

C o n s u l t a

D. D. V. falleció el año 1924, bajo el testamento cuya copia simple se acompaña. Su viuda ha presentado en este Registro dicho testamento y solicitud descriptiva de bienes relictos para que se inscriba a su favor el usufructo y facultades que le otorga su esposo. También se han presentado dos escrituras, por las que dicha viuda, haciendo uso de la facultad para vender que le es atribuida en el testamento, vende dos de las fincas de su esposo.

Aunque la facultad de enajenación otorgada en testamento por un cónyuge al sobreviviente para satisfacer necesidades de la casa y familia es cosa corriente en esta región del Alto Aragón, y he visto en el Registro muchas inscripciones de ventas otorgadas por viudos con hijos en virtud de tal facultad, y que la Dirección, en Resoluciones de 8 de Marzo de 1865 y 29 de Octubre de 1868, declaró inscribibles tales enajenaciones; sin embargo, una Resolución más moderna, la de 10 de Agosto de 1902, declaró no inscribible una escritura de venta otorgada usando el cónyuge viudo de tal atribución, conferida en testamento facultad que sólo abarcaba a dos fincas de la herencia, mientras que en el caso que se consulta es ilimitada.

Posteriormente, en Resolución de 29 de Mayo de 1921, recaída en asunto procedente de este Registro, la Dirección declaró inscribibles dos escrituras de venta en uso de tales facultades; pero éstas nacían de capitulaciones matrimoniales, no de testamento, habiéndose pactado en aquéllas, como garantía de los derechos de los hijos, que las ventas no sólo fueran otorgadas por el viudo, sino que, además, había de concurrir un pariente más cercano del cónyuge difunto. En el escrito de apelación que interpuso el Notario

autorizante, y fundándose en Resolución cuya fecha no cita, se alegó que tales facultades de enajenación son nulas si nacen de testamento, y válidas si emanan de contrato nupcial.

Tampoco yo he encontrado tal Resolución, ni creo que exista, ni veo razón para que se establezca tal distinción; por el contrario, creo que si tales facultades son válidas por pacto, lo mismo lo deben ser por testamento, y en esta región son más numerosos los casos en que se otorgan por testamento que por contrato.

Ahora bien: lo mismo en uno que en otro caso, es lo corriente que al cónyuge supérstite se le obligue a concurrir para el otorgamiento de las ventas con parientes del difunto, evitando con ello extralimitaciones del viudo, mientras que en el caso actual, a la viuda se la conceden omnímodas facultades, prescindiendo del «consejo de parientes» o «de familia», institución consuetudinaria del Alto Aragón.

Dudo, pues, qué solución sea la procedente, pues si bien es de inmemorial costumbre, como se ha dicho, el otorgarse los cónyuges tales facultades de disposición, tanto por pacto nupcial como por testamento, la Resolución de 10 de Agosto de 1902 parece desautorizar tal costumbre.

Además, en las escrituras de venta presentadas, otorgadas por la viuda, no se expresa ni alega cuál sea la causa de la venta, no se dice que sean para pagar deudas del difunto esposo ni de la sociedad conyugal, ni para atender a los gastos de la casa y familia, únicos casos en que está autorizada para vender, según el testamento.

Aunque la *justificación* de la causa que obligue a vender no sea necesaria, pues la dispensa el testador y no la exige la jurisprudencia, quedando a la conciencia de la vendedora, la *alegación* es cosa distinta y la creo precisa para que quede sentado que la transmitente obra *dentro* de las facultades que se la han concedido, por lo que opino que el no expresarse en las escrituras que las ventas se hacen para alguno de dichos fines, constituye un defecto subsanable, y así lo declara taxativamente la citada Resolución de 10 de Agosto de 1902 en su cuarto considerando.

Las de 21 de Marzo de 1901 y 14 de Febrero de 1905, sientan la misma doctrina, pues aunque en éstas se declara no ser necesaria la *demostración de la necesidad de vender*, en las respectivas escrituras se expresaba o alegaba la existencia de tal necesidad.

Por lo expuesto deseo saber la ilustrada opinión de la Revista respecto de los siguientes extremos :

A) ¿Procede denegar por defecto insusanalbe la inscripción de la facultad de vender contenida en el adjunto testamento y la de las escrituras de venta otorgadas por la viuda, por ser tal facultad contraria a los derechos legitimarios de los hijos ?

B) Teniendo en cuenta que si bien, según el *Fuero de Testamentis Civium* constituyen la legítima de los hijos en Aragón todos los bienes del padre, la jurisprudencia, suavizando tal rigorismo, autorizó la libre disposición del 5.^º y después del 3.^º, ¿podrán inscribirse tal facultad y escrituras de ventas con esta o parecida limitación «en tanto no perjudiquen los derechos legitimarios de los hijos ?»

C) Supuesto que sean inscribibles las escrituras de venta, ¿no constituye defecto el hecho de que en ellas no se alegue que la venta se hace para uno de los casos para los que está autorizada la vendedora ?

21 de Enero de 1926.

RESOLUCION

Son preceptos fundamentales en la materia :

A) En Aragón no hay por *Fuero* más herederos forzosos que los hijos, constituyendo su legítima todos los bienes de la herencia (salvo las excepciones establecidas por la jurisprudencia respecto del tercio para legados). Los padres pueden designar por heredero a uno de los hijos, dejando a los demás por vía de legítima *quatum eis placuerit* (T. 2.^º de *Exheredacione filiorum*, año 1297, y Fueros de *Testamentis novilium*, 1307, y *Testamentis Civium*, 1315).

• B) La desheredación sólo puede tener lugar por alguna de las causas que taxativamente determina el *Fuero* citado antes en primer lugar, según en el mismo terminantemente se prescribe.

C) Es costumbre inmemorial muy arraigada en el Alto Aragón la de que los cónyuges en la Capitulación Matrimonial se instituyan mútuamente herederos usufructuarios o en pleno dominio (modalidad del llamado pacto de *hermandad o agermanamiento*), según

quede o no sucesión, facultándose mutuamente en todo caso para vender o gravar una o más fincas del cónyuge premuerto para pago de deudas de la casa o atender a los gastos de la familia, pero asociado de dos parientes consanguíneos del causante (consejo de familia aragonés), como garantía para los herederos.

No tiene ese carácter la práctica de hacer tal institución en testamento, ni la hemos visto consignada en ningún tratado de Derecho aragonés; tampoco Costa la menciona en su obra «Derecho consuetudinario del Alto Aragón».

* * *

Con arreglo a la doctrina fijada en los preceptos anteriores, estimamos nula la cláusula 5.^a del testamento de D. V. en su última parte por los razonamientos siguientes :

Primero. Por ampliar, hasta límites no autorizados por Fueno ni por costumbre, la facultad dispositiva extraordinaria concedida al cónyuge supérstite sobre los bienes patrimoniales del premuerto y no ser el testamento documento adecuado para establecer lo que en todo caso debería ser materia de pacto. Tratándose de tan grave concesión, sin leyes escritas que la regulen, la ética y las más elementales reglas de interpretación aconsejan que tal norma consuetudinaria se aplique estrictamente, sin ampliaciones que dejarían los derechos legitimarios de los herederos forzados al capricho del cónyuge sobreviviente.

Segundo. Porque tal cláusula lleva implícita una verdadera desheredación *sin causa*, contraria a los preceptos se los Fueros antes citados, la cual no puede prevalecer, según repetidamente ha declarado el Tribunal Supremo (Sentencias de 4 de Febrero de 1860, 8 de Octubre de 1877, 8 de Abril de 1878 y 29 de Mayo de 1891).

Tercero. Por ser esa la orientación marcada en la Resolución de 10 de Agosto de 1902, que es, a nuestro juicio, la que establece la verdadera doctrina en esta complicada materia. Es deber de la jurisprudencia señalar los límites de las prácticas consuetudinarias que tienen fuerza de ley, especialmente cuando de su extensión pueden irrogarse perjuicios irreparables a derechos respetables consagrados por la ley.

En consecuencia de lo expuesto, el *Comité de Consultas* de la REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO entiende que procede *denegar* la inscripción del documento objeto de la consulta, por estimar nula la cláusula testamentaria de referencia en cuanto al *exceso* de facultades concedidas al cónyuge supérstite.

No puede aconsejarse la inscripción con la reserva de «en tanto no perjudique los derechos legitimarios de los hijos», porque aparte de que al Registrador no le es dado hacer de oficio esas reservas o limitaciones en los derechos inscritos, tal práctica sólo produciría el efecto de llevar la confusión e indeterminación a los libros del Registro, contraria a la claridad y precisión que la ley exige, sin dar garantía ninguna a los derechos amenazados que se pretende defender.

Madrid, 9 de Febrero de 1926.