

La compilación aragonesa y el Registro de la Propiedad

SUMARIO: I. Mayor de catorce años y menor de veintiuno.—II. Emancipación.—III. Disposición de bienes de menores.—IV. Renuncia a atribuciones gratuitas.—V. Adquisición de bienes a título oneroso atribuyendo al precio o contraprestación carácter privativo. Inscripción y disposición.—VI. Pasivo de la comunidad conyugal y repercusión en anotaciones de embargo.—VII. El expectante derecho de viudedad en relación con ejecución por deudas de la sociedad conyugal.—VIII. Disposición de bienes de la sociedad conyugal.—IX. Disposición del viudo a expensas de los bienes comunes o privativos.—X. Comunidad conyugal continuada.—XI. Viudedad.—XII. Testamento mancomunado.—XIII. Sucesión paccionada.—XIV. Representación y sustitución.—XV. Derecho de acrecer.—XVI. Consorcio foral.

En una charla pronunciada en el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, en cursillo celebrado a raíz de la promulgación de la Compilación ("Boletín" de dicho Colegio núm. 26), sobre el régimen económico conyugal, decíamos que el examen global de preceptos referentes a esta materia presenta muy interesantes problemas que no habíamos hecho más que apuntar, pensando, por ejemplo, y quizá nos lleve a ello una cierta *deformación profesional*, lo interesante que sería relacionar esas normas con el Registro de la Propiedad. Comprendiendo que sería imposible entrar en ello, lo dejábamos indicado, brindando un tema que considerábamos de interés jurídico y trascendencia práctica, a quien como nosotros, pero con menos años, una al interés por las cuestiones hipotecarias la dedicación, más afectiva que profesional, al estudio del derecho de su tierra.

Con más lejanía todavía hoy de esa juventud a que aludíamos, no vamos a intentar agotar ni ese ni ningún otro tema;

pero llevando algún tiempo de vigencia la Compilación del Derecho civil de Aragón, habiendo surgido ya ciertos problemas y publicado bastantes comentarios, quizá resulte útil examinar el articulado en aquellos particulares que tengan más relación con la calificación registral, forma de practicar los asientos y sus efectos. Si con ello inducimos a que siga hablándose de estas cuestiones, nos daremos por satisfechos.

Los aragoneses debemos agradecer vivamente a esta REVISTA que haya dedicado por entero su número 465 (marzo-abril 1968) a nuestra Compilación. Como a los trabajos en él contenidos aludiremos con reiteración, cuando citemos solamente páginas se entenderá que a dicho número nos referimos.

I

MAYOR DE CATORCE AÑOS Y MENOR DE VEINTIUNO

En el examen de la capacidad del contratante, tan importante en toda calificación, habrá de tenerse en cuenta en no pocas ocasiones esta particularidad del derecho aragonés que recoge el artículo 5.º de la Compilación al decir: "Uno. El menor de edad, cumplidos los catorce años, aunque no esté emancipado, puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos con asistencia, en su caso, de su padre, madre, tutor o Junta de Parientes."

Parece deducirse de esto que tal asistencia incumbirá al padre cuando éste ejerza la autoridad familiar; a la madre, cuando a ella corresponda tal autoridad, y al tutor, cuando el mayor de catorce y menor de veintiuno esté sometido a tutela. ¿Cuándo corresponderá esta asistencia a la Junta de Parientes? No es natural que existiendo padre, madre o tutor, a quienes, por orden de enumeración en el precepto, parece corresponder preferentemente, pueda, en lugar de cualquiera de ellos, prestar la asistencia la Junta de Parientes.

Admitida la suplencia cuando haya oposición de intereses, parecía lo lógico que fuera en estos casos cuando actuase la Junta; pero ocurre que esta sustitución aparece concretamente regulada en el número dos del propio artículo, que dice: "Cuando exis-

ta oposición de intereses se suplirá la asistencia de los padres conforme a lo dispuesto en el Código civil, y la del tutor por el sustituto, sin necesidad en ambos casos de aprobación judicial o parental."

El artículo 165 del Código civil nos dice que siempre que en algún asunto el padre o la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Y el 18 de la Compilación señala como sustituto del tutor al protutor, si lo hubiere, y en su defecto, el vocal que designe el Consejo de familia.

No sólo no se asigna ninguna de estas sustituciones a la Junta de Parientes, sino que el artículo termina eliminando expresamente en ambas sustituciones la aprobación judicial o parental.

La negativa de cualquiera de los llamados, padre, madre o tutor, no parece pueda dar acceso a la intervención de la Junta, pues la actitud de aquéllos estimamos que no puede tener otra significación que la falta de tal asistencia, necesaria para la validez del acto o contrato. Además, la intervención de la Junta en estos casos implicaría una merma de autoridad de los anteriormente llamados, muy de tener en cuenta, sobre todo, tratándose de los padres.

De todos modos no deja de impresionarnos que LORENTE SANZ (pág. 592), con su insuperable autoridad, al considerar de efecto inmediato la aplicación de esta intervención de la Junta de Parientes, habla de carácter potestativo. Nos parece un tanto fuerte que el menor pueda elegir entre los padres y la Junta, y únicamente podría admitirse que la disyuntiva o carácter potestativo, de que nos habla LORENTE, se refiera a tutor y Junta.

No hace falta aclarar que esta asistencia siempre habrá de referirse, concreta y expresamente, a cada acto o contrato. No vemos inconveniente en que pueda suplirse por una terminante aprobación posterior, y tampoco en que pueda delegarse por la oportuna escritura de mandato, pero siendo especial para el acto o contrato, el cual debía describirse con todo detalle.

II

EMANCIPACIÓN

El profesor SANCHO REBULLIDA, que tuvo tan destacada intervención en el Seminario de donde salió el primitivo proyecto objeto de discusión, labor fundamentalísima, realizada tras una estudiosa investigación, realmente extraordinaria, se lamenta con cierta reiteración de que no tuviera éxito la propuesta del Seminario sobre posibilidad de emancipación desde los catorce años (págs. 326, 330 y 341).

Apunta que no pareció bien a la Comisión compiladora que, al incorporar la emancipación al Ordenamiento aragonés, se autorizase a partir de los catorce años.

Por considerarnos en gran parte responsables de que tal posibilidad de emancipación desde los catorce años no apareciese en ninguno de los dos anteproyectos de la Comisión aragonesa, creemos conveniente cierta aclaración sobre el particular.

En una de las sesiones de la Comisión se aprobó esa propuesta del Seminario de adelantamiento de la edad de emancipación con un solo voto en contra: el nuestro. En esta ocasión sí desempeñamos ese papel de opositor que, con acompañamiento de amables e inmerecidos elogios, nos atribuye LACRUZ BERDEJO (pág. 313). Estimamos entonces tan importante la cuestión, que nos creímos en el deber de formular la explicación de nuestro voto. No recordamos cuándo ni cómo se volvió sobre el asunto, pero lo cierto es que no aparece nada que tenga relación con aquella propuesta sobre emancipación ni en el primitivo anteproyecto. ¿Convenció la explicación de nuestro voto? He aquí en extracto algunas de sus razones:

Si la emancipación es incluso "institución extraña al derecho aragonés", como afirmaba el informe del Seminario, que la Subcomisión hizo suyo, no hay motivo para que, al admitirla ahora, se haga con adelantamiento de la edad, en relación con la fijada en el Código.

La tendencia a adelantar la mayoría de edad en Aragón, que en algún tiempo fue a los catorce años, no puede servir de base

para anticipar también la de emancipación, pues si bien es cierto que no puede negarse la existencia de tal tendencia, se ha entendido referida siempre, como muy gráficamente dice el informe del Seminario, a una mayoría de edad restringida, una especie de aprendizaje o entrenamiento vigilado, aconsejado e intervenido, características éstas que desaparecen completamente con la emancipación, salvo en los casos de tomar dinero a préstamo y gravar o vender inmuebles.

Efectivamente, en definitiva, como entonces se dijo, la emancipación no era cosa distinta a conceder de una vez el asentimiento que el mayor de catorce años y menor de veintiuno necesita para celebrar toda clase de actos y contratos, pero es que la concesión general y abstracta que la emancipación lleva consigo es algo muy distinto de la situación querida por nuestra legislación foral para el mayor de catorce años, situación que tiene tantos partidarios y que incluso se señala como digna de figurar en un futuro Código de aplicación general; pero hay que recalcar que el menor nunca actúa solo, siendo precisa una asistencia concreta para cada caso, en la que el padre —normalmente— podrá pesar bien las ventajas e inconvenientes de lo que se pretende realizar, concediéndola o no, previa la madura reflexión que cada acto o contrato requiera. No puede compararse esta asistencia concreta del padre en cada momento con la emancipación que habilita al menor para la realización de toda clase de actos y contratos (con la excepción citada de tomar —no dar— dinero a préstamo y gravar y vender bienes inmuebles), sobre todo si tenemos en cuenta el carácter irrevocable de la emancipación (art. 319 del Código civil).

Esta facultad de adelantar la edad de emancipación, por lo inútil que resulta, con esa facultad de celebrar actos y contratos con la debida asistencia y por los peligros que encierra, habría de ejercitarse en contadisimas ocasiones, pero debía cerrarse la puerta a su posible utilización en casos aislados que normalmente, más que por conveniencia o necesidad del menor, se producirían por debilidad o comodidad de los padres, ante la incómoda situación familiar provocada por algún jovencito que ya hubiera alcanzado los catorce años y reclamase prematuramente el manejo, con plena autonomía, con las solas excepciones dichas, de

su quizá cuantiosa fortuna, que podemos imaginar principalmente mobiliaria, si queremos remachar los peligros.

En definitiva, la Compilación no hace otra referencia a la emancipación que la alusión del ya examinado artículo 5.º, al decir: "El menor de edad cumplidos los catorce años, aunque no esté *emancipado*..."

Ello da por supuesto que puede concederse la emancipación en Aragón, la cual, ante la falta de otros preceptos, habrá de regirse íntegramente por el Código civil. Repitamos una vez más que raramente resultará práctico acudir a ella.

III

DISPOSICIÓN DE BIENES DE MENORES

Se ocupan de esto los artículos 13 y 14 de la Compilación. Según el primero de ellos, para la disposición de los bienes del menor de catorce años se estará a lo ordenado por la persona de quien procedan a título lucrativo y, en su defecto, el poder de disposición corresponde al administrador, quien, sin embargo, habrá de obtener autorización de la Junta de Parientes o del Juez de primera instancia cuando se trate de bienes raíces, negocios mercantiles o industriales, valores mobiliarios y objetos preciosos.

Es administrador de los bienes del menor, según el artículo 12, el padre y, en su defecto, la madre, excepto en cuanto a aquellos bienes que haya ordenado otra cosa quien se los transmitió a título lucrativo. Respecto del sujeto a tutela, no existiendo disposiciones en la Compilación, regirán las del Código civil.

Interesante novedad en lo referente a disposición de bienes del menor de catorce años es ese llamamiento indistinto de la Junta de Parientes o del Juez de primera instancia para prestar la necesaria autorización cuando se trate de ciertos bienes, entre los que figuran, en primer lugar, los raíces.

Esto de la Junta de Parientes, que en el primitivo anteproyecto de la Comisión aragonesa se denominó Consejo de Parientes, ha sido uno de los puntos más discutidos. Desde el primer

momento nos opusimos a las amplísimas facultades que en principio se le conferían, pero propusimos, fundados en antecedentes hasta del propio apéndice, y con objeto de facilitar las transmisiones, que se pudiera, en casos como el que nos ocupa, evitar la autorización judicial, sustituyéndola por la de los parientes, pero siempre que se pudiera elegir libremente entre una y otra, por conocer el desuso del llamamiento de parientes en la mayor parte del territorio y las dificultades que frecuentemente surgen para reunirlos. Con más detalle nos ocupamos de esto en conferencia pronunciada en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, que inserta "Anuario de Derecho civil", tomo XX, fascículo IV, octubre-noviembre de 1967.

En esencia resulta aceptado nuestro punto de vista en la Compilación y, con arreglo al artículo que comentamos, puede simplificarse notablemente la disposición de bienes inmuebles del menor, si dos más próximos parientes idóneos, uno por cada línea o grupo familiar prefiriendo, en igualdad de grado, al varón, y en igualdad de sexo, al de más edad (son los llamados a componer la Junta por el art. 22-2), comparecen en la propia escritura y dan autorización para la enajenación, dando fe el Notario de que son, efectivamente, los parientes a quienes corresponde intervenir.

Claro que si existe dificultad para reunir estos parientes, o no se quiere ni intentarlo, podrá acudirse a la autorización judicial.

IV

RENUNCIA DE ATRIBUCIONES GRATUITAS

También, en relación con menores de catorce años, parece interesante ocuparse de este punto.

El Reglamento hipotecario, en su artículo 178, párrafo segundo, dice: "No será necesaria la autorización judicial requerida en el artículo 164 del Código civil cuando se trate de la renuncia de herencias o donaciones a favor de hijos representados por el padre o la madre, salvo lo dispuesto en el artículo 165 del mismo cuerpo legal."

Este último artículo se refiere al caso de existir interés opuesto.

El transcrito precepto aparece en el título IV, bajo el epígrafe general, que reza: *De la extinción de las inscripciones y anotaciones preventivas*, dentro de la rúbrica especial, "Título y procedimiento cancelatorio", y como párrafo segundo del artículo, cuyo primer apartado se refiere al artículo 82 de la Ley, expresamente dedicado a la cancelación de inscripciones y anotaciones. De ello podría deducirse que la renuncia de que nos habla debía relacionarse con cancelaciones, pero no será corriente que esto ocurra, puesto que para que así sucediera habría de producirse con anterioridad la inscripción a favor del heredero en cuyo nombre se renuncia, lo cual es completamente desusado y hasta podía implicar una aceptación tácita. Lo normal es que esta renuncia se presente como justificación de que se ha producido un derecho de acrecer o dado paso a una declaración de herederos *ab intestato*, y habrá que considerar eficaz esta renuncia sin autorización judicial, aunque no haya de producir cancelación alguna, pero siempre llevará consigo, eso sí, la extinción de un derecho, y a ello debe ser debida su inclusión entre los preceptos referentes a cancelaciones.

El precepto reglamentario a que nos venimos refiriendo recoge, sin duda, la doctrina sentada, principalmente por las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de agosto de 1925, 25 de noviembre de 1942 y 25 de septiembre de 1943, que declaran que los padres no necesitan autorización judicial para renunciar herencias a las que han sido llamados los hijos sometidos a su patria potestad.

El efecto general de tal renuncia sin autorización judicial parece darlo por descontado el malogrado LA RICA, al ocuparse de ello en sus magníficos *Comentarios al nuevo Reglamento hipotecario* (parte 1.ª, pág. 170), quien con su buen sentido jurídico y con esa claridad y pulcritud de lenguaje a que nos tenía acostumbrados, dice: "Al renunciar herencias o donaciones, padres poco escrupulosos pueden perjudicar a sus hijos representados no menos que al enajenar sus bienes o al cancelar o extinguir derechos reales de los mismos. No existe razón lógica en que para lo primero no se exija autorización judicial y sí para lo segundo. Al fin y al cabo el padre que consiente la cancelación, cuando en

uso de su derecho ha cobrado el crédito propio de su hijo, cumple una obligación que puede exigirle el deudor que ha dejado de serlo, pero al renunciar una herencia o una donación realiza un acto totalmente libre y voluntario, al que nadie puede constreñirle y del que pueden derivarse considerables perjuicios al interés de los hijos, aparte de que es susceptible de prestarse a maquinaciones fraudulentas si la renuncia pura y simple encubre una transacción onerosa.”

Conformes en absoluto con tan autorizada opinión, no podemos menos de aplaudir el apartado dos del artículo 14 de la Compilación, que dice: “El representante legal del menor necesita autorización judicial para rechazar cualquier atribución gratuita en favor de éste.”

No creemos ofrezca duda alguna que desde la vigencia de este precepto no podrá aplicarse en Aragón el del Reglamento hipotecario a que nos hemos venido refiriendo y, por consiguiente, la repudiación de donaciones y herencias hechas por el representante legal del menor de catorce años, en nombre de éste, requerirá siempre la aprobación judicial. La Compilación ni siquiera ha querido llamar en estos casos a los parientes, como posible sustitución de la autoridad judicial, pensando, sin duda, que la intervención de los parientes era más susceptible de combinaciones que precisaba evitar.

Es cierto que, como hemos visto, la Compilación, al exigir para la renuncia autorización judicial, no habla concretamente de donaciones y herencias, pero en el concepto más general de “atribución gratuita” deben considerarse comprendidas aquéllas. También es de tener en cuenta que en Aragón, según el artículo 138 de la Compilación, conforme con el derecho tradicional, la herencia siempre se considera aceptada a beneficio de inventario y, por tanto, se elimina uno de los principales fundamentos de la doctrina recogida por el Reglamento hipotecario.

En todo caso siempre significará una garantía que el Juez resuelva en definitiva, a la vista de los datos que sobre activo y pasivo de la herencia se le faciliten.

Una prueba más de que la Compilación ha querido rodear de las mayores garantías la repudiación de la herencia es su artículo 136, según el cual “la mujer casada, así como los menores de

edad mayores de catorce años, pueden aceptar por sí una herencia, pero no repudiarla”.

V

ADQUISICIÓN DE BIENES A TÍTULO ONEROSO, ATRIBUYENDO AL PRECIO O CONTRAPRESTACIÓN EL CARÁCTER DE PRIVATIVO. INSCRIPCIÓN Y DISPOSICIÓN

Nos ocupamos de este problema hace ya unos años (págs. 609 a 612, núms. 412-413, año 1962, de esta REVISTA), destacando la importancia del tema por la frecuencia con que se da este caso con la plétora de compra de pisos, con el prurito, muchas veces, de que figuren a nombre de las mujeres.

Estudiábamos entonces principalmente el problema que se planteaba cuando queda viudo el cónyuge a cuyo nombre figura el inmueble y pretende disponer de él.

En el ámbito del Código civil sigue siendo de aplicación, en nuestro concepto, la doctrina de la resolución de 11 de marzo de 1957, que exige el consentimiento de los herederos del cónyuge premuerto para que la enajenación pueda realizarse, resolución que no consideramos opuesta a la doctrina de la sentencia del Supremo de 2 de febrero de 1951 que se refiere no a un litigio seguido con terceras personas, sino entre los propios cónyuges, estimando, por el contrario, conforme tal resolución con reiterada doctrina del propio Supremo, declaratoria de no ser suficiente la afirmación que pueda hacerse en la escritura de venta con respecto a la procedencia del dinero con que se adquieren si ésta no resulta justificada.

Estimamos, en cambio, que en Aragón ha cambiado radicalmente la cuestión después de la vigencia de la Compilación, y no sólo no consideramos necesario el consentimiento de los herederos del cónyuge fallecido, aun siendo descendientes, en los actos de disposición, sino que también ha variado lo referente a la forma de inscripción de los bienes.

Fundábamos antes la necesidad del consentimiento de los herederos descendientes en la aplicación del espíritu de aquella

resolución y la exigencia del artículo 52 del apéndice de dejar a salvo en las donaciones, entre cónyuges, los derechos legitimarios de los descendientes, puesto que el reconocimiento del carácter privativo del precio podía implicar una donación encubierta.

La categórica declaración del artículo 24 de la Compilación, de que los cónyuges pueden hacerse donaciones, que no se someten ya a ningún condicionamiento ni limitación, y celebrar entre sí toda clase de contratos, no solamente ha de influir radicalmente en la disposición de los bienes por el cónyuge favorecido por la declaración de privativo, una vez viudo, sino también, relacionando este artículo con otros, estimar la procedencia de variar la forma en que solían practicarse las inscripciones de adquisición de inmuebles con la aseveración de que el precio o la contraprestación era de la exclusiva propiedad de uno de los cónyuges.

Después de la vigencia de la Compilación, hemos visto utilizada esta fórmula: "De acuerdo con la facultad que les confiere el artículo 29 de la Compilación del Derecho civil de Aragón, a la que están sometidos, los cónyuges doña y don pactan y declaran que el precio con el que se efectuará la compra tiene la consideración de bien sitio propio de aquélla y, por consiguiente, el piso o vivienda comprado mediante esta escritura será privativo de doña, a cuyo favor se solicita sea inscrito en el Registro de la Propiedad."

El artículo 29 que se cita, efectivamente, declara válidos los pactos y declaraciones consignados en escritura pública, aun fuera de capítulos, por los cuales, a efectos de extender o restringir la comunidad, ambos cónyuges atribuyen a bienes muebles la consideración de sitios, o a éstos la de muebles.

Parece que se ha discurrido en el pacto transcrito pensando que, declarado sitio y *propio* de la mujer el precio, como, según el párrafo cuarto del artículo 38, son privativos "los bienes que vienen a reemplazar otros propios...", el piso adquirido, que reemplaza al precio, también será privativo de la mujer.

No creemos que sea necesario este rodeo, ya que, en realidad, lo que juega al efecto de determinar si los bienes son privativos o comunes es el título de adquisición de los mismos, resultando

privativos todos los adquiridos a título gratuito, pues aunque no se decidió estampar en la Compilación esta sencilla regla, como propusimos con tenaz reiteración, el efecto resulta igual por la larga enumeración que el artículo 39 hace de los bienes que se consideran sitios, a los efectos de estimarse privativos y que termina con el número sexto, que dice: "El dinero aportado o adquirido cuya existencia conste por documento público, bancario o de institución de crédito o ahorro."

Como no creemos pueda encontrarse ningún bien que quede fuera de esa larga enumeración del artículo 39, todo lo que resulte adquirido a título gratuito tendrá el carácter de privativo. Con más detalle nos ocupamos también de esta cuestión en la conferencia inserta en el número de "Anuario de Derecho civil", a que ya nos hemos referido.

Según el número primero del artículo 38, que nos da la norma comúnmente aplicable para determinar qué bienes son privativos, condición indispensable para que los sitios tengan tal carácter, es que se aporten al matrimonio o que durante él se adquieran a título gratuito. No basta, por tanto, declarar el dinero del precio *sitio*, sino que es además necesario declararlo propio o privativo, como hemos visto hacia el pacto transcrito, lo cual presupone esa aportación o adquisición gratuita, aunque no se pruebe. Hagamos la misma declaración de privativo directamente del dinero y ello llevará implícita no sólo la aportación o adquisición gratuita, sino también la adquisición fehaciente que nos exige el número sexto del artículo 39 para que se considere sitio, aunque, como en el caso anterior, nada de esto resulte acreditado.

Y es que creemos que lo esencial en este punto es el artículo 24, tan breve y tan concluyente: "Los cónyuges pueden hacerse donaciones y celebrar entre sí toda clase de contratos."

Se podrá discutir si este artículo ha ido o no demasiado lejos, pero ahí están sus términos categóricos.

Cualesquiera pacto entre los cónyuges, incluso aunque lleve envueltas posibles donaciones, incondicionalmente autorizadas por ese precepto, ha de surtir, mientras en forma no sea impugnado, inmediatos y plenos efectos.

Como consecuencia lógica de esto estimamos que, bien con

pacto semejante al copiado, con otro que diga que es privativo el dinero a invertir en el precio, y hasta con la simple estipulación de que se considere privativo de uno de los cónyuges el inmueble adquirido, éste debe inscribirse expresamente como privativo, sin que proceda aplicar el párrafo segundo del artículo 95 del Reglamento hipotecario, que dispone que no figurando acreditado que el precio es de la exclusiva propiedad del adquirente, se practicará la inscripción a su nombre, sin que el asiento prejuzgue la naturaleza privativa o ganancial de lo adquirido.

La Compilación, como de superior rango y posterior, además, ha de prevalecer sobre ese precepto reglamentario, suponiendo que entre ellos exista cierta oposición, y dando pleno efecto al pacto entre los cónyuges, el acta de inscripción debe proclamar el carácter privativo de la adquisición.

Convendría, de todos modos, remachar la petición de inscripción en el pacto o estipulación correspondiente, no diciendo solamente, como el pacto que vimos, que se inscriba a favor del adquirente, sino precisando que se inscriba a su favor *con el carácter de privativo*.

Claro que todo esto se refiere, como ya hemos indicado, a los efectos inmediatos, sin que ello quiera decir que sean inatacables ni la escritura ni la inscripción correspondiente, pues ahí está el artículo 636 del Código civil, según el cual "ninguno podrá dar ni recibir por donación más de lo que pueda dar o recibir por testamento". A falta de preceptos en la Compilación, que concreta y directamente se refieran a este particular de limitación de las donaciones, podría considerarse aplicable en Aragón ese precepto, aunque al mismo resultado parece llevar el 124 de la Compilación, disponiendo que, no alcanzando los beneficios percibidos por el conjunto de los legitimarios a la cuantía de legítima colectiva, podrá pedirse la reducción de liberalidades hechas a favor de no descendientes.

Esto puede dar lugar a reclamación de legitimarios que se crean perjudicados, en cuanto la declaración de privativo pueda encubrir una donación excesiva, reclamación que surtirá efectos registrales desde el momento en que se practique la correspondiente anotación de demanda, pero no antes.

VI

PASIVO DE LA COMUNIDAD CONYUGAL Y REPERCUSIÓN EN ANOTACIONES
DE EMBARGO

Dedica la Compilación a esta materia los artículos 41 a 47, cuyo examen hicimos en la charla del Colegio de Abogados de Zaragoza, a que nos hemos referido en las primeras líneas de este trabajo.

Conviene, desde luego, leer detenidamente esos artículos.

El artículo 41, en cinco apartados, trata de las cargas y deudas comunes, entre las que pueden distinguirse dos clases: las del número primero, que podríamos calificar como de sostenimiento y atención familiar, y las de los cuatro apartados restantes.

El artículo 42 se refiere a las deudas de gestión, es decir, a las derivadas de facultades legales de administración y del ejercicio de industria, comercio o profesión, esto último tanto del marido como de la mujer, y las de administración del que la desempeña, pues también puede darse el caso de que corresponda a la mujer.

De todas estas deudas responden, en primer lugar, los bienes comunes, y no habrá de surgir dificultad alguna en el embargo de tales bienes ni para la práctica de la consiguiente anotación preventiva.

En defecto, de bienes comunes hay que distinguir las del apartado primero del artículo 41, que antes calificamos de sostenimiento y atención familiar, y las restantes de dicho artículo y las del 42.

De las del apartado primero del artículo 41, los cónyuges *responden solidariamente*, si bien en la relación interna contribuirá cada uno por mitad.

Ello quiere decir que, a falta o deficiencia de bienes comunes, podrá producirse el embargo de bienes privativos de cualquiera de los cónyuges indistintamente, sin que se vislumbre dificultad alguna para su correspondiente anotación, aunque en la relación interna de los cónyuges, sin afectar, por tanto, al Registro, responda cada uno por la mitad.

No creemos que ni en éste ni en los demás casos en que exista un orden entre los bienes para responder de las deudas pueda extenderse la calificación del Registrador a la exigencia de que se haya cumplido, en primer lugar, porque el no existir más bienes, comunes en este caso, o la falta total de ellos, son circunstancias negativas que no hay que probar, y además debe ser el Juez quien aprecie este particular, sin que a él pueda extenderse la calificación registral. Sería correcto que en el mandamiento se consignase la inexistencia o deficiencia de los bienes preferentes, pero, en todo caso, el cónyuge que se considere perjudicado podrá oponerse en el recurso o procedimiento adecuado poniendo de manifiesto la existencia de bienes que han debido embargarse con antelación.

En cuanto a las demás deudas del artículo 41 y las del 42, siempre a falta de bienes comunes o no alcanzando éstos a cubrir las, responde cada cónyuge de las que contrajo, pero podrá repetir del otro la mitad de lo pagado, si demuestra que la deuda redundó, efectivamente, en utilidad común (art. 43-2).

Se deduce de esto que el embargo que se produzca en reclamación de tales deudas habrá de recaer sobre los bienes comunes, y no siendo éstos bastante, sobre los privativos del cónyuge que las contrajo.

Según el artículo 44, "las deudas y cargas de las sucesiones y donaciones se hacen comunes hasta donde alcance el valor de los bienes heredados o donados que *recaigan en la comunidad*". Por el 45, "las deudas de cada cónyuge anteriores al matrimonio sólo gravan los bienes comunes hasta donde alcance el valor de los apartados por él a la comunidad".

Resultaría un tanto complicado hacer estos cálculos, pero nos parece que esos artículos han de resultar, por regla general, inoperantes. Hubieran tenido razón de ser si, como ocurría antes de la Compilación, todos los bienes muebles tuvieran la consideración de comunes, y hasta si hubiera prosperado el primitivo anteproyecto de la Comisión aragonesa, pero del segundo, y después de la Compilación, resulta, como hemos dicho antes, que por la larga enumeración que el artículo 39 hace de los bienes que han de considerarse como sitios, virtualmente será privativo todo lo aportado al matrimonio o adquirido a título gratuito. Esto

hace dificilísimo que se den los supuestos de los artículos 44 y 45, puesto que si resulta justificada la aportación, o la sucesión, o donación, todos los bienes serán privativos sin que recaiga nada en la comunidad, y si no media esta justificación entrarán en la masa general de bienes comunes, sin distinción alguna con los demás y sometidos a las mismas responsabilidades. Únicamente podrían aplicarse excepcionalmente esos preceptos cuando por pacto expreso los cónyuges desvirtuasen la presunción de sitios del artículo 39, pero como por naturaleza siempre serían muebles, nunca podrían tener acceso al Registro.

Normalmente, por tanto, estas deudas tendrán la consideración de privativas, y los bienes de este carácter, del cónyuge a quien afecten, han de responder de ellas preferentemente; pero si ellos no fueran bastante, como no puede mermarse la acción que a todo acreedor asiste para dirigirse contra cuantos derechos correspondan al deudor, podrá ejercitarla contra los bienes comunes, pero siempre sin perjuicio de los derechos del otro cónyuge. Correrán, por consiguiente, estas deudas suerte parecida a las del último grupo de ellas, que vamos a examinar, y cuya regulación ha de significar la mayor novedad en relación con el Registro de la Propiedad.

Nos referimos a las deudas posteriores privativas, a las que dedica la Compilación el artículo 46. Según su apartado uno, "las deudas posteriores privativas gravan los bienes del cónyuge deudor, y siendo éstos insuficientes, el patrimonio común, a salvo siempre el valor que en él corresponde al otro cónyuge, así como los preferentes derechos de los acreedores por deudas comunes".

Como en toda la regulación de esta materia, siguiendo el principio de equiparación de los cónyuges, este precepto se refiere a las deudas de los dos.

No lo hacía así el Apéndice, que en el último párrafo del artículo 50, después de declarar que se "presumirán contraídas en beneficio común las deudas del marido, salvo prueba en contrario", decía: "Los bienes raíces o inmuebles peculiares de la mujer y la mitad que pertenezca a ésta en los comunes de la misma clase, no responderán en caso alguno de deudas contraídas por el marido en su propio provecho, con ocasión de vicios, afianzando a favor de otros o con propósito conocido de perjudicar a aquélla."

Con la Compilación no habrá que discurrir sobre esos imprescindibles términos de “propio provecho”, “ocasión de vicios” y “propósito conocido de perjudicar”, ni sobre lo que ocurriría si, en lugar del marido, fuera la mujer quien contrajera esas deudas. Unicamente hemos de ocuparnos de la distinta repercusión que, en relación con el anterior, ha de tener en el Registro el precepto vigente.

Del Apéndice, que nos hablaba de la *mitad* que pertenecía a la mujer en los bienes comunes, parecía deducirse una concepción de la comunidad conyugal de división en cuotas, como la romana, y las consecuencias para el Registro resultaban claras, reduciéndose, cuando el embargo se refería a la totalidad del inmueble común, a denegar la anotación sobre la mitad indivisa correspondiente a la mujer, en cumplimiento del categórico precepto legal.

De la Compilación resulta una estimación distinta de la comunidad conyugal, como propiedad en mano común no por cuotas, sino como la germánica, y, como consecuencia de ello, en el artículo 46 se deja a salvo el valor que en el patrimonio común corresponde al otro cónyuge.

Esto será más técnico, más conforme con el concepto que tradicionalmente se ha atribuido a la comunidad conyugal aragonesa, pero no puede ofrecer a la mujer —suponemos que el marido sea el deudor— la garantía que significaba la denegación respecto de la mitad indivisa de la finca.

Con la Compilación a la vista no hay manera de denegar ni salvar nada en el Registro, ni aun en el caso de que esta salvedad constase en el mandamiento, debiendo tomarse la anotación sobre la totalidad del inmueble embargado.

Lo más contrario a la seguridad, a la precisión, a la claridad, que debe ser característica de los asientos registrales, sería llevar a ellos esa tan nebulosa salvedad, de la que no puede determinarse su cuantía por la imposibilidad de practicar la operación contable por la que se concrete ese valor salvado, y tampoco hay manera de puntualizar el inmueble o inmuebles a que haya de afectar esa salvedad.

Además, el comentado artículo 46 termina con estas palabras: “Lo pagado a costa de los bienes comunes se imputará en la par-

tipación del cónyuge deudor hasta que lo reembolse, y se tendrá en cuenta para ulteriores reclamaciones de acreedores privativos." Y añade el artículo 47: "Los patrimonios de los cónyuges y el común deben reintegrarse entre sí aquellos valores que cada uno hubiese lucrado sin causa a costa de los otros."

Se trata, por tanto, de cuentas a liquidar, en su día, entre los cónyuges y, más probablemente, entre uno de ellos y los herederos del otro, y también, en su caso, con los acreedores, sin que ello pueda afectar al ejecutante. Son obligaciones de tipo netamente personal las que derivan de la salvedad, sin que, por consiguiente, tenga ésta nada que ver con el Registro, y parece que tampoco debe hacerse alusión a ella en el oportuno mandamiento.

VII

EL EXPECTANTE DERECHO DE VIUDEDAD EN RELACIÓN CON EJECUCIÓN POR DEUDAS DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

La disposición referente a la suerte del derecho de viudedad, en ejecución por las deudas que hemos examinado, no ha sido, en su gestación, muy afortunada.

El artículo 148 del primitivo anteproyecto de la Comisión aragonesa, en su párrafo segundo, decía que cuando los bienes afectos al expectante derecho de viudedad deban responder de las deudas de la comunidad conyugal, sólo subsistirá tal derecho en los supuestos del artículo 114. Este artículo se refería a las deudas posteriores privativas, en términos parecidos a los del artículo 46 de la Compilación que acabamos de comentar.

Resultaba de esto que el expectante derecho de viudedad se extinguía, aun sin consentimiento ni renuncia, en todos los casos de ejecución por deudas de la comunidad conyugal, menos si éstas eran posteriores privativas de uno de los cónyuges.

En el segundo anteproyecto de dicha Comisión quedó reducido el número de artículos, y al acoplarse la numeración de ellos se sufrió, indudablemente, un error que ya resaltábamos en el "Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza" número 12, al poner de manifiesto las innovaciones que tenía, en relación con

el anterior. El error consistió en que el artículo 144 (igual al 148 del anterior), en vez de referirse al 111, que era idéntico al 114 anterior, lo hizo al 108, que no trata de deudas privativas, sino de las llamadas de gestión. El error era tan manifiesto, que no podía dar lugar a dudas.

La Compilación ha dado otro giro a este problema del expectante derecho de viudedad, y, prescindiendo de referencias de unos artículos a otros, el número dos del artículo 76 que declara no extinguirse el expectante derecho de viudedad en caso de enajenación, si no se renuncia expresamente, termina con estas palabras: "queda a salvo lo establecido sobre deudas de gestión frente a terceros de buena fe".

No creemos que pueda darse a estas palabras más interpretación que la de señalar a la regla general, que es la no extinción del derecho, una excepción que, naturalmente, consiste en que *se extinga sin necesidad de renuncia*, en los casos de ejecución por deudas de gestión, ya que por algo se deja a salvo lo establecido sobre ellas.

No vemos contradicción entre esto y lo dispuesto en el primitivo anteproyecto de la Comisión aragonesa. Si existiría sobre la letra del segundo, puesto que, por la cita que hacía del artículo 108, referente a las deudas de gestión, resultaba que sólo en relación con éstas se daba la *subsistencia* del derecho expectante, pero, ya hemos dicho, que sólo por clarísimo error pudo citarse ese artículo en vez del 111, referente a las deudas privativas.

Es cierto que la Compilación no ha sido suficientemente clara haciendo esa salvedad, y mejor hubiera sido declarar explícitamente que se extinguía el derecho expectante; pero, repetimos, esta interpretación hay que darle, porque, en otro caso, no tenía razón de ser tal salvedad.

También puede dar la impresión de que subsiste el tan repetido derecho cuando se trata de ejecución por las deudas comunes del artículo 41, pero no creemos que haya fundamento serio para sostenerlo. Las deudas del párrafo primero de ese artículo bien podían calificarse de privilegiadísimas, pues, sin duda, por ser consecuencia de las obligaciones más elementales de toda sociedad conyugal, según el apartado uno del artículo 43, en defecto de bienes comunes, responden de ellas los cónyuges nada

menos que solidariamente. Sería absurdo que, dándose esta extraordinaria responsabilidad de ambos cónyuges, quedase subsistente el derecho expectante de uno de ellos, al producirse la enajenación, cuando a él pudo reclamarse la deuda, y ejecutar, en defecto de bienes comunes, hasta los suyos privativos, aunque sin perjuicio de la relación interna entre los cónyuges.

Aunque esa responsabilidad solidaria ya no exista respecto de las restantes deudas y cargas del artículo 41, también parece claro su carácter de cierta preferencia, tanto por su naturaleza como por la inclusión en ese artículo, destinado a señalar las cargas y deudas que, inexorablemente, son comunes. Además, en cuanto a responsabilidad de bienes comunes o de cada cónyuge, tanto esas deudas como las que en el artículo 42 aparecen bajo la rúbrica de "deudas de gestión", están reguladas por un mismo precepto el número dos del artículo 43, y sería muy extraño que siendo idéntica la responsabilidad por las llamadas de gestión del artículo 42 y las comunes de los cuatro últimos párrafos del 41, produjera la ejecución por ellas distinto efecto en relación con el expectante derecho de viudedad. Además, la palabra gestión tiene un sentido un tanto elástico, y aunque sólo las derivadas de administración, profesión o negocio aparecen bajo la rúbrica de deudas de gestión, no puede negarse el carácter de tales deudas de gestión de la sociedad conyugal, respecto de las enumeradas en el artículo 41.

Nos parece, por tanto, claro que se extinguirá ese derecho expectante cuando se trate de ejecución por deudas de los artículos 41 y 42, es decir, que quien como consecuencia de la ejecución sea adjudicatario, adquirirá los bienes libres del derecho expectante de viudedad.

Al contrario, ese derecho expectante ha de subsistir, cuando se trate de deudas privativas posteriores al matrimonio. Así lo establecían los anteproyectos de la Comisión aragonesa —el segundo con el error de que hemos hablado—, y la Compilación sigue el mismo criterio, puesto que estas deudas no pueden, de ningún modo, considerarse incluidas en la salvedad del artículo 76.

No vemos tan clara la suerte de este derecho expectante cuando se trata de las deudas y cargas de las sucesiones y donaciones y las de cada cónyuge anteriores al matrimonio. Ya hemos visto

que difícilmente pueden afectar estas deudas preferentemente a bienes comunes y, por consiguiente, en cuanto a responsabilidad por ellas han de aplicarse las mismas normas que a las posteriores privativas, pero creemos que respecto a la extinción y subsistencia del derecho expectante hay que hacer alguna distinción.

Si se practica el embargo, respecto de las de sucesiones y donaciones, sobre los bienes heredados o donados, resultaría injusto que estos bienes no respondieran en su integridad de las deudas y cargas que la transmisión lleva consigo, y estimamos que, embargados estos bienes, deberán quedar, al ser adjudicados, libres del derecho expectante. En cambio, si se trata de otros bienes privativos y, mucho más, comunes, parece que han de transmitirse sujetos al derecho expectante. Respecto de sucesiones, puede jugar la aceptación a beneficio de inventario, que en Aragón siempre se presume.

Algo semejante ha de ocurrir con las deudas anteriores al matrimonio. Ya dijimos que su celebración no puede perjudicar a quien antes de ella se constituyó en acreedor. Siendo así, al embargarse como consecuencia de esa deuda anterior, bienes que el deudor poseía antes del matrimonio y aportó a él, parece obligado que esos bienes se transmitan libres de un derecho expectante que nació después, y, al contrario, si se trata de otros bienes privativos o comunes, subsista tal derecho.

SANCHO REBULLIDA, en un interesante trabajo publicado en el repetido número de "Anuario de Derecho civil", termina el estudio de este particular (pág. 787) diciendo: "que donde el precepto dice "queda a salvo lo establecido sobre responsabilidad por deudas de gestión frente a tercero de buena fe", debe entenderse que dice "cuando estos bienes deban responder conforme a lo dispuesto en esta Compilación, sólo subsistirá el derecho expectante en los casos de responsabilidad por deudas privativas posteriores al matrimonio".

Aunque discrepemos de alguna de sus apreciaciones, no dudamos que sería más acertado precepto semejante a éste, pero también habría, según nuestro criterio, que considerar subsistente el derecho expectante, en los casos que hemos señalado, referentes a cargas y deudas de sucesiones o donaciones y en las anteriores al matrimonio.

En estos casos en que ha de subsistir el derecho expectante, salvo renuncia expresa, cuando ésta no exista, como ocurrirá normalmente, ¿será aplicable la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que exige, en resoluciones que citaremos al tratar de disposición de bienes, para que el asiento se practique, la reserva expresa de ese derecho en el título?

Podrá decirse que por la anotación de embargo no se produce la transmisión, debiendo hacerse la reserva en la escritura de venta o autos de adjudicación; pero creemos que lo más correcto será consignarlo en el mandamiento ordenando la anotación de embargo, sobre todo, teniendo en cuenta que una de las resoluciones que sentó esa doctrina se refería a escritura de constitución de hipoteca.

VIII

DISPOSICIÓN DE BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUCAL

En cuanto a los bienes privativos, la disposición durante el matrimonio corresponde al respectivo titular y no ofrece más particularidad que la necesidad de que expresamente renuncie el otro cónyuge al expectante derecho de viudedad, conforme al artículo 76, y si no lo hace, dejar a salvo tal derecho. Como esto último es difícil que lo acepte un adquirente a título oneroso, virtualmente han de intervenir en la escritura los dos cónyuges.

Disuelto el matrimonio, será aplicable respecto de las disposiciones del cónyuge sobreviviente sobre bienes privativos el artículo 93 del Reglamento hipotecario, pudiendo inscribirse sin necesidad de previa liquidación de la sociedad conyugal.

Igual criterio habrá de seguirse, según antes expusimos, en la disposición de bienes adquiridos durante el matrimonio, a los que expresamente se dio carácter de privativos del cónyuge que ha sobrevivido.

Respecto a la enajenación de inmuebles comunes, la expresada necesidad de comparecer la mujer —partimos del caso normal de ser el marido el administrador— a los efectos del usufructo hace, como acabamos de decir, que sea realmente excepcional la enajenación que se lleva a efecto sin la concurrencia

de ambos cónyuges. Como con ello la mujer puede controlar los actos de disposición, la Comisión aragonesa, tras detenido estudio, se decidió a conservar en esencia el régimen del Apéndice, formulado en el definitivo anteproyecto en un artículo que decía: "Es válida la enajenación de bienes comunes por el cónyuge administrador, salvo si el tercer adquirente conoció o debió conocer que tal enajenación se realiza con intención de perjudicar a la comunidad o con grave descuido de los intereses de ésta."

No prosperó esto y la Compilación, a semejanza del artículo 1.413, reformado del Código civil, dice en el 51: "El cónyuge administrador, por sí solo, puede enajenar los bienes comunes; mas para actos de disposición voluntaria sobre inmuebles y establecimientos mercantiles necesitará el consentimiento del otro cónyuge o, en su defecto, aprobación de la Junta de Parientes y, en otro caso, autorización judicial."

Con más detalle nos referimos a las vicisitudes de este precepto en la conferencia inserta en el citado número de "Anuario de Derecho civil".

El empeño de que se aceptase la propuesta de la Comisión aragonesa, semejante a los artículos 55 y 59 de la Compilación catalana (posterior a la reforma del Código), sobre la *Asociación a compras y mejoras* del campo de Tarragona y *agermanamiento o pacto de mitad por mitad* de la comarca de Tortosa, no tuvo éxito, pero al menos se logró que ese consentimiento del otro cónyuge se limitase a los actos de *disposición voluntaria*, con lo cual se evitaban las consecuencias de la aplicación del artículo 144 del Reglamento hipotecario, que terminantemente exige que la *demanda haya sido dirigida contra ambos cónyuges* para que pueda practicarse la anotación de embargo sobre bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio.

Esta cuestión parece suavizada por la doctrina del Tribunal Supremo y, especialmente, por las resoluciones de 9, 13 y 14 de diciembre de 1966 que consideran bastante la notificación de la demanda a la mujer; pero, por efecto de esa palabra *voluntaria* de la Compilación, no hará falta en Aragón ni esa notificación, y siempre se estará a salvo de una interpretación que pudiera surgir, más pegada a la letra del citado artículo 144 del Reglamento hipotecario.

Ya nos hemos referido a nuestra propuesta de que para evitar, en ciertos casos, los inconvenientes de la autorización judicial se pudiera acudir a la Junta de Parientes, pero siempre en forma alternativa. Esto se logró. El proyecto de Ley hablaba en el párrafo cuarto del artículo 21 del transcurso de un mes desde que se hubiera instado la constitución de la Junta de Parientes para acudir a la decisión judicial, "en los casos en que por prescripción expresa de la Compilación algún asunto haya de someterse a la Junta de Parientes y *subsidiariamente* a la autorización judicial". En el texto definitivo se habla de que el asunto haya de someterse *indistintamente* a la Junta de Parientes o a la autoridad judicial. Debe considerarse decisiva la sustitución de la palabra "subsidiariamente" por la de "indistintamente" y estimar que, en todo caso y libremente, podrá optarse por una u otra autorización cuando a las dos se haga referencia.

Aunque en algunos artículos se han sustituido las frases "y, en su defecto", "y, en otro caso", por la conjunción "o", no ocurre así en el artículo 51, donde subsiste la frase "y, en otro caso"; pero creemos que esto debe considerarse como un olvido, y que también aquí debe aplicarse lo de "indistintamente", que, en definitiva, tampoco parece opuesto a "y, en otro caso".

En relación con esta materia, también se han originado dudas al relacionar el artículo 51 con el 76, apartado dos, que habla de la no extinción del expectante derecho de viudedad sobre los inmuebles que se enajenen, a menos que se renuncie expresamente. Ya expusimos nuestra opinión (págs. 456 a 59) en el sentido de estimar necesario en la enajenación de inmuebles comunes no sólo el consentimiento del cónyuge no administrador del artículo 51, sino también la expresa renuncia del derecho expectante de viudedad (art. 76), o que tal derecho se deje a salvo en el correspondiente documento, ya que, según doctrina sentada en resoluciones de 25 de septiembre de 1925 y 11 de julio de 1929, entre otras, precisa que tal salvedad conste en la escritura, procediendo suspender la inscripción si así no ocurre.

Ahora no hemos de añadir otra cosa que expresar la gran satisfacción que nos produce que coincida con nuestra opinión el profesor LACRUZ BERDEJO en el citado número de "Anuario de Derecho civil" (págs. 745-46).

Aunque no con tanta precisión, también otro profesor, SANCHEO REBULLIDA, en el propio número (págs. 783-84), considera práctico que concurren consentimiento para la enajenación y renuncia al derecho expectante.

IX

DISPOSICIÓN DEL VIUDO A EXPENSAS DE LOS BIENES COMUNES Y DE LOS PRIVATIVOS DEL PREMUERTO

La Compilación, por su artículo 52, al referirse al 1.417 del Código civil, considera, salvo raras excepciones, disuelta la comunidad conyugal por defunción de uno de los cónyuges. En cambio el Apéndice, según resultaba de sus artículos 53 y 54, daba por supuesta, en tal caso de defunción, la que llamaba sociedad continuada, y, partiendo de ella, el párrafo final del artículo 54 decía: "Podrá además —se refiere al cónyuge sobreviviente—, arregladamente a lo que dispone el artículo 72, norma 6.ª, asignar legítimas, donaciones o dotes, con los bienes comunes a los descendientes habidos con el finado consorte, que sean sucesores forzosos de éste, *para ayudarles a negociar por cuenta propia o vivir con independencia* o con ocasión de contraer matrimonio o de *ingresar en religión.*"

La citada regla 6.ª del artículo 72 extendía la posible donación a bienes privativos de ambos cónyuges, mientras continuase la indivisión, pero sólo con ocasión de matrimonio y análoga a la que marido y mujer hubieran hecho a otro hijo y, a falta de este precedente, no podía comprender la donación bienes privativos del cónyuge fallecido.

Las facultades conferidas al viudo, respecto de bienes comunes, se han utilizado con mucha frecuencia y cierta amplitud, ya que las palabras que hemos subrayado del artículo 54 permitían hacerlo sin contemplación de matrimonio y sin antecedente alguno de otra donación.

Conviene poner atención en que la Compilación ha limitado notablemente esta facultad del cónyuge viudo por su artículo 53, pudiendo hacer donación a expensas de los bienes comunes y aun

de los que fueren privativos del cónyuge finado, mientras unos y otros estén indivisos, pero limitada a la ocasión de casarse un hijo o hija, teniendo que ser análoga a la que marido y mujer hicieran a favor de hijo o hija casados en vida de los dos.

No podrá, por tanto, hacerse la donación si no existe este precedente de otra hecha antes por ambos cónyuges, y ha de ser siempre con ocasión de matrimonio, quedando descartados aquellos motivos, tan pocos precisos del Apéndice, de ayudar a negociar por cuenta propia o vivir con independencia y también el de ingreso en religión.

Como luego veremos, estas donaciones puede hacerlas también el viudo (art. 67-2) en el caso de comunidad continuada.

X

COMUNIDAD CONYUGAL CONTINUADA

Fuimos opuestos a ella por entender que son más sus inconvenientes que las ventajas, pero se decidió conservarla, si bien puede decirse que esa continuidad no se produce automáticamente más que cuando entre los sucesores descendientes haya alguno menor de edad (art. 61-2), siendo en todo caso necesario (artículo 60-1) que los principales ingresos de la sociedad conyugal provengan de explotaciones agrícolas, ganaderas, industriales o mercantiles.

En relación con el Registro tiene interés lo referente a la disposición de bienes de la comunidad continuada que regula el artículo 67 diciendo: "Uno. Los actos de disposición a título oneroso de los bienes comunes requieren el acuerdo de la totalidad de los partícipes. El consentimiento de los sucesores partícipes podrá suplirse por la autoridad judicial."

Suponemos que a esta suplencia habrá de acudir siempre que los herederos del cónyuge premuerto sean menores de edad, puesto que se presumirá oposición de intereses y no creemos sea procedente el nombramiento de defensor judicial cuando se ha atribuido la suplencia a la propia autoridad judicial.

En el número dos de este mismo artículo se confirma la facul-

tad del viudo para hacer, sin necesidad de acuerdo ni autorización judicial, las donaciones del artículo 53, a que nos hemos referido al tratar de disposiciones del viudo.

Antes de la Compilación constituía un problema la disposición por el viudo de bienes adquiridos a su nombre, después de la disolución de la sociedad conyugal, ya que podía sospecharse que habían pasado a integrar el patrimonio de la comunidad continuada. Lo mismo podía ocurrir con los adquiridos por los otros partícipes, aunque más frecuente fuera el caso anterior.

Planteamos oportunamente esta cuestión, y ha quedado claramente resuelta por el artículo 63, apartado tres, que dice: "Frente a terceros, los bienes adquiridos por uno de los partícipes a su nombre y sin referencia alguna a la comunidad se considerarán privativos del adquirente."

XI

VIUDEDAD

Especialmente dedicado a las novedades que la Compilación supone, en relación con la viudedad y las cuestiones que puedan originar sus preceptos, insertó esta REVISTA (págs. 438 y sigs.) un trabajo nuestro y nos limitamos ahora a referirnos a él.

XII

TESTAMENTO MANCOMUNADO

En conferencia inserta en el "Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza", ya repetido (págs. 127 y sigs.), PALÁ MEDIANO, conocedor insuperable del Derecho aragonés, se ocupa de las sucesiones testamentarias, paccionada y fiducia sucesoria, y a esas páginas remitimos al lector, limitándonos aquí a unas líneas sobre testamento mancomunado y algunos comentarios sobre la sucesión paccionada.

No creemos que el testamento mancomunado haya de producir grandes cavilaciones en los Registros.

Los problemas sobre revocación que suscitaba el Apéndice aparecen resueltos en la Compilación en forma que, técnicamente, consideramos acertada. Todo gira alrededor de las disposiciones corresponsivas o recíprocamente condicionadas, que quedan ineficaces por la revocación o modificación unilateral y, al contrario, inalterables por fallecimiento de uno de los cónyuges.

El problema, realmente difícil, de concretar cuáles son las disposiciones corresponsivas no ha de plantearse al Registrador, puesto que, con acierto, lo resuelve el artículo 97 de la Compilación, según el cual han de ser los propios testadores quienes "por voluntad declarada de ambos en el mismo testamento o documento público" habrán de detallar cuáles son las disposiciones de ese carácter.

El conflicto, como ya hemos dicho en otras ocasiones, es para el Notario, a quien hay que compadecer si tiene que hacer comprender a ciertos, a muchos testadores, esto de las disposiciones corresponsivas o recíprocamente condicionadas y cuándo han de quedar ineficaces o inalterables.

Si la complicación de las disposiciones del Apéndice sobre revocación de estos testamentos mancomunados hizo disminuir notablemente su número y cundió la costumbre de hacerlos idénticos, pero por separado, no nos sorprenderá que esto se acentúe con la nueva regulación. No obstante, seguirán sin dificultades los más corrientes, aquellos en que sencillamente se facultan los cónyuges para que el sobreviviente disponga, entre los descendientes, de los bienes del premuerto.

XIII

SUCESIÓN PACCIONADA

Al trabajo de PALÁ MEDIANO hay que añadir otro, muy documentado, de PELAYO HORE, concretamente sobre pactos sucesorios, que publica el también citado número de "Anuario de Derecho civil" (págs. 819 y sigs.).

Por habernos propuesto, como al principio decimos, hacer sencillamente un examen de los artículos que puedan tener relación

con la calificación registral, no vamos a discurrir doctrinalmente sobre si esta sucesión paccionada ha debido o no limitarse a las capitulaciones matrimoniales, cuestión en la que discrepan los dos citados autores. Solamente reflejaremos nuestra experiencia.

Cierto que, como asegura PELAYO HORE, la mayoría de los pactos sucesorios se ven en capitulaciones matrimoniales, mejor diríamos, con ocasión de las capitulaciones, pues, aun comprendidos en la misma escritura, suelen preceder a las disposiciones que constituyen la verdadera capitulación. Ciertamente que éstas han disminuido mucho. Si PELAYO nos hablaba de 93 contratos por razón de matrimonio en 1966, a 74 han quedado reducidos en 1967. Nos referimos a la provincia de Huesca, porque sólo en ella se dan las capitulaciones clásicas y, aun ahí, serán varios los contratos que no tengan ese carácter. Se otorgan también bastantes de estos contratos en Zaragoza ciudad, pero constituirá verdadera excepción que alguno de ellos responda al carácter de aquellas capitulaciones. Desde luego no vimos ni un solo pacto sucesorio en más de ocho años que desempeñamos el Registro de Zaragoza.

Pero en nuestro paso por todos, menos uno, de los Registros de la provincia de Huesca, en que eran frecuentes tales pactos, si hemos visto algunos en documentos que ninguna relación hacían a matrimonio. El tiempo transcurrido no nos permite concretar, pero hasta tenemos idea de alguno a favor de quien iba a contraer matrimonio, pero sin que a éste se hiciera ninguna referencia y, desde luego, los hemos visto a favor de solteros, sin perspectiva de matrimonio.

La Compilación, por tanto, no ha inventado nada, porque no con la frecuencia que en capitulos, pero si existían estos nombramientos de herederos fuera de ellos antes y después del Apéndice.

Ocorre que el nombramiento de heredero se otorga en el momento que las circunstancias familiares lo hacen oportuno. Ciertamente que se suele estimar como tal la celebración de matrimonio por uno de los hijos, pero imaginemos unos padres de avanzada edad con hijos solteros y sin que se vislumbre el matrimonio de ninguno de ellos. Es natural que los padres deseen dejar solucionado el problema de su sucesión, mucho más si, como ocurrirá con frecuencia, alguno o todos los hijos han manifestado el de-

seo de abandonar la residencia. Si a esto se añade que los bienes de los padres constituyen un modesto patrimonio que apuradamente puede llegar a satisfacer las necesidades de una familia, es natural que no resulte de lo más apetecible encargarse de él, sujetándose al pueblo, y a quien se decida a hacerlo, es necesario que se le garantice que va a quedar dueño del patrimonio, sin estar sometido a posibles veleidades de sus padres. Unica solución, el pacto sucesorio.

Este puede ser, en muchos casos, con la tendencia que hay a trasladarse a las capitales, el único atractivo para que alguien se encargue del cuidado de los viejos y de los bienes, sin necesidad de esperar a la incierta celebración de un matrimonio.

Estimamos, por todo esto, que la Compilación ha hecho bien en admitir el pacto sucesorio fuera de capitulación.

Parece, además, que se confunden un tanto los términos cuando como argumento para sostener su admisión solamente en capítulos, se dice que únicamente se trata de sucesión contractual al hablar de la sociedad conyugal, citándose como ejemplo el artículo 58 del Apéndice. Precisamente éste dice que “el régimen de la sociedad conyugal, y también la *sucesión de los cónyuges y su descendencia*, pueden ser ordenados por pactos o capitulaciones”. Podría sostenerse, siguiendo a la letra el precepto, que estos ordenamientos pueden hacerse indistintamente por pactos o por capitulaciones; pero lo que está clarísimo es que el artículo se refiere exclusivamente a las sucesiones de cónyuges y descendencia, y no a las de los padres de uno o de los dos contrayentes.

Siendo consecuentes debíamos sostener que, al no hablar el artículo de pactos entre ascendientes y contrayentes a favor de éstos, no debían admitirse; pero como esto nadie se atreve a sostenerlo, tampoco puede alegarse el artículo como prueba de la inexistencia de los pactos sucesorios fuera de capitulación.

Y vayamos al examen de los artículos que pueden suscitar dudas, empezando por el 99.

Nos parece bien que la Compilación haya limitado los pactos sucesorios, fuera de capítulos, a los parientes consanguíneos o afines. Tampoco nos hubiera parecido desacertado que se pusiera un límite al grado de parentesco.

En cambio, no nos parece muy bien el principio del artículo

que nos habla de "los pactos que sobre *su propia sucesión* se convengan, con carácter personalísimo, en capitulaciones matrimoniales". La propia sucesión, ¿de quién?, ¿de los contrayentes para cuyo matrimonio se otorga la capitulación? En este caso, se daría el absurdo de no quedar autorizados, como podía deducirse, según hemos visto, del artículo 58 del Apéndice, los nombramientos de heredero hechos por los padres a favor de alguno de los contrayentes. No puede llegarse a esta conclusión, menos leyendo el artículo siguiente, aunque éste no hable de capitulaciones; pero consideramos más correcta la redacción que daba el anteproyecto aragonés diciendo: "Los pactos sobre la sucesión futura, otorgados por la *persona de cuya sucesión se trata*, son válidos y vinculan a los otorgantes con tal que consten en escritura pública." Admitidos, en definitiva, estos pactos fuera de capitulaciones, podía haberse conservado este precepto, agregándole: "Y se celebren entre ascendientes y descendientes, entre cónyuges, y siendo mayores de veintiún años, también entre parientes consanguíneos o afines e igualmente los que se otorguen en el marco de las instituciones familiares consuetudinarias."

El artículo 61 del anteproyecto de la Comisión aragonesa decía: "Salvo pacto en contrario el instituyente no podrá disponer de sus bienes por actos *inter vivos*, a título oneroso, sin el consentimiento del instituido."

PELAYO HORE se desata contra esta propuesta de artículo y, con su característico gracejo, nos dice que se convertiría el instituyente en un incapaz, que ya no podría encargarse un vestido, tomar una localidad en un cinematógrafo o consumir en un bar una modesta cerveza.

Se podría decir, siguiendo la broma, que esto habría de ocurrirle al instituido, puesto que siempre en estos nombramientos el instituyente se reserva el usufructo y administración, anteponiendo muchas veces lo del "señorio mayor" para que no quede duda de que quien *manda*, mientras viva, es el instituyente. Sería, por tanto, el instituido quien, llevando las cosas con rigor, no tendría, mientras viva el instituyente, lo necesario para atender a aquellas pequeñeces, por corresponder a ese *pobrecito* instituyente absolutamente todos los ingresos de los bienes. Se dirá que puede darse el caso de nombramiento sin esa reserva. No

creemos que esto ocurra, pero ya sabría el instituyente a qué atenerse, y es seguro que no le faltaría la debida ilustración del Notario autorizante sobre las consecuencias de tal disposición.

Podemos añadir que hemos visto muchísimas capitulaciones, y creemos que sin excepción, cuando se trataba de institución para después de los días del instituyente —frecuentes en Jaca—, se consignaba el pacto de que éste no podría disponer sin consentimiento del instituido y, al revés, en las instituciones que pudiéramos llamar de presente, que se interpretaban en el sentido de que producían transmisión de la nuda propiedad al instituido, se pactaba que éste no podría disponer sin consentimiento del instituyente. Nos decía don MANUEL SOLANO, que fue jacetano de ley y Notario de Jaca durante varios años: “No existe en el Alto Aragón una institución hereditaria en la que, por lo menos, no aparezca la limitación de no poderse vender ni gravar los bienes que la integran sin el expreso consentimiento de ambos” (“Anuario de Derecho aragonés”, 1944, pág. 338). Si no se exceptuaban los muebles era, sin duda, por considerarlo innecesario, al ser difícil controlar la disposición de ellos, a quien, por ser usufructuario y administrador de los de toda clase, tiene tan amplias facultades.

El anteproyecto recogió, por tanto, en esa propuesta de artículo, lo que se venía practicando, quizá sin excepción; pero ningún inconveniente había en reducir expresamente esa limitación de disponer a los inmuebles, que es lo que en la práctica ocurría, con lo cual la cosa hubiera quedado perfecta.

No podemos decir lo mismo del artículo 102 de la Compilación que ha sustituido al del anteproyecto.

“En el nombramiento de heredero pactado en *consideración a la conservación del patrimonio familiar o de la casa*, cuando el instituyente se reserve el “señorío mayor” u otras *facultades análogas*, se entenderá, salvo disposición en contrario, que para disponer de los bienes inmuebles y de los comprendidos en el número primero del artículo treinta y nueve, es exigible el consentimiento del instituido que *viniere cumpliendo las obligaciones y cargas impuestas en favor de la casa*.”

Creemos, con todos los respetos, que el párrafo transcrito, primero de dicho artículo, podría señalarse como modelo de reunión

de ambigüedades o conceptos imprecisos. Aunque sería suficiente el subrayado que hemos hecho, vamos a ocuparnos brevemente de lo más importante.

¿Qué es el "señorio mayor"? En una *Semana de Jaca* ("Anuario de Derecho aragonés", 1944, pág. 360), después de razonar que de ningún modo podía significar el dominio, terminábamos diciendo que, sin duda, se habían buscado las palabras que mejor pudieran expresar la autoridad del instituyente, "pareciéndonos que con las de "señorio mayor" se ha querido, en forma un tanto ampulosa, señalar la suprema jerarquía de esa sociedad que bajo su jefatura se constituye con la reunión de dos familias, pero refiriéndose más a este orden puramente familiar que al patrimonial o económico".

Tuvimos el honor de que no sólo don MANUEL SOLANO, en su trabajo, sino todos los concurrentes, coincidieran con nuestro punto de vista.

No deja de ser extraño que precisamente la reserva del "señorio mayor", de alcance impreciso y, desde luego, sin contenido económico, se haya utilizado como causa de limitación de la facultad de disposición por el instituyente.

Cierto que no se trata sólo de esa reserva, sino que, siguiendo la ambigüedad, se nos habla de otras facultades análogas. No es fácil encontrar facultad análoga a esa sin contenido económico, pero habrá que admitir que la limitación de disponer se dará si se reserva el usufructo, que es lo que no falta en los nombramientos de heredero.

Sometido a diversas apreciaciones quedará, si el instituido cumple o no las obligaciones y cargas impuestas en favor de la casa. Parece que si por parte del obligado no existe un reconocimiento expreso, habrán de ser los Tribunales quienes resuelvan la cuestión.

Y el problema importante se presenta cuando el instituyente no se reserve facultad alguna. En las instituciones para después de los días, lo natural es no hacerlas, pareciéndonos correctas las escrituras en las que sencillamente el instituyente se obliga a invertir el producto de los bienes en el sustento y demás atenciones de la nueva familia. Parece que en estos casos, si nos atenemos a los términos literales del artículo 102, puesto que no hay ninguna

reserva, podrá disponer el instituyente con absoluta libertad de los bienes, con lo cual el nombramiento de heredero podría quedar enteramente ineficaz.

Pero no hay que alarmarse demasiado; seguirán consignándose en los nombramientos de heredero esos pactos limitativos de la facultad de disponer, que motivaron el precepto del anteproyecto aragonés tan censurado.

El artículo 103 dice en el apartado uno: "Las estipulaciones contractuales sólo pueden modificarse o revocarse por pacto sucesorio celebrado con las mismas personas o sus herederos, o, siendo entre cónyuges, por testamento mancomunado."

El siguiente es así: "La nulidad, revocación unilateral o resolución de una disposición hereditaria paccionada lleva aparejada la de aquellas que en el mismo documento se hallen recíprocamente condicionadas."

Hemos de confesar que no vemos la manera de compaginar estos dos preceptos. Si, según el primero, sólo pueden modificarse o revocarse las estipulaciones contractuales por los mismos que las han otorgado, ¿cómo el siguiente nos habla de revocación unilateral? Parece que sólo cabría si se hubiera estipulado así expresamente, y ello desvirtuaría por entero la naturaleza del pacto sucesorio.

Si tal revocación unilateral fuera posible, produciría también la de las disposiciones del propio documento recíprocamente condicionadas. No se dice como hemos visto, ocurría al regular el testamento mancomunado, que haya de consignarse expresamente cuáles tienen ese carácter, y esta omisión originaría seguramente dudas difíciles de solventar.

Respecto a la nulidad o resolución de que nos habla también el artículo 104, aunque parece referirse a la totalidad de la disposición hereditaria, hay que pensar que pueda afectar solamente a alguna o algunas de las estipulaciones del contrato sucesorio, porque siendo total, era inútil hablar de las recíprocamente condicionadas, pues arrastraría a todas.

Todo muy difícil, pero más lo será que este precepto tenga aplicación.

También el apartado uno del artículo 105, que nos habla de transmisión a los descendientes por premoriencia del favorecido

por un ascendiente, parece chocar con el artículo 141, pero a continuación examinaremos éste y trataremos de la cuestión.

XIV

REPRESENTACIÓN Y SUSTITUCIÓN

Precisa distinguir, como en todo lo referente a herencia intestada, entre bienes troncales y no troncales, y conociendo ya una cuestión suscitada respecto de los últimos, de ellos vamos a ocuparnos principalmente y en primer lugar.

A estos bienes se refiere el artículo 135 de la Compilación diciendo: "La sucesión de los bienes que no tengan la consideración de troncales, o en estos mismos cuando no hubiere heredero troncal, se deferirá con arreglo al Código civil, salvo lo que dispone el artículo siguiente." Este regula la sucesión a favor del hospital de Nuestra Señora de Gracia o Provincial de Zaragoza, en cuanto a enfermos que fallezcan en él sin dejar cónyuge ni parientes en la línea recta o colateral hasta el cuarto grado.

En el título VII del libro II de la Compilación, bajo el epígrafe general *Normas comunes a las diversas clases de sucesión*, con el epígrafe especial de "*sustitución legal*", aparece el artículo 141, un tanto singular, que dice: "Salvo disposición del causante, ascendiente o hermano, al heredero o legitimario premuerto o incapaz de heredar o renunciante a la herencia le sustituirán en la proporción correspondiente sus hijos o ulteriores descendientes."

La cuestión planteada respecto a bienes no troncales es la siguiente: fallecimiento sin descendencia de viuda con vecindad civil aragonesa, como su marido, dejando un hermano vivo, habiendo premuerto otros tres, uno de ellos con un solo hijo, y éste, sobrino del causante, le premurió también, dejando hijos.

¿Será aplicable a estos últimos (que pudiéramos llamar sobrinos-nietos del causante) esa *sustitución legal* del artículo 141, o quedarán eliminados de la herencia por el artículo 925 del Código civil, según el cual, en la línea colateral sólo tendrá lugar el derecho de representación en favor de los hijos de hermano?

Sería atinado discurrir aquí sobre si la sustitución es propia exclusivamente de la sucesión testamentaria o también puede darse en la intestada. ALBALADEJO estudia el problema en su obra *Sustituciones hereditarias* (págs. 27 a 31) diciendo que la opinión más extendida, por lo menos en nuestra patria, es la primera, es decir, que el sustituto ha de serlo *necesariamente* de un instituido en testamento, citando como partidarios de ella a Roca, SCAEVOLA, DE BUEN, VITALI y CUTURI.

Sin embargo, él se manifiesta partidario de la segunda solución diciendo, entre otras cosas, que “defender que la sustitución no es concebible sin una previa institución, porque es algo *relativo*, es no ver que si lo que no es concebible es sin un previo heredero (llamado) preferido, pero que nada obliga a que tal heredero [llamado] sea testamentario”.

No obstante nos había dicho, al iniciar el estudio de este problema, que “no cabe duda de que la sustitución tiene su ámbito, al menos normal, en la sucesión testamentaria, en el sentido de que el sustituto se nombra para que herede en defecto de otro heredero *ex testamento*. Su origen histórico es precisamente el de proporcionar *otro* llamamiento testamentario también”.

Lo indudable es que, aunque siguiendo a ALBALADEJO, no creemos que pudiera negarse eficacia a una muy expresa sustitución de herederos *ab intestato*; en la práctica sólo se conoce del llamado en testamento y, desde luego, en nuestra larga vida profesional no hemos conocido ni un solo caso en sucesión intestada.

También es argumento valioso que el Código civil no haga ninguna alusión a la sustitución en los capítulos III y IV del título III del libro tercero, destinados a la sucesión intestada, ni en el capítulo V, sobre disposiciones comunes a las herencias por testamento o sin él, y, en cambio, la regule al tratar de la sucesión testamentaria, en la sección tercera del capítulo II, inmediatamente detrás de la dedicada a la institución de heredero, empezando por decir (art. 774): “Puede *el testador* sustituir...”, lo cual, no contradicho en ningún lugar, evidencia no concebirla en la sucesión intestada.

Pero no puede negarse que ahí está, en la Compilación, ese artículo 141, bajo la rúbrica de *sustitución legal*, dentro del título VII del libro II, y los términos del epigrafe general de ese

título, "*normas comunes a las diversas clases de sucesión*", no pueden menos de producir la duda de si esa sustitución del artículo 141 afectará a la sucesión intestada.

Parece entender que S. BELLED, cuando refiriéndose a la sucesión entre hermanos, dentro de la intestada (pág. 497), extraña "la referencia al derecho de representación, que si necesaria en el Apéndice, es inútil en este apartado (1.º del art. 132), al estar establecida con carácter general la sustitución legal en el artículo 141, contrariamente a lo que ocurría en el Apéndice, que la limitaba a los hijos de hermano". Es de advertir que el Apéndice no hablaba de sustitución, sino de verdadera representación al decir "que los hermanos del causante que hayan fallecido o sean incapaces estarán representados por sus propios e inmediatos hijos".

De la misma opinión parece LACRUZ BERDEJO cuando dice ("Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza", ya citado, pág. 183) que "la referencia al derecho de representación en ese apartado es inútil, y no la contenía el proyecto aragonés, consciente de una norma al respecto de alcance más general, el artículo 141, común a la sucesión testamentaria y a la intestada".

Nos permitimos, no sin cierto temor, discrepar de opiniones tan autorizadas. Creemos que ha sido un acierto establecer expresamente el derecho de representación en la sucesión intestada de hermanos respecto de bienes troncales. Parece que con ello se ha pretendido que representación y sustitución queden enclavados en su respectiva esfera; representación en la sucesión intestada, sustitución, aunque se la llama legal, en la testada. La pena es que esto no se haya precisado debidamente, concordando en forma el nuevo precepto con el ya existente en el proyecto aragonés, cuya colocación quizá pasó inadvertida.

Sin duda se tuvo en cuenta la opinión, casi puede decirse que unánime, de que la representación no se da en la sucesión testamentaria, siendo numerosas las sentencias del Tribunal Supremo que confirman esta doctrina, entre otras las de 7 de junio de 1950, 6 de diciembre de 1952 y 18 de diciembre de 1962, y también la Resolución de 14 de agosto de 1959.

Perfectamente congruente con dicha doctrina resulta que la Compilación, en el capítulo VI del libro II, dedicado a la sucesión

intestada, establezca en la de hermanos el derecho de representación.

Es de advertir que si este derecho de representación, tanto en el Apéndice (art. 39) como en el Código, tiene lugar no sólo en el caso de fallecimiento anterior del hermano, sino también en el de incapacidad y en el Código hasta en el de desheredación (art. 929), en cambio, el artículo 132 de la Compilación, párrafo 1.º, habla sólo de representación de los fallecidos, omisión que estimamos involuntaria y parece ha de suplirse con aplicación del Código.

Esto nos lleva a señalar la distinta extensión de este derecho de representación y de la sustitución del artículo 141, que nos habla del "heredero o legitimario premuerto o incapaz de heredar o *renunciante* a la herencia...", dando, por tanto, a la sustitución mayor amplitud que a la representación, aunque consideremos respecto de ésta aplicable el Código.

Insistimos en creer que lo que se ha querido hacer es distinguir el ámbito de representación y sustitución, de sucesión testamentaria ésta e intestada aquella, aunque sea cierto que todo esto no haya resultado enteramente correcto, produciendo un verdadero despiste que ese artículo 141 sobre sustitución siga figurando en título que tiene por epígrafe *Normas comunes a las diversas clases de sucesión*. Lo procedente hubiera sido que este precepto se trasladase al título que trata de la sucesión testamentaria.

El enfoque de estos problemas en el vigente Código italiano es distinto. Separándose del Código anterior, no sólo extiende la representación al caso de no querer aceptar la herencia o legado por su artículo 467, sino que admite el derecho de representación en la sucesión testada cuando el testador no ha proveído para el caso de que el instituido no quiera o no pueda aceptar.

Ya hemos hablado de la doctrina que niega en nuestra patria la representación en la sucesión testamentaria, y buscado una solución a la existencia en la Compilación de los repetidos artículos 32 (párrafo 1.º) y 141, no encontramos otra, aunque parezca incompatible con una interpretación literal del epígrafe, también repetido, que considerar la sustitución del artículo 141 con efectos semejantes a ese precepto del Código italiano que

admite la representación en la sucesión testamentaria y, por consiguiente, aplicable sólo a esta sucesión.

Cierto, ciertísimo, que esto debía resultar claramente de la Ley por decirlo expresamente el artículo 141 y, mejor, por cambio de lugar del precepto. Consideramos esta interpretación como la más racional tratándose de dos preceptos, uno más amplio que otro, pues no parece que el contenido en reglas generales pueda ampliar los efectos del que precisa y específicamente está destinado a la representación.

También, amparándose en los propios términos del artículo 141, puede llegarse a esta conclusión. Empieza diciendo: "Salvo disposición del causante...", y ello parece dar a entender que se parte de una disposición por la que se regule la herencia, por resultar poco menos que inconcebible que nadie otorgue un testamento para decir solamente que no habrá sustitución en su sucesión intestada.

Si esta solución puede sostenerse respecto del derecho de representación en general, con mucha más razón debe aplicarse cuando se trata de bienes no troncales.

El artículo 135 de modo categórico aplica a la sucesión intestada en estos bienes el Código civil, con la exclusiva salvedad de lo referente al hospital de Nuestra Señora de Gracia o Provincial de Zaragoza. Los términos de este precepto llevan a estimar que la Compilación nada tiene que ver con la sucesión en estos bienes no troncales, a la que ha de aplicarse exclusivamente el Código, quien, en el ya citado artículo 925, dispone que el derecho de representación en la línea colateral sólo tendrá lugar en favor de los hijos de hermanos.

Según esto, en el caso planteado, fallecido con anterioridad al causante uno de los hermanos y también el hijo de éste, dejando a su vez hijos (sobrinos-nietos del causante), éstos no tienen ningún derecho a la herencia.

A esta solución nos podía haber llevado también el considerar que en Aragón no existía el derecho de representación en la línea colateral, pues, según la observancia sexta *De testamentis*, cuando de tres hermanos muere uno, quedando otro y un hijo de otro que ya murió, le sucede el que quedó, o pariente más próximo, y no el hijo del muerto.

Para que este estado cambiase fue preciso que el Supremo sentase con reiteración la doctrina de que regía el Código en Aragón, respecto de la sucesión intestada, y planteada concretamente la cuestión del derecho de representación, resolvió la aplicación del mismo en Aragón, la sentencia de 27 de octubre de 1920, fundamento de una partición hereditaria que despachamos en los comienzos de nuestra carrera registral.

El Apéndice dio fin a la aplicación de esta doctrina del Tribunal Supremo sobre sucesión intestada, con excepción, precisamente, de lo referente a derecho de representación, que fue recogido, como ya hemos visto, en el artículo 39, pero con la misma limitación del Código, expresada más categóricamente, si cabe, al decir que los hermanos fallecidos estarán representados por sus propios e inmediatos hijos, "sin que este derecho de representación se extienda a otros grados de parentesco colateral con el causante".

Estos antecedentes que inclinarían a descartar el derecho de representación más allá de los hijos de hermanos, ya no pueden invocarse porque en este particular la Compilación, al llenar la laguna que podía achacarse al proyecto aragonés, no los ha tenido en cuenta, y el citado artículo 132, al regular la sucesión troncal, en caso de no haber descendientes ni lugar a recobros, dice que se deferirá: "Primeramente. A los hermanos por la línea de donde procedan los bienes, representando a los fallecidos sus *descendientes*. Habiendo sólo hijos o *nietos* de hermanos, la herencia se deferirá por cabezas."

Los términos son categóricos y las palabras *descendientes* y *nietos* no dan lugar a dudas, quedando establecido un derecho de representación en favor de los descendientes de hermano que no tendrá otro límite que el cuarto grado que señala el párrafo tercero del propio artículo 132, salvo que se trate de bienes de abolorio (los que hubieran permanecido en la casa o familia durante dos o más generaciones, adquiridos por el causante a título gratuito), respecto de los cuales no hay limitación de grado.

Al examinar el artículo 141, en relación con otros de la Compilación que hemos citado, tuvimos la primera impresión de que el tan repetido artículo podía tener aplicación no sólo a la sucesión testada, sino también, puesto que de Aragón se trata, a la

contractual, paccionada en expresión de la Compilación; pero hay otro artículo que al relacionarlo con el 141 también parece dar lugar a una antinomia. Se trata del ya citado 105, incluido en el título dedicado a la sucesión paccionada, que dice en su apartado uno: "Salvo lo establecido en el pacto sucesorio, el favorecido *por un ascendiente que premuera* a éste, dejando descendientes legítimos, transmite a ellos su derecho."

Las palabras que hemos subrayado reflejan que este llamamiento, que también pudiéramos llamar sustitución, tiene una esfera mucho más limitada que la del 141, por referirse esta última no sólo a la línea recta, sino también a la colateral, cuando el heredero nombrado sea hermano del causante, y también a los casos de incapacidad y renuncia del heredero nombrado, mientras el artículo 105 sólo nos habla de que el causante sea ascendiente y de premoriencia del favorecido.

Esto nos mueve a consideraciones parecidas a las que hemos hecho sobre el derecho de representación, y no encontrando manera de compaginar las disposiciones de estos dos preceptos, también nos inclinamos a creer que debe prevalecer el específico dedicado a la sucesión paccionada.

Por las razones apuntadas, y como ya hemos dicho, consideramos acertado que, expresamente y dentro de la sucesión intestada, se estableciera el derecho de representación omitido en el proyecto aragonés, pero, repetimos una vez más, que debió coordinarse en forma esta innovación con el artículo 141 sobre sustitución, llevándolo a la sucesión testamentaria, con lo cual también se hubiera subsanado la discrepancia con el artículo 105, que acabamos de examinar.

También creemos que el párrafo primero del artículo 132, que antes transcribimos, adolece de dos fallos, por defecto uno y por exceso el otro. Por defecto, al hablar sólo de representar a los fallecidos, lo cual, por lo menos, suscita la duda de si se aplicará a los casos de incapacidad y desheredación de que nos habla el Código. Y por exceso, puesto que no se ha limitado a llamar a los hijos de hermano, sino que, no teniendo en cuenta que tal derecho de representación, en la línea colateral, no existía en Aragón antes de que lo impusiera la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y que si lo recogió el Apéndice fue con el mismo límite de

hijos de hermano, ha ido más lejos que el propio Código, extendiéndolo a todos los descendientes.

Esta extensión hace que tenga menos trascendencia en la sucesión troncal la cuestión de si es o no aplicable la sustitución del artículo 141, aunque por las razones reiteradas entendemos que, también en este caso, la representación se rige por su precepto específico (párrafo 1.º del art. 132), teniendo en cuenta que entre las dos disposiciones siempre existirá diferencia en las causas que motivan su aplicación: fallecimiento sólo (más incapacidad y desheredación si se aplica el Código) para la representación y renuncia, además, para la sustitución.

XV

DERECHO DE ACRECER

No son las expuestas las únicas complicaciones, siempre susceptibles de litigio, que pueden derivarse del tan repetido artículo 141, y sentimos no habernos dado cuenta de ellas en el momento oportuno.

La Compilación no hace ni siquiera mención del derecho de acrecer que, por tanto, habrá de regirse por el Código civil, pero los preceptos de éste han de verse influenciados por ese artículo 141.

Según el artículo 981 del Código civil, "en la sucesión legítima la parte del que repudie la herencia acrece siempre a los coherederos".

Y por el párrafo segundo del artículo 982, "para que en la sucesión testamentaria tenga lugar el derecho de acrecer se requiere que uno de los llamados muera antes que el testador o que *renuncie* a la herencia o sea incapaz". Claro que esto último, siempre que en los llamamientos se den las condiciones que fija el párrafo primero del propio artículo.

Se aprecia en seguida que, en gran medida, ha de quedar cercenado el efecto de estos preceptos por el tan mentado artículo 141 de la Compilación, mucho más si, contra la opinión que sustentamos, que no consideramos indiscutible, se estimase aplicable a la sucesión intestada.

Al establecer dicho artículo la que llama sustitución legal del heredero que sea descendiente o hermano del causante, en favor de los hijos de aquél o ulteriores descendientes, no la limita a los casos de incapacidad o premoriencia del instituido, sino también al de *renuncia* de la herencia.

Por lo tanto, si ese artículo 141 de la Compilación se considerase aplicable a la sucesión legítima, lo que no creemos, habiendo descendientes del llamado en primer lugar, siempre que éste fuera descendiente o hermano del causante, en caso de renuncia, no se daría ese derecho de acrecer que categóricamente establece para ese supuesto el artículo 981 del Código civil, pero, repetimos, que no considerando aplicable el artículo 141 a esta sucesión legítima, siempre que se produzca la renuncia de alguno de los herederos, se dará el derecho de acrecer.

En cambio, es evidente que si en la sucesión testamentaria de ascendiente o hermano, alguno de los llamados en primer lugar, renuncia a la herencia y tiene hijos o ulteriores descendientes, como éstos son llamados a sustitución incluso para el caso de renuncia, no habrá lugar al derecho de acrecer.

Las consecuencias de esto pueden ser de bastante importancia, mucho más, repetimos, si el artículo 141 se considerase aplicable a la sucesión legítima, pues sabida es la frecuencia del caso de herederos llamados por iguales o desiguales partes, en que se produce la renuncia de alguno de ellos para no dar lugar a que se desmembrén patrimonios modestos, y también para no dificultar la marcha de ciertos negocios. En lo sucesivo, si quieren conseguirse estas finalidades, y los que se proponen renunciar tienen descendencia, no se podrá acudir al consabido recurso de la renuncia pura, simple y gratuita de que nos habla el artículo 38 de la Ley de los impuestos generales sobre las sucesiones y sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, a menos que a esta renuncia se unan todos los descendientes, lo cual, siempre complicado, será mucho más si hay menores y precisa recurrir, como vimos, a la autorización judicial, que será difícil de conseguir, no siendo gravosa la herencia, por considerarse siempre aceptada a beneficio de inventario.

Cierto que muchas de estas renunciaciones calificadas de gratuitas no lo son en realidad y ocultan ventas o cesiones onerosas de los

derechos hereditarios, pero ahora quizá haya que trastocar los términos, y para evitar la intervención de descendientes del heredero llamado en primer lugar, fingir la venta de los derechos hereditarios, aunque en realidad se trate de una renuncia gratuita.

No creemos que el propósito de los inspiradores de este artículo fuera incrementar por este medio los ingresos del Tesoro ni obstaculizar la evasión fiscal que suponen esas renunciaciones puras, simples y gratuitas, que en realidad no lo son.

XVI

CONSORCIO FORAL

Y para terminar unas líneas sobre una importante novedad de la Compilación, en relación con el Apéndice, y respecto de la cual tenemos noticia de haber producido alguna confusión no exenta de alarma.

Nos referimos al consorcio foral regulado en el artículo 142.

Ni en la propuesta del Seminario que redactó el primer texto sometido a examen de la Comisión aragonesa, ni en el primitivo anteproyecto que ésta aprobó, y que fue sometido a información pública, se hacía alusión a tal consorcio, y fue, si no recordamos mal, el Notario de Madrid NAVARRO AZPÉTTIA quien, participando en dicha información, propuso su restablecimiento, defendiéndolo en la Comisión con calor MARTÍN BALLESTERO.

Como de esto se trató cuando ya la Comisión terminaba sus deliberaciones, quizá, con las prisas de última hora, no se prestó al asunto la debida atención, y hay que reconocer que el precepto que, casi literalmente, pasó a la Compilación, adolece de alguna imprecisión, y ni siquiera resulta claro si debió o no resucitarse este consorcio, siendo no pocas las opiniones opuestas a él.

Influyó en nuestra aquiescencia el haber intervenido en un caso de defunción anterior a 1926, cuando subsistía ese consorcio, que el Apéndice no recogió, y merced al cual se obtuvo un notable beneficio fiscal, puesto que, al haber acrecido a otros hermanos la participación de dos, fallecidos solteros, se aplicó a las liquidaciones el tipo de descendientes.

Sobre este particular nos dice ISÁBAL en *Exposición y comentarios del Cuerpo legal denominado fueros y observancias del reino de Aragón* (pág. 379), "que el Tribunal gubernativo de Hacienda declaró en 22 de octubre de 1917 que a los bienes del consorcio hay que aplicar el tipo de impuesto que por el parentesco existente entre el causante común y los consortes sobrevivientes resulte reglamentario".

Este criterio parece que habrá de aplicarse cuando el consorcio se origine por defunción posterior a la vigencia de la Compilación.

Según el artículo 142, el consorcio se produce cuando varios hermanos o hijos de hermano adquieren de un ascendiente, proindiviso y a título gratuito, bienes inmuebles.

De los términos del precepto resulta claro que el consorcio no sólo se da en los casos de adquisición indivisa por título sucesorio, sino también en los de adquisición proindiviso a título gratuito, aunque sea por acto intervivos y se refiera a un solo inmueble.

Esto es contrario a la opinión sustentada generalmente antes de la vigencia del Apéndice, siendo de destacar la de don JERÓNIMO PORTOLÉS en su tratado de *Consortes en una misma cosa y del fideicomiso legal*, en el que sostiene, según una traducción de 1791, pág. 51, "que no existe consorcio entre los hermanos de otra manera que obteniendo los bienes por *sucesión* de los padres por *última voluntad y proindiviso*; y no basta que los posean por sucesión *inter vivos*, cuya resolución puede, en verdad, deducirse de dicho Fuero 1.º, título *De communi dividundo*".

Entre las restricciones que el consorcio lleva consigo, la que más alarma ha producido es la prohibición de enajenar, gravar y obligar la parte que corresponde a los consortes en los bienes indivisos. La prohibición es concluyente y sus términos literales no parecen admitir excepciones, pero creemos había de prosperar la venta a los otros consortes en la misma proporción en que participan en el consorcio, pues no sólo no se desvirtúa su finalidad principal de conservación del patrimonio, sino que se favorece, más todavía, se anticipa, el acrecimiento de una de las partes a los demás consortes, de que nos habla el número 3.º del

artículo para el caso de muerte sin descendencia de alguno de ellos.

En cambio, no creemos pueda sostenerse hoy, como hacia el citado PORTOLÉS (pág. 172), fundado en el Fuero 3.º, *De communi dividundo*, y Observancia 3.ª, *De consortibus*, que un consorte pueda enajenar su parte cuando los bienes comunes no pueden dividirse cómodamente, puesto que ninguna alusión a esta situación se hace en la Compilación, y siempre habrá el recurso de venta para extinguir la comunidad de esta clase de bienes, según el artículo 404 del Código civil.

Lo que si nos parece indudable que, como ya nos decía PORTOLÉS en la obra citada (pág. 188), “todos los consortes pueden enajenar simultáneamente antes de la división”.

Otro problema de difícil solución plantea esta prohibición de enajenar, relacionándola con el derecho hereditario. ¿Podrá cederse éste? Salvo que sea a favor de los otros consortes, a primera vista parece clara la contestación negativa si se piensa que en el anterior derecho fue precisamente en los casos de herencia pendiente de la correspondiente liquidación y adjudicación cuando más normalmente funcionaba el consorcio, aunque ya algunos autores nos hablasen de que sólo se extendía a los bienes raíces. Es cierto que esta limitación no era trascendental cuando la importancia de los muebles era muy reducida.

Fijémonos en que el artículo 142 de la Compilación de forma categórica reduce el consorcio a los bienes inmuebles. Imaginemos el caso de una herencia cuantiosa en que los valores mobiliarios supongan la parte más importante y principal del haber hereditario, en el que también figura, en mucha menor cuantía, algún inmueble, por ejemplo un piso. No hace falta mucha fantasía para imaginar en la actualidad un caso parecido a éste.

¿Qué solución queda al heredero a quien urja negociar su derecho hereditario? ¿Es posible que la existencia de inmuebles, sin importancia en relación con los muebles, impida enajenar el derecho hereditario, cuando la prohibición de hacerlo sólo afecta a su participación en los inmuebles, puesto que sólo respecto de ellos existe el consorcio?

Se dirá quizá que podrá enajenar su participación en los muebles, pero esto es prácticamente imposible ante la incertidumbre

sobre los que puedan corresponderle. Suponiendo que esto fuera factible, ¿tendría el adquirente personalidad para intervenir en la liquidación y partición de herencia? Como no podría eliminarse al cedente, que seguiría con participación en los inmuebles, parece necesaria la intervención de los dos, y dificultoso resultaría solventar la muy posible discrepancia entre ambos.

Esto demuestra lo difícil, por no decir imposible, que es adaptar a la actualidad lo que funcionó bien cuando las circunstancias, sobre todo económicas, eran completamente distintas.

Puestos a emitir una opinión, nos inclinaremos, sin seguridad de acierto, a admitir, sobre todo en estos casos de gran preponderancia de lo mueble, la cesión del derecho hereditario. Nos parece que el consorcio desentona enteramente en estas situaciones.

Los efectos perniciosos que se atribuyen al consorcio quedan muy atenuados por el párrafo final del artículo que comentamos, según el cual "el consorcio se disuelve por la división del inmueble o inmuebles, que puede pedir cualquiera de los consortes". Esto, virtualmente, lo convierte en voluntario.

PORTOLÉS, en la obra citada, página 185, sostenía que "antes de la división pueda enajenar el consorte su parte cuando queriendo enajenar interpeló muchas veces a los otros para que dividiesen, y los interpelados no quisieron proceder a ello".

Estimamos que no puede tener hoy aplicación criterio semejante, y no quedaría capacitado para disponer de su parte quien requiriera a los demás para dividir. La Compilación nos dice que el consorcio se disuelve por la división y, por consiguiente, precisará llegar a ella para que el consorcio se extinga, y hasta que esto suceda, pleno vigor tendrá la prohibición de enajenar de que antes hablamos. De todos modos será extraño que ninguno de los partícipes se oponga a la división instada, ya que seguramente no podría el opositor librarse de condena en costas si la cuestión tuviera que plantearse judicialmente.

Suscita dudas si tratándose de consorcio originado por sucesión hereditaria, que será lo frecuente, la formalización de la herencia, haciendo expresa adjudicación de inmuebles a los herederos, en proindivisión y en la misma proporción en que han sido instituidos, dará lugar a la extinción del consorcio.

Nos aventuramos a opinar que sí.

ISÁBAL, en la obra citada (pág. 378), comenta con elogio la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de abril de 1916, diciendo que, "según ella, los Fueros de *De communi dividundo* vienen a a establecer una especie de comunidad, más que una copropiedad en sentido estricto...".

Si el consorcio no implica una *copropiedad en sentido estricto*, cuando ésta se produzca por adjudicación expresa proindiviso, por cuotas, ello debe estimarse como algo distinto al consorcio, que lógicamente debe considerarse extinguido.

Además, la Compilación nos dice que queda establecido el consorcio cuando se *adquieren de un ascendiente* proindiviso y a título lucrativo bienes inmuebles. Resulta claro, por tanto, que el consorcio queda constituido por ley, al producirse esa adquisición del ascendiente, sin intervención ninguna de los adquirentes, sobre todo si se trata de sucesión hereditaria. Cuando ya intervienen los herederos y hacen adjudicaciones expresas de bienes, aunque sea en forma indivisa, ya no se trata de aquella transmisión directa de ascendiente a descendientes que automáticamente produce el consorcio, sino de un acto libérrimo de los últimos, distinto, aunque consecuencia de aquél, que debe llevar consigo la extinción del consorcio.

Repitamos que éste ha de producirse, casi sin excepción, en sucesiones hereditarias cuando no se trate de heredero único.

En estos casos es preceptivo (art. 14, párrafo 2.º de la Ley Hipotecaria) que para inscribir bienes y adjudicaciones concretas se determinen en escritura pública o por sentencia firme los bienes o parte indivisa de los mismos que correspondan o se adjudiquen a cada titular o heredero.

Esta exigencia legal confirma que debe considerarse la necesaria adjudicación, en caso de ser varios los herederos, como algo distinto a aquella adquisición directa del ascendiente que automáticamente produce el consorcio. Siendo así, éste quedaría resuelto sin complicación alguna, por ser la escritura absolutamente precisa para inscribir en el Registro de la Propiedad.

A mayor abundamiento, se comparta o no la opinión que acaba de exponerse, puesto que de la escritura no puede prescindirse más que en el caso de heredero único, debe aprovecharse su otorgamiento para expresamente declarar disuelto el consorcio foral,

lo cual nos parece claro que puede hacerse. Lo contrario implicaría la más absoluta negación de la tradición jurídica del país sobre autonomía de la voluntad y libertad civil (palabras de la Exposición de Motivos), que tan solemne consagración han tenido en el artículo 3.º de la Compilación, bajo la rúbrica "Standum est chartae". En este caso no hay nada contrario al derecho natural ni a norma imperativa aplicable en Aragón. Si el consorcio queda a merced de cualquiera de los consortes que puede pedir la división, sería el mayor de los absurdos no admitir su disolución por acuerdo expreso de todos los interesados.

Puesto que acabamos de referirnos al apotegma "Standum est chartae", terminaremos recomendado que no se olvide el artículo 3.º de la Compilación, que lo recoge, cuando surjan dudas en asuntos contractuales.

MANUEL BATALLA GONZÁLEZ,
Registrador de la Propiedad