casare segunda ó tercera vez, sea obligado á reservar la propiedad dellos á los hijos del primero matrimonio; de manera que lo establecido cerca deste caso en las mugeres que casaren segunda vez aya lugar en los varones que passaren á segundo, ó tercero matrimonio

Ley XVI (8.^a, tít. 4.º, lib. 10, N. R.)

Si el marido mandare alguna cosa á su muger al tiempo de su muerte ó de su testamento, no se le cuente en la parte que la muger ha de aver de los bienes multiplicados durante el matrimonio, mas haya la dicha mitad de bienes y la tal manda en lo que de derecho debiere valer

Ley LX (9.^a, tít. 4.º, lib. 10, N. R.)

Quando la muger renunciare las ganancias, no sea obligada á pagar parte alguna de las deudas que el marido oviere hecho durante el matrimonio

Ley LXXVII (10, tít. 4.º, lib. 10, N. R.)

Por el delicto que el marido, ó la muger cometiere aunque sea de heregia, ó de otra qualquier qualidad no pierda el uno por el delicto del otro sus bienes, ni la mitad de las ganancias avidas durante el matrimonio: é mandamos que sean avidos por bienes de ganancia todo lo multiplicado durante el matrimonio, fasta que por el tal delicto los bienes de qualquier dellos sean declarados por sentencia, aunque el delicto sea de tal qualidad que imponga la pena ipso jure

Ley LXXVIII (11, tít. 4.º, lib. 10, N. R.)

*La muger durante el matrimonio por delicto, puede perder en parte, ó en todo sus bienes dotales, ó de ganancia, ó de otra qualquier qualidad que sean*¹⁴⁹

¹⁴⁹ Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA: *Códigos...*, vol. I, cit., p. 722 (Leyes XIV, XV y XVI), p. 726 (LX, LXXVII) y p. 727 (Ley LXXVIII).

Posteriormente, en el año 1567, el régimen de gananciales se reflejará de una forma más detallada en las once Leyes del Título IX (*De las ganancias entre marido, i muger*), Libro V, de la Nueva Recopilación¹⁵⁰; y lo dispuesto en ésta será recogido en el año 1805 por la Novísima Recopilación en el Libro X, Título IV (*De los bienes gananciales, ó adquiridos en el matrimonio*): Ley I (*Modo de partir entre marido y muger los bienes adquiridos en el matrimonio*); Ley II (*Bienes comunes á marido y muger, y los pertenecientes á cada uno por sí*); Ley III (*Los frutos de los bienes propios del marido ó de la muger sean comunes*); Ley IV (*Los bienes que tengan el marido y muger se presuman comunes, no probando su respectiva pertenencia*); Ley V (*Bienes comunes, y los pertenecientes á marido ó muger en declaración de las precedentes leyes del Fuero y Estilo*); Ley VI (*Facultad del conyuge que superviva, para disponer de los bienes multiplicados en el matrimonio, sin obligación á reservarlos para los hijos de él*); Ley VII (*Casos en que los padres que pasan á segundo matrimonio, deben reservar á los hijos del primero la propiedad de los bienes del difunto*); Ley VIII (*Los bienes mandados por el marido á la muger, no se comprehendan en la mitad que ha de haber de los gananciales*); Ley IX (*La muger, renunciando las ganancias, no pague las deudas hechas por el marido durante el matrimonio*); Ley X (*Ninguno de los conyuges, por delito de otro, pierda los bienes multiplicados hasta la sentencia declaratoria*); Ley XI (*La muger casada pueda perder por delito los gananciales, y demas bienes que la pertenezcan*); Ley XII (*Observancia del Fuero de Baylío, en quanto á sujetar á particion, como gananciales, los bienes llevados ó adquiridos en el matrimonio*); Ley XIII (*Derogación de la ley ó costumbre, prohibitiva de que las mugeres Cordobesas participen de los gananciales adquiridos durante el matrimonio*)¹⁵¹.

Después de la Novísima Recopilación habrá que esperar al CC para encontrar otro texto con fuerza legal en el que se regule y consolide el régimen de gananciales. Ahora bien, en ese período de más de ochenta años aparecerán tres proyectos de Código, que si bien no llegarán a cuajar, hasta adquirir el carácter de normas aplicables, sí permiten afirmar que en la mente de los legisladores la sociedad continúa viva y su regulación es cada vez más detallada.

¹⁵⁰ Cfr. *Nueva Recopilación. Segunda parte. De las Leyes del Reyno. Libro quinto*, Edición facsímil, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1982, pp. 18 y 19.

¹⁵¹ Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA: *Códigos...*, vol. II, cit., pp. 1720 a 1722.

1.3 La sociedad de gananciales y la codificación del siglo XIX

A nadie se le escapa que, para la ciencia jurídica, el siglo XIX podría ser conocido como el de las Codificaciones, y no sólo en España o en materia civil, sino también en otros Estados y en otros campos del Derecho.

Desde este punto de vista podríamos decir que el primer fruto de la labor codificadora española –y quizá por ello «el más interesante doctrinalmente»¹⁵²– será el inconcluso proyecto de CC de 1821: el proyecto de Garelly¹⁵³. De su estudio, y por lo que a los gananciales se refiere, sólo podremos constatar que también tenía intención de regular esta materia. Esto queda reflejado en el Libro segundo –*De los derechos y de las obligaciones según la diferente condición doméstica de las personas*–, Título 1.º –*De la condición de marido y muger*–, Capítulo segundo –*De los derechos y las obligaciones de los cónyuges*–, concretamente en el artículo 330, cuando en el mismo se afirma que *los derechos de los cónyuges en cuanto a la comunión de bienes y sucesión hereditaria se determinan en el libro tercero de este Código*¹⁵⁴. Como en el proyecto no llegó a redactarse el Libro tercero, habrá que conformarse con el deseo que ha quedado mencionado en el referido artículo.

En el año 1832, Gorosábel, en su *Redacción del Código civil de España*, hará mención a la sociedad de gananciales en el Capítulo IV –*Derechos y obligaciones de los conyuges con respecto á los bienes que se adquieren durante el matrimonio*–, desarrollándolo en sus distintas secciones: Sección I. –*De la comunidad de bienes*–, Sección II. –*De la administración de los bienes de la sociedad conyugal*–, Sección III. –*De la disolución y renuncia de la sociedad conyugal*–, Sección IV. –*Derechos del conyuge sobreviviente despues de la muerte del otro respecto de los bienes adquiridos durante el matrimonio*–. Y correspondiéndose con los artículos 43 a 70¹⁵⁵.

El siguiente paso en el trayecto histórico de los gananciales será el proyecto de Código de 1836: proyecto cerrado y completo en el que se recoge lo relativo a la sociedad de gananciales en el Libro III –*De las obligaciones y contratos, y de la prueba judicial*–, Título 10.º –*De la sociedad de gananciales*–, Capítulos: 1.º –*De la natu-*

¹⁵² PESET: «La primera codificación...», cit., p. 145.

¹⁵³ Cfr. PESET: «Análisis y concordancias del proyecto de Código Civil de 1821», ADC, 1975, pp. 37 a 41.

¹⁵⁴ Cfr. Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil, Legajo I, Proyecto de Código Civil por la Comisión Cortes (Garelly).

¹⁵⁵ Cfr. GOROSÁBEL: *Redacción del Código Civil de España, esparcido en los diferentes cuerpos del Derecho y leyes sueltas de esta nación; escrita bajo el método de los códigos modernos*, Imprenta de la Viuda de la Lama, Tolosa, 1832, pp. 12 a 18.

raleza de esta sociedad, de los bienes comprendidos en ella, y del repartimiento de ganancias-, 2.º –De las facultades que tienen los cónyuges respecto de los bienes sociales-, 3.º –De las cargas ú obligaciones á que están sujetos los bienes sociales-, 4.º –De la disolución de la sociedad conyugal y de sus efectos-, 5.º –De la pérdida de los bienes gananciales por delito de uno de los consortes-, 6.º De las capitulaciones matrimoniales por medio de las cuales podrá modificarse la sociedad conyugal-. El contenido de este Título 10.º, con sus distintas secciones, se desarrolla en los artículos 1491 a 1519¹⁵⁶.

Un poco después, y antes de que apareciese el proyecto de García Goyena, Fernández de la Hoz publicará, en el año 1843, su CC redactado con arreglo a la legislación vigente. En el mismo y dentro de su Libro IV –De las obligaciones-, se recogerá el Título Séptimo –De la sociedad ó compañía- que en su Capítulo II tratara de la sociedad legal entre los cónyuges en los artículos 1303 a 1314¹⁵⁷.

En el año 1851, el tan traído proyecto de Código de García Goyena la incluirá dentro del Libro III –De los modos de adquirir la propiedad-; Título VI –El contrato de matrimonio; Capítulo 4.º –De la sociedad legal-; Secciones: 1.ª –Disposiciones generales-, 2.ª –De los bienes propios de cada uno de los cónyuges-, 3.ª –De los bienes gananciales-, 4.ª –De las cargas y obligaciones de la sociedad legal-, 5.ª –De la administración de la sociedad legal-, 6.ª –De la disolución de la sociedad legal-, 7.ª –De la liquidación de la sociedad legal. Correspóndense el Capítulo y las Secciones con los artículos 1309 a 1353¹⁵⁸.

De éste se traslada a nuestro CC, quedando reflejada en el Libro IV –De las obligaciones y contratos-; Título III –Del contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio-; Capítulo V –De la sociedad de gananciales-; Secciones: 1.ª –Disposiciones generales-, 2.ª –De los bienes de la propiedad de cada uno de los cónyuges-, 3.ª –De los bienes gananciales-, 4.ª –De las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales-, 5.ª –De la administración de la sociedad de gananciales-, 6.ª –De la disolución de la sociedad de gananciales-, 7.ª –De la liquidación de la sociedad de gananciales-. Artículos 1392 a 1431¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Cfr. Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil. Legajo 3. Manuscrito del proyecto de Código Civil (1836) formado por D. José Ayuso, D. Eugenio de Tapia y D. Tomás María Vizmanos, individuos de la Comisión creada al intento por el Gobierno de S. M.

¹⁵⁷ Cfr. FERNÁNDEZ DE LA HOZ: *Código Civil...*, cit., pp. 227 a 229.

¹⁵⁸ Cfr. GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, t. III, cit., pp. 320 a 349.

¹⁵⁹ El contenido del Título III además del Capítulo V relativo a la sociedad de gananciales comprendía los siguientes Capítulos y Secciones: capítulo I. –Disposiciones generales-,

Por último, hoy en día, después de la reforma surgida de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, la sociedad de gananciales aparece regulada en los artículos 1344 a 1410¹⁶⁰.

Hasta aquí se ha visto el desarrollo legislativo de la sociedad de gananciales. Parece claro que a medida que ha ido pasando el tiempo su regulación, fruto de la sistemática codificadora, ha adquirido unos tintes más sencillos. Es dentro de esta sede donde se incluye la liquidación simultánea de los gananciales de dos o más matrimonios contraídos por una misma persona regulada actualmente en el artículo 1409 CC.

Ahora bien, y por contraste con la regulación de los gananciales del CC, el contenido de este artículo quizá sea excesivamente parco, y más que simplificar complique la comprensión de la situación que en él se regula.

Como ahora veremos, parece que desde el punto de vista histórico-legislativo se hacía necesario dejar constancia en el CC de lo dispuesto en su artículo 1409. Lo que ahora pretendo desentrañar no es sólo el porqué de esa necesidad, sino también a qué se debe que de la misma se deje constancia en sede de gananciales.

III. LA DEFENSA DE LOS DERECHOS SUCESORIOS DE LOS HIJOS DEL PRIMER MATRIMONIO ANTE LAS NUEVAS NUPCIAS DEL SUPÉRSTITE COMO FUNDAMENTO DEL ACTUAL ARTÍCULO 1409 CC

Ya hemos referido, dentro de este apunte histórico, que nos aproxima de forma general a la figura en estudio, que la situación actualmente regulada en el artículo 1409 CC apareció recogida por primera vez en el proyecto de García Goyena: en su ya citado artículo 1353; posteriormente pasó al CC tomando cuerpo en el artículo 1431 y después de la reforma por Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del CC en materia de filiación, patria potes-

Capítulo II. *-De las donaciones por razón de matrimonio-*, Capítulo III. *-De la dote-*, Sección 1.^a *-De la constitución y garantía de la dote-*, Sección 2.^a *-De la administración y usufructo de la dote-*, Sección 3.^a *-De la restitución de la dote-*, Capítulo IV. *-De los bienes parafernales-*, Capítulo VI. *-De la separación de los bienes de los cónyuges y de su administración por la mujer durante el matrimonio* (cfr. DE LAS CASAS: *Aplicación...*, cit., p. 509 ss.).

¹⁶⁰ Se obvia mencionar los enunciados del Libro, Título, Capítulos y Secciones por el fácil acceso que a los mismos puede tenerse.

tad y régimen económico del matrimonio, quedó reflejada en el artículo 1409 del mismo texto legal. Es decir, el itinerario codicial de la liquidación simultánea de gananciales de dos o más matrimonios contraídos por una misma persona se inicia en el año 1851.

Ahora bien, ¿cuál es el motivo por el que se da razón de esta situación en el proyecto de CC de 1851? ¿Por qué no aparece ninguna mención legal anterior? ¿Qué lleva a mantenerlo después en el CC? ¿A qué se intenta dar respuesta al regular esta materia?

1. LA POSIBLE INFLUENCIA DEL DERECHO FORAL NAVARRO EN LA APARICIÓN DEL ACTUAL ARTÍCULO 1409 CC

Entre los primeros comentaristas a nuestro CC hay quien considera, al referir el artículo 1431 de dicho texto legal (actual art. 1409), que los antecedentes de lo que en él se contiene habrá que ir a buscarlos a la legislación histórica navarra, ya que «esta materia era muy deficiente en la leyes castellanas»¹⁶¹; de ahí que cuando se entra en el estudio de aquélla se descubra, por lo que se refiere al 1431, que «no poca semejanza con lo dispuesto en este artículo tiene la Ley 2.^a, Título 10, Libro 3.^o de la Novísima Recopilación de Navarra y la 50 de las Cortes de 1765 y 1766, que dicen que casando el padre o la madre por segunda vez sin hacer partición de bienes con los hijos del primer matrimonio, lo conquistado y mejorado durante el segundo se ha de compartir con las criaturas del primero, dividiéndose en tres partes iguales, una para los hijos referidos y las otras dos para los cónyuges»¹⁶².

El desarrollo legal de esta materia en el Derecho navarro no se inicia ni concluye con la Novísima Recopilación de Navarra o las Cortes de Pamplona de 1765 y 1766 mencionadas, sino que tiene sus antecedentes en otros conjuntos normativos, y termina por decantar en la Leyes 105 y 106 del Fuero Nuevo.

Respecto a la semejanza histórica, referida en la doctrina inmediatamente anterior o posterior a la publicación del CC que acabo de exponer, cabría decir dos cosas:

Por un lado, la deficiencia de regulación en las leyes castellanas alegada, como posteriormente se verá, no puede ser tenida por tal. Baste a estos efectos mencionar otros textos legales –no navarros– que también pueden ser tomados como antecedente

¹⁶¹ DE BOFARULL: *El Código Civil español...*, cit., p. 448, en nota 3.

¹⁶² ABELLA: *Código Civil...*, cit., p. 416, en nota 2. En el mismo sentido, cfr.: DE BOFARULL: *El Código Civil español...*, cit., p. 448, en nota 3.

del actual artículo 1409 CC: Parágrafos 39 y 40 del Fuero de Jaca; la Ley 11 de los Fueros de Muño y Pampliega; la Ley 34 del de Zamora; las Leyes 200 a 204 del Fuero de Zorita de los Canes; *el manuscrito español 8331 de la Biblioteca del Arsenal de París*; el Fuero de Brihuega; la Ley 251 del Fuero de Béjar; en el Libro V, Título IV, Parágrafos 1 a 95 de las *Observancias* de Jaime del Hospital; así como los *Fueros y Observancias de Aragón* de Alonso Luis de Escárte y Ramírez¹⁶³. Incluso en la doctrina, no ha faltado quien, a la hora de estudiar el artículo 1409 de nuestro CC, considera que «la hipótesis normal que se manejaba en el Derecho Castellano era el fallecimiento de la mujer dejando viudo e hijos menores sin que se dividiera entre ellos la sociedad. Si durante la menor edad de estos hijos, el viudo contrae nuevo matrimonio, en el momento de la muerte de los dos cónyuges del segundo matrimonio se puede producir la hipótesis. El supuesto más claro es el de la viuda con los hijos del primer matrimonio de su marido y con sus propios hijos, que lo son a su vez de su marido»¹⁶⁴.

Por otro, que el recurso a las fuentes de Derecho navarro cabrá expandirlo en el tiempo a la legislación actual, pues parece que ésta aproxima lo que hoy se recoge en la Ley 106 de Fuero Nuevo con el contenido del actual artículo 1409 CC. Ahora bien, la redacción de la Ley 106, como de la misma se deduce, reclama lo dispuesto en la Ley 105. En esta última se establece que «el padre o madre que contrajere segundas o ulteriores nupcias deberá practicar, conjuntamente con sus hijos o descendientes de matrimonio anterior, la liquidación de la sociedad conyugal disuelta y hacerles formal y efectiva entrega de los bienes que les correspondan. Los hijos menores no emancipados serán representados por el defensor judicial». A su vez, la Ley 106 regula que «Si antes de celebrar nuevas nupcias, el padre o madre no hubieren cumplido la obligación que le impone la Ley precedente, los hijos o descendientes de anterior

¹⁶³ Además de estos ordenamientos históricos, GARCÍA-GRANERO (*Comentarios al Código Civil...*, cit., p. 368). entiende que se encontrarían «en Aragón, el Fuero extenso de Jaca (en versión aragonesa) y la Compilación de Huesca; en Francia, diversas fuentes de los países de *Droit coutumier* (señaladamente la *Coutume de Paris*); y en Castilla los Fueros de la denominada familia Cuenca-Teruel (incluido el Fuero de Soria) y los textos del Derecho territorial (el Libro de los Fueros de Castiella y el Fuero Viejo de Castilla)». Del contenido de las fuentes aragonesas y castellanas anteriores y posteriores se hará mención más adelante, por lo que se refiere a las Francesas me parece interesante hacer mención entre otras a las siguientes: *Grand Coutumier de France* (año 1388), *Ancienne Coutume de Paris* (año 1510), *Nouvelle Coutume de Paris* (año 1580), *Institutes Coutumières* de Antoine Loysel (año 1607). Los textos de todas ellas han sido extraídos de la obra del autor aquí citado (*Ibid.*, pp. 383 y 384, en nts. 48, 49, 51 y 54).

¹⁶⁴ DIEZ-PICAZO: *Comentarios...*, cit., p. 1805.

matrimonio podrán exigir la liquidación; en tanto ésta no se practique, participarán en un tercio de las conquistas obtenidas durante el nuevo matrimonio, pero no les afectarán las pérdidas si las hubiere. Lo dispuesto en esta Ley se observará sea cual fuere el régimen de bienes del nuevo matrimonio».

Del contraste de las mismas, y para ver con mayor claridad el paralelismo entre su contenido y el del artículo 1409 CC, me parece oportuno, a los efectos de fundar mejor los antecedentes históricos, no limitarme a los de la Ley 106 del Fuero Nuevo —que quizá sea la que más se aproxime a lo recogido en el art. 1409 CC—, sino entrar también en los de la Ley 105 del mismo texto legal que complementa a aquélla.

De este análisis conjunto de la construcción de ambas Leyes, y siguiendo los dictados de un amplio sector de autores que han estudiado el Fuero Nuevo ¹⁶⁵, podríamos decir que el más remoto antecedente, por lo que a las mismas se refiere, se encuentra en el Derecho Romano, concretamente en el Código de Justiniano, Leyes 3, 4 y 5, Título 9, Libro 5 ¹⁶⁶. De la lectura de lo que en estas Leyes se dispone queda clara la relación que su contenido guarda con la figura de la reserva sucesoria. Esta institución, como más adelante se expondrá, tiene por principal misión proteger a los hijos del primer matrimonio en caso de que el cónyuge superviviente contraiga ulteriores nupcias; algo que, como ahora veremos, también parece deducirse de la legislación histórica navarra por lo que respecta a las Leyes 105 y 106 del Fuero Nuevo.

Visto ese antecedente romano, siglos más tarde, y dentro del derecho derivado de los Fueros, cabrá recurrir para buscar el fundamento de las Leyes 105 y 106 a lo dispuesto en algunos de ellos. En este sentido son de interés las Leyes 39, 40 y 349 del Fuero de Pamplona de septiembre de 1129 ¹⁶⁷. Asimismo, tratará la materia el de

¹⁶⁵ Cfr. DE PABLO y otros: *Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. Derecho histórico. Concordancias. Jurisprudencia*, Pamplona, 1988. Algunos de los textos histórico-legislativos que aparecen en esta obra en las Leyes 105 y 106 son los que he seguido a la hora de transcribirlos a este trabajo. Asimismo, para el análisis histórico del Derecho navarro, por lo que a las Leyes mencionadas se refiere, es de interés: GARCÍA-GRANERO: «Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales», t. XXXVI, vol. 2.º. *Leyes 82 a 147 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra*, Edersa, pp. 365 a 388. También sirve de apoyo para los antecedentes históricos que aquí se van a ver el FD. 4.º de la STSJN. de 23 de febrero de 1994 (RJA. 1994/1607).

¹⁶⁶ Cfr. GARCÍA DEL CORRAL: *Cuerpo de Derecho civil romano*, Segunda parte. Código, t. I, Barcelona, 1892. Reimpresión, Ed. Lex Nova. (T. 4.º. Código. Libros 1.º, 2.º, 3.º, 4.º y 5.º), Valladolid, 1988, pp. 577 a 580.

¹⁶⁷ Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., pp. 178 y 179. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 342. DE PABLO y otros: *Fuero Nuevo...*, cit., pp. 182 y 183.

Estella de abril de 1164 dentro del Libro II, Título 11, en las Leyes 1 y 3:

Ley 1: *Si maritus noritur mullieri, et habet ex ea filios, et postea uult duce-re alium maritum, illa mulier debet sortiri cum filiis et filiabus suis quic-quid lucrata fuerit, pecuniam et hereditatem, cum suo primo marito, per medietatem*

Ley 3: *Et si contigit quod accipiat duos maritos, aut tres, et de omnibus habe-bit filios, et filii interim non petunt matri partem patrum suorum, et postea adhuc ducit alium maritum, et tunc ueniunt filii et petunt matri sue partem, mater det unicuique filiorum suorum partem de omni hoc quod lucrata fuerit cum patribus suis; et de alia causa non*¹⁶⁸

En lo que se conocen como Fueros de la Novenera, dictados posiblemente por Sancho el Sabio entre los años 1150 a 1194, se hace mención a la obligación de partir en su párrafo 231 –*De partición de padre o de madre con fillos*– cuando en el mismo se dice:

*Todo ombre que padre o madre sea et deuiene del uno et el otro parte con sus fillos et suert quieran ytar en casas o en pieças o en uinnas, en su fe estando el padre o la madre, de quaal se pagare prendrá sen suert, bonos ombres partiendo o maestros*¹⁶⁹

Por otro lado, el Fuero de Viguera, entre los siglos XII y XIII¹⁷⁰, recogerá en su Ley 401 –*De partición con fijos ante de casar*– un antecedente de la partición derivada de las segundas nupcias:

*Todo omne que oujere fijos de la primera muger e ante que con eyllos parta casare con otra d'eylla oujere fijos o non, sáluo estando su drecho de la muger, partirá con los primeros fijos todos los mejoramientos que fizo de heredat e de moble con la primera e la segunda muger. Et después e su muert todos sus fijos herederán egoalment todo lo del padre*¹⁷¹

A mediados del siglo XIII, y como intentando compendiar lo recogido en los Fueros anteriores, se dará razón de este tema en la Ley 23.^a –*Villano biudo cómo deve dar part á las creaturas ante que case et si non faz que pena ha*–, Título 4.^o –*De heredat et de particion*–, Libro 2.^o –*De iuycios, de contiendas, de particiones, de*

¹⁶⁸ Cfr. LACARRA: *Fueros de Navarra. I. Fueros derivados de Jaca. I. Estella-San Sebastián*, Diputación Foral de Navarra. Institución Príncipe de Viana. Pamplona. 1969, p. 100. Para la fecha de este Fuero, cfr.: REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., pp. 92 y 93. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 232 y 233.

¹⁶⁹ Cfr. TILANDER: *Los Fueros...*, cit., pp. 91 y 92.

¹⁷⁰ Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., pp. 275 y 276. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., pp. 468 y 469.

¹⁷¹ Cfr. DE PABLO y otros: *Fuero Nuevo...*, cit., p. 183.

teniencias, de testigos, de cartas, de juras, de alzas— del Fuero General, cuando en la misma se diga:

*Villano biudo si quisiere casar deve dar primero part á las creaturas primeras ante que case; é si por ventura casasse ante que tomen part, pueden demandar las primeras creaturas part en las heredades de la segunda muyller por razon de conquista*¹⁷²

Hacia el año 1530, el Fuero Reducido –Leyes 5.^a, 6.^a y 9.^a, Título 2, Libro 3.^o– regulará lo hasta ahora referido sobre la obligación de partir la sociedad de conquistas para el caso de segundas nupcias en términos más amplios y detallados, si bien manteniendo la esencia de lo regulado por las anteriores Leyes¹⁷³.

Poco después en la Ley 34 de las Cortes de Tudela de 1558 se resumirán las ideas recogidas en las mencionadas Leyes del Fuero Reducido. El contenido de dicha Ley 34 se perpetúa en la Ley 10 de las Cortes del año 1567. De aquí pasa a incluirse en el año 1735, en la ya mencionada Ley 2.^a, Título 10.^o, Libro 3.^o de la Novísima Recopilación de Navarra:

Casando padre, o madre segunda vez sin hacer particion de bienes con los hijos del primer Matrimonio, se comuniquen con estos lo conquistado en el segundo

*Casando padre, ó madre segunda vez sin hacer particion de bienes con las criaturas del primer Matrimonio, que lo conquistado, y mejorado durante el segundo Matrimonio se comuniquen con las creaturas de el primero, y que se repartan en tres partes iguales. La una para el que casó segunda vez: la otra para las creaturas del primero Matrimonio: y la tercera para aquel, ó aquella, que casó con el que dexó de hacer la dicha particion con sus creaturas de el primer Matrimonio*¹⁷⁴

Posteriormente, la Ley 50 de las Cortes de Pamplona de 1765 y 1766 desarrollará, con intención aclaratoria, el contenido de lo dispuesto en la Ley 2.^a de la Novísima Recopilación «*sobre cuya inteligencia, no obstante de hallarse tan clara, terminante, y específica, ha havido muchos pleytos, y encontradas sentencias, queriendo unos, que aunque el Padre binubo, no haga particion de bienes con sus hijos de primero Matrimonio, con tal que reciba Inventario formal de ellos, excluye, y priba, á los hijos de la tercera parte de conquistas que se ganaren en el segundo Matrimonio, y sintiendo otros que el Inventario, nunca puede tener fuerza de par-*

¹⁷² Cfr. ILARREGUI y LAPUERTA: *Fuero General de Navarra*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1964, p. 48.

¹⁷³ Cfr. DE PABLO y otros: *Fuero Nuevo...*, cit., pp. 183 y 184.

¹⁷⁴ Cfr. DE ELIZONDO: *Novissima Recopilacion de las Leyes del Reino de Navarra*, vol. 3.^o, reimpresión, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1964, p. 207.

ticion, que su recepcion mira á otros respetos, y por consiguiente, que no haciendo efectiva particion de bienes el Padre binubo con sus hijos de primero Matrimonio, no debe ni puede privarlos de las conquistas adquiridas, y ganadas en el segundo: Y respecto de que la Ley está expressa, y la intencion del Reyno, siempre ha sido, y es, que no haciendo formal efectiva particion, y entrega de bienes el Padre binubo con sus hijos de primero Matrimonio, hagan suya la tercera parte de lo que se conquistare, y ganare en el segundo, sin que esse defecto pueda suplirse por la confeccion del Inventario; para que cesen dudas, y con ellas los pleytos que producen. Suplicamos á V. Magestad [...], se sirva concedernos por esplicacion, ó interpretacion de dicha Ley, que no haciendo efectiva particion, y entrega de bienes, con los hijos de primero Matrimonio el Padre, ó Madre, que casare segunda vez aunque reciban inventario formal con todas las solemnidades necessarias, hagan suya aquellos la tercera parte de conquistas, que se ganaren en el segundo Matrimonio...»¹⁷⁵.

En su día debió hacerles caso la autoridad a la que se dirigían, ya que en el actual Fuero Nuevo de Navarra se refleja la *esplicacion ó interpretacion* propuesta por los legisladores del siglo XVIII: esto es, que si no se hace la partición, aunque exista inventario, los hijos del primer matrimonio recibirán *la tercera parte de conquistas que se ganaren en el segundo Matrimonio*¹⁷⁶. Así se deduce de lo dispuesto en las Leyes 105 y 106 de dicho Fuero.

Al margen de esa petición hecha en las Cortes de 1765 y 1766, que —como ya he dicho— terminó fraguando en las Leyes 105 y 106 del actual Fuero, también la doctrina de la época —finales del XVIII y principios del XIX— al interpretar las distintas normas del ordenamiento Navarro llegó a parecidas conclusiones por lo que se refiere a la protección de los hijos del primer matrimonio ante las segundas o ulteriores nupcias de su progenitor supérstite.

En este sentido, se afirma que «si muerta la *muger* con hijos de este matrimonio pasare el *infanzon* á segundas nupcias, y no tuvie-

¹⁷⁵ Cfr. DIPUTACIÓN FORAL DE NAVARRA: *Cuadernos de las Cortes del Reino de Navarra. Cuadernos de las Leyes y Agravios reparados*. III, Ed. Aranzadi. Pamplona. 1964, p. 497.

¹⁷⁶ Por contraste en algún ordenamiento jurídico extranjero —CC chileno— se mantiene la obligación de que «el viudo o viuda que teniendo hijos de precedente matrimonio bajo su patria potestad, o bajo su tutela o curaduría, quisiere volver a casarse, deberá proceder al inventario solemne de los bienes que esté administrando y les pertenezcan como herederos de su cónyuge difunto o con cualquiera otro título. —«Para la confección de este inventario se dará a dichos hijos un curador especial» (art. 124). En caso contrario, «el viudo o viuda por cuya negligencia hubiere dejado de hacerse en tiempo oportuno el inventario prevenido en el artículo 124, perderá el derecho de suceder como legitimario o como heredero abintestato al hijo cuyos bienes ha administrado» (art. 127).

re otros bienes que las arras dadas á la primera *muger*, puede tomar de ellas una heredad para las arras de la segunda; pero no sea la mayor. Si muerta la segunda *muger*, tambien con hijos, pasare el viudo á terceras nupcias, puede dar por arras á la tercera *muger* la tercera heredad de las arras de la primera, no teniendo otros bienes; y los hijos de cada matrimonio deben heredar respectivamente las arras de sus madres, si hubieran sido dadas con fiadores: en caso contrario se partirán entre los hijos que existieren, *segun* fuero: *Lib. 4, Tit. 2, Cap. 1.* [...]. Las conquistas del matrimonio deben partirse por mitad entre los hijos, y el viudo sobreviviente; y habiendo dos ó mas matrimonios, los hijos respectivos deben recibir la mitad de las que se hicieron en su tiempo. El viudo que pasare á segundas nupcias no puede echar de casa á los hijos del primer matrimonio; pero se irán ellos si quisieren, sacando las arras si las hubiere, y si no la mitad de las heredades á su elección. Estando las heredades en diferentes pueblos echarán suertes entre los hijos y el padre para saber cuál es la de la madre, y cuál la del padre: hecha esta partición se darán fiadores mutuamente para no demandar otra cosa de aquellos derechos. Si el viudo pasare á terceras nupcias, teniendo hijos de las segundas, debe partir con éstos como lo hizo con los primeros: *Lib. 4, Tit. 2, Cap. 3*»¹⁷⁷.

De todo lo expuesto hasta el momento se deduce el *iter* jurídico, anterior y posterior, de la mencionada Ley 50 de las Cortes de 1765 y 1766, en la que alguno encuentra un antecedente del contenido del artículo 1409 (originariamente art. 1431) del CC. Ahora bien, esa Ley 50 de Cortes como la 106 del Fuero Nuevo a la que la misma ha parecido dar origen, no fueron ni son islas dentro del ordenamiento jurídico foral navarro; quiere esto decir que su contenido estuvo y está relacionado con otras normas que pueden verter más luz sobre los antecedentes de nuestro 1409 CC.

En este sentido, la mencionada Ley 50 encontró un apoyo, frente a quienes pretendían vulnerarla, en la Ley 48 de las mismas Cortes de 1765 y 1766. Una manera de no respetar la parte en las conquistas o ganancias del segundo matrimonio que se disponía en aquella Ley 50 era «renunciar á favor de su nuevo esposo ó esposa los gananciales que se lucrasen de aquel matrimonio: la renuncia favorable al nuevo consorte y á los hijos de éste, disminuyendo el caudal disponible del renunciante, lastimaba el derecho de los anteriores, que debían sacar por lo menos una parte igual á la mayor

¹⁷⁷ YANQUAS: *Diccionario de los Fueros, y de las Leyes de Navarra*, Imprenta de Ignacio Ramón Baroja, San Sebastián, 1828, pp. 82 a 85.

que dejase á su nueva consorte y los hijos del segundo ó ulterior matrimonio».

«Para evitarlo, la Ley (48) acertadamente prohibió que pudieran renunciarse las conquistas ó gananciales por el binubo o más veces casado en favor de su nuevo consorte»¹⁷⁸.

Esta Ley 48 es un alegato a la defensa de los derechos de los hijos del primer o anterior matrimonio ante las segundas o ulteriores nupcias del supérstite. Estos derechos se garantizan no sólo por el hecho —referido en el Capítulo once de la misma— de *que el hombre, ó muger binubo, ó que segunda vez se casare, no pueda de manera alguna renunciar á favor de su consorte las conquistas que se puedan hacer, y adquirir*; sino también por medio de la reserva y la obligación de no desfavorecer, al llegar la sucesión, a los hijos del primer matrimonio¹⁷⁹. Es decir, los Capítulos que componen dicha Ley están dirigidos a defender los derechos de los hijos del primer matrimonio ante las segundas o ulteriores nupcias del cónyuge supérstite. A su vez, lo que en ella se contenía —al igual que sucedía con la Ley 50— ha encontrado su reflejo en el actual Fuero Nuevo de Navarra en lo establecido en las Leyes 77, 157 y 272 a 274: estas últimas aparecen recogidas dentro del Libro II —*De las donaciones y sucesiones*—; Título X —*De las limitaciones a la libertad de disponer*—; Capítulos III —*De los derechos de los hijos de anterior matrimonio*— y IV —*De la reserva del bínubo*—.

De lo dicho hasta ahora, y al ver dónde se encuentran ubicadas las distintas Leyes del Fuero Nuevo que regulan la materia, se podría concluir que la regulación de las segundas nupcias —cuando hay hijos del primero o anterior matrimonio— es una materia que está a caballo entre el régimen económico del matrimonio y el derecho de sucesiones. Interesa mencionar en este punto, que dentro del Fuero Nuevo las Leyes 105 y 106 —que traslucen un cierto carácter sucesorio— se incluyen en el Libro I —*De las personas y de la familia*—; Título X —*Del régimen de bienes en segundas o posteriores nupcias*—.

Con carácter general, y sin entrar a un análisis profundo de las particularidades propias de la legislación foral navarra, podríamos decir que los hijos del primer matrimonio pueden solicitar que se lleve a cabo la liquidación del régimen económico y así recibir los

¹⁷⁸ GUTIÉRREZ: *Códigos ó Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil español, t. séptimo*, Librería de Sánchez, Madrid, 1874, p. 284 (reimpresión Ed., Lex Nova, Valladolid, 1988).

¹⁷⁹ Ley 48 de las Cortes de Pamplona de 1765-1766. Los Capítulos 1 a 6 dan razón de la reserva; los Capítulos 7 a 10 tratan la obligación de no desfavorecer, al llegar la sucesión, a los hijos del primer matrimonio (cfr. DIPUTACIÓN FORAL DE NAVARRA: *Cuadernos de las Leyes y Agravios Reparados. III**, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1964, pp. 495 y 496).

bienes que les correspondan; a su vez, tienen derecho a no verse perjudicados frente a los hijos del segundo o ulterior matrimonio¹⁸⁰.

Esa relación entre régimen económico y derecho sucesorio puede verse reflejada en el hecho de que las Leyes 105 y 106 están íntimamente relacionadas con el fallecimiento y consiguiente apertura de la sucesión del cónyuge difunto. El entronque con el fallecimiento y apertura de la sucesión vendría marcado por el hecho de que el contenido de estas Leyes sólo entra en juego cuando la liquidación deriva de muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges¹⁸¹; una vez muerto o declarado fallecidos se procederá a la apertura de la sucesión, y con ésta podrá saberse –teniendo en cuenta también lo dispuesto en la Ley 107.1 del Fuero Nuevo– si nos encontramos ante el supuesto regulado en las Leyes 105 y 106 o no¹⁸².

¹⁸⁰ Llama la atención, por lo que a la regulación de esta materia se refiere, que la redacción de las Leyes 105 y 106 reflejada en la Compilación aprobada por Ley 1/1973, de 1 de marzo (RJA 1973/408 y 456), se haya visto poco modificada por la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril (RJA 1987/1371); y de hecho, el contenido de estas Leyes no parece que haya sufrido grandes cambios después de promulgarse la Constitución, mientras que en otros ordenamientos territoriales, normas que se podría entender que tenían la misma finalidad, se vieron modificadas como consecuencia de la Constitución, por entenderse que su contenido rayaba la inconstitucionalidad. En este sentido, vale la pena traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1992 (RJA 1992/3035), en la misma se consideran como no constitucionales por inconstitucionalidad sobrevenida los artículos 24 y 253 de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña aprobada por Ley 40/1960 (RJA 1960/1034), de 21 de julio; el contenido de ambos artículos lo resume la Sentencia en el párrafo. 4.º de su FD 1.º en los siguientes términos: «tanto el artículo 24 como el 253 establecían un sistema de limitaciones sucesorias respecto a los cónyuges de segundas ulteriores nupcias, declarando que “cuando estos cónyuges del causante binubo concurrieran con los hijos u otros descendientes legítimos habidos en anteriores matrimonios, sólo podrán adquirir en la sucesión, directa o indirectamente, bienes por un valor que, sumado al recibido por donación de su causante, no exceda del que corresponda al hijo menos favorecido. Lo que exceda de tal valor, quedará atribuido por partes iguales al cónyuge sobreviviente y a todos los hijos”» [...] En el párrafo 5.º del mismo FD, y recurriendo al contenido de esos dos artículos, afirma el Supremo que «resulta evidente la existencia de un trato legal diferenciado, para el padrastrero o la madrastra [...]»; en el pfo. 6.º establece que «la razón histórica que venía defendiendo la diferenciación, estaba basada en una presunción de desconfianza respecto al segundo o posterior cónyuge, que, a priori, y con carácter general, no es sostenible, pues supone la atribución genérica e indeterminada de una imputación de confabulación o fraude, realizado por el cónyuge en connivencia con su consorte y padre o madre de los hijos del anterior matrimonio, que no reúne los elementos éticos para servir como justificación del trato desigual». Por último, en el párrafo 7.º, concluye nuestro más alto Tribunal que «existe complementariamente un fuerte argumento en favor de la inconstitucionalidad de los preceptos que analizamos, y esta razón no es otra que su eliminación de la vigente Compilación, en virtud de la Ley, aprobada por el Parlamento de la Comunidad Autónoma con fecha 20 de marzo de 1984 (...)».

¹⁸¹ Más amplitud le da GARCÍA-GRANERO (*Comentarios al Código Civil...*, cit., p. 398), entendiendo que hoy en día también cabrían los supuestos de divorcio; ahora bien, del desarrollo de su postura se puede concluir que en realidad no aporta nada la inclusión de esa situación.

¹⁸² Cfr. ARECHEDERRA: «El nuevo matrimonio del divorciado y las Leyes 105 y 106 del Fuero Nuevo», *Revista Jurídica de Navarra*, enero-junio 1999, núm. 27, pp. 205 ss. Defiende este autor que las mencionadas Leyes sólo son de aplicación en los casos en los que la liquidación derive de muerte o declaración de fallecimiento; a su vez, un límite a lo contenido en las mismas vendría marcado por lo dispuesto en la Ley 107.1 del Fuero Nuevo.

Además, y como nuevo argumento que avala lo que vengo defendiendo hasta ahora, la situación recogida en el artículo 1409 CC guarda cierto parecido con lo dispuesto en la Ley 109 del Fuero Nuevo cuando en la misma se regula la «liquidación de sociedades de conquista habiendo descendientes de varios matrimonios»; dejando constancia de que «si en la sociedad conyugal de conquistas estuvieren interesados hijos de varios matrimonios anteriores, se procederá por separado y sucesivamente a la liquidación de cada una de las sociedades de conquistas». En este caso —continúa dicha Ley— «los haberes de los hijos y descendientes de cada matrimonio se integrarán: 1. Por los bienes que al tiempo de celebrarse las siguientes nupcias debieran haberles sido entregados conforme a la Ley 105. 2. Por sus respectiva participación en las conquistas del siguiente o posteriores matrimonios conforme a la Ley 106». Matizando estas dos últimas reglas, concluye la Ley 109 que «para el cobro de los haberes determinados en el número 1, tendrán preferencia los hijos o descendientes del matrimonio más antiguo» y «respecto a los del número 2, concurrirán sin preferencia los hijos o descendientes de matrimonios anteriores».

Es decir, cuando haya que liquidar varias sociedades de conquistas en las que «estuvieren interesados hijos de varios matrimonios anteriores, se procederá por separado y sucesivamente a la liquidación de cada una de ellas» y para determinar lo que corresponda a cada uno de los hijos y descendientes se recurrirá a lo dispuesto en las Leyes 105 y 106, por entender que en estas se amparan los intereses de esos hijos cuando sea necesaria esa liquidación.

De la lectura de todas esas normas se puede concluir que con las mismas se pretende proteger a los hijos del primer o anterior matrimonio, en el caso de que el cónyuge superviviente contraiga segundas o posteriores nupcias¹⁸³. Si hay quien conecta el contenido de las mismas con lo dispuesto en el artículo 1409 —antiguo art. 1431— de nuestro CC, será porque entiende que este último también tiene por misión proteger a los mencionados hijos. Está claro que el contenido del artículo 1409 CC no refleja de forma expresa esa intención, ahora bien, no es un contrasentido ir pensando que, de manera tácita, lo que subyace en ese artículo es esa idea.

Ahora bien, el posible carácter de antecedente histórico del artículo 1409 CC que se les atribuye a estas Leyes de Navarra, no impide que entre lo dispuesto en aquéllas y en éste aparezcan algunos contrastes.

¹⁸³ Cfr. CAÑERO: *Derechos Civiles de España*, vol. VII. Canarias, Navarra, Ed. Aranzadi, 1.ª ed., Navarra, 2000, p. 4347.

En este sentido, podría constatarse el hecho de que el artículo 1409 CC no concede, de forma expresa, una acción para instar la división de los gananciales a los hijos del difunto, sino reglas para la división cuando se procedió a ella y medió nuevo matrimonio que ahora termina. De todas formas esa posible solicitud de liquidación del régimen de gananciales derivada de la muerte de uno de los cónyuges está de algún modo latente desde el momento en que ninguno de los herederos del difunto —en virtud del art. 1051 CC— está obligado a permanecer en la indivisión de la herencia. Si cualquiera de ellos solicita la partición de la herencia, ella arrastrará la liquidación de la sociedad de gananciales, pues se hace necesaria para determinar correctamente el caudal hereditario¹⁸⁴.

Por último, en relación con todo lo dicho, y después de ver los antecedentes históricos de las Leyes 105 y 106 del Fuero Nuevo, así como su redacción actual, parece que lo que en ellas se dispone es bastante más claro que lo contenido en el artículo 1409 CC. Esa mayor claridad se ve en el hecho de que dichas Leyes conceden a los hijos del primer matrimonio una parte en las ganancias que resultan de la nueva sociedad conyugal, precisamente porque, al no haberse disuelto la primera sociedad, tales ganancias se están consiguiendo con bienes que, en parte, correspondían al progenitor difunto, cuyos rendimientos, por tanto, deben antes beneficiar a estos hijos que al segundo cónyuge del viudo —lo que sucedería si se partieran las ganancias por mitad—. La división en tercios resulta más clara que la que resultaría de aplicar el artículo 1409 CC, pero éste puede acercarse más a la justicia material, en cuanto que el cálculo de lo que corresponderá a los hijos del primer matrimonio en los gananciales del segundo dependerá del caudal que la parte ganancial del cónyuge difunto suponga, en términos relativos, en el conjunto de la nueva sociedad. La función de protección de los hijos del primer matrimonio resulta así menos evidente en el artículo 1409 CC: al menos de su simple lectura no se deduce con tanta facilidad como de la lectura de las Leyes 105 y 106 del Fuero Nuevo.

2. LA DEFENSA DE LOS DERECHOS SUCESORIOS DE LOS HIJOS DEL MATRIMONIO ANTERIOR ANTE LAS NUEVAS NUPCIAS DEL PROGENITOR SUPÉRSTITE EN OTRAS FUENTES DEL DERECHO HISTÓRICO

Hasta el momento hemos recurrido de forma casi exclusiva al análisis histórico del derecho navarro como ordenamiento en el

¹⁸⁴ Cfr. MATEO SANZ: *La sociedad de gananciales*: ..., cit., pp. 45 ss.

que, desde una perspectiva histórico-legislativa, parece encontrarse una situación paralela a la que vendrá a recogerse en el siglo XIX en el artículo 1353 del proyecto de CC de 1851 o en el artículo 1431 del CC de 1889 cuando en los mismos se trate la liquidación simultánea de los gananciales de dos o más matrimonios.

Con este estudio histórico se ha podido constatar que, antes de que apareciese este artículo en el proyecto de García Goyena o en el CC, ya existían disposiciones que, aun cuando no recogían expresamente esta situación, regulaban cuestiones con las que podría entenderse conectado el contenido del futuro artículo 1353 del proyecto de CC de 1851 o el del artículo 1431 (actual art. 1409) de nuestro CC; se trataba de supuestos en los que la norma lo que pretendía era proteger, ante las segundas nupcias del cónyuge superviviente, a los hijos del primer matrimonio.

Al margen de los antecedentes históricos que ahora veremos, esa defensa en favor de los hijos del primer matrimonio, por otro lado bastante lógica, ya encuentra un apoyo remotísimo en el Nuevo Reino de Egipto (1573-712 a. C.), pues en ese período «el hombre que quería casarse por segunda vez, después de la muerte de la primera esposa, tenía que alcanzar previamente un acuerdo con los hijos de su cónyuge premuerto, por dicho convenio el padre conservaba un tercio de los bienes del primer matrimonio y el resto quedaba en poder de aquella prole, fruto de la unión disuelta por la muerte»¹⁸⁵.

Por lo que llevamos expuesto, quizá sea la protección de los hijos del primer o anterior matrimonio lo que llevó a que se incluyera, en el seno de las leyes civiles, el contenido de este novedoso artículo —actual 1409 CC—; de manera que se podría afirmar —a los efectos de buscarle algún antecedente histórico a esta situación legal— que la protección de los derechos patrimoniales de los hijos del primer o anterior matrimonio —protección que es también el fundamento en el que se apoyan la leyes sobre *régimen de bienes en segundas o posteriores nupcias* del Fuero Nuevo¹⁸⁶— es lo que le dio, en su origen, su principal razón de ser, puesto que son manifiestos los riesgos derivados de la ausencia de la correspondiente liquidación, con la consiguiente confusión de patrimonios que nace entre el de la sociedad de gananciales disuelta y el de la surgida con posterioridad fruto de las segundas o ulteriores nupcias¹⁸⁷.

¹⁸⁵ ENTRENA KLETT: *Matrimonio, separación y divorcio (En la legislación actual y en la historia)*, 2.ª ed., Ed. Aranzadi, Pamplona, 1984, p. 86.

¹⁸⁶ Cfr. GARCÍA-GRANERO: *Comentarios al Código Civil...*, cit., pp. 363, 396 y 410.

¹⁸⁷ Entre otras cosas, lo que pretenden las Leyes 105, 106 y 108 del Fuero Nuevo de Navarra es evitar esa confusión patrimonial, y así se deduce del párrafo 3.º, del FD 4.º de la

Estas dificultades perjudican a los hijos del primer o anterior matrimonio, ya que todos o parte de los gananciales que les habrían correspondido de la primera o anterior sociedad disuelta pueden pasar a generar ganancias –hasta que se proceda a la liquidación– en el nuevo matrimonio celebrado y sometido al mismo régimen; para velar porque el reparto de esas posibles ganancias sea más equitativo se establecerá la regla del actual artículo 1409 CC cuando haya que proceder a la liquidación simultánea.

De algún modo, además de en el derecho navarro actual y en sus antecedentes históricos, esta defensa de los derechos de los hijos del primer matrimonio cuando el cónyuge supérstite contrae nuevo vínculo, se había ido consagrando de distinta forma en diversos cuerpos normativos, de ahí que, para buscar los antecedentes históricos de lo que el futuro artículo 1409 CC dispone, quepa recurrir no sólo a la tradición legal navarra, sino también a otros ordenamientos de nuestro derecho histórico, pues en ellos también se hace un tratamiento de las segundas nupcias y los derechos de los hijos en esos casos.

Este recurso a otras fuentes del derecho histórico reclama comenzar por el Derecho romano. En éste, y como ya se ha visto, a efectos del régimen económico del matrimonio primará el sistema dotal, que, aun siendo distinto del ganancial, también arbitrará soluciones para defender los derechos de los hijos del primer matrimonio.

El hecho de que tanto en el sistema dotal como en el ganancial se establezcan formas de protección de los derechos patrimoniales de los hijos del primer matrimonio tendremos oportunidad de ir viéndolo en el desarrollo histórico que se va a realizar, y aparecerá

STSJN. de 23 de febrero de 1994 (RJA. 1994/1607), cuando en el mismo se afirma que «las normas aplicables al caso (Leyes 105, 106 y 108) han tratado y tratan de evitar que, ante segundas o ulteriores nupcias, se puedan confundir y fusionar los patrimonios y bienes generados por la sociedad o sociedades de conquistas extinguidas por la muerte de uno de los esposos con los que tengan lugar en la nacida tras el subsiguiente matrimonio del cónyuge supérstite». Continuando con lo anterior, en el párrafo 5.º del mismo FD de la mencionada sentencia, el Tribunal reconoce que «no puede negarse que un efecto o consecuencia de la fusión o confusión de patrimonios consistirá en la inversión de los bienes de anterior matrimonio durante el segundo, con la producción de eventuales ganancias, pero también lo es que en el supuesto de que el cónyuge binubo no efectúe la liquidación y entrega de los bienes de conquistas que correspondan a los hijos que hubiere de anterior matrimonio, éstos tendrán derecho a participar en un tercio de los bienes de conquistas del segundo matrimonio, lo que tiene un cierto carácter sancionatorio o de pena, como expresa la rúbrica del Capítulo XXIII, Título IV, Libro Segundo del Fuero General de Navarra». A modo de conclusión en el párrafo 7.º del referido FD se dispone que «a fin de impedir la fusión o confusión de patrimonios, con lo que, a su vez, se evita que los hijos de anterior matrimonio participen en las conquistas del siguiente, establece el Fuero la obligación de liquidar la sociedad conyugal disuelta y hacer a los hijos o descendientes de matrimonio anterior formal y efectiva entrega de los bienes que correspondan».

tanto en los ordenamientos que en nuestro derecho histórico están marcadamente influidos por del Derecho romano –por ejemplo, Las Partidas– como en los que a su sombra nacén. También se dejará constancia de esta protección, además de en los supuestos de gananciales y dote, cuando nos encontremos con situaciones en las que medien arras matrimoniales: figura que se fue aproximando a la dote¹⁸⁸.

Como acabo de exponer, esa defensa o protección a los hijos del primer matrimonio aparece al tratar la dote, los gananciales y las arras. A la hora de estudiar esta materia cabe adoptar, entre otras, dos soluciones:

Una primera en la que se hagan primar las relaciones patrimoniales de los cónyuges sobre el hecho de la protección a los hijos. En ésta lo lógico sería analizar cómo es la protección en cada uno de los sistemas patrimoniales entre cónyuges de manera estanca. Esto rompería de algún modo el devenir histórico de la protección de los derechos de los hijos del primer matrimonio que aquí pretendo reflejar.

Una segunda solución en la que se le dé más importancia a la protección de los hijos y menos a cuál sea la relación patrimonial entre cónyuges en la que esa protección aparece. Aquí no se harán distingos entre regímenes económicos. Primará la idea de la protección y será más fácil seguir el decurso histórico en el que la misma se va desarrollando.

De ambas soluciones, he preferido seguir la segunda porque hace que destaque más la idea, a mi modo de ver principal, de la protección de los hijos del primer o anterior matrimonio. Sigo esta vía sin perjuicio de que cuando aparezcan, por ejemplo, situaciones de dote o arras lo ponga de manifiesto; todo ello, con la intención de hacer ver que no sólo en el régimen de gananciales, sino también en otros supuestos de relaciones patrimoniales entre cónyuges, se regula la protección de los derechos de los hijos del primer matrimonio.

Por lo tanto, hecha esta aclaración, y retomando la mención al Derecho romano como primera piedra de la defensa de los hijos del primer matrimonio que aquí voy a realizar, cabría decir –siguiendo a Minguijón– que en su sistema dotal los hijos «no podían impedir que su madre dispusiese de los bienes dotalés para contraer nuevo matrimonio y, si esto sucedía, habrían de dividir después la dote con los hijos del segundo matrimonio, si los había, siendo todos

¹⁸⁸ Cfr. FONT: «La ordenación...», cit., pp. 208 y 221 ss.

herederos por partes iguales». Entiende este mismo autor que esta primacía de las segundas nupcias sobre la protección de los derechos de los hijos se rompe cuando «una disposición del emperador Constantino (año 358) señala una nueva dirección favorable a los hijos y desfavorable a las segundas nupcias. Tratábase de una madre que había dado todos sus bienes en dote a su segundo marido, y Constantino concede a los hijos una acción *ad exemplum inofficiosi testamenti* ¹⁸⁹. Otra Constitución del Código Teodosiano determina que los hijos no podrán reclamar, si, a pesar de la constitución de la dote, le queda a salvo el valor de la cuarta parte de la herencia de la madre». Concluye Minguijón que, posteriormente, y «avanzando más en el camino de la protección a los hijos, disponen Teodosiano (sic) y Valentiniano que el cónyuge sobreviviente, si contrae nueva unión, deberá reservar para los hijos de la anterior todos los bienes que del cónyuge premuerto hubiere recibido, y por tanto no tendrá sobre ellos más que el usufructo, disposición aplicable lo mismo al marido que a la mujer» ¹⁹⁰.

Más adelante, esta protección a los derechos de los hijos se manifiesta en las once Leyes que componen el Título IX (*De las segundas nupcias*) y en el Título X (*De si hubiere casado en segundas nupcias la mujer á la cual el marido le dejó el usufructo*) del Libro V del Código de Justiniano ¹⁹¹; también lo refiere este último en la Constitución XXII (*De las nupcias*) de su Libro de las Novelas o nuevas Constituciones: concretamente en los Capítulos I; XX, § 1; XXII, § 1; XXIII a XXIX; XXXI; XXXII; XXXIX; XL; XLI; XLV, y XLVIII de esa Constitución ¹⁹². En los textos de esa época dicha defensa adoptará la forma de reserva: «las reservas ó bienes reservables no se conocieron en Roma hasta la época de las Constituciones de los Emperadores; pero en el Código de Justiniano fueron tratadas y desenvueltas» ¹⁹³.

¹⁸⁹ «Por la queja de testamento inoficioso podían los hijos pedir la nulidad del testamento en que sus padres no les dejasen por lo menos la cuarta parte de la herencia, que era la legítima. Justiniano estableció que, si se les había dejado algo, no podían pedir la nulidad del testamento, sino únicamente que se les diese un suplemento hasta completar la legítima de la cuarta parte» (MINGUIJÓN: *Historia del Derecho Español...*, cit., p. 13 en nota 1).

¹⁹⁰ Para los tres últimos entrecomillados de este párrafo: MINGUIJÓN: *Historia del Derecho Español...*, cit., pp. 12 y 13. El sic que en uno de los entrecomillados se refiere al lado de Teodosiano deriva de que parece que sería más correcto hablar de Teodosio, que es el Emperador, ya que Teodosiano es el Código.

¹⁹¹ Cfr. GARCÍA DEL CORRAL: *Cuerpo de Derecho civil romano*, Segunda parte. Código, t. I, Barcelona, 1892, Reimpresión, Ed. Lex nova. (T. 4.º. Código. Libros 1.º, 2.º, 3.º, 4.º y 5.º), Valladolid, 1988, pp. 576 a 587.

¹⁹² Cfr. Ídem: *Cuerpo de Derecho civil romano*, Tercera parte. Novelas, Barcelona, 1898, Reimpresión, Ed. Lex Nova. (T. 6.º, Novelas o Nuevas Constituciones), Valladolid, 1988, pp. 108, 116 a 126, 129, 132 y 133.

¹⁹³ ABELLA: *Código Civil...*, cit., pp. 309 y 310 en nota 4. Es de interés recordar que esas referencias al Código Justiniano se veían como antecedentes de lo contenido en las

Asimismo, y directamente entroncada con el régimen económico del matrimonio, en el derecho germano también se determinarán formas de protección en beneficio de los hijos del primer matrimonio en caso de segundas o posteriores nupcias: «en el sistema franco-turingio-sudalemán el patrimonio de los cónyuges se dividía, sin atención a su origen, en dos masas: los bienes libres y los reservados. Aquéllos comprendían el patrimonio mueble y lo adquirido por el cónyuge superviviente después de la disolución del matrimonio; todos los inmuebles que hasta dicho momento hubiesen poseído ambos y los adquiridos en propiedad separada por el superviviente constante el matrimonio eran bienes reservados a los hijos. Si el cónyuge viudo contraía nuevo matrimonio, subsistían los bienes reservados en su condición de tales, pero sin que sobre ellos se concediera derecho a la descendencia del nuevo vínculo y al propio tiempo sin que los hijos del primer matrimonio tuvieran derecho sobre la restante masa patrimonial del segundo casamiento. Para evitar el trato inicuo entre la primera y la subsiguiente descendencia se desarrolló con carácter legal desde la segunda mitad del siglo XIII el derecho de partición —practicado anteriormente como costumbre—, en cuya virtud el que celebraba ulteriores nupcias estaba obligado a un convenio con los hijos preexistentes y a entregarles desde luego una parte de los bienes, tanto del patrimonio libre como del reservado, previa renuncia de aquellos al patrimonio restante, que se aportaba al nuevo matrimonio con carácter de *haber* reservado exclusivamente a la nueva descendencia»¹⁹⁴.

Estos planteamientos defensivos se trasladarán —fruto de las influencias tanto romana como germánica derivadas de las correspondientes invasiones de la Península— a nuestros ordenamientos históricos, de manera que en ellos también comienzan a aparecer medidas para proteger los derechos patrimoniales de los hijos del primer matrimonio ante las segundas nupcias del progenitor superviviente.

Desde este punto de vista, en el Breviario de Alarico se adoptarán las soluciones que en su día se habían dispuesto en el Código Teodosiano y en las Novelas de Severiano, si bien dándoles —recurriendo a la *interpretatio* que en el Breviario se recoge— un ligero retoque a sus contenidos¹⁹⁵.

Leyes 105 y 106 del Fuero Nuevo. Cfr. también PRIETO BANCES: «Los notarios...», cit., p. 122.

¹⁹⁴ ÁLVAREZ LÓPEZ: *Anotaciones a la Historia del Derecho Germánico de Brunner*, Ed. Labor, Barcelona, 1936, p. 231 en nota *. Cfr. también, MINGUIJÓN: *Historia del Derecho Español...*, cit., pp. 56 a 59.

¹⁹⁵ Cfr. CONRAT: *Breviarium Alaricianum. Römisches Rechts im Fränkischen Reich in Systematischer Darstellung*, Neudruck der Ausgabe Leipzig 1903. Scientia Verlag Aalen. 1963, pp. 121 a 127, textos en nts. β y β Por lo que a la obra de este último se

Más o menos un siglo y medio después, en el *Liber Iudiciorum*, Libro IV –*De origine naturali*–; Título V –*De naturalibus bonis*–; Ley II –*De quota parte liceat mulieribus iudicare de dotibus suis*–, se dispone:

[...] *Verumtamen femine, quas contigerit duobus viris aut amplius nubere atque ex eis filios procreare, non eis licitum erit dotem ab alio marito acceptam filiis aut nepotibus ex alio viro genitis dare; sed unusquisque filius filia-ve, nepos aut neptis ex ipsa linea procreati dotem, quam avus aut pater eorum concesserat, post mulieris obitum per omnia secuturi sunt*¹⁹⁶

A su vez, en el Libro V –*De transactionibus*–; Título II –*De donationibus generalibus*–; Ley V –*De rebus a marito mulieri concessis, vel si mulier fuerit adulterasse detecta*–, de la obra recién mencionada se regula:

*Maritus si uxori sue aliquid donaverit, et ipsa post obitum mariti sui in nullo scelere adulterii fuerit conversata, sed in pudicitia permanserit, aut certe si ad alium maritum honesta coniunctione pervenerit, de rebus sibi a marito donatis possidendi et post obitum suum, si filios non habuerit, reliquendi cui voluerit habeat potestatem*¹⁹⁷

Lo dicho en esta Ley no se refiere propiamente a una dote en segundo matrimonio que pudiera quedar para el segundo marido en caso de fallecer la mujer, perjudicando las expectativas de los hijos del primer matrimonio, sino a regalos recibidos del primer marido que no hayan entrado en la nueva dote (siendo discutible si, a la vista de esta Ley V, podrían entrar en la dote: seguramente no), y que, dado que vinieron del marido, deberían quedar para los hijos comunes si los hubiera. Como puede verse éste es otro aspecto de la protección de los hijos distinto al de la limitación de la dote. Esas donaciones no serían válidas, conforme a la prohibición de donaciones entre cónyuges que conoció el Derecho romano, pero en virtud de un senadoconsulto todavía clásico, si el marido muriese sin revocarlas en testamento, quedaban tales bienes como de la mujer¹⁹⁸: quizá esto es lo que pudo admitir el Derecho medieval intermedio.

Siglos después, la regulación legal de las segundas nupcias va tomando cuerpo, y así, en el Fuero de Jaca, se hará mención a las

refiere, téngase en cuenta que las nts. que en dicha obra se recogen tienen por fin «ayudar al control de la traducción y facilitar al lector recurrir al original en el que está basada la misma, se añade el texto latino de la «interpretatio» y del texto legal» (*Ibid.*, p. 455). LAMBERTINI: *La Codificazione di Alarico II*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1990, pp. 59 a 61.

¹⁹⁶ Cfr. ZEUMER: *Leges visigothorum...*, cit., p. 140.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 146.

¹⁹⁸ Cfr. d'ORS, *Derecho Privado romano...*, cit., § 335, pp. 397 y 398.

segundas nupcias y al viudo que quiere contraer nuevo matrimonio, adoptándose en ambos casos las medidas correspondientes para garantizar los derechos patrimoniales de los hijos del primer matrimonio en los números 39 y 40 de dicho Fuero:

39. *De las segondes bodes. Quant marit et muyller an enfantz, et un dels mor, si lo qui romayn biu se uol casar, auantz que se case lis deu donar sabuda part per razon daquel que sera mort, et si ço non fa, et lo marit pren muyller o la muyller marit, per for los filtz alcançaran part en tot quant que auran gaynnat lo payre o la mayre, moble o heradat, per ço quar quant deuia et podia non parti ab els*

El contenido de este párrafo 39 podría ser también un precedente del derecho que el Fuero de Navarra concede a los hijos en la Ley 105: se refiere a la sociedad de gananciales y no a las donaciones del marido a la mujer.

40. *De biudo que se uol casar. Tot homne que ha muyller et ha enfantz dela, si mor la muyller et lo marit se uol casar, per for deu clamar les mas prosmans parentz de ses filtz de part la mayre, et deuant els deu lo payre partir leyalment totes les coses mobles et non mobles que el et sa muyller auien densemble, traytas primerament las despensas faytas lo dia que mor entroa que es soterrada, et donar ne la mitat als enfantz dela primera muyller, salp tant que lo payre pot et deu per for trayre dauantaylla per ses obs: un leyt ben garnit dels millors draps de casa, et dos besties darada con totz lurs apareylltz si solen laborar; empero la partilla deu estar fayta per carta per A B C con fiances et con testimonis, et lo mes et lo dia en que fo fayta, et lescriuan sia public del poble et establitz en aquel ofici, et assi aura ualor*¹⁹⁹

Este número 40 parece referirse más específicamente a quiénes pueden instar la partición –los parientes cercanos de la madre: regla sobre legitimación activa, que la Ley 105 del Fuero Nuevo de Navarra también contempla (defensor judicial: nombramiento que no sería de extrañar que recayera en un pariente próximo del hijo en vía materna)– y a lo que el padre puede en cualquier caso conservar para sí.

En este sentido, cabría relacionar estas disposiciones del Fuero de Jaca con las Leyes 105 y 106 del Fuero Nuevo de Navarra –salvando la distancia histórica– y con el artículo 1409 CC.

A su vez, el Fuero de Salamanca –entre finales del XI y principios del XII²⁰⁰– en su Ley CCXXI, recogerá lo que ha de entregarse a la viuda como consecuencia de tal condición:

Esto den á la uilda en uildedade. Esta es la uildidade: una tierra de tres cañices senuradura en uaruecho, é una casa, aranzada de uinna, é una vez de

¹⁹⁹ Para los mencionados números 39 y 40 cfr. RAMOS: *El Fuero de Jaca...*, cit., pp. 17 y 18.

²⁰⁰ Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., pp. 206 a 208; BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 381 y 382.

*acenna, é un iugo de bues, é un asno, é un lechon, con una quenabe, é un liechero, é fieltro, é dos sabanas, é dos cauezales, é espetos, é mesa, é artesa, é escondiellas, é meseros, é nasos, é cuchares quantas ouiere de madera, é escannos, é sedazos, é achas, é badil, é escamielos, é calderas, é criuas, é una carral de trenta medidas; todo esto quanto lo ouieren de suio tomelo entrego; é aquello que fuer parte del marido prinda el medio; é aquello que non lo ouieren de suio nin de parte del marido é non gelo den; é todo esto qual ella quessier tal tome, é ó ella quessier, é non lo uenda nin lo done; é si marido pressier, duple esto que tomar; é se morier qual lo fallaren de tal prendan parientes del muerto su parte*²⁰¹

Esos bienes atribuibles al cónyuge viudo también se pondrán de manifiesto en el párrafo 133 –*De la uiudade*– del de Ledesma:

*Esta es la ujudade: I.ª tierra de III kafizes en fenbradura e un baruecho, e una cafa, e I.ª arançada de uinna, e una uez de açennja, e un iugo de bueys, e I afno, e un lecho con I guenabe e con I lechero, e I fieltro, e II fauanas, e dos cabeçales, e II efpetos, e mefa, e artefa, e cuencas, uaso, cuyares, e efcanno, e dos çedaços, e arca, e badil, e criua, e cadera, e efcamjello, e una carral de XXX medidas. E todo efto, quando el ouier de confuno, prendalo entrego; e elo que fur de partes del marido, prenda el medio; e eloque ende non ouier njn de funo nin de parte del marido, non gelo den. E todo efto, qual ella quefier, tal prenda, e u ella quifier. E non la uenda nin la de. E fi marido prifier, doble efto que tomar. E fi ella morjr, qual lo fallaren, tallo prendan parientes del muerto*²⁰²

Estos dos Fueros de Salamanca y Ledesma son, en su contenido, paralelos. Se parecen al de Jaca en que regulan lo que puede retener el viudo –la viuda en este caso– y, a lo que parece, la protección de los hijos que contendrían (pues no se les menciona) estaría en que se prohíbe el viudo enajenar esto que tomó para sí, quizá para que pueda pasar a los hijos del primer matrimonio.

En el mismo sentido, si bien de forma quizá más amplia, aparecerá en los de Teruel²⁰³ y Huete²⁰⁴. Por otra parte, las situaciones mencionadas se referirán, hacia el año 1180²⁰⁵, en el Fuero de San Sebastián en el Libro III; Título 9 –*De marido*–; en las Leyes 1 a 4 y 12 a 17²⁰⁶. Asimismo, se toma cuenta de la realidad de las segundas nupcias en el Fuero de Cuenca²⁰⁷; en los párra-

²⁰¹ Cfr. SÁNCHEZ RUANO: *Fuero de Salamanca*, Imprenta de D. Sebastián Cerezo. Salamanca, 1870, pp. 65, 66 y 68.

²⁰² Cfr. CASTRO y DE ONÍS: *Fueros leoneses...*, cit., p. 240.

²⁰³ Cfr. CASTAÑÉ: *El Fuero de Teruel...*, cit., pp. 473 a 481, 483, 485 y 501 a 505.

²⁰⁴ Cfr. MARTÍN PALMA: *Los Fueros de...*, cit., pp. 131 a 137, 139, 153 y 155.

²⁰⁵ Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., p. 220; BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 399.

²⁰⁶ Cfr. LACARRA: *Fueros de Navarra...*, cit., pp. 278 a 281.

²⁰⁷ Cfr. DE UREÑA: *Fuero de Cuenca...*, cit., pp. 272 a 278, 298 y 300. Aquí se ha empleado la forma sistemática del mencionado Fuero.

fos 339, 340 y 341 del de Soria²⁰⁸ y en los Fueros de Muño y Pampliega, otorgados por Alfonso VIII en el año 1209²⁰⁹, que en su Ley 11 recogen:

*Si vero inter virum et uxorem pactum fecerit, qualiscumque prius rescenderit a saeculo, ipse qui remanserit in hoc saeculo tenendo castitatem vivat in hereditate et mobile omnibus [diebus] vite sue prestat et valeat; si autem acceperit alium virum vel virum acceperit aliam uxorem, revertatur hereditate atque mobile ad filios*²¹⁰

Los Fueros de Muño y Pampliega se relacionan con los gananciales (*hereditas atque mobile*) y con la necesidad de partirlos con los hijos en caso de nuevas nupcias, pudiendo no hacerlo –y conservándolos por tanto íntegros el viudo– si no los hay. Algo que, de otra forma, también dispone la Ley 34 del de Zamora, concedido por Alfonso IX en 1208²¹¹, cuando afirme:

*Que la vujiuda non case fasta 1 año. Viuda non tome marido nin se case nin se pleitee sin se espose hata que non cumpla so año, mas faga por so marido el mejor bien que pudier'. E se se esposar' o se pleitear' o marido tomar', peche C moravedís. E se non hobier' ónde peche elos C moravedís, peche la meatad de quanto hobiere a los parientes más propincuos que hobier' el muerto, fuera ende los fijos*²¹²

Lo que Fueros como el de Muño y Pampliega señalan es que a la muerte del cónyuge, pueden los hijos pedir la división del caudal común. Cabría preguntarse si esto es obligación del cónyuge viudo que contrae nuevas nupcias o si debe ser instado por los hijos. Lo cierto es que, pese a lo que estos Fueros disponen, podría darse de hecho el caso de segundas nupcias sin que medie división, con lo que nos hallaríamos ante el supuesto que el artículo 1409 CC viene a resolver.

De algún modo –y pese al sugerido origen navarro del artículo 1409 CC– estos Fueros castellanos confirman que la protección de los hijos del primer matrimonio en caso de existir gananciales tiene una raíz castellana propia. Por tanto, la protección de los hijos de primer matrimonio se refiere en estos casos, más específicamente, al supuesto de existir gananciales.

²⁰⁸ Cfr. SÁNCHEZ: *Fueros Castellanos...*, p. 238.

²⁰⁹ Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., p. 155, 156, 177 y 178; BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 321 y 342.

²¹⁰ Cfr. MARTÍNEZ DÍEZ: *Fueros locales en el territorio de la provincia de Burgos*, Caja de ahorros municipal de Burgos, Burgos, 1982, p. 182.

²¹¹ Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., p. 295. BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 497.

²¹² Cfr. MAJADA: *Fuero de Zamora*, Librería Cervantes, Salamanca, 1983, p. 29.

De manera más extensa tratarán la cuestión de las segundas nupcias los Fueros de Coria²¹³, Alcaraz²¹⁴, Zorita de los Canes²¹⁵ y Cáceres²¹⁶, y el concedido por Alfonso IX de León el 1 de octubre de 1228 a Llanes²¹⁷, que, aun cuando no habla de segundas nupcias ni de hijos del primer matrimonio, sí establece en favor del hijo huérfano un cierto beneficio en caso de que no haya habido partición con el cónyuge supérstite:

[...] conviene á saber que todo huérfano que fincare sin padre o sin madre fasta que hobiere veinte años, non peche nin faga fuero, é si antes casare peche y faga fuero, y si ficare con el padre ó con la madre si non hobiere partido, non peche non faga fuero²¹⁸

Tampoco faltarán estas cuestiones en los Fueros de Úbeda²¹⁹ e Iznatoraf²²⁰.

Como contrapunto a esas legislaciones protectoras de los derechos hereditarios de los hijos aparecerá en el siglo XIII, en los Fueros municipales de Alfonso II de Aragón, Alfonso VIII, Alfonso IX y Fernando III, lo que se conoció como «derecho de hermandad, por el que el cónyuge supérstite conserva el caudal íntegro del matrimonio, mediante estipulación, que hecha con toda solemnidad, privaba hasta á los hijos de sus derechos hereditarios»²²¹.

Este derecho de hermandad tiene su fundamento en la *incomunió*n, los pactos de unidad o hermandad y en las cartas de *perfilia*tione que inician su andadura en las regiones de Galicia y León en los siglos X y XI; si bien situaciones parecidas a lo que será esta hermandad ya habían aparecido siglos antes²²². A la hora de estable-

²¹³ Cfr. MALDONADO: *El Fuero de Coria...*, cit., pp. 30 a 32.

²¹⁴ Cfr. ROUDIL: *Les Fueros d'Alcaraz...*, cit., pp. 187 a 192.

²¹⁵ Cfr. DE URUEÑA: *El Fuero de Zorita...*, cit., pp. 123 a 125.

²¹⁶ Cfr. ULLOA: *Fuero...*, cit., pp. 24 a 26.

²¹⁷ Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., p. 134; BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 287.

²¹⁸ Cfr. EL ORIENTE DE ASTURIAS: «El Fuero de Llanes», *Temas Llanes n. 44*, Llanes, 1989, pp. 20 y 21.

²¹⁹ Cfr. PESET y otros: *Fuero de Úbeda...*, cit., pp. 290, 294 y 295.

²²⁰ Cfr. DE UREÑA: *Fuero de Cuenca...*, cit., pp. 273 a 279, 299 y 301.

²²¹ AVILÉS: *Los cónyuges...*, cit., pp. 34 y 43; Cfr., también: MINGUIJÓN: *Historia del Derecho Español...*, cit., pp. 84 y 85; ANTEQUERA: *Historia...*, cit., p. 535.

²²² Puede que las mismas tuviesen su origen en el *ius liberorum* ya que «en la interpretatio de una Ley de Valentiniano III se señala el derecho de cónyuges sin hijos a instituirse mutuamente como herederos, expresamente como *ius liberorum*, e Isidoro define esto como «*coniugum sine liberis invicem pro loco pignorum hereditatis alterna conscriptio*» (SCHWERIN: «Sobre las relaciones...», cit., p. 188). Asimismo «mientras que en las fórmulas visigodas los cónyuges se donan todos sus bienes, en la *Formulae andecavenses* se limita la donación a tres cuartas partes [...] Por otra parte, el derecho visigodo exige solamente la inclusión de los hijos. Si no existen éstos, puede disponer cada cónyuge a su libre arbitrio, según la *L. Vis.*, IV, 2, 20. Merece mencionarse que esta libertad de disposición excede también de lo que otorga la *L. Rom. Vis.*, VI, 2, I, porque ésta ofrece la *querela inoficiosi testamenti*, que corresponde también a los hermanos» (*Ibid.*, p. 186).

cerlo, y como a continuación tendremos oportunidad de exponer, tendrá gran importancia la presencia o ausencia de hijos.

Con estas instituciones lo que se pretende es darle más fuerza a la unión matrimonial, de manera que –por lo que a los efectos patrimoniales derivados de la misma se refiere– ésta subsista después de la muerte de un cónyuge hasta que fallezca el otro²²³.

Incluso no faltan situaciones –documento del siglo XII– en las que después de fallecido uno de los cónyuges, y habiendo contraído el superviviente nuevas nupcias, se sigue manteniendo la hermandad entre el superviviente, sus hijos, el nuevo cónyuge y el hijo común de aquél y éste²²⁴.

En algunos de nuestro Fueros a ese derecho de hermandad se le dará carta de naturaleza en la forma de testamento de hermandad o mancomunidad. En este sentido aparece reflejado, entre otros, en el Fuero de Teruel:

[342] Del testamento de mancomunidad de bienes del marido y de la mujer. Aunque se ha dicho más arriba que después de la muerte del marido o de la mujer los herederos repartan, sin embargo mando que si el marido y la mujer hacen testamento de comunidad de bienes en vida de ambos, como el fuero prescribe, ningún heredero o hijo reparta con el que quede, mientras viva en esta vida. Mas, el fuero de la mancomunidad de bienes es este: para que el testamento de la mancomunidad de bienes sea firme y estable, es necesario se haga en Concejo o en la colación, de tal modo que sea concedida por todos los herederos. Así pues digo «Por todos» con el fin de que ninguno de los herederos esté ausente, pues si alguno de los herederos está ausente o alguno de los presentes contradice el testamento de mancomunidad de bienes, sea considerado nulo y sin ningún valor, pero en caso contrario, el testamento de la mancomunidad de bienes sea estable y firme²²⁵

Frente a la opinión, anteriormente expuesta, de que el testamento de hermandad privaba a los hijos de sus derechos hereditarios, cabría decir, de la lectura de lo dispuesto en el Fuero de Teruel, que esa privación no parece tal. Más bien lo que dicho testamento supone es un retraso en la división del caudal común hasta la muerte del viudo.

Ahora bien, ¿qué pasaría si, pendiente la división por retrasada, el cónyuge viudo contrajese nuevas nupcias? ¿Favorecería el testamento de hermandad una situación que nos llevase a un supuesto como el actualmente regulado por el artículo 1409 CC? ¿No facilitarían el testamento de hermandad el resultado del artículo 1409 CC

²²³ Cfr. FONT: «La ordenación...», cit., pp. 213 a 219; PRIETO BANCES: «Los notarios...», pp. 124 y 136.

²²⁴ Cfr. FONT: «La ordenación...», cit., p. 217.

²²⁵ Cfr. CASTAÑÉ: *El Fuero de Teruel...*, cit., pp. 493 y 494.

al excluir la división del caudal común de los cónyuges entre el superstite y los herederos del difunto?

Ya he referido con anterioridad la posibilidad –recogida en un documento del siglo XII– de que se establezca una hermandad entre el viudo, sus hijos, el nuevo cónyuge y el hijo de ambos. A esta situación también se podría llegar como consecuencia de un testamento de hermandad, pues parece claro que lo que se busca es mantener la situación del viudo; ahora bien, en caso de nuevas nupcias este viudo aportaría a la comunidad ganancial los rendimientos de toda la comunidad anterior no dividida. Quizá porque se vislumbra esta posibilidad es por lo que para permitir el testamento de hermandad se adoptan ciertas cautelas. Garantías que, como de la lectura del texto del Fuero de Teruel que acaba de transcribirse se deduce, están dirigidas al cumplimiento de determinados requisitos; condiciones que de algún modo lo limitan ²²⁶, al tiempo que impiden una situación de hermandad en caso de segundas nupcias ²²⁷.

En un sentido muy parecido al del Fuero de Teruel, la hermandad se refiere en otros Fueros:

Así aparecerá en el de Cuenca:

X Capitulum. De successione filiorum atque parentum; xxxvi. De unitate uiri et uxoris. Quamuis superius sit dictum, quod post mortem mariti siue uxoris heredes cum superstite diuidant, tamen si uir et uxor unitatem fecerint, sicut forum est, in uita utriusque nullus heres siue filius diuidat cum superstite, quamdiu uixerit. Forum uero unitatis est, ut unitas sit stabilis et firma, oportet quod fiat in concilio, uel in collatione, et ab omnibus heredibus concedatur: ab omnibus dico, ita quod nullus heredum sit absens; quia sit aliquis heredum defuerit, uel aliquis presentium eam contradixerit, friuola habeatur et cassa ²²⁸.

En el Zorita de los Canes:

218 *De vnidad de marido et muger. El fuero dela unidat es este; por que la unidat sea firme et estable conuiene que sea fecha en conceio, o enla colla-*

²²⁶ Esos límites a la posibilidad de testar también aparecen recogidos en otro lugar del Fuero recién mencionado cuando los cónyuges pretenden dejarse algo en testamento, y así lo refleja la Ley 312 cuando dice: *que nadie pueda dejar algo a su mujer en testamento, no queriéndolo sus herederos. Pero el que haga testamento no puede dar nada a su esposa en modo alguno, ni la esposa a su marido, no queriéndolo sus herederos o estando ausentes. Porque si alguno de los herederos no está presente o alguno de los presentes lo contradice considérese sin efecto, con excepción de que el abuelo o la abuela pueden dar a cualquier nieto seis maravedís alfonsís o su apreciación* (CASTAÑÉ: *El Fuero de Teruel...*, cit., pp. 455 y 456).

²²⁷ En ocasiones los cónyuges establecían de modo expreso que los bienes del primero que falleciera pasaran y permaneciesen en poder del otro hasta su muerte o hasta que contrajera segundas nupcias: así lo hizo constar, entre otros, el Cid Campeador (cfr.: FONT: «La ordenación...», cit., p. 220; PRIETO BANCES: «Los notarios...», cit., pp. 135 y 136).

²²⁸ Cfr. DE UREÑA: *Fuero de Cuenca...*, cit., pp. 290 y 292. Aquí se ha utilizado la forma sistemática.

*cion, et de todos los herederos que sea otorgada, así que ninguno dellos non sea absent. Ca si alguno alli present non fuesse, o la contradixiesse alguno delos presentes no uale, ni es unidat*²²⁹

En el de Úbeda:

*Titulo XXII: De las mandas & de los testamentos & de la guarda de los huerfanos & de sus bienes & de la vnedat. Ley III: Del fuero de la hunedat: Maguer que de suso es dicho que despues de la muerte del marido o de la muger que los herederos partan con el pariente bjuo, enpero sy el varon & la muger fizieren vnedat como fuero es, njnguno de los herederos njn de los fijos non partan con el pariente biuo demjentre visquier. Mas el fuero de la hunedat es & que la vnedat sea firme & estable, conviene que sea fecha en conçejo o en la collaçion, & sea otorgada de todos los herederos, de todo digo, que njnguno de los herederos non sea menos, ca sy alguno de los herederos non fuere y, o alguno de los que y fueren lo contradixiere, vano sea & non vala*²³⁰

Y en el de Villaescusa de Haro:

205. *Título XVIII de la unidad del varon e de la muger. Maguer que de suso es dicho que despues de la muerte del marido o de la muger que partan los herederos con el pariente bibo. Empero sy el varon e la muger hunidad fisieren como fuero es, en vida del uno nin del otro, ningun heredero nin fijo, non parta con el pariente bibo mientras visquiere. Mas el fuero de la hunidad [es] que la hunidad sea firme e estable, e ha de ser fecha en conçejo o en [co]llaçion. E que sea otorgada de todos los herederos. Ca sy alguno fuere menos o alguno de los que y fueren lo contrariaren una sea e non vala la hunidad*²³¹

De la lectura de los textos mencionados parece deducirse que si los herederos no están conformes con el testamento de hermandad éste carecerá de validez, en este sentido, si –por ejemplo– no hubiese hijos cabría que la autorización se les reclamase a otros herederos²³². Esta conclusión parece extraerse de lo dispuesto en el Fuero de Alcalá de Henares, concedido por el obispo don Raimundo en el año 1135, cuando en el mismo se afirma que:

*Todo omne qui meter quisiere a su mulier en medietad. § 84. Todo ome qui meter quisiere a su mulier en medietad o mujer a so marido, si filios non ovieren, vengán.IIII. parientes de la una parte e.IIII. de la otra, de los que ovieren a heredar, que foren en termino, et otorguen la carta en conceio mayor con ellos, et preste; e si esto non ficieren, non preste*²³³

²²⁹ Cfr. DE URUEÑA: *El Fuero de Zorita...*, cit., p. 133.

²³⁰ Cfr. PESET y otros: *Fuero de Úbeda...*, cit., p. 292.

²³¹ Cfr. MARTÍN PALMA: *Los Fueros de...*, cit., p. 146.

²³² Este plácat de los herederos quizá tenga su fundamento en la *Lex Romana Visigotorum* (VI, 2, 1), ya que en ella se entiende que la *querela inofficiosi testamenti* también les corresponde a los hermanos de los cónyuges (cfr. SCHWERIN: «Sobre las relaciones...», cit., p. 188).

²³³ Cfr. SÁNCHEZ: *Fueros Castellanos...*, cit., p. 291.

Del contenido de este último Fuero se deduce que, a falta de hijos, los herederos que debían asentir al testamento de hermandad eran los parientes, pero no necesariamente todos, sino cuatro de cada parte.

Yendo un poco más lejos, en el Fuero breve de Daroca, otorgado por Ramón Berenguer IV –Conde de Barcelona– en noviembre de 1142²³⁴, cabría entender como innecesaria la intervención, oponiéndose o autorizando –en estos casos de ausencia de hijos–, de sujetos distintos de los cónyuges. Esto podría deducirse de la afirmación que en él se recoge:

*Maritus et uxor, si non habuerint filios, possint se ad invicem recipere in medietatem si voluerint*²³⁵.

A efectos de una mejor comprensión histórica de este testamento de hermandad, cabría referir que ambos Fueros –Alcalá y Daroca– son de fecha anterior al Fuero de Teruel y, por lo tanto a los de Cuenca y Úbeda.

Quizá de todo esto se derive que, más adelante, en el Fuero Real, el derecho de hermandad «tuvo la limitación de que no pudiera convenirse sobre él hasta un año después de contraído el matrimonio y caso de no haber hijos, ordenándose si éstos nacían después de hecho el convenio, que éste quedara nulo. Con esto, se transigió en parte con la antigua costumbre, corrigiendo y poniendo cortapisas á lo que podía degenerar en abuso»²³⁶.

Ahora bien, al mismo tiempo que se reconocía ese derecho de hermandad –si bien con las limitaciones que en los propios Fueros se establecen– se seguían adoptando medidas para la protección de los derechos de los hijos del primer matrimonio, tal y como parece deducirse de distintos Fueros nominados y de alguno innominado, cual sería el caso de lo que se conoce como *el manuscrito español 8331 de la Biblioteca del Arsenal de París*, en cuyo párrafo 77 refiere algo que se aproxima a una forma de afrontar el problema que hoy trata de resolver el artículo 1409 CC:

Del biddo e de la bibda. Qui mugier quisiere tomar, primero parta con los fijos e déles so derecho, e despues chase si quisiere. E sy en la segunda fijos ouiere y s'el muriere, e la tercera quisiere tomar, primero parta con estos fijos e déles so derecho de su madre, e despues case si quisiere; e[a]si faga si con muchas casare y en elas fijos ouiere, connos de cada madre parta antes. Mas si pora uentura el padre non parte connos fijos de la mugier pri-

²³⁴ Cfr. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*, cit., pp. 84 y 85; BARRERO y ALONSO: *Textos...*, cit., p. 222.

²³⁵ Cfr. MUÑOZ: *Colección...*, cit., p. 542.

²³⁶ AVILÉS: *Los cónyuges...*, cit., pp. 34 y 43; Cfr. también: MINGUIJÓN: *Historia del Derecho Español...*, cit., pp. 84 y 85; ANTEQUERA: *Historia...*, cit., p. 535.

*mera fasta la postremera que s passa él ante d'ela, ante que la madrastra o sos fijos prendan ninguna cosa, los primeros fijos o.l. prenda la mehetat de tod el auer que el padre con su madre o despues gano. E desy, el fijo de la segunda mugier prenda la mehetat de todo el auer que remaniere. Asi fagua de la tercera, tome la mehetat del auer que remaniere. Asy faga la quarta. E desi todos los fijos de las madres muertas cuemo de la biua partan tod el auer que remaneciére entre si egual mientre. Esto mismo dezimos del bibdo que fijos ouiere de muchas madres, asi partan de grat en grado, asi cuemo dize de suso*²³⁷

Entre los Fueros nominados, y al margen de los de Jaca, Salamanca, Ledesma, Teruel, Huete, San Sebastián, Cuenca, Soria, Muño, Pampliega, Zamora, Coria, Alcaraz, Cáceres, Úbeda e Iznatoraf, también recogerán la defensa de lo que aquí estoy tratando otros Fueros y ordenamientos que ahora se verán.

Tal será el caso de la versión romance del *Liber Iudiciorum* —lo que se conoce como Fuero Juzgo—. En éste, y para el caso de arras o posibles legados, la protección se regulaba al tratar del régimen económico del matrimonio o en sede de sociedad de gananciales. En este sentido, ya en su Ley 2.^a —*quando puede la muier mandar de sus arras*—; Título V —*de los bienes que pertenecen por natura*—; Libro IV —*Del linage natural*—, se establecía:

*[...] E la muier que ovo dos maridos, ó más, é ovo fijos dellos, las arras que ovo del un marido non puede dexar á los fijos del otro; más cada un fiio ó fiia, ó nieto ó nieta, deve aver las arras quel dió su padre ó su avuelo á su madre después de la muerte de su padre*²³⁸

En la Ley 5.^a —*De lo que da el marido á la muier*—; Título II —*De las donaciones*—; Libro V —*De las evenencias e de las compras*—, de este mismo Fuero se recogía:

*Si el marido da alguna cosa á la muier, é la muier despues de la muerte del marido non fiziese adulterio, mas estudiere en castidad, ó se casare cuemo debe, de lo quel dió el primero marido puede fazer lo que quisiere, si fijos non ovieren dél...*²³⁹

Cabría preguntarse si esta última Ley se refiere a los gananciales o a posibles legados, creo que más bien está pensando en estos últimos, pues la parte ganancial de la mujer no se la deja el marido, sino que es suya por derecho propio.

²³⁷ Cfr. Roudils: «El manuscrito...», cit., p. 149.

²³⁸ Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA: *Códigos...*, Vol. I, cit., p. 34.

²³⁹ *Ibid.*, p. 35. En los regímenes euriciano, recesvindiano y ervigiano, cuando el viudo contraía segundas nupcias debía renunciar íntegramente al patrimonio de los hijos, y si la que contraía nuevo matrimonio era la viuda, perdía ésta su derecho de usufructo sobre la porción de la herencia del marido difunto: cfr. GACTO: *La condición jurídica del cónyuge viudo en el derecho visigodo y en los Fueros de León y Castilla*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1975, pp. 33 ss., en especial 36 a 50.

En ambas situaciones del Fuero Juzgo, al igual que sucedía en el *Liber Iudiciorum*, se regula pensando en el beneficio de los hijos.

A su vez, en el Fuero de Brihuega, se resolverá la situación de forma escueta y clara:

Por mugier bibda que quiera casar. Tod ome o mugier que embiddare. et fijos ouiere et quisiere casar. primero parta con sus fijos que no case ²⁴⁰

Hasta aquí, por lo que veo, hay dos tendencias encontradas: una exigir la partición de los gananciales antes de las nuevas nupcias –Fueros de Pampliega y Muño o Brihuega–, y otra, a conservar los gananciales indivisos, quizá en virtud de la expansión de la figura del testamento de hermandad.

Ya sea porque no se partieron contra lo dispuesto en aquellos Fueros, ya sea que no proceda la división por existir testamento de hermandad, puede suceder que se den sucesivos matrimonios sin repartirse los gananciales del primero, y algunos Fueros incluyen una solución para tal caso: así *el manuscrito español 8331 de la Biblioteca del Arsenal de París*.

Por otra parte, esto sería distinto de otras formas de proteger los derechos de los hijos comunes. Así, lo que dispone el Fuero Juzgo de que las arras vuelvan a los hijos del matrimonio extinguido, o que de lo recibido por la mujer en su sucesión del marido pueda ésta disponer libremente sólo si no hubo hijos del primer matrimonio, ya que en caso contrario parece deducirse de la ley que deberían reservarse a éstos.

En el Libro VI de la Compilación de Huesca o *Vidal Mayor*, que recoge los Fueros de Aragón aprobados por Jaime I en las Cortes de Huesca en 1247, se contienen dos Títulos –el 10 y el 11– que llevan el siguiente encabezamiento: *de secundis nuptijs, es assaber: del segundo matrimonio*. En el mismo, entre otras cosas, se establece:

10. (3) *Donquas, qui quiere que, la primera muiller muerta, con la segunda se quiere casar, clamados et presentes los más cerquanos, ço es entenados, cormados de los fillos del primero matrimonio, deuen partir con eillos todos los bienes mouibles et non mouibles los quoaes bienes eill et la primera muiller ouieron en común [...]* (5) *Et aqueilla partilla deue ser feita con instrumento público et con testigos et con fiador.* (6) *Et otrosí, quadaque el padre o la madre que sobreuiue quisiere partir con sus fillos los ditos bienes, los fillos luego deuen ser constreyennidos a partir con eill, assí empero que si el padre antedjto sea priesto de dar lis luego a los fillos la su part; en otra guisa los fillos non deuen partor con eill*

11. [...] (4) *Mas si alguno del marido o de la muiller se casare, ante que partan, será constreyennido de partir por medio todas las ganantias,*

²⁴⁰ Cfr. CATALINA: *El Fuero de Brihuega...*, cit., p. 155.

dont quiere que fueron ganadas durando el matrimonio, saluo la meatad d'aqueilla ganantia, con los fillos del primero matrimonio, (5) la quoal sobre dita mittat con todas las ganantias deue ser de la segunda muiller et la otra meytad deue partir con los fillos del primero matrimonio. [...]

(14) *Et si el segundo matrimonio fuere feito, los fillos del primero matrimonio podrán constreyner al padre o a la madre qui sobreuiue encara que parta las ditas ganantias de las cosas non mouibles con ellos* ²⁴¹

Se hará mención clara a todas estas cuestiones de las segundas nupcias y de la obligación de partir en estos casos, en los Títulos 26, 132, 143, 252 del *Libro de los Fueros de Castiella* ²⁴².

A su vez, el Fuero Real, y por lo que se refiere a las arras, en la Ley 1.^a; Título II; Libro III –*de las arras que se deben dar en casamiento*–, recogerá:

[...] é si la muger hobiere fijos de dos maridos, ó de más, cada uno de los fijos hereden las arras que dió su padre: de guisa, que los fijos de un padre non partan en las arras que dió el padre de los otros... ²⁴³

De forma clara y extensa se analizará la partición derivada de las segundas nupcias del progenitor supérstite en los Fueros de Alarcón ²⁴⁴ y Plasencia ²⁴⁵.

Entre los años 1256 y 1263, en la Partida 4.^a; Título XI (*de las dotes, e de las donaciones, e de las arras*); Ley 23, se afirmará que:

Gana el marido la dote quel da su muger, e la muger la donacion quel faze su marido por el casamiento, por alguna destas tres maneras. La vna es por pleyto que ponen entre si. La otra por yerro que faze la muger, faziendo adulterio. La tercera, por costumbre [...] E lo que dize en esta Ley de ganar el marido: o la muger la dote, o la donación que es fecha por el casamiento, por alguna de las tres razones sobredichas entiendese si non ouiessen fijos de consuno. Ca si los ouiessen, entonce deuen auer los fijos la propiedad de la donacion, o de la dote, e el padre o la madre el que fincare biuo, o el que non entrare en orden, o que non fiziere adulterio, deue auer en su vida el fruto della... ²⁴⁶

Lo dicho en esta Ley 23 no hace mención a un posible segundo matrimonio, tiene que ver con la dote y la donación nupcial que hace el marido como contraprestación; y, en la medida en que, si hay hijos, mantienen éstos la nuda propiedad y sólo se devuelve el usufructo, les protege frente a hijos de futuro matrimonio.

²⁴¹ Cfr. TILANDER: *Vidal Mayor...*, cit., pp. 402 a 404.

²⁴² Cfr. SÁNCHEZ: *Libro...*, cit., pp. 19, 20, 68, 76 y 137.

²⁴³ Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA: *Códigos...*, vol. I, cit., p. 121.

²⁴⁴ Cfr. ROUDIL: *Les Fueros d'Alcaraz...*, cit., pp. 187 a 192.

²⁴⁵ Cfr. MAJADA: *Fuero de Plasencia...*, cit., pp. 111, 112 y 116.

²⁴⁶ Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA: *Códigos...*, vol. I, cit., p. 502.

Dentro de este cuerpo legal, en la Partida 5.^a –*de los empréstidos, e de las vendidas, e de las compras, e de los cambios, e de todos los otros pleytos, e posturas que fazen los omes entre si, de qual natura quier que sean*–; Título XIII –*de los peños que toman los omes muchas vegadas, por ser mas seguros, que es sea mas guardado o pagado, lo que les prometen de fazer, o de dar*–; Ley 26, se establece para las arras y donaciones otorgadas por el marido difunto que:

*Marido de alguna muger finando, si casasse ella despues con otro, las arras e las donaciones, que el marido finado le ouiesse dado en saluo fincan a sus fijos del primer marido, e deuenlas cobrar, e auer despues de la muerte de su madre: e para ser seguros desto los fijos, fincanles por ende obligados, e empeñados calladamente todos los bienes de la madre...*²⁴⁷

En la Ley 33 –*de la mayoria que ha el Rey en los bienes de su debdor, e la muger por la dote en los bienes de su marido*– de la Partida y Título que acabo de mencionar, y para el caso de dote, se dispone:

*[...] Pero si vn ome ouiesse auido dos mugeres, e fuessen amas muertas, entonce, la dote, que deuiesse a dar a la primera muger, deue ser pagada primeramente a sus fijos, que la deuen auer. E despues a la segunda muger: porque estos debdos son de vna natura...*²⁴⁸

En esta Ley se trata de establecer una prelación entre *debdas de vna natura*. De donde si hay dos o más dotes de matrimonios sucesivos, debe pagarse antes la primera. Esto se reflejará más adelante en el artículo 1.376 de nuestro CC, derogado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio: situación que, como luego tendremos oportunidad de exponer, influyó en la regulación del contenido del 1409 CC.

En los Fueros de Usagre²⁴⁹ y Fuentes de la Alcarria²⁵⁰ se hace referencia expresa y amplia a la protección de los derechos de los hijos del primer matrimonio.

Posteriormente, en la Ley 1.^a; del Título I; del Libro V –*de las arras, e del donadio que da el marido a la muger, e de las compras, o ganancias, e particiones, e debdas, e fiadurias, que*

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 561.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 562.

²⁴⁹ Cfr. DE UREÑA y BONILLA: *Fuero de Usagre...*, cit., pp. 28, 30 y 31.

²⁵⁰ Quizá se hiciera mención a la situación que aquí se trata en el folio I, 2.^a columna, i 46 (*Viuda que quiera casar*), pero al no conservarse el texto no pasa de ser una conjetura (cfr. VÁZQUEZ DE PARGA: *Fuero...*, p. 18).

facen–, del Fuero Viejo de Castilla se expondrá para el caso de arras:

*Que todo Fijodalgo puede dar a sua muger en arras el tercio del eredamiento, que a: e si ella ficiere buena vida despues de la muerte del marido, non casando, deve tener estas arras en toda sua vida, placiendo a los erederos; [...] mas quando casare, o quando finire deve tornar a los erederos del muerto...*²⁵¹

Dentro de este último conjunto normativo, también da razón, por lo que a la defensa de los derechos de los hijos se refiere, lo dispuesto en la Ley IX; del Título III –*de las particiones; e de que anchura deven ser las carreras*–; del Libro V, cuando en la misma establece:

*Si un ome, e una muger son casados en uno, e an fijos, o fijas en uno, e muer el uno dellos, e el uno casa otra vez, o mas, e a fijos, o fijas, e viene a tiempo que los fijos o las fijas del primer marido, o de la primera muger, demandan particion al pariente viuo, e dis el pariente viuo, que non a porque gela dar que mas a de treinta años, que es muerto el padre, o la madre, porque demandan particion, por ningund tiempo que aya pasado, non se puede defender quel non dé sua particion a los fijos, o á las fijas del primer marido, o de la primera muger, fueras si podieren mostrar que an levado particion, o que pri-sieron particion; e si esto non podier mostrar el pariente viuo, deven levar los fijos la meitat del mueble, que fallaren, e de quanta eredat an ganado ante, o despues, que murió suo padre, o sua madre de aquel, o de aquellos por quien ellos demandan particion, e non deven dar nada en las debdas, aquellos ficieron despues que murió suo padre, o sua madre, de aquellos, que demandan particion. Mas si es muerto aquel padre o aquella madre, a quien auian a demandar particion, e non gelo querellaron en todos los treinta años, los treinta años pasados ansi como es fuero antes que moriese, non les deven responder a los otros a tal demanda como esta*²⁵²

De la excepción dispuesta al final de este texto –*Mas si es muerto aquel padre o aquella madre, a quien auian a demandar particion, e non gelo querellaron en todos los treinta años, los treinta años pasados ansi como es fuero antes que moriese, non les deven responder a los otros a tal demanda como esta*– se deduce que si falleció el progenitor de quien podía demandarse la partición –no aquel cuya muerte produjo la desaparición de la comunidad ganancial, sino el supérstite que volvió a contraer– no puede demandarse la división de aquella comunidad a los herederos de aquel cónyuge obligado a la división una vez pasados treinta años.

A mi juicio, esta solución es también comprensible, pues los herederos habrían poseído los bienes de la comunidad, en ese caso, durante tiempo suficiente como para usucapir no sólo los bienes del

²⁵¹ Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA: *Códigos...*, vol. I, cit., p. 96.

²⁵² Cfr. *Ibid.*, p. 99.

difunto, sino también la parte que en tales bienes hubiera correspondido a los herederos del cónyuge premuerto. Esto es, desde el momento en que hay un nuevo titular o titulares de la parte ganancial del cónyuge superviviente, como consecuencia de su sucesión hereditaria, los herederos inician una usucapión de toda la comunidad ganancial que no fue dividida, y los eventuales derechos de los herederos del cónyuge primeramente fallecido prescribirán tras los treinta años en favor de estos herederos del segundo cónyuge.

✓ También se recogerá la protección de los derechos patrimoniales de los hijos del primer matrimonio en caso de segundas nupcias del progenitor superviviente en los Fueros de Béjar²⁵³, Villaescusa de Haro²⁵⁴ y en el de Ayala, que en su Capítulo LXXIX dispone:

*Si algun hombre que oviere fixos casare con otra muger, o la muger casare con otro hombre e cualquiera de ellos ante que aya partido con sus fixos ficiere alguna ganancia con la parte de los fixos, siquier sea mueble, siquier raiz, el Padastro o la Madastra aya la mitad de las ganancias fuera ende si el Padre o la Madre tobiere los bienes en guarda por escrito*²⁵⁵

Entre los años 1361 a 1398, Jaime de Hospital, en sus *Observancias*, tratará de forma muy amplia las segundas nupcias en el Título IV del libro V²⁵⁶. Serán noventa y cinco las reglas o párrafos dedicados a desarrollar esta cuestión y a resolver los problemas que de la misma se derivan²⁵⁷. De todos ellos, vale la pena destacar —por su claridad y el paralelismo que plantean con lo dispuesto en ordenamientos anteriores y posteriores— los siguientes:

[13] *Si vero superstes antequam dividat cum filiis praemortui contraxerit secundo, habebit postea dividere quidquid lucratus fuerit cum secundo coniuge, eodem tit., cap. ultimo [Fori 5, 4, 2]*

[17] *Mortua uxore si viduus non diviserit cum filiis primae uxoris quando contraxit cum secunda, dabit eis medietatem omnium quae lucratus fuerit cum secunda. [...]*

²⁵³ Cfr. GUTIÉRREZ: *Fuero de Béjar...*, cit., pp. 75 a 77.

²⁵⁴ Cfr. MARTÍN PALMA: *Los Fueros de...*, cit., pp. 130 a 136, 138 y 152 a 154.

²⁵⁵ Cfr. DE URIARTE: *El Fuero de Ayala...*, cit., p. 136.

²⁵⁶ Cfr. HOSPITAL: *Observancias*. Introducción y texto crítico por Gonzalo MARTÍNEZ DÍEZ. Editado por la «Caja de Ahorros de la Inmaculada», Zaragoza, 1977, pp. 201 a 211.

²⁵⁷ Por lo que a la estructura de la obra de este autor se refiere, MARTÍNEZ DÍEZ (HOSPITAL: *Observancias...*, cit., p. XXIV), en la introducción a la misma, entiende que los títulos se desarrollan siguiendo el mismo esquema, a saber: en primer lugar «nos ofrece un sumario de los fueros de ese título y de otros fueros relacionados con la misma materia del título; para esta labor de resumen y presentación doctrinal se inspirará y utilizará muchas veces siguiéndola fielmente la *Summa Fororum* del maestro Esteban Gil, que presumimos ser una única persona con el Justicia de Aragón Esteban Gil Tarín (1334)». A seguido de esa parte aparecerán las *Observantiae*; y por último, como tercera parte del título, refiere Jaime de Hospital las llamadas *quaestiones iuris*. En el caso de segundas nupcias que aquí nos ocupa, estas tres partes quedarán reflejadas de la siguiente manera: 1.ª parte, párrafos 1 a 16; 2.ª parte, párrafos 17 a 27; 3.ª parte, párrafos 28 a 95.

[21] *Item maritus qui secundo contraxit primo debet dividere cum sua secunda uxore bona mobilia et postea dividet cum filiis primae uxoris medietatem bonorum quae sibi contingerunt in parte, (...)*²⁵⁸

Por lo que se refiere a estas *Observancias*, y además de los mencionados párrafos, cabe traer a colación algunos de los contenidos entre los números 77 a 95 del mencionado Título IV del Libro V. En estos párrafos se refieren las dudas que se suscitaron con ocasión de la muerte de un ciudadano jurista de Zaragoza (párrafo 77), que había casado en segundas nupcias sin dividir sus gananciales con los hijos del primer matrimonio, y las respuestas que a tales dudas fueron dadas en común acuerdo de los que saben derecho y son expertos en los usos del reino.

La primera cuestión suscitada se recoge dentro del párrafo 78:

[78] *Primo quod si vir contrahat cum prima uxore et habeat filios ex ea, et mortua dicta prima uxore non facta divisone cum filiis primae uxoris contraxerit cum secunda uxore, et habuerit filios ex ea, postmodum decesserit, in divisione bonorum mobilium quis primo debet recipere partem de dictis bonis mobilibus communibus secundae uxori et filiis primae et secundae uxoris, an secunda uxor vel filii primae uxoris vel dicta bona mobilia debeant dividi inter eos*²⁵⁹

Recurriendo a su traducción, se ve que plantea, «en primer lugar, que si el varón contrae con su primera mujer y tiene hijos de ella, y muerta dicha primera mujer, no habiéndose hecho división con los hijos de la primera mujer, hubiera contraído con la segunda mujer y hubiera tenido hijos de ella, y más tarde hubiera fallecido, en la división de los bienes muebles comunes quién es el primero que debe recibir parte de dichos bienes comunes: la segunda mujer y los hijos de la primera y de la segunda mujer, o la segunda mujer y los hijos de la primera mujer, o si dichos bienes muebles han de dividirse entre ellos».

El párrafo 86 responde a esta cuestión de la siguiente manera: «al primer artículo se responde que la segunda mujer debe primero dividir y recibir su parte sobre los muebles con sus mejoras (*adventagiis melioribus*), a no ser que parezca notoriamente que algunos bienes muebles eran de la primera mujer, y en ellos la segunda mujer no debe dividir, sino que deben dividir los hijos de la primera mujer y de la segunda, de modo que los hijos de la primera reciban la mitad por derecho materno y la otra mitad por derecho paterno se divida por cabezas entre los hijos de la primera y la segunda

²⁵⁸ HOSPITAL: *Observancias*..., cit., párrafo 13, p. 202; párrafo 17, p. 203; párrafo 21, p. 203.

²⁵⁹ *Ibid.*, párrafo 78, p. 209.

mujer, y la mitad de los bienes muebles que tocan –los cuales fueron partidos con la segunda mujer– deben dividirlos todos los hijos entre los que lo fueren de la primera y de la segunda mujer por cabezas. Pero en esta división no entran las armas, caballos y monturas de cabalgar, salvo una mula de cabalgar que debe recibir la mujer como mejora con la mejor silla, ni los libros, porque éstos no vienen a la división con la mujer, y así los hijos de la primera y la segunda mujer deben recibir la parte antedicha y dividirla entre sí de modo que la segunda mujer no tenga sobre estas cosas ningún derecho»²⁶⁰.

Como luego veremos, esta solución –de algún modo– también la adopta Febrero en su tratado.

Más adelante –en las Leyes de Toro del año 1505– también se regularán cuestiones relativas a la protección de los derechos hereditarios de los hijos engarzadas con la sociedad de gananciales. Así, en la Ley XIV se dispondrá lo siguiente:

*Mandamos que el marido y la muger suelto el matrimonio aunque casen segunda ó tercera vez, ó más, puedan disponer libremente de los bienes multiplicados durante el primero ó segundo, ó tercero matrimonio, aunque aya avido hijos de los tales matrimonios ó de alguno dellos, durante los quales matrimonios los dichos bienes se multiplicaron como de los otros sus bienes propios que no oviesen sido de ganancia, sin ser obligados á reservar á los tales hijos propiedad ni usufructo de los tales bienes*²⁶¹

Interpretando el contenido de la misma se podría afirmar que «esta Ley en substancia nos viene á decir que, tanto el marido como la *muger*, hacen suyos en propiedad y usufructo la mitad de los bienes gananciales, sin que sean obligados á reservar cosa alguna para los hijos del matrimonio en que se *adquiriéron* los bienes, pudiendo disponer libremente de ellos, como de los demás suyos propios»²⁶².

De lo dicho en esta Ley no parece deducirse protección alguna para los hijos del primer matrimonio, sino más bien todo lo contrario. Por contraste, la Ley XV de las ya mencionadas Leyes de Toro regulará que:

En todos los casos que las mugeres casando segunda vez son obligadas á reservar á los fijos del primero matrimonio la propiedad de lo que ovieren del primero marido, ó heredaren de los hijos del primero matrimonio, en los mismos casos el varón que casare segunda ó tercera vez, sea obligado á

²⁶⁰ *Ibid.*, parágrafo 86, p. 210. En latín en el original; traducción propia.

²⁶¹ Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA: *Códigos...*, vol. I, cit., p. 722.

²⁶² ÁLVAREZ POSADILLA: *Comentarios á las Leyes de Toro*, Segunda impresión, Viuda de don Joaquín Ibarra, Madrid, MDCCCIV, p. 121. Un comentario más amplio a la presente Ley puede encontrarse en: DE LLAMAS: *Comentario crítico-jurídico-literario a las ochenta y tres Leyes de Toro*, 2.ª ed., Imprenta de la Compañía de Impresores y Libreros del Reino, Madrid, 1852, pp. 131 a 134.

*reservar la propiedad dellos á los hijos del primero matrimonio; de manera que lo establecido cerca deste caso en las mugeres que casaren segunda vez aya lugar en los varones que passaren á segundo, ó tercero matrimonio*²⁶³

Al igual que en el caso anterior, si recurrimos a un análisis del contenido de esta Ley, podríamos concluir que en la misma se «nos dice que el marido que pasa á segundas bodas está obligado á reservar á los hijos del primer matrimonio lo que hubiese habido de la *muger*, ó de los hijos de ella, en los mismos casos en que la *muger* es obligada á reservarlos lo habido del marido, é hijos; pero no nos dice en qué caso sea la *muger* obligada á reservarlos; aunque supone ser obligada en algunos; con que *dirémos*, conformándonos con la opinión de nuestros Autores *regnícolas*, en qué casos la *muger* es obligada á reservar á los hijos lo que ha habido de sus hermanos ó padres: todos suponen que es penal la *obligacion* de reservar los citados bienes, de modo que siendo dueños de ellos vienen sólo á ser usufructuarios, y ni pueden *enagenarlos* á favor de los hijos del segundo matrimonio, ni á favor de extraños»²⁶⁴.

Asimismo, esta reserva no parece referirse a la parte ganancial en la sociedad o sociedades contraídas a lo largo de la vida del disponente, sino a lo que el viudo hubiere recibido de los bienes del consorte difunto, sobre los que sí hay reserva en favor de los hijos comunes a aquel matrimonio, lo que sí supone una protección de tales hijos —o hermanos, si se heredó de un hijo premuerto—.

Medio siglo después —año 1567—, en el Libro V de la Nueva Recopilación —Ley XII; Título IX (*de las ganancias entre marido y muger*)— se determinará que:

*En los cafos, que cafando fegunda vez la muger es obligada à referuar a los hijos del primer matrimonio la propiedad de lo q huuiere del primer marido, en los mifmos lo fea el marido cafando fegunda vez, ley iiii. tit. j deste libro*²⁶⁵

La Ley IV; Título I; del Libro V que se menciona al final de la Ley que acabo de transcribir lleva por encabezamiento: *que en los cafos que cafando fegunda vez la muger, es obligada à referuar à los hijos del primer matrimonio la propiedad de lo que ouiere del primer marido, afsi el marido cafando fegunda vez*²⁶⁶. Y su contenido será idéntico al recogido en la Ley XV de Toro. Es decir, aquí se trata la misma reserva que se refería en la Ley XV de Toro, reser-

²⁶³ Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA: *Códigos...*, vol. I, cit., p. 722.

²⁶⁴ ÁLVAREZ POSADILLA: *Comentarios...*, cit., pp. 124 y 125. Un comentario más amplio a la presente Ley puede encontrarse en: DE LLAMAS: *Comentario...*, cit., pp. 134 a 141.

²⁶⁵ *Nueva Recopilación. Segunda parte. De las Leyes del Reyno. Libro Quinto...*, cit., p. 19.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 2

va que no tiene porqué afectar a la parte ganancial del cónyuge sobreviviente.

En los *Fueros y Observancias de Aragón* de Alonso Luis de Escárata y Ramírez publicados en 1667 se hace mención a la cuestión de las segundas nupcias estableciéndola en los siguientes términos:

Quicúq; mortua prima uxore, vult cótrahere cum secunda, vocatis proximioribus parentibus filiorum primae uxoris ex parte matris, ipsisque praesentibus debet diuidere fideliter omnia bona mobilia, & immobilia quaecúq; habuit cum uxore, quo facto, incóntinéti debet eis ostédere & tradere medieta-té omniú rerú divisatu: abstractis tamen inde cóveniéter expensis factis in defunção uxoris à die qua decessit, usq; ad dié qua fuit sepulta, tame pater debet accipere ante partem, unú lectum paratum de bonis pánis, & duas bestias aptas ad laborandum cú suis apparamentis, si tamen faciunt laborare. Divisio vero debet fieri cú instrumento publico per alphabetum diviso, cum fidantijs, & retribus: & sic diviso facta valeat in perpetuum. Tamen quàd-cumque pater voluerit dare partem filiis, compellantur filiis recipere, si incóntinenti vult tradere eis partem ipsorum aliter compelli non debet, idest si incóntinenti nollet eis tradere. Idem est de matre.

*Quicúq; defuncta Idem uxore prima, & cótracto matrimonio cú secunda, no dividerit cú filiis prime uxoris mobilia, & immobilia, quae cum matre eorum habebat, habebit postea cum eis dividere omnia, que lucratus fuerit cum secunda. Idem intelligitur de uxore, si sepulto viro, cum alio duxerit contrahendum*²⁶⁷.

Esta *Observancia* se refiere a los gananciales y no a una eventual reserva de lo recibido del cónyuge difunto para los hijos de éste: como hacían las Leyes anteriormente mencionadas.

Se aplica el criterio de división con deducción de determinados bienes que puede retener el viudo, y también el principio de participación de los hijos del primer matrimonio en los gananciales del segundo cuando no se hubiera hecho división de la sociedad ganancial del primer matrimonio. Se sigue así lo previsto en las *Observancias de Jaime de Hospital*.

En el decurso histórico de este trabajo ahora habría que tratar la obra de Febrero por la especial importancia que lo dicho en ella tiene a los efectos de lo que aquí se está estudiando: no sólo por su influencia en el futuro artículo 1353 del proyecto de CC de García Goyena que luego veremos, sino también por la que ejerció en la regulación de la reserva en los distintos proyectos decimonónicos²⁶⁸. Es este argumento el que me ha llevado a dedicarle, dentro

²⁶⁷ Cfr. DE ESCÁRATE y OTROS: *Fueros y Observancias de Aragón*. Zaragoza. 1667, p. 123.

²⁶⁸ Cfr. PESET: *Análisis...*, cit., p. 84.

de este trabajo, un epígrafe propio, por eso más que tratarlo aquí he preferido hacerlo un poco más adelante.

En 1805, la Novísima Recopilación –en la Ley VII; Título IV; Libro X²⁶⁹– mantendrá lo dicho en la Ley IV; Título I; Libro V de la Nueva²⁷⁰: *casos en que los padres que pasan á segundo matrimonio, deben reservar á los hijos del primero la propiedad de los bienes del difunto*; y su contenido será idéntico al de la anteriormente mencionada Ley XV de Toro. Como se puede observar, en la Novísima Recopilación, la materia de las segundas nupcias y los posibles efectos que de las mismas se derivan para los hijos del primer matrimonio, no aparece regulada en el Título IX de este Libro X, Título que trata *de las ganancias entre marido, i muger*: esta cuestión empieza a cambiar de sede.

Cambio que, por otro lado, parece bastante lógico, porque –como ya se vio antes al tratar la Ley XV de Toro– lo dispuesto en la Novísima Recopilación se refiere a la reserva, por parte del cónyuge viudo que contrae segundas nupcias, de lo recibido del cónyuge difunto, y como no parece que ataña a los gananciales debe sacarse de ahí tal disposición.

Lo que en la Novísima Recopilación no se menciona son las situaciones de liquidación simultánea de gananciales a las que de algún modo se venía haciendo mención en algunos textos del derecho histórico. Es decir, en este ordenamiento la única referencia a la protección de los posibles derechos de los hijos del primer matrimonio sobre los bienes de su predecesor difunto quedará reflejada en sede de reserva y se supone que en relación con determinados bienes, entre los cuales hay que entender que no se incluirá la parte de gananciales del cónyuge supérstite.

Este traslado se constata también en el proyecto de CC de 1821, en el Libro segundo –*De los derechos y obligaciones segun la diferente condición doméstica de las personas*–; Título I –*De la condición de marido y muger*–; Capítulo IV –*Del segundo matrimonio, y de sus efectos*–; artículos 349 a 356²⁷¹. Como se ve en dicho proyecto, las cuestiones relativas a la defensa de los derechos de los hijos del primer matrimonio ante las segundas nupcias se regulan –al igual que en la Novísima Recopilación– al tratar el matrimonio y no en sede de gananciales por los motivos anteriormente aducidos: no se refleja legalmente la situación de liquidación simultánea.

²⁶⁹ Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA: *Códigos...*, vol. II, cit., p. 1721.

²⁷⁰ *Nueva Recopilación. Segunda parte. De las Leyes del Reyno. Libro Quinto...*, cit., p. 2.

²⁷¹ Cfr. Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil. Legajo I. Proyecto de Código por la Comisión Cortes (Garely).

En el proyecto de CC de 1836 se mantiene la tendencia iniciada por la Novísima Recopilación; y así, se dará razón de las segundas nupcias y la protección de los derechos de los hijos del primer matrimonio en el Libro primero *–De los derechos correspondientes á las personas. Disposiciones generales–*; Título 8.º *–Del segundo matrimonio y de los bienes que deben reservarse á los hijos del primero–*; Capítulos 1.º *–Del segundo matrimonio–* y 2.º *–De los bienes, que debe reservar el cónyuge que pasa á (de) segundo á ulterior matrimonio para los hijos del anterior–*; artículos 260 a 279²⁷².

Esta situación de defensa de los derechos de los hijos ante las segundas nupcias de su progenitor supérstite de la que vengo hablando también aparece en el proyecto de CC de 1851, influida *–en mi opinión–* no sólo por lo dispuesto en el proyecto de 1821 sino también por los proyectos de CC de Gorosábel de 1832²⁷³, el de 1836²⁷⁴ y el de Fernández de la Hoz de 1843²⁷⁵. Su reflejo en 1851 no se manifiesta en la misma sede que en los proyectos de 1821 ó 1836, sino que se traslada al derecho de sucesiones. Con esto se confirma, como en el futuro CC de 1889 quedará esta-

²⁷² Cfr. Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil. Legajo 3. Manuscrito del proyecto de Código Civil (1836) formado por D. José Ayuso, D. Eugenio de Tapia y D. Tomás María Vizmanos, individuos de la Comisión creada al intento por el Gobierno de S. M.

²⁷³ Entiende BARÓ («Los proyectos de Código Civil de iniciativa particular elaborados hasta el proyecto de García Goyena» *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, t. II. Derecho Privado, Ed. Universidad de Cantabria, Facultad de Derecho, Santander, 1993, pp. 38 y 39) que «en cuanto a la influencia de este código privado en el proceso de la Codificación de nuestro país, podríamos decir que como tal código, apenas si deja huellas prácticamente perceptibles en ninguno de nuestros códigos o proyectos posteriores (...). No obstante, con un valor meramente doctrinal pudo ser utilizado por los juristas que continuaron la labor emprendida y especialmente por los miembros de las Comisiones constituidas al amparo del Decreto de 1843, de creación de la Comisión General de Codificación. Un ejemplar del mismo fue donado por José María de Antequera a la Biblioteca de la Comisión (en nota 17: de ello nos informa LASSO: *Crónica de la Codificación española. 4. Codificación civil [Génesis e historia del Código]*, vol. I, Ed. Ministerio de Justicia. Comisión General de Codificación, p. 358, en nota 80), lo que debió facilitar su manejo por los redactores de los diversos proyectos, aunque en ninguna de sus actas o trabajosarezca referencia a su utilización, ni tampoco en el libro redactado por el principal autor del proyecto de 1851, las *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, en el que se recoge las fuentes utilizadas por los miembros de la Comisión que confeccionó este Código».

²⁷⁴ Con esta afirmación del texto principal vengo a completar la postura de PESET (cfr. *Análisis...*, cit., p. 84). Entiende este autor que GARCÍA GOYENA, en algunas cuestiones, copia del proyecto de 1821 sin mencionarlo. En mi opinión, este hecho se puede trasladar a otros proyectos del Código Civil.

²⁷⁵ Por lo que a este proyecto se refiere, BARÓ («Los proyectos de Código Civil...», cit., p. 51) considera obvio que GARCÍA GOYENA «se sirve de sus citas a pie de artículo para hallar la fundamentación histórica de los artículos del proyecto de 1851, comentados en sus *Concordancias...*, pero fuera de esta utilización parcial, raramente aparece citado en las obras de los coetáneos, y entre quienes conocen el proyecto, la referencia es puramente testimonial sin incidir en sus aspectos sustanciales».

blecido, la inclusión de esta materia en una nueva sede: el derecho de sucesiones, dejando de mencionarse cuando se tratan los gananciales —como hasta 1805 había sucedido— o —desde esa fecha— al tratar el matrimonio, y sin que en el Código se dedique —de manera exclusiva— ningún capítulo o artículo a la cuestión del segundo matrimonio.

En consecuencia, y por lo que se refiere al proyecto de CC de García Goyena, en él se recoge —de forma expresa— la situación de las segundas nupcias y la protección de los derechos de los hijos del primer matrimonio en el artículo 800, cuando afirma: «el viudo o viuda que pasase a segundo matrimonio estará obligado a reservar a sus hijos o hijas y descendientes legítimos del primero la propiedad de todos los bienes que haya adquirido de su difunto consorte, por testamento, donación, u otro cualquier título lucrativo, incluso el de su legítima; pero no su mitad de bienes gananciales». Dicho artículo se incluye en el Libro III —*De los modos de adquirir la propiedad*—; Título III —*Disposiciones comunes a las herencias por testamento o sin él*—; Capítulo primero —*De las precauciones que deben tomarse cuando la viuda quede encinta*—; Sección 1.^a —*De los bienes sujetos a reserva*—²⁷⁶.

Es claro que en dicho proyecto de CC no se hace un tratamiento particular de las segundas nupcias, y tampoco se resuelven de forma clara —como en el derecho histórico hemos visto— los problemas que de las mismas se derivan; ahora bien, además de la particular referencia del artículo 800 transcrito en el párrafo anterior, aparece por primera vez la solución legal para los casos de liquidación simultánea de los gananciales de dos o más matrimonios contraídos por la misma persona en el artículo 1.353: «cuando haya de ejecutarse simultáneamente la liquidación de gananciales de dos ó más matrimonios *contraídos* por una misma persona, se admitirá toda clase de pruebas, incluso la testimonial, á falta de inventarios, para fijar el fondo de cada uno; y en caso de duda se dividirán entre las diferentes sociedades, en proporción al tiempo de su duración, y á los bienes propios de cada uno de los *sócios*». En éste, aun cuando no aparecen abiertamente las consecuencias de las segundas nupcias —como luego veremos—, de su estudio llegarán a deducirse.

Además, es cuando menos llamativo que hasta el año 1851 lo relativo a la protección de los derechos de los hijos derivada de las segundas nupcias se hubiese regulado en sede de gananciales o al tratar el matrimonio, y, a partir de esa fecha, al hecho de contraer segundas nupcias y a esa posible protección, se le dedique en el

²⁷⁶ Cfr. GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, T. II, cit., pp. 202 ss.

proyecto de CC, además del mencionado artículo 800 en sede de sucesiones, el artículo 1.353 dentro de los gananciales. Es como si, aun habiendo sacado las normas que protegían los derechos de los hijos del primer matrimonio del lugar que ocupaba al regular el matrimonio o los gananciales, se dejase una mención –enigmática mención– en estos últimos²⁷⁷.

Esto es, García Goyena recupera con el artículo 1.353 lo que se había venido tratando con más o menos profundidad en nuestros textos históricos. En su proyecto de Código le da vida a las dos formas de protección de los derechos de los hijos del primer matrimonio que históricamente se habían plasmado: la derivada de la reserva nacida de las segundas nupcias del cónyuge supérstite y la fundada en la liquidación simultánea de gananciales de dos o más matrimonios *contraídos* por una misma persona. Retoma la realidad histórico-jurídica al darle cauce legal –expreso (reserva) o tácito (liquidación simultánea)– a la protección de los hijos del primer matrimonio ante las segundas nupcias del cónyuge supérstite. Incluso, si se me apura un poco, el hecho de que aparezcan estas dos situaciones derivará de que quizá dándose la primera –la reserva– no se puede llegar a la segunda²⁷⁸.

Esta realidad de las segundas nupcias se reflejará en la Ley de matrimonio civil de 18 de junio de 1870. En ella se adoptan algunas medidas para el supuesto de que se pretendan contraer, o se contraigan, segundas nupcias:

«Art. 5.º... no podrán contraer matrimonio:...Cuarto. La viuda durante los trescientos un días siguientes a la muerte de su marido, ó antes, de su alumbramiento si hubiere quedado encinta...».

«Art. 54. La mujer gozará de los honores de su marido, excepto los que fueren estricta y exclusivamente personales, y los conservará mientras no contrajere segundas nupcias».

«Art. 69. El padre, y en su defecto la madre, cuando gozaren del usufructo de los bienes de los hijos, tendrán las obligaciones de todo usufructuario, excepto la de afianzar, respecto de los mismos bienes, mientras no contrajeren segundas nupcias»²⁷⁹.

²⁷⁷ Quizá se pueda encontrar el fundamento de esto recurriendo al hecho de que la sociedad de gananciales «surgió bajo la influencia de las costumbres germánicas, como desarrollo del derecho de la mujer á una parte de las adquisiciones hechas durante el matrimonio, de la acción común de los cónyuges en la administración de los bienes de ambos y de la obligación de reservar del sobreviviente cuando había descendencia» (Autor citado por DE HINOJOSA: *La condición civil...*, cit., p. 558). Es decir, entre los distintos motivos que contribuyeron al nacimiento del régimen de gananciales uno de ellos será la obligación de reserva en determinados supuestos.

²⁷⁸ Cfr. MATEO SANZ: *La sociedad de gananciales: ...*, cit., pp. 251 ss.

²⁷⁹ Cfr. *Colección Legislativa de España*. t. 103, n. 365. Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1870, pp. 849, 856 y 859, respectivamente. Por lo que a esta Ley

Respecto a lo dispuesto en el artículo 69 de esta Ley de matrimonio civil, quizá en él pueda verse una manera de defender los derechos patrimoniales de los hijos del primer matrimonio²⁸⁰. De todas formas, del contenido de todos ellos se vislumbra un cierto carácter sancionatorio a la hora de contraer segundas nupcias.

Si nos remontamos a la historia parece deducirse que el hecho de las segundas nupcias del cónyuge supérstite no estaba bien visto y por eso, de algún modo, era punido. A esta conclusión se puede llegar por tres vías:

1.^a Atendiendo a la obligación de liquidar la sociedad de gananciales o en su defecto a permitir participar a los hijos del primer matrimonio en las ganancias del segundo: como ya hemos visto que sucede en el derecho foral navarro.

2.^a Acudiendo al deber, ya mencionado, de reservar determinados bienes que el cónyuge supérstite que contrae segundas nupcias había recibido del difunto²⁸¹.

3.^a Amparándose en el hecho de que la celebración de las segundas nupcias implicaba en algunos casos para el bínubo la pérdida del fuero y el pago de algún tributo.

Por lo que a estos argumentos se refiere, y teniendo en cuenta que para los dos primeros se puede recurrir a lo dicho en este trabajo, cabría centrarse un poco más en el último: la pérdida del fuero y el pago de algún tributo. La afirmación que en él se vierte encuentra su fundamento, entre otras, en las siguientes fuentes de nuestro derecho histórico²⁸²:

El Fuero apócrifo de Melgar de Fernamental del año 950²⁸³; el entregado por Ordoño III al Monasterio de Ardón²⁸⁴; el de Salamanca, dictado entre finales del XI y principios del XII²⁸⁵; el de Ledesma

de Matrimonio Civil se refiere, cfr.: FERNÁNDEZ ELÍAS: *Novísimo Tratado histórico filosófico del Derecho Civil español*. Librería de don Leocadio López, Madrid, 1873, pp. 235 a 360. CASANOVAS: «La cuestión del matrimonio civil en el período 1869-1888. Su incidencia en el proceso de codificación civil», *Centenario del Código Civil*, t. I, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 433 ss.

²⁸⁰ Cfr. MATEO SANZ: *La sociedad de gananciales*: ..., cit., pp. 235 ss.

²⁸¹ Cfr. *Ibid.*, pp. 251 ss.

²⁸² Para las fechas de todos los Fueros que a continuación se mencionan, además de los autores citados en las correspondientes notas., se puede confrontar REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: *Colección...*. BARRERO y ALONSO: *Textos...*

²⁸³ [4] *Muger que envibdare fasta un año non pose posadero en su casa a su pesar*. [5] *Et si la vibda se casare ante del año peche dor mr. en huesas al señor* (cfr. MARTÍNEZ DÍEZ: *Fueros locales...*, cit., p. 218).

²⁸⁴ *Disponemos que las mujeres viudas tengan el mismo fuero que tuvo su parentela...*, (cfr. RODRÍGUEZ: *Los Fueros del Reino de León II...*, cit., p. 14).

²⁸⁵ CCXXVIII. *Bilda que se casa antes del año. La uilda que ante del año pressier marido, peche dos marauedís, é metanlos en laour del muro, é pierda la manda quel' fecier su marido* (cfr. SÁNCHEZ RUANO: *Fuero de Salamanca...*, cit., p. 68).

otorgado por Fernando II en el año 1161²⁸⁶; los Fueros de la Novenera –Artajona, Larraga, Mendigorriá y Miranda de Arga– entregados por Sancho el Sabio entre los años 1150 a 1194²⁸⁷; el dado a los moradores de San Tirso y Castrillino por Fernando González el 29 de enero de 1208²⁸⁸; el Fuero de Zamora concedido –por Alfonso IX– en la misma fecha que el anterior²⁸⁹; los Fueros de Muño y Pampliega –Alfonso VIII– del año 1209²⁹⁰; el Fuero de Abelgas, concedido por el obispo legionense Rodrigo Álvarez en enero de 1217²⁹¹; el Fuero que sus señores dieron a Villavicencio el 28 de febrero de 1221²⁹²; el Fuero de Santa Cristina dado por Alfonso IX de León en el 27 de febrero de 1226²⁹³; el Fuero de Algadefe y Santa Marina, acreditado mediante sentencia dada por la reina doña Violante en 1284²⁹⁴; el Fuero de Espinosa de Órbigo dictado en el siglo XIII²⁹⁵. Entre los años 1313 a 1324 cabrá recurrir a los siguientes memoriales de Fueros: el de Quiñones de Órbigo²⁹⁶, el de Bustefrades²⁹⁷, el de Orzónaga²⁹⁸, el de Vegacervera²⁹⁹ y el de La Vid³⁰⁰; en el Fuero de Palen-

²⁸⁶ *De mugier que cafar ante del anno. § 139. Toda mugier que ante del anno prefier marido, peche II morauis, e metanillos enlaur dela puente. E la manda quelle fizier fu marido, pierdala. E fe anno conplir, fea fuehta* (cfr. CASTRO y DE ONÍS: *Fueros leoneses...*, cit., p. 241).

²⁸⁷ Párrafo 13, *De muiller uidua que se case ante del ayngo. Ninguna muiller que sea uidua et que se case antes de un ayngo conplido, deue V sueldos de calonia* (cfr. TILANDER: *Los Fueros...*, cit., p. 45).

²⁸⁸ 7.– *La viuda que casare dé cinco sueldos al señor; si no tuuiera prestrimonio dé una reja con su arado* (cfr. RODRÍGUEZ: *Los Fueros del Reino de León II...*, cit., p. 184).

²⁸⁹ *Ley 34.– Que la vujiuda non case fasta I año.(...). E se se esposar' o se pleitear' o marido tomar', peche C moravedis. E se non hobier' ónde peche elos C moravedis, peche la meatad de cuanto hobiere a los parientes máis propincuos que hobier' el muerto, fuera ende los fijos* (cfr. MAJADA: *Fuero de Zamora...*, cit., p. 29).

²⁹⁰ [5] *Mulier vidua, si fuerit de alcalde aut de milite, permanendo in viduitate, sit sub ipso foro* (cfr. MARTÍNEZ DÍEZ: *Fueros locales...*, cit., p. 182).

²⁹¹ 2.– *La mujer viuda si volviera a casar dará al obispo quince sueldos por nupcias* (cfr. RODRÍGUEZ: *Los Fueros del Reino de León II...*, cit., p. 198).

²⁹² *E la viuda que casar ante de anno dé I mr. al castello* (cfr. MUÑOZ ROMERO: *Colección de Fueros Municipales y Cartas Pueblas*, t. I. Imprenta de don José María Alonso, editor, Madrid, 1847, p. 181).

²⁹³ *Vidua de Sancta Christina, si cassare voluerit, det Palatio pro oassis meliorem bobem, vel bacam, quos habuerit; si autem, componat se cum seniore* (cfr. Ídem, p. 225).

²⁹⁴ 5.– *Et toda biuda que cassase en Algadeffe dar treynta soldos al abat por huesas* (cfr. RODRÍGUEZ: *Los Fueros del Reino de León II...*, cit., p. 265).

²⁹⁵ 14.– *La viuda que casare, avéngase con el merino hasta el importe de unos zuecos* (cfr. Ídem, p. 272).

²⁹⁶ *E la viuda o otra muger que sea de teta e casar dara al sennor XX soldos de bonna moneda por huesas al sennor* (cfr. Ídem, p. 281).

²⁹⁷ *E la viudq que se casar deve dar X sueldos por çuecos. E la meytad de la martiniaga nuestra* (cfr. Ídem, p. 285).

²⁹⁸ *E la viuda que casar peche diez sueldos por çuecos* (cfr. Ídem, p. 291).

²⁹⁹ *La viuda que casare da diez sueldos por zuecos (...)* *La viuda que quisiere ser barragana de hidalgo pague diez marayedtes. Y si fuere con él fuera de la tierra pague los zuecos y cumpla el fueoque debe* (cfr. Ídem, pp. 292 y 294).

³⁰⁰ *E la biuda que casar ha de dar X sueldos de bonna moneda...* (cfr. Ídem, p. 301).

zuela³⁰¹. Por último, en la Ley IV; del Título IV *–De las ganancias del marido, y de la muger–*; del Libro V, de las Ordenanzas Reales de Castilla, u Ordenamiento de Montalvo, publicadas por primera vez en 1484³⁰², entre otras cosas se regula un sistema de sanción sin necesidad de llegar a las segundas nupcias³⁰³.

Hecho este breve paréntesis para dejar constancia de la carga que históricamente se le vinieron imponiendo a las segundas nupcias, habría que retomar el hilo histórico-legislativo que se venía siguiendo y que nos llevará al año 1889. En relación con las segundas nupcias, y por lo que respecta a nuestro CC, hay que decir que en él tampoco se las trata o menciona de forma individualizada³⁰⁴, y la protección a la que me he venido refiriendo tomará cuerpo en el artículo 968 de ese texto legal–en sede de reserva hereditaria–cuando en el mismo se establezca que «además de la reserva impuesta en el artículo 811, el viudo o viuda que pase a segundo matrimonio estará obligado a reservar a los hijos y descendientes del primero la propiedad de todos los bienes que haya adquirido de su difunto consorte por testamento, por sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo; pero no su mitad de gananciales». Por otra parte, en el artículo 1431 CC se mantiene, en términos muy parecidos a los del proyecto de CC de 1851, la regulación de la liquidación simultánea de gananciales de los matrimonios contraídos por una misma persona.

Es decir, por lo que a la protección de los hijos del primer matrimonio se refiere, el CC seguirá las pautas del proyecto de García Goyena. Ahora bien, y al igual que sucedía en ese proyecto, mientras que en la reserva parece clara la protección, no sucede lo mismo con la liquidación simultánea, y, como aquí estamos viendo,

³⁰¹ *Aliqua mulier quæ embibbare non faciat serna fasta cabo de ano,...*, (cfr. MUÑOZ ROMERO: *Colección de Fueros...*, cit., p. 274).

³⁰² Cfr. CERDÁ: *Voz Ordenanzas Reales de Castilla...*, cit., p. 557.

³⁰³ Ley IV. – (...) *Otrosi mandó, y ordenó en las dichas Cortes, que si la muger fincare viva, y seyendo viuda, viviere luxuriosamente, que pierda los bienes que ovo por razon de su meitad de los bienes que fueron ganados y mejorados por su marido, y por ella, durante el matrimonio entre ellos; y sean vueltos los tales bienes à los herederos de su marido defunto, en cuya compañía fueron ganados.*

³⁰⁴ Como ya hemos visto, en algunos ordenamientos de nuestro derecho histórico había un Título o Capítulo dedicado al tema de las segundas nupcias; esto no vio su reflejo en el Código Civil, y ni siquiera, como en el Code Civil, aparece un encabezamiento relativo a las segundas nupcias. En este texto jurídico, dentro del *Livre Premier –Des personnes–, Titre V –Du mariage–*, se recoge el *Chapitre VIII* que lleva por título: *des seconds mariages*. Ciertamente, el único artículo que en el mismo se contiene –el 228–, no guarda relación con el tema que aquí se trata, sino que más bien está pensando en la paternidad: se aproxima más a lo que nuestro Código regula en el artículo 116.

De todos modos, aunque el Código Civil no lo regula como materia independiente, no faltan artículos que, puede entenderse, mantienen una relación más o menos directa con la cuestión: artículos 168, 195, 492, 968 a 980 y 1409.

será necesario entrar al estudio de la misma para poder concluir que lo que en él se establece tiene por misión resolver algunos de los problemas que de las segundas nupcias se derivan.

Por lo tanto, todas estas menciones históricas y legislativas terminan por dirigirnos a la instituciones que en el Código se conoce como reserva viudal y liquidación simultánea de gananciales. Tanto una como otra parecen tener como misión la protección patrimonial de los hijos del primer o anterior matrimonio cuando el cónyuge supérstite contrae segundas o posteriores nupcias.

IV. LOS ANTECEDENTES MÁS INMEDIATOS DEL CONTENIDO DEL ACTUAL ARTÍCULO 1409 DEL CC

Recurriendo a la argumentación histórica ya vista, habría que decir que, frente a la claridad que en materia de protección de los derechos de los hijos del primer matrimonio emana de lo dispuesto en sede de reservas, aparece la regulación del ya referido artículo 1353 del proyecto de García Goyena y posterior artículo 1431 (hoy art. 1409) CC. El hecho de que en estos artículos se pretenda la defensa de aquellos derechos será cuestión que habrá de deducirse, ya que no puede extraerse de su redacción. De todas formas, y como ahora se verá, la búsqueda del origen de la literalidad del artículo no hace sino confirmar, de algún modo, los antecedentes históricos que ya he puesto de manifiesto.

1. LA IMPORTANCIA DEL TRATADO DE FEBRERO PARA ENTENDER ESTA MATERIA

Como reiteradamente se ha expuesto, la primera mención legal a la liquidación de dos sociedades de gananciales aparece en el artículo 1353 del proyecto de CC de don Florencio García Goyena. Con anterioridad al mencionado proyecto, Febrero recogió en su obra lo relativo a la división de los gananciales en unos términos —como ahora veremos— que luego darían pie al contenido de ese artículo 1353 y a los que se remite García Goyena: tanto en lo que se conoce como *Febrero Reformado*, como cuando analiza el artículo 1353 de proyecto de CC de 1851 en su obra *Concordancias, motivos y comentarios del CC Español*.

Tratará Febrero esta cuestión dentro de la Segunda Parte de su obra *–Librería de Escribanos–*; en el Libro Primero *–De los juicios de inventario, y particion de bienes del que murió ex testamento, ò abintestato, entre su viuda, y herederos–*; Capítulo IV *–Del modo de dividir entre el conyuge superstite, y herederos del difunto los gananciales adquiridos constante su matrimonio, y mientras está la herencia proindiviso, y las mejoras hechas en los bienes, y vinculados de ambos conyuges; y de qué bienes se han de satisfacer la dote, y donacion propter nuptias, que dieron, ò prometieron à sus hijos–*; en los números o parágrafos 34 al 43 *–Cómo se han de dividir los gananciales entre los hijos de dos, ò mas matrimonios?–*³⁰⁵.

El encuadre de estos últimos parágrafos dentro del mencionado Libro Primero da razón, por un lado, de la realidad de la que venimos hablando desde hace tiempo: que las pautas liquidatorias del actual artículo 1.409 del CC estaban pensadas, desde su inclusión en el proyecto de García Goyena, para la defensa de los derechos patrimoniales de los hijos, en concreto de los derivados de la división de los gananciales de dos o más matrimonios; y, por otra parte, deja constancia de la conexión que con el derecho de sucesiones tiene la materia que en dichos números se trata. Además, si se recurre al resto de los Capítulos que completan ese Libro Primero, podrá observarse que casi todos *–salvo el Capítulo VII que estudia el usufructo–* están orientados hacia cuestiones sucesorias. Así, en el Capítulo I se tratará *del inventario, y tasacion de bienes de difunto: en qué pena incurre el heredero que oculta algunos de la herencia en perjuicio de los acreedores, legatarios, y coherederos: y cómo se ha de proceder en el juicio de ocultación*. En el Capítulo II se dará razón *de la división, y forma de proceder en ella; de los contadores, su oficio, y facultades; y cómo han de dividir las cosas individuales, el censo vitalicio personal, y la finca enfiteutica*. El Capítulo III referirá *las deducciones llamadas comunes ò generales, que ante todas cosas se deben hacer del cuerpo del caudal inventariado*. En el Capítulo V dispondrá *el modo de dividir los frutos de bienes libres, y vinculados que el testador dexa pendientes, ò cogidos, yá sea entre su viuda, y herederos, ò entre otros, y los bienes se hayan llevado al matrimonio, ò adquirido durante él*. Por último, el Capítulo VI recoge *donde se deben baxar las arras, joyas, ali-*

³⁰⁵ Cfr. FEBRERO: *Librería de Escribanos, é instruccion juridica theorico práctica de Principiantes. Parte segunda. Libro Primero*, Oficina de la viuda de Marín, Madrid, 1790, pp. 259 a 264 (Edición facsímil. Consejo General del Notariado, Madrid, 1990).

mentos, luto, y vestido ordinario de la viuda, y el lecho cotidiano de ambos cónyuges.

Rodear lo relativo al modo de dividir los gananciales entre los hijos de dos o más matrimonios de cuestiones directamente relacionadas con el derecho de sucesiones, no hace sino constatar que todo lo relacionado con la liquidación de la sociedad de gananciales siempre ha estado imbuido por el hecho real de la muerte, y que al margen de otras causas –pretéritas y presentes– que han dado y dan lugar a la disolución y consiguiente liquidación de dicho régimen, la primera, principal y más casuísticamente tratada –dejando pocos resquicios a la duda– ha sido aquélla.

La realidad de estas afirmaciones se constata al leer los mencionados párrafos o números 34 a 43 del Tratado de Febrero aquí mencionado. Ya, desde el primer momento, queda claro que las reglas que en estos párrafos se van a establecer están dirigidas a facilitar la división de los gananciales de los hijos de dos o más matrimonios. Es de estos párrafos, y así se constata de la lectura de los mismos, de donde García Goyena abstraigo –quizá– las ideas necesarias para redactar el artículo 1.353 de su proyecto.

En concreto, y por lo que al contenido del mencionado artículo se refiere, hay que destacar en la formación del mismo los párrafos 42 y 43. Es por esto que me parece de interés referirlos en esta sede de manera literal.

En el párrafo 42 se establece:

No acreditandose en suficiente forma en qué matrimonio de los del padre comun se adquirieron los gananciales, ni los que éste lucró mientras estuvo viudo, (pues lo que entró en el primero, es suyo privativo, y también lo que adquirió durante su viudedad) se dividirán igualmente entre los hijos de ambos, sino mejoró à alguno. Y aunque algunos autores dicen que se debe dividir à prorrata de lo que cada matrimonio duró, y esto parece equitativo: no me adhiero á su opinión, porque en el poco tiempo de uno se pudieron haber lucrado muchos, y en el dilatado de otro pocos, ò ningunos, ò haberse consumido los adquiridos en el anterior, como cada dia se experimenta, según los negocios, proporciones, gastos, aplicacion, economía, y prosperidades, ò adversidades que hubiesen tenido; por lo que partiendolos con igualdad en dicho caso, se quita todo escrupulo, pues el padre pudo haberlos consumido todos, y hasta que muere, ningun hijo tiene derecho à que le dé su legitima paterna, ni mas que una probable esperanza de obtenerla, y entonces todos deben ser iguales, si no mejora à alguno, y no se debe atender al tiempo que duró cada matrimonio, è inferir que adquirió en él los bienes que dexó, sino solámente à cuántos, y à que todos son suyos; pues de lo contrario si v. g. en el primer matrimonio los habia adquirido todos, nada deberian participar los hijos del segundo, siendo sus hijos como los otros; y segun la regla de prorratéo quedarian privados de su legitima, ò perjudicados, y era suponer en el padre la obligacion de reservarlos para los de cada

*uno, y no poder usar libremente de los que en cada matrimonio, ò estando viudo habia adquirido, la que ninguna ley impone, ni le prohíbe su uso como dueño de todos*³⁰⁶.

El párrafo 43 dispone:

*Pero si habiendose casado el marido, v. g. dos veces, no formalizó particion, ni aun descripción de bienes por muerte de la muger primera, por lo que se ignora qué gananciales hubo en cada uno de sus matrimonios; para dividir entre los hijos de ambos los que tocaron à cada una de sus madres, ¿se pregunta qué deberá practicar el contador? A la verdad que (como dice Ayora en la quæst. 13. part. 3. num 39) es arduo, aunque no imposible este caso; por lo que es menester ocurrir à pruebas, y en su defecto a prudenciales conjeturas: y así procurará avenir, y concordar à las partes; y si no quisieren, y por escrituras, ò otras pruebas resultaren comprados en cada matrimonio algunos de los existentes, los estimará por gananciales respectivos de ambos, y aplicará à los hijos de cada uno, como adquiridos en tiempo de sus madres, y con arreglo à sus ultimas disposiciones, la mitad de los que aparecieren, pues la otra mitad toca à su padre, en la qual todos son interesados igual, è indistintamente, si à ninguno mejoró. Si nada resultare, es menester tener presente, examinar, y considerar qué tiempo estuvo casado con cada muger: qué negocios manejó, y utilidades, ò pérdidas tuvo: qué conducta era la de sus mugeres, pues si alguna era de las que nacen al mundo para ser el catástrofe de caudales, y vidas, como muchisimas de estos tiempos, antes le ayudaría à caer, que à levantar: qué enfermedades, y contratiempos le sobrevinieron respectivamente, ò à sus mugeres, hijos, ò hacienda, (pues mucho de esto se podrá probar) y hecho un cómputo imparcial, y prudencial, llamará à los interesados, y se lo manifestará, instruyendoles de todo lo que tuvo presente para hacerlo. Y si sin embargo no se avinieren, lo propondrá al Juez como duda, à fin de que oyendolos en forma, resuelva, y le prescriba regla fixa, que le sirva de norte, y pauta para girar la cuenta; y con arreglo à lo que se declare, procederá, sin mezclarse en hacer oficio de Juez, pues siempre que le ocurra duda, que no pueda disolver, ya sea acerca de los gananciales, ò de algun otro particular, y las partes no se convengan, debe proponersela al efecto expresado, ya haya, ò no menores. Lo que queda explicado en orden à los hijos de dos matrimonios, milita con los de tres, ò mas, ya sea por muerte del padre, ò madre comun, segun los casos ocurran*³⁰⁷.

La fuerza, vitalidad e interés que la obra de Febrero despertó —no sólo en lo que al tema que aquí estamos tratando se refiere— queda constatada en las ediciones posteriores a la misma, y concretamente en la atribuida a García Goyena: *El Febrero Reformado*³⁰⁸. En este Tratado —continuación actualizada del originario— se referirá lo relativo a la división de ganancias entre los hijos de

³⁰⁶ FEBRERO: *Librería de Escribanos*, ..., cit., pp. 262 y 263.

³⁰⁷ *Ibid.*, pp. 263 y 264.

³⁰⁸ GARCÍA GOYENA y AGUIRRE: *Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*. Corregida y aumentada por Joaquín Aguirre y Juan Manuel Montalbán, 4.ª edición, Reformada y considerablemente aumentada por José Vicente y Caravantes. T. II. Imprenta y Librería de Gaspar y Roig, editores, Madrid, 1852.

dos o más matrimonios en el Tomo Segundo, Libro II –*De las cosas*–, Título XXXIII –*De la división de las ganancias*–. A su vez, en este Título se incluían las siguientes Secciones: Sección I. *De la división de las ganancias entre el cónyuge y los herederos del difunto*. Sección II. *De la división de los bienes gananciales entre los hijos de dos ó mas matrimonios*. Sección III. *Cómo se han de dividir, cuando por muerte de uno de los cónyuges, poseyó el otro mucho tiempo los bienes de todos, los adquiridos durante la comunión*. A su vez, este Título XXXIII, por su ubicación, venía precedido por los siguiente: Título XXVIII. *Del inventario de los bienes hereditarios*. Título XXIX. *De la tasación de los bienes inventariados*. Título XXX. *De la colación*. Título XXXI. *De la división de la herencia*. Título XXXII. *De las deducciones que se deben hacer del caudal inventariado*. Por otro lado, los Títulos que seguían al XXXIII relativo a la disolución de la sociedad de gananciales, iban encabezados por los siguientes enunciados: Título XXXIV. *De la división de los frutos pendientes á la muerte del testador*. Título XXXV. *Deducción de las arras, joyas, alimentos, luto y vestido ordinario de la viuda y el lecho cotidiano de ambos cónyuges*. Título XXXVI. *De la partición de bienes entre los herederos legítimos ó estraños del que murió testado ó intestado*. Título XXXVII. *De la rescisión y modificación de las particiones*. Como puede verse por la ordenación sistemática de esta obra, tanto las secciones del Título XXXIII como los Títulos antecedentes y consecuentes al mismo tienen relación directa con la materia sucesoria.

El recurso a la estructura de esta obra no tiene otra intención, como ya se vio antes al hacerlo con el Febrero originario, que ver el marco que rodea al artículo 1353 del proyecto de García Goyena en el mismo momento de su redacción. Si es palpable la importancia de la obra de Febrero en lo que a este artículo se refiere, entiendo que la misma sigue siendo innegable cuando sobre el contenido y estructura de aquélla interviene el propio redactor del proyecto en el que –entre otros– se incluye un artículo cuyo texto tiene su origen inmediato en la obra que ha sido reformada.

En el fondo, no será más que otro argumento a favor para considerar que el futuro contenido del artículo 1409 CC está directamente entroncado con la protección de los derechos sucesorios de los hijos del primer matrimonio.

Ahora bien, ese afán de relacionar el contenido de este artículo con el derecho sucesorio se podría dismantelar si se admitiera que la ubicación de ese Título XXXIII, en el lugar en el que se encuentra, es fruto de la defectuosa sistemática de su autor: don José

Febrero³⁰⁹. En mi opinión, y por el desarrollo que a continuación voy a realizar, la localización de ese Título y sus Secciones dentro de esta obra es bastante lógica, y permite entender con más claridad porqué aparece un artículo como el 1353 en el proyecto de CC de 1851, y cuál es la causa de que su contenido se recoja posteriormente en nuestro CC.

La Sección II del referido Título XXXIII del *Febrero Reformado* lleva por encabezamiento: *de la división de los bienes gananciales entre los hijos de dos ó mas matrimonios*. En el párrafo 2.415 de esa sección dispone Febrero lo siguiente:

*«No acreditándose suficientemente en qué matrimonio de los del padre común adquirieron los gananciales, ni los que este lucró mientras estuvo viudo, se dividirán igualmente entre los hijos de ambos, sino mejoró alguno; y aunque varios autores, (Escobar, comput. y otros que cita), dicen que se deben dividir á prorata de lo que duró cada matrimonio, lo cual parece equitativo, no es opinión la más seguida, porque en el poco tiempo de uno se pudieron haber lucrado muchos, y en el dilatado de otro, pocos ó ningunos ó haberse consumido los adquiridos en el anterior...»*³¹⁰.

Comentando esta aseveración, García Goyena entiende que «nada hace al propósito que se acredite ó no lo *espuesto* cuando los hijos de dos matrimonios tratan de suceder al padre común, pues respecto de *este* es lo mismo que si todos lo fueran de una sola madre; y así Febrero padeció una notable equivocación. Escobar, á quien cita, sólo propone el caso de que habla Febrero en el número siguiente; el caso en el que los hijos de dos matrimonios piden como herederos de sus madres los gananciales que les corresponden, y cuando no consta cuántos se adquirieron en el primero y cuántos en el segundo matrimonio; y es de parecer que deben dividirse entre dichos hijos *á prorata* del tiempo que duró cada uno, y *á* proporción de la dote y demás bienes de cada mujer»³¹¹.

En los párrafos 2.416, 2.417 y 2.418 de la mencionada sección, Febrero analiza cómo se resuelve en determinados supuestos *la división de los bienes gananciales entre los hijos de dos ó mas matrimonios*.

En este sentido, en el párrafo 2.416 afirma:

«Si los bienes habian sido adquiridos todos en el primer matrimonio, nada deberian participar los hijos del segundo, siendo hijos suyos como los otros, y segun la regla del prorrateo quedarian privados de su legítima, ó perjudicados, lo cual era suponer en el padre la obligacion de reservarlos para los de

³⁰⁹ Cfr. GARCÍA GOYENA y AGUIRRE: *Febrero o Librería de Jueces*,..., T. II, cit., p. XIV.

³¹⁰ *Ibid.*, pp. 98 y 99.

³¹¹ *Ibid.*, p. 99.

cada uno, y no poder usar libremente de los que en cada matrimonio ó estado viudo habian adquirido: obligacion que ninguna ley le impone; ni le prohíbe su uso, como dueño de todos

Parece vislumbrar este autor como solución más equitativa, para no privar o perjudicar la legítima de los hijos del segundo matrimonio, el recurso a una posible reserva sucesoria, lo cual será «suponer en el padre la *obligacion* de reservarlos para los de cada uno»; ahora bien, eso implicaría –sigue entendiendo este autor– que el padre no podrá «usar libremente de los que en cada matrimonio ó estando viudo *habian* adquirido»; en consecuencia, concluye Febrero, no se puede entender que exista ley que le obligue a la reserva, ni norma que le prohíba el uso de esos bienes ya que es dueño de todos³¹².

Distinta será la situación para el caso en el que se desconozcan qué bienes gananciales componen el caudal de cada uno de los matrimonios, en este supuesto habrá que recurrir a lo dispuesto en los párrafos 2.417 y 2.418, párrafos que, por el interés que presentan en la materia que aquí se trata, procedo a transcribir íntegramente:

En el párrafo 2.417 se establece que:

«Si habiéndose casado el marido dos veces, no formalizó particion ni aun descripción de bienes por muerte de la primera mujer, de modo que se ignora qué gananciales hubo en cada uno de sus matrimonios para dividir entre los hijos de ambos los que tocaron á cada una de sus madres, caso á la verdad que dificilmente puede suceder, es necesario recurrir á pruebas ó en su defecto á conjeturas prudentes; y así el partidor procurará avenir á los interesados, y si no quisieren, y por escrituras ú otras pruebas resultaren comprados en cada matrimonio algunos de los existentes, los estimará por gananciales respectivos de ambos, y aplicará á los hijos de cada uno, como adquiridos en tiempo de sus madres y con arreglo á sus últimas disposiciones, la mitad de los que aparecieren, pues la otra mitad toca á su padre, en la cual todos son interesados igual é indistintamente, sino mejor ó ninguno»³¹³.

Por lo que se refiere al párrafo 2.418 dispone Febrero lo que sigue:

«Si nada resultare, se ha de tener en consideracion qué tiempo estuvo casado con cada muger; qué negocios manejó, y qué utilidades ó pérdidas tuvo, que conducta era la de sus mugeres, pues unas disipan los caudales, y otras los conservan ó aumentan; qué enfermedades y contratiempos le sobrevinieron á él ó á sus mugeres, hijos ó hacienda; y hecho un cómputo imparcial y prudential, llamará á los interesados, para manifestárselo é instruirles de todo lo que tuvo presente para hacerlo»³¹⁴.

³¹² Para los tres entrecomillados anteriores y la última afirmación atribuida a FEBRERO cfr. GARCÍA GOYENA y AGUIRRE: *Febrero o Librería de Jueces*,..., T. II, cit., p. 99.

³¹³ *Ibid.*, p. 99.

³¹⁴ *Ibid.*

La Sección II que aquí se ha traído a colación se cierra con el párrafo 2.420, en el que se recoge que:

«*Lo que se ha espuesto en orden á los hijos de dos matrimonios milita en los de tres ó mas, sea por muerte del padre o de la madre común, según los casos ocurran*»³¹⁵.

Leídos los distintos párrafos de la obra de Febrero –ya sea en su versión originaria o en la que se conoce como *Febrero Reformado*–, si su contenido se contrasta con el artículo 1353 del proyecto de CC de 1851, se puede concluir que lo que este último recoge será un resumen del contenido de aquélla; si bien, ya se encargará García Goyena de dejar constancia en este artículo de la cuestión de la proporcionalidad: punto en el que, como ya se ha dicho antes, mantiene su discrepancia con Febrero³¹⁶. Admitida esta salvedad, todo lo demás dicho por Febrero aparece recogido de forma más breve en el mencionado artículo del proyecto de 1851.

2. EL ARTÍCULO 1353 DEL PROYECTO DE GARCÍA GOYENA

Por lo que se refiere al artículo 1353 del proyecto de CC de García Goyena, ya en algunos de los primeros manuscritos que de dicho proyecto se conservan en la Comisión General de Codificación, en la parte del *contrato de matrimonio* –encomendada a Luzuriaga– se recoge el contenido del futuro artículo 1353 en los siguientes términos: artículo 167. «Cuando haya de ejecutarse simultáneamente la liquidación de gananciales, de dos o más matrimonios contraídos por una misma persona, se admitirán pruebas supletorias a falta de inventarios para fijar el fondo de cada uno y en caso de duda se reportarán gananciales del último matrimonio todos los bienes respecto de los cuales no se pruebe que pertenecían al anterior»³¹⁷.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 100.

³¹⁶ Como ya se dijo, GARCÍA GOYENA aprovecha su edición del *Febrero Reformado* para criticar en este punto la postura de FEBRERO. Esta crítica también se pondrá de manifiesto en sus *Concordancias* (T. III, cit., p. 349) cuando afirme que «FEBRERO (...) reconociendo como equitativa la opinión de ESCOBAR y otros autores para que se dividan *á prorata* del tiempo que duró cada matrimonio, y en proporción *á* lo aportado por cada *muger*, la deshecha por razones de poco peso, pues se reducen *á* meras posibilidades, que no pueden prevalecer contra el cálculo natural y equitativo, fundado en la duración de cada uno de los matrimonios o sociedades».

³¹⁷ Cfr. Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil. Legajo 9. Carpeta 2.ª Manuscrito A1.

Que la aceptación del contenido de este artículo 167, futuro 1353, no fue pacífica se pone de manifiesto en el Acta de la Sesión celebrada el día 14 de mayo de 1847 cuando en la misma se establece, refiriéndose al transcrito artículo 167, que de lo en él contenido «dió lugar a discusión su 2.^a parte y variadas sus ideas...»³¹⁸. Las diferencias de opinión que en dicha acta se refieren no se recogen en la misma ni hay documento conocido en el que aparezcan, de ahí que no pueda decirse mucho más sobre este particular, y de algún modo tenga que limitarme a seguir la trayectoria del artículo con el único soporte del contenido del artículo mismo en los distintos documentos de la época en los que aparece.

De todas formas, cabe hacer mención a una nota marginal al texto del artículo 167 reflejada en uno de los manuscritos en la que, en forma de interrogante, se plantea, de manera no muy legible en alguna de sus partes, la siguiente cuestión: «¿perderá la *muger* ahora sus gananciales?»³¹⁹. Quizá de esta anotación se puede deducir que la redacción que se le había dado al artículo llevaba a plantearse la posibilidad de que con lo dicho en el mismo se estuviese dejando a la mujer —entiendo, por lo que ahora se verá, que del primer matrimonio— sin sus gananciales. No hay que olvidar que la solución establecida para el caso de duda era considerar *gananciales del último matrimonio todos los bienes respecto de los cuales no se pruebe que pertenecían al anterior*. De esta disposición se puede concluir que si quien contrajo nuevas nupcias era el marido, saldrá beneficiada en último término la segunda o ulterior mujer, ya que, salvo prueba en contrario, todos los gananciales lo serán del último matrimonio.

Es decir, la duda sobre a qué sociedad pertenecen los bienes se resuelve a favor del último matrimonio, lo que de algún modo parece sancionar el hecho de no haber realizado en su momento la liquidación de la sociedad de gananciales; pero se perjudica más al cónyuge difunto —en el caso de disolución por muerte³²⁰— que al

³¹⁸ Cfr. Comisión General de Codificación sobre codificación civil. Acta número 37 de la sesión celebrada el día 14 de mayo de 1847, p. 47.

³¹⁹ Cfr. Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil. Legajo 9. Carpeta 2.^a Manuscrito A1. La literalidad del texto me parece que es como aquí he reflejado salvo en la palabra «ahora» que quizá no es tan segura.

³²⁰ La muerte no es la única causa de disolución del régimen de gananciales. Ahora bien, entiendo (MATEO SANZ: *La sociedad de gananciales*: ... cit., pp. 189 ss.) que es el único supuesto con el que se puede llegar a una situación de liquidación simultánea. Las causas de disolución aparecen recogidas en el artículo 1339 de este proyecto: «la sociedad de gananciales se acaba por el hecho de disolverse el matrimonio, o de ser declarado nulo. (...) Se acaba también la sociedad en los casos previstos en el artículo 1355» (GARCÍA GOYENA: *Concordancias*, ..., T. III, cit., p. 341). Artículo 1355: «el marido y la mujer podrán solicitar en juicio la separación de bienes, y deberá decretarse, cuando el cónyuge del demandante hubiese sido condenado a una pena que lleve consigo la interdicción civil,

supérstite, ya que este último –incluso en el caso de que todos los gananciales del primer matrimonio pasaran al segundo– no dejará de recibir una parte –tal vez menor que si se hubiese liquidado de forma independiente cada sociedad– de los referidos bienes.

Además, la prueba en contrario les correspondería en este caso a los herederos de la difunta con las dificultades que de la misma pueden derivarse. De ahí que lo que en realidad parezca sea que a quienes de verdad se está castigando es a los herederos que no se preocuparon de promover la liquidación de la sociedad.

Da la impresión de que en ese proyectado artículo 167, con la mencionada afirmación, se olvida por completo lo que en su día se dispuso en el artículo 262 del proyecto de Código de 1836 en la que de algún modo se obligaba a realizar la liquidación, lo que traslucía una cierta protección para los hijos: *cuando hayan quedado hijos de un matrimonio anterior, no podrá el consorte sobreviviente contraer otro matrimonio, sin ejecutar antes formal inventario, justiprecio, cuenta y partición de los bienes que á los hijos correspondan por muerte de su padre ó madre, ó por cualquier otro título, como también de los bienes cuya propiedad sea reservable*. Y así, mientras que de la lectura de este último artículo se deriva una protección para los hijos, es decir que por encima del derecho a contraer ésta el derecho de los hijos a recibir lo que les corresponda y por eso se impone la obligación de partir³²¹; si se analiza lo dispuesto en el artículo 167, la conclusión es la opuesta: por encima de los derechos sucesorios de los hijos aparece el derecho a contraer matrimonio y a dejar la anterior sociedad sin liquidar; llegándose a concluir que en el caso de ausencia de liquidación, si por nuevo matrimonio hubiera que realizar una liquidación simultánea, en caso de duda y salvo prueba en contrario los gananciales serán del último matrimonio³²².

o declarado ausente, en conformidad a lo dispuesto en el Capítulo II, Título XI, Libro I, o hubiere dado causa al divorcio. Para que se decrete la separación, bastará presentar la ejecutoria que haya recaído contra el cónyuge culpable o ausente, en cada uno de los tres casos expresados» (*Ibid.*, p. 350).

³²¹ A modo de ejemplo, esta primacía de los derechos de los hijos del primer matrimonio sobre el derecho a contraer segundas nupcias por parte del cónyuge viudo se refleja en nuestros días en los artículos 124 a 127 del CC chileno.

³²² Este peor trato para los hijos y mejor para la segunda mujer también quedó reflejado en la Ley 6.^a, Título IV, Libro 3.^o del Fuero Real: *el home que hobiere fijos de alguna otra muger, si casáre con otra muger, ó si la muger que hobiere fijos de otro marido casare con algun home, é qualquier de ellos ante que haya partido con sus fijos ficiere alguna ganancia con la parte de los fijos, quier sea mueble, quier rafz, el padrastra, ó madastra, hayan la meytad de las ganancias: fueras, ende si el padre, ó la madre, tuviere la buena de aquellos sus fijos en guarda, ó por escripto, asi como manda la ley* (Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA: *Códigos...*, Vol. I, cit., p. 122).

Es decir, la solución dada en este artículo 167 era radicalmente distinta a la que había venido estableciéndose para estos supuestos de segundas o ulteriores nupcias en el derecho histórico navarro, aragonés, castellano y francés.

Por todo esto parece lógico, como ya se ha dicho, que en la mencionada acta de 14 de mayo fuesen *variadas las ideas* de la segunda parte del artículo 167; sustituyéndose la afirmación de que *en caso de duda se reportarán gananciales del último matrimonio todos los bienes respecto de los cuales no se pruebe que pertenecían al anterior*; por otra que parece defender mejor los derechos de todas las partes interesadas: *...en caso de duda se dividirán entre las diferentes sociedades en proporción al tiempo de su duración y a los bienes propios de cada uno de los socios*. El sentido de esta modificación se ha mantenido hasta nuestros días, y así aparece recogido en el artículo 1409 CC cuando en el mismo se refiere que *en caso de duda se atribuirán los gananciales a las diferentes sociedades proporcionalmente, atendiendo al tiempo de su duración y a los bienes e ingresos de los respectivos cónyuges*.

La redacción de dicha acta es la que se mantiene en otros manuscritos que parecen ser de la misma fecha o por lo menos del mismo mes: mayo³²³. En junio de 1847 se aprueban, por la Sección del CC de la Comisión de Códigos, los Títulos de donaciones y del contrato de matrimonio, y le son remitidos al Presidente de la misma con fecha de 22 de junio de 1847³²⁴. Por lo que a la cuestión de la liquidación simultánea se refiere, en lo remitido al Ministerio mantenía todavía el numeral 130 y se incluía en la Sección 7.^a *–De la Liquidación de la sociedad conyugal–*; Capítulo 5.^o *–De la sociedad legal–*; del Título que llevaba por encabezamiento: *del contrato de matrimonio*. Su redacción se mantenía con la modificación anteriormente mencionada: *cuando haya de ejecutarse simultaneamente la liquidación de gananciales de dos ó mas matrimonios contraidos por una misma persona, se admitirán pruebas supletorias, á falta de inventarios, para fijar el fondo de cada uno; y en caso de duda, se dividirán entre las diferentes sociedades en proporción al tiempo de su duración y á los bienes propios de cada uno de los socios*³²⁵.

³²³ Cfr. Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil. Legajo 9. Carpeta 2.^a Manuscritos: B1 (art. 134 ó 130); B2 (art. 134); B3 (art. 134); B4 (art. 134).

³²⁴ Cfr. Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil. Legajo 9. Carpeta 2.^a Manuscritos: C1 y C2. Aprobado por la sección del código civil. 2.^a revisión.

³²⁵ Cfr. Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil. Legajo 7. Carpeta 4.^a Copia de los títulos de donaciones y del contrato de matrimonio discutidos y aprobados en la Comisión de Códigos y remitidos por el Presidente de la misma el 22 de junio de 1847.

En un Manuscrito posterior que no está fechado ³²⁶, junto a la numeración que hasta ahora se ha manejado aparece la que se supone que llevarían los artículos en el proyecto de Código de 1851; y así –por ejemplo– el artículo 130 será el 1402. En este Manuscrito se redacta una nota al margen del mencionado artículo y se tacha una pequeña parte del mismo apareciendo el texto del modo que a continuación se expone: «cuando haya de ejecutarse simultáneamente la liquidación de gananciales de dos ó mas matrimonios *contraidos* por una misma persona, se admitirán pruebas supletorias, a falta de inventarios para fijar el fondo de cada uno; y en caso de duda, se dividirán entre las diferentes sociedades en *proporcion* al tiempo de su duración y a los bienes propios de cada uno de los socios». El texto tachado es sustituido en nota marginal por: «toda clase de pruebas, inclusa la testimonial».

En el año 1849 aparece el anteproyecto de CC, fruto de la primera revisión por la correspondiente Sección de Codificación civil de la Comisión General de Codificación; en su artículo 1402 se establece: «cuando haya de *egecutarse simultaneamente* la *liquidacion* de gananciales de dos ó mas matrimonios *contraídos* por una misma persona, se admitirán pruebas supletorias, á falta de inventarios para fijar el fondo de cada uno; y en caso de duda, se dividirán entre las diferentes sociedades en *proporcion* al tiempo de su *duracion* y á los bienes propios de cada uno de los socios» ³²⁷. Como puede verse, el contenido de la nota a la que hacíamos mención en el párrafo anterior no ha conseguido desbancar a la redacción originaria.

El proyecto definitivo de 1851, en el tan traído artículo 1353 establecerá lo siguiente: «cuando haya de ejecutarse simultáneamente la liquidación de gananciales de dos ó más matrimonios *contraidos* por una misma persona, se admitirá toda clase de pruebas, inclusa la testimonial, á falta de inventarios, para fijar el fondo de cada uno; y en caso de duda se dividirán entre las diferentes sociedades, en *proporcion* al tiempo de su duración, y á los bienes propios de cada uno de los *sócios*».

En el texto de este artículo terminan por incluirse las modificaciones que se habían venido haciendo desde el año 1847. De todas formas, en ninguna de las referencias que se conservan respecto a su proceso de elaboración se aclara el porqué de la inclusión de este artículo, ni tampoco en ninguna de sus redacciones se hace men-

³²⁶ Cfr. Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil. Legajo 9. Carpeta 2.^a. Manuscrito C3.

³²⁷ Cfr. Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil. Legajo 11.

ción a los hijos del primer o anterior matrimonio. Es decir, mientras que en materia de reserva, tanto el proyecto de 1851 como el CC son diáfanos respecto a los derechos de los hijos, en lo relativo a la liquidación simultánea hay una cierta opacidad.

3. DEL PROYECTO DE GARCÍA GOYENA AL CC

En el período que va desde este proyecto de CC de García Goyena hasta el CC, la doctrina mantiene —en materia de liquidación simultánea de dos sociedades de gananciales— los postulados recogidos por Febrero pero con los matices realizados por García Goyena en lo relativo al criterio de la proporcionalidad³²⁸; al mismo tiempo no faltará algún autor que lleve a cabo un desarrollo propio y bastante matizado de cómo ha de efectuarse la liquidación de bienes de la sociedad conyugal cuando debe realizarse *entre el cónyuge viudo ó sus herederos, y los herederos del cónyuge difunto*, o para la situación de *division en caso de segundo matrimonio* o *por disolución del segundo matrimonio*, o, como último supuesto, cuando se trata de una *division en caso de tercero ó más matrimonios*³²⁹.

La próxima cita en la historia legal de este artículo serán los trabajos previos al CC. Aunque no cabrá remontarse al proyecto de 1882, ya que en el mismo sólo se recogieron el Título Preliminar y los Libros I y II —*De la leyes, de sus efectos y de las reglas generales para su aplicación; De las personas y De la división de las cosas y de la propiedad*, respectivamente—³³⁰. Tampoco será posible recurrir al fallido proyecto de Comas, pues, en el mismo, aun cuando refiere la liquidación de la sociedad legal (Libro IV; Título I; Capítulo 2.º; Sección 2.ª; Subsección 1.ª; Parte 2.ª; Párrafo 2.º, V), al no haber prosperado carece de desarrollo articular y por lo tanto tan válido es admitir que habría incluido la situación de liquidación simultánea como no hacerlo³³¹. De todas formas, sí se podrá tener en cuenta lo que el propio Comas refiere, en las discusiones parlamentarias previas a la aprobación del CC, a la hora de tratar las segundas nupcias y los derechos de los hijos del primer matrimo-

³²⁸ Cfr. NAVARRO: *Código Civil de España*, Tomo II. Juan Vidal, Editor, Madrid, 1880, p. 192.

³²⁹ Cfr. DIESTE: *Diccionario del Derecho Civil aragonés*. Imprenta de Manuel Minuesa, Madrid, 1869, pp. 558 a 560.

³³⁰ Cfr. Diario de Sesiones del Senado. 9 de mayo de 1882. Apéndice sexto al número 95.

³³¹ Cfr. Diario de Sesiones de Cortes. Senado. 2 de marzo de 1885. Apéndice primero al número 75, p. 12 ss. En este punto puede ser de interés para aproximarse más al proyecto de COMAS, la obra de PÉREZ PUJOL: *Proyecto de Código Civil. Enmienda presentada al Senado por Augusto Comas*. Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé, Madrid, 1885.

nio: «el sistema parafernial, sobre todo, puede tener un gran interés allí donde ha *concluído* un primer matrimonio y empieza uno segundo con hijos del primero, para establecer con absoluta separación el capital de la segunda mujer y no perjudicar la fortuna y la esperanza de los hijos del primer matrimonio»³³².

Por lo tanto, en este período, habrá que esperar a los trabajos previos al proyecto de 1888, llevados a cabo entre los años 1884 a 1887, en los que se tratarán los contenidos de los Libros III y IV³³³. En ellos se hará mención a la situación de liquidación simultánea de los gananciales al tratar el contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio, y así en el artículo 130 o 1.457 se establecerá lo siguiente: «siempre que haya de ejecutarse simultáneamente la *liquidacion* de los bienes gananciales de dos ó mas matrimonios *contraídos* por una misma persona, para determinar el capital de cada sociedad, se admitirá toda clase de pruebas en defecto de inventarios, y en caso de duda, se dividirán entre las diferentes sociedades proporcionalmente al tiempo de su *duracion* y á los bienes de la propiedad de los respectivos *conyuges* (art. 1353 del proyecto)»³³⁴.

Esta redacción, sin ningún tipo de observaciones por parte de los vocales de la comisión³³⁵, será la que se incluya en el Código en el artículo 1431: «siempre que haya de ejecutarse simultáneamente la liquidación de los bienes gananciales de dos o más matrimonios *contraídos* por una misma persona, para determinar el capital de cada sociedad se admitirá toda clase de pruebas en defecto de inventarios; y, en caso de duda, se dividirán los gananciales entre las diferentes sociedades, proporcionalmente al tiempo de su duración y a los bienes de la propiedad de los respectivos *cónyuges*».

4. LA LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO, Y LA LIQUIDACIÓN SIMULTÁNEA DE LOS GANANCIALES DE DOS O MÁS MATRIMONIOS CONTRAÍDOS POR LA MISMA PERSONA

La reforma derivada de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del CC en materia de filiación, patria potestad y régi-

³³² Cfr. REVISTA DE LOS TRIBUNALES: *Discusión parlamentaria...*, cit., p. 227.

³³³ Refiere LASSO (Cfr. *Crónica de la Codificación española. 4...*, Vol. I, cit., p. 563) que algunos comentaristas posteriores entendieron que estos libros eran parte del proyecto de 1882.

³³⁴ Cfr. Legajo 18. Proyecto de Código Civil de 1888 (Ponencias). Carpeta 2.ª Del contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio. 1884-1886. Manuscritos B y C.

³³⁵ Cfr. Legajo 19. Observaciones de los vocales de la Comisión al Código Civil (1888-89). Carpeta 3.ª Observaciones sobre el Libro 4.º del proyecto por los Sres. vocales de la Comisión.

men económico del matrimonio, «se incardina en el movimiento reformista que en materia de regímenes comunitarios de bienes tiene lugar en Europa con el fin de mejorar la condición de la mujer casada (...) se presenta como resultado de un proceso en el que han intervenido por partes iguales, posturas jurisprudenciales, opiniones doctrinales y por qué no, también en ella se gestan figuras de nuevo cuño que terminan incorporándose»³³⁶.

Esta indiscutible afirmación, tuvo poco reflejo en el contenido del artículo que aquí estamos tratando, quizá porque desde su origen —como ya se vio al hacer un análisis particular del mismo en el proyecto de García Goyena— la dicción del mismo se preocupó por evitar la discriminación en el trato de la mujer casada; por eso, no había casi nada que cambiar en su redacción; de ahí que los términos en los que se dispuso para el proyecto de 1851 se hayan mantenido prácticamente inalterados hasta hoy, incluso después de esta reforma.

Como ya se ha anticipado, la redacción de este artículo y su numeración no sufre ningún cambio hasta la reforma derivada de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Con esta Ley varía ligeramente el contenido del artículo y su número deja de ser el 1431 y es sustituido por el 1409.

El desarrollo legislativo de esta Ley se inicia con el proyecto de 14 de septiembre de 1979, en el que al futuro artículo 1409 CC se le da la siguiente redacción: «siempre que haya de ejecutarse simultáneamente la liquidación de gananciales de dos o más matrimonios contraídos por una misma persona, para determinar el capital de cada sociedad se admitirá toda clase de pruebas en defecto de inventarios. En caso de duda se atribuirán los gananciales a las diferentes sociedades, equitativamente, atendiendo al tiempo de su duración y a los bienes e ingresos de los respectivos cónyuges»³³⁷.

En el período de enmiendas al mencionado proyecto, por lo que a este artículo se refiere se planteó «sustituir la expresión «equitativamente» por «proporcionalmente»», como motivo se argumentó

³³⁶ TORRES GARCÍA: «Diez años de aplicación de la Reforma de los Regímenes económicos matrimoniales (Ley 11/1981, 13 de mayo)». Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid, Valladolid, 1991, pp. 12 y 13. Cfr. también: ídem; «La administración de los bienes comunes en la sociedad de gananciales», *RDP*, 1985, p. 724; y el contraste histórico-legal que, de forma resumida, realiza el profesor ARECHEDERRA («Divorcio y reserva de bienes», *ADC*, 1999, pp. 1402 y 1403) al estudiar la economía matrimonial según el Código Civil. Sobre la valoración de esta Reforma a efectos de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, hay quien admite su valía y luego se la niega (cfr. RAMS: *La sociedad...*, cit., pp. 407 y 423 respectivamente).

³³⁷ Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*. I Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley, 14 de septiembre de 1979, núm. 71-I, p. 191.

que «la palabra “equitativamente” parece mal empleada en el proyecto, que lo que quiere decir es “proporcionalmente”»³³⁸.

En el informe de la ponencia se da cuenta de la existencia de dicha enmienda y se hace constar que «el artículo 1409 conservaría la redacción del proyecto si, como propone la Ponencia, fuera rechazada la enmienda 340 (Grupo Socialista), única presentada»³³⁹.

En diciembre de 1980, en la publicación del dictamen de la Comisión de Justicia y las enmiendas, se le atribuirá al artículo 1409 del CC la siguiente redacción: «siempre que haya de ejecutarse simultáneamente la liquidación de gananciales de dos o más matrimonios contraídos por una misma persona para determinar el capital de cada sociedad se admitirá toda clase de pruebas en defecto de inventarios. En caso de duda se atribuirán los gananciales *proporcionalmente*, atendiendo al tiempo de su duración y a los bienes e ingresos de los respectivos cónyuges»³⁴⁰.

Como queda reflejado, la enmienda planteada por el partido socialista fue admitida, de manera que se sentaban las bases para que la proporcionalidad de la que ya hablaba García Goyena en su proyecto no dejará de estar presente en la redacción de este artículo casi siglo y medio después. Trasladado dicho dictamen al Pleno, el contenido del artículo 1409 CC –en votación conjunta con los artículos 1398 a 1434– fue aprobado el 18 de diciembre de 1980 por 218 votos a favor, siete en contra y dos abstenciones³⁴¹.

Con esta redacción será remitido al Senado, junto con todo el texto del proyecto, el 2 de febrero de 1981³⁴². En el informe emitido por la Comisión de Justicia e Interior, los artículos 1398 a 1431 no fueron objeto de enmiendas y la Ponencia propuso que se mantuvieran los textos que figuraban «en el proyecto remitido por el Congreso de los Diputados»³⁴³. A la misma conclusión se llega de

³³⁸ Cfr. Enmiendas al proyecto de Ley sobre filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Enmienda número 340. Primer firmante: Grupo Socialista. Enmienda número 59. 19 de octubre de 1979, p. 323.

³³⁹ Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, I Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 22 de mayo de 1980, núm. 71-I 3, p. 409.

³⁴⁰ Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, I Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 1 de diciembre de 1980, núm. 71-II, p. 447. La cursiva es mía.

³⁴¹ Cfr. *Cortes. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, Sesión Plenaria número 140 celebrada el jueves, 18 de diciembre de 1980, p. 9022.

³⁴² Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado*, I Legislatura. Serie II. Proyectos y Proposiciones de Ley remitidos por el Congreso de los Diputados, 2 de febrero de 1981, núm. 154 (a) (Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 71), p. 619.

³⁴³ Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado*, I Legislatura, Serie II, Proyectos y Proposiciones de Ley remitidos por el Congreso de los Diputados, 24 de marzo de 1981, núm. 154 (d) (Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 71), p. 735.

la lectura de los textos emanados del Dictamen emitido por la Comisión de Justicia e Interior³⁴⁴. Lógicamente, con estos antecedentes no habrá enmiendas que publicar al mencionado artículo³⁴⁵. Dado el oportuno traslado al Congreso, con fecha de 13 de mayo se aprueba la Ley 11/1981, de modificación del CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, siendo publicada en el *Boletín Oficial del Estado* con fecha de 19 de mayo de 1981. En ella se recoge el actual artículo 1409 de nuestro CC.

5. LA SITUACIÓN PARALELA EN EL ANTIGUO RÉGIMEN DOTAL Y SU INFLUENCIA EN LA REGULACIÓN DE LA LIQUIDACIÓN SIMULTÁNEA DE LOS GANANCIALES DE DOS O MÁS MATRIMONIOS

Cuando Febrero, en su ya referida obra, analiza *cómo se han de dividir los gananciales entre los hijos de dos, ò mas matrimonios?*, hace mención a la situación de deducción de dos o más dotes. Este supuesto lo tratará de forma más amplia –como el mismo reconoce– en el capítulo 3 de este libro desde el n. 30 al 35³⁴⁶.

Si, como parece, Febrero es de los primeros en mencionar, desde el punto de vista doctrinal, la situación de liquidación simultánea de los gananciales de dos o más matrimonios contraídos por una misma persona, y el propio autor se remite en ese estudio a la deducción de dos o más dotes³⁴⁷; habrá que concluir que, en este punto, ambas situaciones –dotal y ganancial– están íntimamente relacionadas.

Esa conexión, referida por el mencionado autor, quedó consagrada en el origen del contenido del actual artículo 1409 CC. Cuando –como ya hemos visto– éste no era más que el artículo 167 de uno de los trabajos preparatorios del título del *contrato de matrimonio* del futuro proyecto de CC de 1851, se dejó constancia de que la aprobación de lo que en él se disponía implicaría también la de lo que hasta entonces no era más que el artículo 90 del mismo Título de esos trabajos iniciales. En este último se establecía lo siguiente: «cuando haya de hacerse la restitución de dos dotes á un

³⁴⁴ Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado*, I Legislatura, Serie II, Proyectos y Proposiciones de Ley remitidos por el Congreso de los Diputados, 27 de marzo de 1981, núm. 154 (e) (Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 71), p. 799.

³⁴⁵ Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado*, I Legislatura, Serie II, Proyectos y Proposiciones de Ley remitidos por el Congreso de los Diputados, 8 de abril de 1981, núm. 154 (f) (Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 71), pp. 902 y 903.

³⁴⁶ Cfr. FEBRERO: *Librería de Escribanos*, ..., cit., § 34, p. 259. Remisiones al capítulo 3, mencionado en el texto principal, también se hacen en los §§ 38, 40 y 41, pp. 261 y 262.

³⁴⁷ Cfr. FEBRERO: *Librería de Escribanos*, ..., cit., §§ 30 a 35, pp. 198 a 202.

mismo tiempo, se pagará cada una con los bienes que existan de su respectiva procedencia; y si no alcanzare el caudal inventariado para cubrir el resto, se procederá en conformidad á lo determinado en los artículos 106 y siguientes»³⁴⁸.

Esa vinculación entre el artículo 167 y el 90 quedó reflejada en el hecho de que en las propias actas se recoge que se «*reserbo* para este lugar [aceptación del contenido del art. 167] la aprobación del artículo 90 de este título»³⁴⁹. Es decir, la aprobación del futuro artículo 1.303 del proyecto de CC de 1851 dependió de la del 1.353 del mismo. La vida «legal» de ambas situaciones se inicia en el mismo momento, y hoy, después de la reforma de 1981 solo perdura en sede de gananciales.

Históricamente se reconoce que lo que en su día dispuso el artículo 1376 CC en el año 1889 para la restitución de dos o más dotes también lo plasmaba y de manera mucho más clara la Partida 5.^a –*de los empréstitos, e de las vendidas, e de las compras, e de los cambios, e de todos los otros pleytos, e posturas que fazen los omes entre si, de qual natura quier que sean*–; Título XIII –*de los peños que toman los omes muchas vegadas, por ser mas seguros, que es sea mas guardado o pagado, lo que les prometen de fazer, o de dar*–; Ley 33 –*de la mayoría que ha el Rey en los bienes de su debdor, e la muger por la dote en los bienes de su marido*– cuando en la misma se establecía que la dote debe restituirse primero a los hijos de la primera mujer y después á la segunda³⁵⁰:

... *Pero si vn ome ouiesse auido dos mugeres, e fuessen amas muertas, entonce, la dote que deuiesse a dar a la primera muger, deue ser pagada primeramente a sus fijos, que la deuen auer, e despues a la segunda muger: porque estos debdos son de vna natura*³⁵¹

³⁴⁸ Cfr. Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil, Legajo 9, Carpeta 2.^a, Manuscritos A1, A2 y Acta número 37 de la sesión celebrada el día 14 de mayo de 1847, p. 47. Los arts. 106 y siguientes se incluyen en: Título. *Del contrato de matrimonio*; Capítulo 4.^o *De la sociedad legal*, Sección 2.^a *Del fondo capitul de la sociedad entre marido y muger*, artículos 103 a 109.

³⁴⁹ Cfr. Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil, Legajo 9, Carpeta 2.^a Manuscrito A2, en nota marginal. Cfr. también Acta número 37 de la sesión celebrada el día 14 de mayo de 1847, p. 47.

³⁵⁰ Cfr. ABELLA: *Código Civil*..., cit., p. 401 en nota 4. También consideran que la mencionada Partida es uno de los antecedentes históricos de este artículo, sin matizar si su contenido en más claro u oscuro que lo dispuesto en el Código: DE BOFARULL: *El Código Civil español*..., cit., p. 433, en nota 2; RIMBLAS y MAJADA: *Código Civil. Interpretado y anotado, con arreglo a las modificaciones introducidas por la Ley de 24 de abril de 1958*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1958, p. 819; FORTUNY: *Régimen de bienes*..., cit., p. 140; MUCIUS: *Código Civil. Comentado y concordado extensamente, t. XXI. Artículos 1315 a 1391*. 2.^o ed., Ed. Reus, Madrid, 1967, p. 799; MANRESA: *Comentarios*..., cit., p. 510; DE LOS MOZOS: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, t. XVIII, vol. 1.^o. Artículos. 1315 a 1391*, Dirigidos por Manuel Albaladejo. 1.^a ed., EDESA, Madrid, 1978, p. 244.

³⁵¹ Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA: *Códigos*..., Vol. I, cit., p. 562.

Esta idea de restituir la dote a los herederos de la mujer que la hubiese entregado, evitando, por tanto, que los bienes dotales de la primera mujer acabasen en el patrimonio de la segunda y de ésta pasasen a sus herederos con el consiguiente perjuicio que para los causahabientes de la primera se originaría, también aparece en las Observancias de Jaime de Hospital:

[90] *Item ad tertium articulum respondetur quod secunda uxor non debet tenere viduitatem in bonis dotalibus primae uxoris nisi aliquibus ex eis fuisset dotata secunda uxor in defectu aliorum bonorum viri, quia tenet [tunc] secunda bona dotalia acquireret filiis secundae uxoris et ipsa teneret ibi viduitatem*³⁵².

Con carácter previo, y como antecedente necesario del sistema dotal de las Partidas, el supuesto se había planteado en el Derecho romano y fue resuelto por Justiniano³⁵³: por un lado, en la Ley 12; Título XVIII; Libro VIII de su Código al establecer que a la hora de restituir las dotes, «... ora si sobrevivieran ambas mujeres, ora si hubiesen fallecido, ora si solamente sobrevive una de ellas, sea en absoluto considerada preferente la primera, o cualquier descendencia suya...»³⁵⁴; y, por otro, en la Novela XCI y en la Constitución XCIII³⁵⁵.

A su vez, y como ya se vio con anterioridad, en el Derecho romano, y dentro del sistema dotal que en el mismo se establecía, pareció primar la posibilidad de contraer segundas nupcias sobre la protección de los derechos de los hijos del primer matrimonio, si bien este trato de favor se fue diluyendo hasta invertirse, garantizándose de forma más clara y rotunda los derechos de los hijos en caso de segundas nupcias de su progenitor supérstite: así quedaba reflejado, como ya vimos, en el Código de Justiniano y en sus Constituciones, y posteriormente lo referirá el Breviario de Alarico de forma más resumida.

En su germen, la restitución de dos o más dotes aparece por primera vez –como situación que merece ser incluida en un Código– en los trabajos previos al proyecto de Código de 1851. Nada se dice –por motivos obvios– en el breve proyecto del año 1821, ni en la regulación de la dote que lleva a cabo el más amplio del año 1836. De todas formas, y como luego se verá, esta situación de restitución

³⁵² HOSPITAL: *Observancias...*, cit., p. 210.

³⁵³ Cfr. RIMBLAS y MAJADA: *Código Civil...*, cit., p. 819.

³⁵⁴ Cfr. GARCÍA DEL CORRAL: *Cuerpo de Derecho civil romano. Segunda parte. Código*, t. II. Barcelona. 1895. Reimpresión, Ed. Lex Nova. (T. 5.º *Código. Libros 6.º-12.º*), Valladolid, 1988, pp. 337.

³⁵⁵ Ídem: *Cuerpo de Derecho civil romano. Tercera parte. Novelas*. Barcelona. 1898. Reimpresión, Ed. Lex Nova. (T. 6.º *Novelas. Constituciones.*), Valladolid, 1988, pp., 329 a 331.

de dos o más dotes ya tenía antecedentes en el derecho histórico. Es decir, en los mencionados trabajos previos del proyecto de 1851 se recogerá esta situación, si bien en alguno de ellos se variará la redacción en alguno de sus puntos.

En los primeros trabajos, allá por mayo de 1847, se establecerá como contenido del artículo 76 el siguiente: «cuando haya de hacerse la restitución de dos o más dotes á un mismo tiempo, se pagará cada una con los bienes que existan de su respectiva procedencia, y si no alcanzase el caudal inventariado para cubrir el resto se pagarán por el orden de su respectiva procedencia»³⁵⁶.

En otro trabajo –que puede ser también de mayo de 1847– la expresión que en el anterior aparecía tachada es sustituida por la frase siguiente: «... pagará por el orden de su respectiva procedencia, salvo lo dispuesto en el artículo 63»³⁵⁷. En un último manuscrito de ese mismo mes, esta coletilla final –«salvo lo dispuesto en el art. 63»– no aparece³⁵⁸.

En junio de 1847 se aprueban, por la Sección del CC de la Comisión de Códigos, los Títulos de donaciones y del contrato de matrimonio, y le son remitidos al Presidente de la misma con fecha de 22 de junio de 1847. El artículo 73 de ese Título –anterior art. 76– quedará redactado en los siguientes términos: «cuando haya de hacerse la restitución de dos o más dotes á un mismo tiempo, se pagará cada una con los bienes que existan de su respectiva procedencia, y si no alcanzase el caudal inventariado para cubrir el resto se atenderá para su pago á la prioridad de tiempo, salvo lo dispuesto en el artículo 60»³⁵⁹. Como puede observarse el texto que en su día fue tachado ahora ha sido sustituido por una solución que deja más claro, en el caso de insuficiencia de bienes, el criterio temporal para realizar la restitución.

En la primera revisión del anteproyecto del Código realizada por la Sección del CC de la Comisión de Códigos en 1849 se referirá esta situación en el artículo 1345³⁶⁰ y, sin variaciones –salvo los

³⁵⁶ Cfr. Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil, Legajo 9, Carpeta 2.ª, Manuscritos: B1 y B2.

³⁵⁷ Cfr. Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil, Legajo 9, Carpeta 2.ª, Manuscrito B3. El mencionado artículo 63 establecía: «en el único caso de haber constituido hipoteca el marido, gozará la *muger* de acción hipotecaria contra sus bienes, lo cual se regulará por las disposiciones del artículo...».

³⁵⁸ Cfr. Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil, Legajo 9, Carpeta 2.ª, Manuscrito B4.

³⁵⁹ Cfr. Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil, Legajo 9, Carpeta 2.ª, Manuscritos C1 y C2.

³⁶⁰ Cfr. Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil, Legajo 9, Carpeta 2.ª, Manuscrito C3, Legajo 11. Anteproyecto de Código Civil según quedó en la primera revisión: primera revisión del Código Civil por la sección del mismo.

números de los artículos— se recogerá en el artículo 1303 del definitivo proyecto de CC de 1851 ³⁶¹.

Treinta y siete años después, en las Ponencias del proyecto de CC, en el artículo 78 se dispondrá: «siempre que haya de hacerse la *restitucion* de dos ó mas dotes á un mismo tiempo, se pagará cada una con los bienes que existan de su respectiva procedencia, y si no alcanzare el caudal inventariado á cubrir el resto que fuere debido para integrar cada una de las dotes, lo que correspondiese á la primera mujer se pagará primeramente á sus herederos, y *despues* de lo que reste se pagará á la segunda mujer hasta donde alcance, salvo lo dispuesto en el artículo 1292 (1303 del proyecto)» ³⁶².

En un manuscrito posterior, a ese artículo 78 se le atribuye el número 1408 y se tacha la mención al 1292 ³⁶³. Sin ninguna observación ³⁶⁴ —salvo la sustitución de los números de los artículos: el 1408 pasa a ser el 1405 y al 1292 se le atribuye el número 1384— es incluido en el CC dentro del artículo 1376: «cuando haya de hacerse la restitución de dos ó más dotes á un mismo tiempo, se pagará cada una con los bienes que existan de su respectiva procedencia, y en su defecto, si no alcanzase el caudal inventariado para cubrir las dos, se atenderá para su pago á la prioridad de tiempo».

Así se mantuvo en nuestro Código hasta que el sistema dotal fue excluido del mismo. Mientras se reguló, la doctrina siguió reconociendo la conexión entre el contenido de este artículo y el de la liquidación simultánea ³⁶⁵, aunque los principios establecidos por el anterior artículo 1431 CC para la liquidación de los gananciales no pudiesen seguirse «con relación a la dote, que siempre representa un tipo de aportación, una suma de cantidad o de valores concretos y determinados, cuyo importe constituiría una deuda para el marido

³⁶¹ Cfr. GARCÍA GOYENA: *Concordancias*,..., T. III, cit., p. 314.

³⁶² Cfr. Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil, Legajo 18, Proyecto de Código Civil de 1888 (Ponencias), Carpeta 2.ª, Del contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio (Ponencia del Sr. Albacete), 1884-1886, Manuscrito B.

³⁶³ Cfr. Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil, Legajo 18, Manuscrito C.

³⁶⁴ Cfr. Legajo 19. Observaciones de los Vocales de la Comisión al Código Civil (1888-89), Carpeta 3.ª, Observaciones sobre el Libro 4.º del proyecto por los Sres. vocales de la Comisión. Las observaciones de Cárdenas.

³⁶⁵ Cfr. DE BOFARULL: *El Código Civil español*..., cit., pp. 433 en nota 2 y 448, en nota 3; PEDREIRA: *El Código Civil*..., T. II y III, cit., pp. 935 y 35 respectivamente. MUCIUS: *Código Civil*..., T. XXI..., cit., p. 800; MANRESA: *Comentarios*..., cit., pp. 938 y 939. Como excepción a lo dicho en el texto se puede traer a colación el estudio que sobre el 1.376 realiza DE LOS MOZOS (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVIII, vol. 1.º..., cit., p. 244): este autor no menciona esa posible relación entre el 1.376 y la liquidación simultánea de gananciales.

o sus herederos y un crédito activo para la mujer o los suyos, exigible aun cuando hayan desaparecido los mismos bienes dotales aportados»³⁶⁶.

Establecer una relación entre ambas situaciones –restitución de dotes y liquidación de gananciales– se pudo deber en gran medida a que la finalidad de las dos era la misma: la defensa de los derechos sucesorios de los hijos.

Así mismo, y como ya he reflejado anteriormente, esta situación de restitución de dos o más dotes aparece recogida en las Ponencias del proyecto de CC de 1888, cuando en el artículo 78 se establece que «si no alcanzare el caudal inventariado á cubrir el resto que fuere debido para integrar cada una de las dotes, lo que correspondiese á la primera mujer se pagará primeramente á sus herederos, y *despues* de lo que reste se pagará á la segunda mujer hasta donde alcance...»³⁶⁷.

En la redacción final de la que se dio cuenta en el Código no se refirió esta afirmación de la Ponencia relativa a los herederos, pero el hecho de que en algún momento de la elaboración del artículo la misma hubiese aparecido, pone de manifiesto que el origen del contenido de este artículo guarda gran relación con la defensa de los derechos sucesorios, de quienes los tienen, sobre los bienes dotales de la mujer difunta.

Por lo tanto, si en la redacción de este artículo latía la mención a los herederos, y en su origen –proyecto de CC de 1851– el contenido del mismo se hizo depender de la aprobación del artículo relativo a la liquidación simultánea, creo que es bastante lógico concluir que en la regulación de esta última situación también se tuvo en cuenta –aunque no se reflejase en los trabajos del proyecto o del Código– la realidad sucesoria que enmarcaba toda la situación de liquidación simultánea.

Entiendo que esta misma idea protectora quedó plasmada en uno de los sistemas forales que hasta no hace mucho recogía en su Compilación de Derecho civil, al tratar *las relaciones patrimoniales entre los cónyuges*, el régimen dotal: el Derecho Catalán. Este ordenamiento trataba la restitución de dos dotes en el párrafo 3.º del artículo 36 tanto del texto originario (Ley 40/1960, de 21 de julio), como del Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio, que lo modificó; quedando más claro el carácter garantista, en beneficio

³⁶⁶ MUCIUS: *Código Civil...*, T. XXI..., cit., pp. 800 y 801.

³⁶⁷ Cfr. Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil, Legajo 18, Proyecto de Código Civil de 1888 (Ponencias), Carpeta 2.ª Del contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio (Ponencia del Sr. Albacete), 1884-1886, Manuscrito B.

de los derechos patrimoniales de los hijos, al que aquí me vengo refiriendo, en su redacción originaria que en la surgida de la mencionada reforma. La primera, como ahora se leerá, hace mención expresa a los hijos del primer matrimonio cuando diga:

*Si deben restituirse dos dotes con cargo al mismo patrimonio, y éste no alcanzase para pagarlas, tendrá preferencia la más antigua y la de los hijos del primer matrimonio sobre la de la segunda esposa, y así sucesivamente, sin perjuicio, en su caso, de la prelación hipotecaria. Esta preferencia es renunciabile*³⁶⁸.

En la derivada del mencionado Decreto se omite esa referencia a los hijos del primer matrimonio como criterio de preferencia para el orden de restitución, dándosele al contenido del párrafo 3.º el siguiente tenor:

*Si deben restituirse dos dotes, con cargo al mismo patrimonio, y éste no alcanzare para pagarlas, tendrá preferencia la más antigua, sin perjuicio, en su caso, de la prelación hipotecaria. Esta preferencia es renunciabile*³⁶⁹.

Como sucedía con la mención a los herederos en los trabajos del CC, la presencia de los hijos del primer matrimonio en la redacción anterior de este artículo 36 sigue estando latente en la redacción reformada en 1984.

Actualmente, el contenido de este artículo junto con todos los que regulaban el sistema dotal, y otras instituciones dentro de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, ha sido derogado por Ley 9/1998, de 15 de julio³⁷⁰, del Código de familia. De todas formas, aun siendo una derogación «digna de mención», tal y como se afirma en los principios de la Ley recogidos en el Preámbulo de la misma, no extingue la posibilidad de someter las relaciones patrimoniales matrimoniales al sistema dotal, sumisión que se deriva de los mencionados principios al admitir un tratamiento residual de la dote, y otras instituciones, en la disposición transitoria segunda de la Ley: «las dotes... y los demás derechos similares constituidos y, en su caso, que se constituyan, se rigen por las disposiciones que les son de aplicación hasta hoy, contenidas en la compilación del Derecho Civil catalán». En consecuencia, los cónyuges que todavía se encuentren sometidos al régimen dotal y los que en un futuro quieran hacerlo, si llegara a darse el caso de restitución de dos dotes habrán de resolverlo conforme a lo que el derogado artículo 36, párrafo 3.º establecía; de ahí que quepa admitir la pervivencia de lo que en él se dispone.

³⁶⁸ Cfr. RCLA 1960/1034.

³⁶⁹ Cfr. RCLA 1984/2994 ccaa.

³⁷⁰ Cfr. RCLA 1998/2135.

V. ALGUNAS CONCLUSIONES DERIVADAS DEL ESTUDIO HISTÓRICO REALIZADO

Una vez vistas las normas de derecho histórico y vigente hasta aquí referidas, podría concluirse: por una parte, que la protección de algunos de los derechos sucesorios de los hijos comunes ante nuevo matrimonio de su progenitor supérstite, se forjó dentro del régimen económico del matrimonio; y por otra, que lo que hoy en día conocemos como reserva –y matizando un poco más, reserva viudal– tuvo su origen entre las normas de dicho régimen.

Me atrevo a aventurar que esta realidad se sigue constatando hoy en día en el artículo 968 del CC, cuando en su coletilla final se matiza que no hay obligación de reservar *su mitad de gananciales*. Entiendo que si esta obligación se excluye es porque en los supuesto de reserva ya se ha realizado la liquidación, de manera que ya se sabe cuáles son los bienes gananciales de cada cónyuge y por tanto el supérstite no tendrá obligación de reservar los suyos, pues no los recibió del consorte causante *por testamento, por sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo*, sino que le corresponden por derecho propio y en propiedad fruto del matrimonio.

Además es –cuando menos– curioso –siguiendo con las conclusiones que hasta el momento pueden extraerse– que, con la codificación de nuestro derecho civil, este supuesto de protección –la reserva– salga de la sede del matrimonio o del régimen económico del mismo y pase a incluirse en otro cuerpo de artículos, sin que en el régimen legal de gananciales se vuelva a hacer mención sobre el particular: dando la impresión de que nunca estuvieron relacionados.

Por otro lado, y corroborando un poco más ese carácter sucesorio que parece envolver lo dispuesto en el actual artículo 1409 CC, se podría decir que la literalidad del contenido de este artículo se fraguó dentro de la doctrina –como ya se ha visto en Febrero– al estudiar cuestiones de derecho hereditario. Estas afirmaciones, y los argumentos expuestos hasta el momento, permiten sostener que el contenido del actual artículo 1409 CC y de sus antecedentes –art. 1431 CC y 1353 del proyecto de CC de García Goyena– tienen, desde el punto de vista histórico, un marcado carácter sucesorio y protector de los derechos hereditarios de los hijos. E incluso la aparición en el proyecto de García Goyena del artículo 1.303, en el que se regulaban los supuestos de restitución de dos o más dotes, no hará sino confirmar esa realidad: no se puede olvidar el paralelismo histórico y de contenido que se da entre ambos artículos. Por eso entiendo que, con la inclusión en 1851 del artículo 1353 –y, por

referencia, del art. 1303–, lo que se está poniendo de manifiesto –entre otros– es el interés por no perder la conexión histórica que había existido entre la liquidación del régimen de gananciales y la defensa de los derecho sucesorios de los hijos del primer matrimonio en caso de que el progenitor viudo contrajera nuevo matrimonio.

Esa vinculación entre la liquidación de los gananciales y el derecho de sucesiones se remonta a los orígenes legislativos de dicha sociedad. Como ya se ha puesto de manifiesto, la primera referencia histórico-legislativa que tenemos del régimen de gananciales en nuestro derecho se encuentra en el Código de Alarico, y ya en lo que en él se dispone puede verse la relación que existe entre las ganancias surgidas del matrimonio y el derecho hereditario. Siglo y medio después en el *Liber Iudiciorum* –Libro IV; Título II; Ley XVI– se regulará de forma genérica qué bienes son gananciales, cómo se hace el reparto de los mismo y a quién se le transmiten dichos bienes con la muerte. Posteriormente y ya entrada la Edad Media, en la versión romance del *Liber Iudiciorum* –lo que se conoce como Fuero Juzgo– por la posición sistemática que esta regulación de los gananciales ocupa –Libro IV (*Del linage natural*); Título II (*De los herederos*); Ley XVII (*De lo que gana el marido é la muier, seyendo casados en uno*)– hay que entender que también es una cuestión directamente enlazada con el derecho sucesorio.

Además, y por no repetirme, como hemos podido ver en la exposición histórico-jurídica realizada, esa conexión entre gananciales y derecho de sucesiones se seguirá manteniendo a lo largo de los siglos hasta nuestro CC; y así la proximidad entre la sociedad de gananciales y el derecho de sucesiones quedará reflejada por la doctrina el mismo año en el que se publica el Código. Ésta se encargará de dejar constancia de que en materia de liquidación de la sociedad de gananciales, las normas «que el Código dicta son nuevas en la ley, pero no nuevas en la vida civil. Carecen de precedentes en nuestros cuerpos legales históricos: carecen de precedentes también en la mayor parte de los Códigos modernos, porque ellos han fundado en bases muy distintas el régimen de la familia; pero las tienen en las prácticas usuales de nuestros jurisconsultos. De esas prácticas formó el proyecto de 1851 el articulado, que casi literalmente ha copiado el Código en esta sección.

«(...) esas reglas se practicaban antes en las testamentos é intestados: ahora se observarán siempre que haya que proceder á la liquidación de la sociedad de gananciales...»³⁷¹.

³⁷¹ FALCÓN: *Código civil español...*, cit., p. 197.

Asimismo, esa relación entre el derecho de sucesiones y la sociedad de gananciales aparecía en el año 1889, de forma expresa, en el contenido del artículo 1428 CC; en el mismo se afirmaba que *en cuanto a la formación del inventario, reglas sobre tasación y venta de bienes de la sociedad de gananciales, garantía y afianzamiento de las respectivas dotes y demás que no se halle expresamente determinado por el presente capítulo, se observará lo prescrito en la sección quinta, capítulo 5.º, título 3.º del libro tercero y en la segunda y tercera, capítulo 3.º de este título*. Las remisiones legales que este artículo hacía se correspondían, respectivamente, con las secciones que llevaban por encabezamiento *del beneficio de inventario y del derecho a deliberar; de la administración y usufructo de la dote y de la constitución de la dote*. Es decir, en este artículo había una remisión directa –entre otras– a instituciones del derecho de sucesiones.

Posteriormente, con la Reforma de 13 de mayo de 1981, el artículo 1410 CC pondrá de manifiesto, todavía de forma más clara, la conexión entre la sociedad de gananciales y el derecho de sucesiones³⁷². En dicho artículo se dispondrá que *en todo lo no previsto en este capítulo sobre formación de inventario, reglas sobre tasación y venta de bienes, división del caudal, adjudicaciones a los partícipes y demás que no se halle expresamente determinado, se observará lo establecido para la partición y liquidación de la herencia*.

Del contraste de este artículo con el 1428, la doctrina ha entendido que «la llamada que hoy establece el artículo 1410 es, (...), más amplia que la que establecía el antiguo 1428, y también más precisa. Lo primero, porque el 1410 se refiere no sólo a «la formación de inventario» y «reglas sobre tasación y venta de bienes de la sociedad de gananciales» (art. 1428 CC anterior), sino también a la «división del caudal» y «adjudicaciones a los partícipes» (art. 1410 CC actual), razón por la que la remisión no se hace sólo a «la sección 5.ª, Capítulo V, Título III del Libro III» (art. 1428 CC antiguo), sino a las normas sobre «la partición y liquidación de la herencia» (art. 1410 CC actual) en general (...)

«De lo dicho hasta ahora, se puede deducir, (...), que la llamada no sólo es a las normas de la partición hereditaria, (...), sino tam-

³⁷² Conexión que se acentúa más si se tiene en cuenta que esa Reforma desaparece el artículo 1395 del Código y por tanto la remisión expresa en sede de gananciales a las normas del contrato de sociedad. Sin embargo con la Reforma se mantiene el recurso a la aplicación analógica de las normas de liquidación y partición de las herencias: esto hace que se incremente el peso del derecho de sucesiones en sede de gananciales (cfr. OLAVARRÍA: «Algunos problemas...», cit., pp. 340 y 341).

bién a las de la formación de inventario y liquidación en sentido estricto, resultando referirse concretamente a la Sección quinta («Del beneficio de inventario y del Derecho a deliberar») del Capítulo V, y Secciones segunda («De la partición»), tercera («De los efectos de la partición»), cuarta («De la rescisión de la partición») y quinta («Del pago de las deudas hereditarias») del Capítulo VI. Y tampoco solamente a las que a dichas materias se dedican en el CC, sino también en la LEC (...), puesto que, a diferencia de lo que ocurría en el artículo 1428 anterior, la remisión no concreta el cuerpo legal a que han de pertenecer las normas a que se refiere, exigiendo solamente que regulen la liquidación y partición de las herencias»³⁷³.

De todas formas, no se trata de entrar aquí en un análisis del artículo 1410 CC, si se trae a colación es con la única intención de darle más peso al argumento que se viene defendiendo, en virtud del cual el contenido del actual artículo 1409 CC tuvo, desde el primer momento en que quedó reflejado legalmente —ya fuese en un proyecto o en un Código—, una relación indudable con el derecho de sucesiones: éste —buscando la defensa de los derechos patrimoniales de los hijos del primer matrimonio— dejó su impronta en el contenido de aquél

A su vez, esa influencia del derecho de sucesiones no sólo se deduce de lo dispuesto en el artículo 1410 CC, sino que a partir del artículo 1396 de dicho texto legal se ve el carácter supletorio de las reglas de liquidación y partición de herencias: «en particular, en cuanto al régimen de las deudas de la sociedad de gananciales (arts. 1401 y 1402), facultades de los partícipes en relación con la gestión y para exigir la liquidación y partición (art. 1396) y régimen de partición del remanente (arts. 1396 y 1404)», además, «no sólo tienen aplicación las reglas del CC sino también las correspondientes (...) de la Ley de Enjuiciamiento Civil»³⁷⁴, reglas que se correspondían con los artículos 1036 y siguientes de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil y que ahora se entenderán recogidas en los artículos 782 a 805 de la nueva Ley procesal.

³⁷³ MARTÍN MELÉNDEZ: *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, pp. 11 y 12. En opinión del Profesor Díez-PICAZO, y respecto a la formación de inventario que en el art. 1410 se refiere, ésta «resulta innecesaria y además es fuente de confusiones. El inventario tiene una regulación sustantiva, la de los arts. 1397-1398; una regulación en materia de forma en el art. 1401 y otra relativa a las consecuencias de la falta de inventario» (*Comentarios...*, cit., p. 1.807).

³⁷⁴ Para los dos últimos entrecomillados: PEÑA: *Comentario al Código Civil. Art. 1410*, T. II, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, p. 807.

Incluso actualmente, en la Ley de Enjuiciamiento Civil, aun cuando se regula un procedimiento propio para la liquidación de los gananciales –Libro Cuarto (*De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores*); Título II (*De la división judicial de patrimonios*); Capítulo II (*Del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial*); artículos 806 a 811–, se establece en su artículo 806 que *la liquidación de cualquier régimen económico matrimonial que, por capitulaciones matrimoniales o por disposición legal, determine la existencia de una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones se llevará a cabo, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, con arreglo a lo dispuesto en el presente Capítulo y a las normas civiles que resulten aplicables*. Para determinar que normas civiles son aplicables, y sin entrar en más disquisiciones, habrá que recurrir a la remisión del artículo 1410 CC. Es decir, se podría afirmar que no se ha perdido la conexión entre el régimen de gananciales –en concreto la liquidación del régimen– y el derecho de sucesiones³⁷⁵. Hasta tal punto que, aunque no existiera esta remisión expresa, fruto de la similitud que se da entre la comunidad hereditaria y la comunidad postganancial estas normas serían igualmente aplicables³⁷⁶.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELLA Y FUERTES, Joaquín: *Código Civil*, 3.ª edición, Ed. Viuda e hijos de la Riva, Madrid, 1890.
- ALBALADEJO: *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, 8.ª ed. José María Bosch editor, Barcelona, 1997.
- ALONSO MARTÍNEZ, Manuel: *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales, Tomo Segundo*, Establecimiento tipográfico de P. Nuñez, Madrid, 1885.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio: *Curso de derecho de familia. Matrimonio y régimen económico*, Ed. Cívitas, Madrid, 1988.
- ÁLVAREZ LÓPEZ, José Luis: *Anotaciones a la Historia del Derecho Germánico de Brunner*, Ed. Labor, Barcelona, 1936.
- ÁLVAREZ POSADILLA, Juan: *Comentarios á las Leyes de Toro*, 2.ª impresión, Viuda de don Joaquín Ibarra, Madrid, 1804.

³⁷⁵ Esta inseparable unión ha quedado reflejada también en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, cfr.: SSTS de 11 de junio de 1983, FFD. 2.º, 3.º y 4.º (RJA. 1983/3518); 20 de junio de 1987, FD. 2.º (RJA 1987/4539); 24 de julio de 1990, FFD 2.º y 3.º (RJA 1990/6178); 7 de noviembre de 1990, FFD 3.º y 4.º (RJA 1990/8532); 26 de enero de 1993, FD 3.º (RJA. 1993/365); 14 de junio de 1993, FFD 4.º, 5.º y 6.º (RJA 1993/4832); 20 de noviembre de 1993, FD 5.º (RJA. 1993/9175); 8 de marzo de 1995, FD 2.º (RJA 1995/2158); 8 de julio de 1995, FD 6.º (RJA. 1995/5552); 16 de diciembre de 1995, FD 4.º (RJA 1995/9144); 16 de mayo de 1997, FD 2.º (RJA 1997/3850); 17 de septiembre de 1997, FD. 2.º (RJA 1997/6616); 16 de febrero de 1998, FD 5.º (RJA 1998/868).

³⁷⁶ Cfr. MARTÍN MELÉNDEZ: *La liquidación...*, cit., p. 11.

- ANTEQUERA, José María: *Historia de la Legislación española*, 2.^a edición, Imprenta de Ángel Pérez Dubrull, Madrid, 1884.
- ARGENTE Y DEL CASTILLO, Baldomero, y RETORTILLO Y TORNOS, Alfonso: *El derecho vigente en España*, 4.^a edición, Imprenta de Fortanet, Madrid, 1907.
- ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio: «El nuevo matrimonio del divorciado y las Leyes 105 y 106 del Fuero Nuevo», *Revista Jurídica de Navarra*, enero-junio 1999, núm. 27.
- «Divorcio y reserva de bienes», *ADC*, 1999.
- AVILÉS ZAPATER, Mariano: *Los cónyuges en sus relaciones patrimoniales*, Tipografía Noticiero Granadino, Granada, 1907.
- BARÓ PAZOS, Juan: «Los proyectos de Código Civil de iniciativa particular elaborados hasta el proyecto de García Goyena», en *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, T. II, Derecho Privado, Ed. Universidad de Cantabria, Facultad de Derecho, Santander, 1993.
- BARRERO GARCÍA, Ana M.^a, y ALONSO MARTÍN, M.^a Luz: *(Textos de derecho local español en la Edad Media, Catálogo de Fueros y costums municipales)*, CSIC, Madrid, 1989.
- BATALLA GONZÁLEZ, Manuel: «Actas de las Jornadas de derecho aragonés. Ponencia sobre “Régimen matrimonial de bienes”», *ADA*, 1968-69.
- BENAVENTE MOREDA, P.: *Naturaleza de la sociedad de gananciales. Legitimación individual de los cónyuges*, Madrid, 1993.
- BENEYTO PÉREZ, Juan: *Instituciones de derecho histórico español. Ensayos*. Vol. I. Capacidad. Familia. Derechos reales, Primera edición, Librería Bosch, Barcelona, 1930.
- BLANQUER UBEROS, Roberto: «Acerca de la sociedad de gananciales, la responsabilidad patrimonial y la relación obligatoria», *AAMN*, t. XIX, 1976.
- BONEL: *Código civil español*, t. IV. Libro IV., A. López Robert, Impresor, Barcelona, 1891.
- BRAVO: *Código civil Anotado y comentado*, T. I, Establecimiento tipográfico de Pedro Nuñez, Madrid, 1888.
- BRUNNER, Heinrich: *Historia del Derecho Germánico*, 8.^a ed. alemana, traducida y anotada por José Luis Álvarez López, Ed. Labor, Barcelona, 1936.
- BURÓN GARCÍA, Gregorio: *Derecho civil español*, t. I, Imprenta Andrés Martín, Valladolid, 1989.
- CALVO Y CAMINA, Pedro: *Legislación, jurisprudencia y bibliografía sobre el Código civil*, Ed. Reus, Madrid, 1928.
- CAÑERO ARRESE, Ana: *Derechos Civiles de España*. Vol. VII, Canarias, Navarra, Ed. Aranzadi, 1.^a ed., Navarra, 2000.
- CÁRDENAS, Francisco: *Estudios Jurídicos*, tomos 1.^o y 2.^o, establecimiento tipográfico de P. Nuñez, Madrid, 1884.
- CASANOVAS MUSSONS, Anna: «La cuestión del matrimonio civil en el periodo 1869-1888. Su incidencia en el proceso de codificación civil», *Centenario del Código Civil*, T. I, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español, común y foral*, t. 5.^o, *Derecho de familia*, Vol.1.^o, *Relaciones conyugales*, 12.^a ed., Revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero y José María Castán Vázquez, Ed. Reus, Madrid, 1994.
- CEJADOR Y FRAUCA, Julio: *Vocabulario Medieval Castellano*, Georg Olms Verlag, Hildesheim, New York, 1971.
- CERDÁ RUIZ-FUNES: Voz «Fuero Juzgo». *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. X, Barcelona. 1976.

- Voz «Fuero Viejo de Castilla», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. X, Barcelona, 1976.
- Voz «Leyes de Estilo», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. XV, Barcelona, 1981.
- Voz «Ordenanzas Reales de Castilla», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. XVIII, Barcelona, 1986.
- COMÍN, Bienvenido: *El cristianismo y la ciencia del derecho en sus relaciones con la civilización*, Librería de D. Miguel Olamendi, Madrid, 1857.
- DE BOFARULL, Manuel: *El Código Civil español según la edición oficial, anotado y concordado*, 2.ª edición, Imprenta de Antonio Pérez Dubrull, Madrid, 1888.
- DE BUEN, Demófilo: *Notas al Curso elemental de Derecho civil*, t. 6.º, «De los regímenes matrimoniales», de Ambrosio Colin y Henri Capitant, Ed. Reus, Madrid, 1926.
- *Derecho civil español común*, vol. II, 2.ª edición, Ed. Reus, Madrid, 1931.
- DE COSSÍO Y CORRAL, Alfonso: *La sociedad de gananciales*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1963.
- *Instituciones de Derecho civil*, t. II, «Derechos reales y derecho hipotecario. Derecho de familia y derecho de sucesiones», Ed. Cívitas, Madrid, 1988.
- DE HINOJOSA Y NAVEROS, Eduardo: «Historia General del Derecho español», t. I, Tipografía de los huérfanos, Madrid, 1887.
- «La condición civil de la mujer en el Derecho español antiguo y moderno» (leído en la junta pública de 26 de mayo de 1907), *Discursos de recepción y de contestación leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Marzo 1905-mayo 1910*, t. VIII, Establecimiento tipográfico de Jaime Ratés, Madrid, 1912.
- DE HINOJOSA Y NAVEROS, Eduardo, y FERNÁNDEZ GUERRA, Aureliano: *Historia de España desde la invasión de los pueblos germánicos hasta la ruina de la monarquía visigoda*, El Progreso editorial, Madrid, 1890.
- DE LAS CASAS, José Gonzalo: *Aplicación práctica del Código Civil español*, Oficinas de la Gaceta del Notariado, Madrid, 1889.
- DE LLAMAS Y MOLINA, Sancho: *Comentario crítico-jurídico-literar a las ochenta y tres Leyes de Toro*, 2.ª edición, Imprenta de la Compañía de Impresores y Libreros del Reino, Madrid, 1852.
- DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVIII, vol. 1.º, artículos 1.315 a 1.391, Dirigidos por Manuel Albaladejo, 1.ª ed., EDESA, Madrid, 1978.
- *La reforma del derecho de familia en España, hoy*, vol. I, Departamento de Derecho civil, Universidad de Valladolid, 1981.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVIII, vol. 2.º, artículos 1344 a 1410, Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, 2.ª ed., EDESA, Madrid, 1999.
- DEL VISO, Salvador: *Lecciones elementales de Derecho Civil*, t. I, Del derecho de las personas con relación á su estado, Quinta Ed., Imprenta y librería de Ramón Ortega, editor, Valencia, 1885.
- *Lecciones elementales de Derecho Civil*, t. I, Del derecho de las personas con relación á su estado, Sexta Ed., Imprenta y librería de Ramón Ortega, editor, Valencia, 1889.
- D'ORS, Álvaro: *El Digesto de Justiniano*, t. I, Constituciones preliminares y Libros 1-19, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1968.
- *Derecho Privado romano*, 9.ª ed., EUNSA, Pamplona, 1997.

- DE PABLO CONTRERAS Y OTROS: *Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. Derecho histórico. Concordancias. Jurisprudencia*, Pamplona, 1988.
- DE SOLANO Y POLANCO, José: *Estudios Jurídicos del Fuero de Bizkaya*, Imprenta y Encuadernación de la Casa de Misericordia, Bilbao, 1918.
- DIESTE Y JIMÉNEZ, Manuel: *Diccionario del Derecho Civil aragonés*, Imprenta de Manuel Minuesa, Madrid, 1869.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1984.
- DOMINGO DE MORATO, Domingo Ramón: *El Derecho Civil español con las correspondencias del romano*, t. I, 2.ª ed., Imprenta de Hijos de Rodríguez, Valladolid, 1877.
- DURÁN Y BAS, Manuel: *Memoria acerca de las instituciones del Derecho Civil de Cataluña*, Imprenta de la Casa de Caridad, Barcelona, 1883.
- ENTRENA KLETT: *Matrimonio, separación y divorcio (En la legislación actual y en la historia)*, 2.ª ed, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1984.
- ESCRICHE, Joaquín: *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, t. II, Imprenta de Eduardo Cuesta, Madrid, 1876.
- FALCÓN, Modesto: *La Codificación civil. Breves indicaciones sobre la misma*, Revista de los Tribunales, F. Góngora y compañía, editores, Madrid, 1880.
— *Código Civil español*, T. 4.º, Centro editorial de Góngora, Madrid, 1889.
- FARRÉ ALEMÁN, Josep M.ª: *Código Civil comentado y concordado*, Ed. Bosch, Barcelona, 2001.
- FEBRERO, José: *Librería de Escribanos, é instruccion juridica theorico práctica de Principiantes. Parte segunda. Libro Primero*, Oficina de la viuda de Marín, Madrid, 1790 (Edición facsímil. Consejo General del Notariado, Madrid, 1990).
- FERNÁNDEZ DE LA HOZ, José María: *Código Civil redactado con arreglo a la legislación vigente*, Imprenta y Fundación de D. Eusebio Aguado, Madrid, 1843.
- FERNÁNDEZ ELÍAS, Clemente: *Novísimo Tratado histórico filosófico del Derecho Civil español*, Librería de don Leocadio López, Madrid, 1873.
- FONT RIUS: «La ordenación paccionada del régimen matrimonial de bienes en el derecho medieval hispánico», *AAMN*, t. VIII, 1954.
— Voz «Código de las Siete Partidas», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. IV, Barcelona, 1981.
- FORTUNY COMAPOSADA, Francisco: *Régimen de bienes en el matrimonio*, GERSA, Barcelona, 1962.
- GACTO FERNÁNDEZ, Enrique: *La condición jurídica del cónyuge viudo en el derecho visigodo y en los Fueros de León y Castilla*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1975.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852, tt. II, III y IV.
- GARCÍA GOYENA, Florencio, y AGUIRRE, Joaquín: *Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, Corregida y aumentada por Joaquín Aguirre y Juan Manuel Montalbán, 4.ª edición, Reformada y considerablemente aumentada por José Vicente y Caravantes, t. II, Imprenta y Librería de Gaspar y Roig, editores, Madrid, 1852.
- GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, Juan: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XXXVI, Vol. 2.º, Leyes 82 a 147 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra. Edersa.

- GARCÍA LÓPEZ, Yolanda: *Estudios críticos de la «Lex Wisigothorum»*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 1996.
- GARCÍA URBANO: *Comentario al Código Civil. Art. 1409*, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.
- GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro: *Los Códigos españoles. Concordados y anotados*, t. 2.º, Imprenta de la Publicidad, Madrid, 1848.
- GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro, y MONTALBÁN, Juan Manuel: *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, t. I, 11.ª ed., Librería de Sánchez, Madrid, 1874.
- GOROSÁBEL, Pablo: *Redaccion del Codigo Civil de España, esparcido en los diferentes cuerpos del derecho y leyes sueltas de esta nacion: escrita bajo el metodo de los codigos modernos*, Imprenta de la Viuda de la Lama, Toluca, 1832.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: *Códigos ó Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, t. 7.º, Librería de Sánchez, Madrid, 1874, p. 284 (Reimpresión ed. Lex Nova, Valladolid, 1988).
- HERRERO, Sabino: *El Código Civil español. Recopilación metódica de las disposiciones vigentes, anotadas con arreglo á la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*, Imprenta de los hijos de Rodríguez, Valladolid, 1872.
- JAÉN, Vicente: *Derecho civil. Apuntes y notas de derecho filosófico, histórico y positivo, especialmente español común y foral*, Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1928.
- JORDÁN DE ASSO, Ignacio, y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, Miguel: *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, Imprenta de Francisco Xavier García, Madrid, 1771.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: «El régimen matrimonial de los Fueros de Aragón», *ADA*, 1946.
- «Cuestiones fundamentales de la viudedad foral navarra», *Revista Príncipe de Viana*, 1966.
- «El derecho de familia en la nueva Compilación Aragonesa», *ADC*, 1967.
- *Nota preliminar a la reimpresión de la edición de Madrid de 1852 de las Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español* realizada por la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1974.
- *La reforma del derecho de familia del Código Civil español*, Fascículo I. Régimen económico del matrimonio, filiación y patria potestad, Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1979.
- *Elementos de Derecho Civil, IV, «Derecho de Familia»*, Reimpresión actualizada, Librería Bosch, Barcelona, 1984.
- *Elementos de Derecho Civil, IV, «Derecho de Familia»*, vol 1.º, 3.ª ed., José María Bosch Editor, Barcelona, 1990.
- LAMBERTINI, Renzo: *La Codificazione di Alarico II*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1990.
- LASSO GAITE, Juan Francisco: *Crónica de la Codificación española*, 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código), Vols. I y II, Ed. Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1970.
- LEHR, Ernesto: *Tratado de Derecho Civil germánico o alemán*, traducido libremente y adicionado en la parte española por Domingo Alcalde Prieto, Madrid, Librería de Leocadio López, Madrid, 1878.
- LÓPEZ LÓPEZ, Jerónimo, y MELÓN INFANTE, Carlos: *Código Civil. Versión crítica del texto y estudio preliminar*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967.

- LORENTE SANZ: «Actas de las Jornadas de Derecho aragonés. Ponencia sobre “Comunidad conyugal: disolución, la comunidad conyugal continuada”», ADA, 1968-1969.
- MAGARIÑOS BLANCO, Vitorio: «Sociedad de gananciales y sociedad civil», *Academia Sevillana del Notariado*, Edersa, 1989.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil español*, t. IX, 6.ª ed., revisada por Miguel Moreno Mocholi, Ed. Reus, Madrid, 1969.
- MARICHALAR, Amalio, y MANRIQUE, Cayetano: *Recitaciones del Derecho Civil de España*, t. I, Imprenta de la sucesora de M. Minuesa de los Ríos, Madrid, 1915.
- MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa: *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, Luis: *El Nuevo Derecho de Familia*, t. II (*Régimen sobre Filiación y Sociedad de Gananciales*). *Teoría, norma y práctica. Análisis de la Ley de 13 de mayo de 1981*, Ed. Gráficas Espejo, Madrid, 1981. — *Comentarios del Código civil*, t. 7, arts. 1315 al 1789, Ed. Bosch, Barcelona, 2000.
- MATEO SANZ, Jacobo B.: *La liquidación simultánea de los gananciales*, Ed. Dykinson y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, Madrid, 2001.
- MELÓN INFANTE, Carlos: «Organización económica de la sociedad conyugal», *La familia. Cursos de conferencias para preuniversitarios*, Imprenta J. V. H, Madrid, 1959.
- MINGUIJÓN, Salvador: *Historia del Derecho Español. Cuaderno Sexto. Bienes conyugales: patria potestad: tutela y curatela*, 2.ª ed., Tipográfica «La Editorial», Zaragoza, 1923.
- *Voz «Espécúlo»*, *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. VIII, Barcelona, 1956.
- «Fuero Real», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. X, Barcelona, 1976.
- MORALEJO IMBERNÓN, Nieves: *Comentarios al Código Civil*, coordinados por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001.
- MUCIUS SCAEVOLA, Quintus: *Código Civil. Comentado y concordado extensamente*, t. XXI, Artículos 1315 a 1391, 2.ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1967.
- *Código Civil. Comentado y concordado extensamente*, t. XXII, Artículos 1392 a 1444, Revisado por José María Reyes Monterreal, 2.ª ed, Ed. Reus, Madrid, 1967.
- NAVARRO AMANDI, Mario: *Código Civil de España*, t. I y II, Juan Vidal, editor, Madrid, 1880.
- OLAVARRÍA TÉLLEZ, Ángel: «Algunos problemas en la liquidación de la sociedad legal de gananciales», *Academia Sevillana del Notariado*, Edersa, 1989.
- ORTIZ LALLANA, M.ª del Carmen: «La sociedad de gananciales en la Ley 11/1981 de 13 de mayo, y en la Compilación foral aragonesa», *Boletín de los Colegios de Abogados de Aragón*, núms. 19-39, 1983.
- OSABA GARCÍA, Esperanza: *El adulterio uxorio en la Lex Visigothorum*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- PACHECO, Joaquín Francisco: *Los Códigos españoles. Concordados y anotados*, t. primero, Imprenta de la Publicidad, Madrid, 1847.
- PLANITZ, Hans: *Principios de Derecho Privado Germánico*, traducción directa de la tercera edición alemana por Carlos Melón Infante, Bosch, Casa Editorial, Barcelona. 1957.

- PEDREIRA CASTRO, José Manuel: *El Código Civil a través de la Jurisprudencia*, tt. II y III, «Masava, S. L.», Madrid, sin fecha.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derecho de Familia*, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1989.
- *Comentario al Código Civil*, Art. 1410, t. II, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.
- PÉREZ PUJOL, Eduardo: *Proyecto de Código Civil. Enmienda presentada al Senado por Augusto Comas*, establecimiento tipográfico de Ricardo Fé, Madrid, 1885.
- PESET REIG, Mariano: «La primera codificación liberal en España (1808-1823)», *RCDI*, 1972.
- «Análisis y concordancias del proyecto de Código Civil de 1821», *ADC*, 1975.
- PRIETO BANCES, Ramón: «Los notarios en la historia de la sociedad legal de gananciales», *AAMN*, t. IX, 1957.
- RAMS ALBESA, Joaquín: *La sociedad de gananciales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992.
- en LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia*, 4.ª ed., J. M. Bosch, editor, Barcelona, 1997.
- REVISTA DE LOS TRIBUNALES: *Discusión parlamentaria del Código Civil. Discursos pronunciados en el Senado durante la legislatura de 1888 a 1889*, Centro editorial de Góngora, Madrid, 1891.
- REYES MONTERREAL, José María: *El régimen legal de gananciales*, Gráficas Menor, Madrid, 1962.
- RIMBLAS, José, y MAJADA, Arturo: *Código Civil. Interpretado y anotado, con arreglo a las modificaciones introducidas por la Ley de 24 de abril de 1958*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1958.
- ROMERO GIRÓN, Vicente, y GARCÍA MORENO, Alejo: *Texto y comentarios al CC español*, Imprenta de Enrique Maroto, Madrid, 1889.
- ROYO MARTÍNEZ, Miguel: *Derecho de familia*, Imprenta Suárez, Sevilla, 1949.
- SALA, Juan: *Ilustración del Derecho Real de España*, t. I, Imprenta de José de Orga, Valencia, 1803.
- SÁNCHEZ, Galo: *Libro de los Fueros de Castiella*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 1924.
- SÁNCHEZ DE MOLINA BLANCO, José: *El Derecho Civil español en forma de Código*, 2.ª ed., Imprenta de Manuel Minuesa, Madrid, 1873.
- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Estudios de Derecho civil*, t. V., vol. 1.º, *Derecho de Familia*, Madrid, Estudio tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1912.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: «La viudedad en la Compilación del Derecho civil de Aragón», *ADC*, 1967.
- SANTAMARÍA, J.: *Comentarios al Código Civil*, t. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.
- SANTOS BRIZ: *Derecho Civil. Teoría y práctica. T. V. Derecho de Familia*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982.
- SCHWERIN, Claudio (Barón de): «Sobre las relaciones entre las fórmulas visigóticas y las andecavenses», *AHD*, 1932.
- SERRANO ALONSO, Eduardo: *La liquidación de la sociedad de gananciales en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ed. La Ley, Madrid, 1997.
- TORRES GARCÍA, Teodora F.: «La administración de los bienes comunes en la sociedad de gananciales», *RDP*, 1985.

- *Diez años de aplicación de la Reforma de los Regímenes económicos matrimoniales (Ley 11/1981, de 13 de mayo)*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid, Valladolid, 1991.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.^a R.: *Derecho de Familia*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- VALVERDE Y VALVERDE, Calixto: *Tratado de Derecho Civil español*, T. IV. *Parte especial, Derecho de familia*, 4.^a ed., Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1938.
- V. A. M.: *Jurisprudencia referente al Código Civil y seguida de cuatro índices para su más fácil consulta*, t. 1 al 18, Imprenta de Ricardo de Rojas, Madrid, 1894 a 1911.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos: *Régimen económico del matrimonio (Ley 11/1981, de 13 de mayo)*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982.
- *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*, 5.^a ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1999.
- WESTERMARCK: *Historia del Matrimonio*, Laertes, de Ediciones, Barcelona, 1984.
- YANGUAS Y MIRANDA, José: *Diccionario de los Fueros y de las Leyes de Navarra*, Imprenta de Ignacio Ramón Baroja, San Sebastián, 1828.

FUENTES

- ALARICO II: *Código. Fragmentos de la «Ley Romana» de los visigodos conservados en un Codice palimpsesto de la catedral de León*, Fundación Sánchez-Albornoz, León, 1991.
- ALGORA HERNANDO, Jesús Ignacio, y ARRANZ SACRISTÁN, Felicísimo: *Fuero de Calatayud*, Talleres Gráficos «La Editorial», Zaragoza, s. f.
- BERNAL MARTÍN, Salvador: *Usos y Fueros de Segovia*, Publicaciones de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Segovia, Segovia, 1974.
- CASAL, Federico: *El Fuero de Córdoba concedido a la ciudad de Cartagena*, Athenas ediciones, Cartagena, 1971.
- CASTAÑÉ LLINÁS, José: *El Fuero de Teruel*, edición crítica con introducción y traducción, Imprenta PERRUCA, Teruel, 1991.
- CASTRO, Américo, y ONÍS, Federico de: *Fueros leoneses de Zamora, Salamanca, Ledesma y Alba de Tormes*, I, textos, Centro de Estudios Históricos, Madrid, 1916.
- CATALINA GARCÍA, Juan: *El Fuero de Brihuega. Publícalo precedido de algunos apuntamientos históricos acerca de dicha villa*, Tipografía de Manuel G. Hernández, Madrid, 1887.
- COLECCIÓN LEGISLATIVA DE ESPAÑA, t. 103, núm. 365, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1870.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN: Sección de Codificación civil, Legajos: 1, 3, 7, 9, 11, 18, 19 y 47, Acta número 37 de la sesión celebrada el día 14 de mayo de 1847.
- COMISIÓN PROVINCIAL DE MONUMENTOS: *Fuero de Benidorm*, Talleres de Sucesor de Such, Alicante, 1956.
- CONRAT, Max: *Breviarium Alaricianum. Römisches Rechts im Fränkischen Reich in Systematischer Darstellung*, Neudruck der Ausgabe Leipzig, 1903, Scientia Verlag Aalen, 1963.

- *Copilación de leyes del reino, de Alfonso Díaz de Montalvo*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1986.
- De ELIZONDO, Joaquín: *Novissima Recopilacion de las Leyes del Reino de Navarra*, vol. 3.º, reimpresión, Ed. Aranzadi, Pamplona 1964.
- De ESCÁRATE Y RAMÍREZ, Alonso Luis, y otros: *Fueros y Observancias de Aragón*, Zaragoza, 1667.
- De UREÑA Y SMENJAUD, Rafael, y BONILLA Y SAN MARTIN, Adolfo: *Fuero de Usagre*, Hijos de Reus editores, Madrid, 1907.
- De UREÑA Y SMENJAUD, Rafael: *El Fuero de Zorita de los Canes según el Código 247 de la Biblioteca Nacional (siglos XIII al XIV)*, Establecimiento tipográfico de Fortanet, Madrid, 1911.
- *Fuero de Cuenca, (formas primitiva y sistemática: texto latino, texto castellano y adaptación del Fuero de Iznatoraf)*, edición crítica con introducción, notas y apéndice, Tipografía de Archivos, Madrid, 1935.
- De URIARTE LEBARIO, Luis María: *El Fuero de Ayala*, Ed. Diputación Foral de Álava, Álava, 1974.
- DIPUTACIÓN FORAL DE NAVARRA: *Cuadernos de las Cortes del Reino de Navarra. Cuadernos de las Leyes y Agravios reparados*, III*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1964.
- EL ORIENTE DE ASTURIAS: «El Fuero de Llanes», *Temas Llanes* núm. 44, Llanes, 1989.
- GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso L.: *Cuerpo de Derecho civil romano*, segunda parte, Código, t. I, Barcelona, 1892, reimpresión, Ed. Lex Nova (t. 4.º, Código, Libros 1.º, 2.º, 3.º, 4.º y 5.º), Valladolid, 1988.
- *Cuerpo de Derecho civil romano*, segunda parte, Código, t. II, Barcelona, 1895, reimpresión, Ed. Lex Nova (t. 5.º, Código, Libros 6.º-12.º), Valladolid, 1988.
- *Cuerpo de Derecho civil romano*, tercera parte, novelas, Barcelona, 1898, reimpresión, Ed. Lex Nova (t. 6.º, Novelas, Constituciones), Valladolid, 1988.
- GARCÍA GALÁN, Antonio: «El llamado Fuero de Baylío en el territorio de Olivenza», *Boletín Informativo del Ilustre Colegio de Abogados de Badajoz* de 24 de julio de 1976, en *Legajos del archivo de la Comisión General de Codificación sobre codificación civil*, legajo 47, II.
- GARGALLO MOYA, Antonio: *Edición e índices de los Fueros de Aragón [según el ms. del Archivo Municipal de Miravete de la Sierra (Teruel)]*, Zaragoza, 1992.
- GUTIÉRREZ CUADRADO, Juan: *Fuero de Béjar*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1974.
- HOSPITAL, Jaime de: *Observancias*, Introducción y texto crítico por Gonzalo Martínez Díez, editado por la Caja de Ahorros de la Inmaculada, Zaragoza. 1977.
- ILARREGUI, Pablo, y LAPUERTA, Segundo: *Fuero General de Navarra*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1964.
- LACARRA, José María: *Fueros de Navarra. I. Fueros derivados de Jaca. I. Estella-San Sebastián*, Diputación Foral de Navarra, Institución Príncipe de Viana, Pamplona, 1969.
- LLORENTE, Juan Antonio: *Noticias históricas de las tres provincias vascongadas: Álava, Guipúzcoa y Vizcaya. Parte III. Apéndice ó Colección Diplomática*, t. IV, Imprenta Real, Madrid, 1808.
- LÓPEZ FERREIRO, Antonio: *Fueros Municipales de Santiago y de su tierra*, Ediciones Castilla, Madrid, 1975.
- MAJADA NEILA, Jesús: *Fuero de Zamora*, Librería Cervantes, Salamanca, 1983.

- *Fuero de Plasencia. Introducción. Transcripción. Vocabulario*, edita, Librería Cervantes, Salamanca, 1986.
- MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, José: *El Fuero de Coria*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1949.
- MARTÍN PALMA, M.^a Teresa: *Los Fueros de Villaescusa de Haro y Huete*, Universidad de Málaga, Málaga, 1984.
- MARTÍNEZ ALCUBILLA: *Códigos antiguos de España*, vols. I y II, López Camacho, impresor, Madrid, 1885.
- MARTÍNEZ DÍEZ, Gonzalo: *Fueros locales en el territorio de la provincia de Burgos*, Caja de Ahorros Municipal de Burgos, Burgos, 1982.
- MORALES GÓMEZ, Juan José, y PEDRAZA GARCÍA, Manuel José: *Fueros de Borja y Zaragoza*, facsímil, Zaragoza, 1986.
- MUÑOZ ROMERO, Tomás: *Colección de Fueros Municipales y Cartas Pueblas*, t. I, Imprenta de don José María Alonso, editor, Madrid, 1847.
- NUEVA RECOPIACIÓN: Segunda parte. De las Leyes del Reyno. Libro quinto*, edición facsímil, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1982.
- PESET REIG, Mariano, y otros: *Fuero de Úbeda*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valencia, Valencia, 1979.
- RAMOS Y LOSCERTALES, José María: *El Fuero de Jaca*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 1927.
- REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA: «Opúsculos legales del rey don Alfonso El Sabio», t. I, *El Espéculo ó Espejo de todos los derechos*, Imprenta Real, Madrid, 1836.
- *Colección de Fueros y Cartas-Pueblas de España*, Imprenta de la Real Academia de la Historia, Madrid, 1852.
- RODRÍGUEZ, Justiniano: *Los Fueros del Reino de León II. Documentos*, Ediciones Leonesas, León, 1981.
- ROUDIL, Jean: «El manuscrito español 8331 de la Biblioteca del Arsenal de París», *Vox Romanica*, t. 22, núm. 1, 1963.
- *Les Fueros d'Alcaraz et d'Alarcón. Édition synoptique avec les variantes du Fuero d'Alcáraz, Introduction, notes et glossaire, tome I, Introduction et texte*, Librairie C. Klincksieck, París, 1969.
- SÁEZ, Carlos, y otros: *Fuero de Alcalá de Henares*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 1992.
- SÁEZ, Emilio, y otros: *Los Fueros de Sepúlveda*, Publicaciones históricas de la Excma. Diputación Provincial de Segovia, Segovia, 1953.
- SÁNCHEZ, Galo: *Fueros Castellanos de Soria y Alcalá de Henares*, Imprenta de los sucesores de Hernando, Madrid, 1919.
- SÁNCHEZ RUANO, J.: *Fuero de Salamanca*, Imprenta de D. Sebastián Cerezo, Salamanca, 1870.
- TILANDER, Gunnar: *Los Fueros de la Novenera*, Almqvist & Wiksells Boktryckeri Ab. Uppsala, 1951.
- VIDAL MAYOR: *Traducción aragonesa de la obra In Excelsis Dei Thesauris de Vidal de Canellas, II. Texto*, editada por Gunnar Tilander, Hakan Ohlssons Boktryckeri, Lund, 1956.
- ULLOA Y GOLFÍN: *Fuero y Privilegios de Cáceres*, s. f.
- VALDÉS GUTIÉRREZ, Manue: *El Fuero o carta puebla de Gijón y el señorío de la Abadía de Cenero*, Imprenta La Torre, La Felguera, Asturias, 1949.
- VÁZQUEZ DE PARGA, Luis: *Fuero de Fuentes de la Alcarria*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1947.

- *800 aniversario de los Fueros de población de Bernedo y Antoñana*, Ed. Diputación Foral de Álava, Álava, 1983.
 - *El Fuero de Santander y su época. Actas del Congreso conmemorativo de su VIII centenario*, Ediciones de Librería Estudio, Santander, 1989.
 - *Vidal Mayor*, Estudios, edita Excma. Diputación Provincial de Huesca, Huesca, 1989.
- ZEUMER: *Leges visigothorum antiquiores*, Impensis Bibliopolii Hahniani, Hannoverae et Lipsiae, 1894.