

Una sociedad que no está legalmente obligada a auditar sus cuentas, según el artículo 203.2 de la Ley de S.A., puede nombrar voluntariamente un auditor sin que se requiera una duración mínima del cargo.

*Resolución de 24 de junio de 1998
Registro Mercantil de Madrid, número XIII
(BOE 23-7-98).*

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. ESTATUTOS.

No es inscribible la cláusula por la que se establece que los socios, cuando así lo acuerde por mayoría ordinaria la Junta General, tendrán la obligación de realizar aportaciones en metálico suplementarias a la de capital, que no altera la cifra de éste, hasta un máximo de veinte veces el valor nominal de las participaciones de que sea titular cada uno de ellos, a fin de cubrir las necesidades de tesorería, siendo estas prestaciones de carácter no retribuido y restituibles cuando la situación de tesorería de la sociedad lo permita y así lo acuerde la Junta General.

B) RESOLUCIONES COMENTADAS

POR BASILIO J. AGUIRRE FERNÁNDEZ y JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA

COMENTARIO DE LA RESOLUCION DE 25-6-1997 (SEPARACION DE HECHO Y LEGITIMA VIDUAL: PERSPECTIVA JURIDICO-CIVIL Y PROBLEMAS DE CALIFICACION REGISTRAL)

ABINTESTATO CON PADRES Y CONYUGE SEPARADO DE HECHO.—EN EL PRESENTE CASO, EN EL QUE HA RECAIDO SENTENCIA DE SEPARACION COMUNICADA AL PRESENTANTE DE LA DEMANDA CONSENTIDA POR EL OTRO CONYUGE CUYO FALLECIMIENTO MOTIVA SU ARCHIVO, DADO EL DESFASE ENTRE LOS PRECEPTOS RELATIVOS A LA MATERIA —LEGITIMA DEL VIUDO Y SEPARACION CONYUGAL— HAY QUE CONCLUIR QUE LA PERDIDA DE LOS DERECHOS LEGITIMARIOS DEL VIUDO HA DE SER CONSECUENCIA DE UNA SENTENCIA, LO QUE OBLIGA A CONFIRMAR LA NOTA DE CALIFICACION QUE RECHAZA LA INSCRIPCION DE LA ESCRITURA DE ADJUDICACION DE LA UNICA FINCA A LOS PADRES AL ENTENDER EL NOTARIO RECURRENTE QUE EXISTE UNA SEPARACION DE HECHO ACORDADA FEHACIENTEMENTE, ARTICULOS 945 Y 834 Y SIGUIENTES DEL CODIGO CIVIL, QUE PRIVA A LA VIUDA DE SU LEGITIMA. (RESOLUCIÓN DE 25 DE JUNIO DE 1997. BOE DE 24 DE JULIO DE 1997.)

RESOLUCION de 25 de junio de 1997, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don José Ignacio Fuentes López, Notario de Madrid, contra la negativa de don Juan Antonio Cuadrado Cánovas, Registrador de la Propiedad de Madrid, número 10, a ins-

cribir una escritura de aceptación de herencia, en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por don José Ignacio Fuentes López, Notario de Madrid, contra la negativa de don Juan Antonio Cuadrado Cánovas, Registrador de la Propiedad de Madrid, número 10, a inscribir una escritura de aceptación de herencia, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. Don Manuel Bahillo Pereira falleció en Madrid el día 12 de junio de 1994, en estado de casado y sin hijos. En virtud de acta de declaración de herederos autorizada por el Notario de Madrid, don José Ignacio Fuentes López, el 6 de marzo de 1995, se declararon herederos abintestato del causante a sus padres don Fulgencio Nicolás Bahillo Hernández y doña Juana Pereira Navacerrada, por partes iguales.

En dicha acta de notoriedad el Notario tuvo en cuenta, para no reconocer derecho alguno a la esposa del causante, doña Blasa Cañada Herreros, los siguientes extremos: *a)* Justificante de denuncia ante la Comisaría de Policía del distrito de Vallecas (Madrid), por abandono del domicilio conyugal por parte de ésta, de fecha 12 de febrero de 1994; *b)* Carta remitida por doña Blasa a su esposo por conducto notarial el 24 de febrero de 1994, por la que reconoce la situación de separación de hecho que mantienen y le propone las bases de un convenio regulador para aportar en un proceso de separación conyugal; *c)* Auto de fecha 10 de octubre de 1994 del Juzgado de Primera Instancia, número 28 de Madrid, por el que archiva la demanda de separación ratificada por ambos cónyuges el 7 de junio de 1994, por virtud del fallecimiento de don Manuel Bahillo Pereira producido el día 12 del mismo mes.

II. En virtud de escritura de aceptación de herencia de 30 de marzo de 1995, autorizada por el mencionado Notario, los padres del causante, don Fulgencio Nicolás Bahillo Hernández y doña Juana Pereira Navacerrada procedieron a aceptar la herencia del causante y a adjudicarse por mitad y pro indiviso el único bien inmueble integrante del caudal hereditario.

III. Presentada dicha escritura de aceptación, junto con el acta de declaración de herederos en el Registro de la Propiedad de Madrid, número 10, fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción de la escritura que precede por el defecto insubsanable de que, no constando de dicho título y de la documentación aportada la separación judicial de los cónyuges don Manuel Bahillo Pereira y doña Blasa Cañada Herreros, en la declaración de herederos abintestato del primero de dichos señores no se reconocen los derechos de su cónyuge que le corresponden con arreglo al artículo 837 del Código Civil. Contra esta calificación cabe entablar recurso gubernativo ante el Señor Presidente de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid, dentro del plazo de cuatro meses a partir de esta fecha, conforme a lo dispuesto en el artículo 113 del Reglamento Hipotecario. Madrid a 12 de febrero de 1996.—El Registrador.—Firmado, *Juan Antonio Cuadrado Cánovas*».

IV. Don José Ignacio Fuentes López, Notario autorizante de la citada escritura, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó entre otros extremos: 1.º Que el artículo 100 del Reglamento Hipotecario no permite calificar los documentos judiciales en cuanto al fondo de las resoluciones, de manera que tampoco pueden ser calificadas en cuanto al fondo las declaraciones notariales de declaración de herederos, por tener el mismo rango que un auto judicial. 2.º Que la declaración de herederos autorizada por el re-

corrente no reconoce al cónyuge sobreviviente la legítima del 837 del Código Civil porque en este supuesto existe una separación de hecho acordada fehacientemente. 3.º Que no cabe una interpretación aislada del artículo 837 del Código Civil, sino que procede una interpretación conjunta de los artículos 945 y 834 del citado Código. 4.º Que los derechos sucesorios del cónyuge viudo se apoyan en situaciones de convivencia familiar y que desaparecen en caso de ruptura de la misma. 5.º Que el artículo 945 del Código Civil no establece una reserva en favor de la legítima del viudo y si no lo hace es porque tal legítima choca con la separación judicial o con la de hecho fehaciente. 6.º Que tras la reforma del Código Civil por la Ley 30/1981, de 7 de julio, ya no es la separación judicial la única reconocida por el legislador. La interpretación de los artículos 834 y 835 era unívoca. Después de la reforma existen categorías intermedias reconocidas por el legislador con efectos jurídicos, entre ellas la separación de hecho por mutuo acuerdo y fehaciente. 7.º Donde el artículo 834 del Código Civil dice separación, hoy hay que entender que invoca los dos tipos de separación que reciben igualdad de trato a efectos sucesorios en el artículo 945 del Código Civil. 8.º Que la demanda de separación y la propuesta de convenio regulador son documentos auténticos por directa aplicación del artículo 1.227 del Código Civil. El archivo de las actuaciones de separación por fallecimiento del actor no incide en el juicio de notoriedad contenido en la declaración notarial de herederos que es la que acredita la existencia de mutuo acuerdo de manera fehaciente. 9.º Que esta es la solución dada en los artículos 331, 334 y 381 de la compilación catalana cuando niegan derechos legítimos y viuales al cónyuge separado judicialmente o de hecho.

VI. El Registrador, en defensa de su nota, informó: 1.º Que no estamos ante un supuesto de documento judicial, dado que el Notario no puede ejercer funciones jurisdiccionales, por lo que no es aplicable el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, sino que procede la calificación registral con toda la amplitud que señala el artículo 18 de la Ley Hipotecaria. 2.º Que no puede equipararse la situación de separación de hecho con la decretada judicialmente. 3.º Que no es aplicable al caso el artículo 945 del Código Civil, previsto para el supuesto de sucesión abintestato del cónyuge sobreviviente en defecto de descendientes y ascendientes, siendo así que el causante falleció con ascendientes. 4.º Que no proceden las referencias a los derechos del cónyuge viudo en las compilaciones forales. 5.º Que el acta de declaración de herederos debería haber reconocido los derechos de la viuda conforme al artículo 837 del Código Civil.

VII. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por auto de 14 de mayo de 1996, desestimó el recurso y confirmó la nota de calificación, afirmando: 1.º Que el artículo 945 del Código Civil sólo enerva el llamamiento del cónyuge sobreviviente en los supuestos de separación por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente, ninguno de cuyos supuestos concurre en la presente causa. 2.º Que no puede admitirse el imposible argumento de que la declaración de herederos hecha en acta notarial tenga valor equiparable al del auto judicial correspondiente y que no pueda ser objeto de calificación, ya que lo impiden elementales preceptos como es el artículo 119 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/85, de 1 de julio.

VIII. El Notario autorizante de la escritura calificada recurrió el Auto Presidencial solamente en cuanto a la afirmación de su fundamento primero de que «en la presente causa no hay separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente» aceptándolo en todo lo demás.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 834, 835 y 945 del Código Civil y las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1980 y 10 de junio de 1988.

1. El presente recurso se centra en la inscripción de una escritura notarial de aceptación y adjudicación de herencia, por la que los padres del causante se adjudican por mitad y pro indiviso un bien inmueble privado de éste. Previamente, por acta de notoriedad autorizada por Notario, dichos padres habían sido declarados herederos abintestato de su fallecido hijo.

2. En esta situación el Registrador de la Propiedad, en su nota de calificación, aduce el defecto de no haberse tenido en cuenta la legítima que corresponde a la viuda conforme al artículo 837 del Código Civil, por no constar la separación judicial de los cónyuges. Frente a esta nota, la argumentación del Notario recurrente gira en torno a la consideración de que la separación de hecho por mutuo acuerdo, que consta fehacientemente —como aquí sucede— priva al cónyuge viudo de su derecho a la herencia intestada de su cónyuge (cfr. art. 945 del Código Civil, redactado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo), de modo que, por diversas razones, este tipo de separación ha de estimarse incluido junto con la separación judicial en los supuestos en los que, conforme al artículo 834 del Código Civil (cuya redacción data de la Ley de 24 de abril de 1958), cesa la legítima viudal. Ahora bien, el artículo 945 del Código Civil no ha podido suponer la modificación del artículo 834 del propio Código, toda vez que uno y otro regulan hipótesis distintas: El artículo 945, la sucesión en defecto de voluntad del causante; el 834, la sucesión aun contra la voluntad del causante.

3. En el presente caso se ha presentado por el esposo y con consentimiento de su cónyuge, demanda de separación basada en el artículo 81.1.º del Código Civil, a la que se acompaña el pertinente convenio regulador suscrito por ambos; dicha demanda ha sido ratificada e, incluso, ha recaído sentencia de separación comunicada al cónyuge presentante de la demanda (aunque no al consorte por ser desconocido en el domicilio que constaba en autos), si bien, con posterioridad, el propio Juez dictó auto acordando el archivo de las actuaciones por haberse acreditado el fallecimiento de uno de los cónyuges, el cual ha devenido firme al rechazar la Audiencia el recurso interpuesto por los herederos del difunto.

La cuestión es, por tanto, decidir la relevancia que la admisión de la demanda de separación pedida conjuntamente tiene en sede de legítima viudal cuando uno de los cónyuges fallece durante la tramitación del pleito.

Se trata de una cuestión cuya solución dista de ser sencilla, y ello es debido a que los preceptos relativos a la materia (los arts. 834 y 835 del Código Civil, que provienen de la Ley de 24 de abril de 1958) han permanecido inalterados pese al cambio fundamental operado en la regulación legal de la propia separación conyugal. El tenor literal de esas disposiciones conduce hoy a conclusiones distintas, incluso contradictorias con las que resultaban de su interpretación en el contexto legal precedente. En efecto, valorado en conexión con la regulación precedente de la separación conyugal (que presuponía necesariamente la concurrencia de una causa de las tipificadas legalmente, siendo inherente a todas ellas, la culpabilidad de uno de los cónyuges —cfr. arts. 105 del Código Civil en su redacción dada por la Ley de 24 de abril de 1958—, de modo que en toda separación habría un cónyuge culpable y otro inocente, cuando no los dos culpables) se desprende que su *ratio* es la subsistencia de derechos legitimarios a favor del cónyuge

supérstite, salvo para el cónyuge que sea culpable de la separación (el cónyuge inocente conserva sus derechos legitimarios pese a la separación) al modo en que ocurre con el derecho de alimentos o con la pérdida de las donaciones (cfr. arts. 73.3.º y 5.º del Código Civil, según redacción dada por la Ley de 24 de abril de 1958). En la actualidad, por el contrario, y dado que existen supuestos de separación sin necesidad de concurrencia de causa (art. 81.1.º del Código Civil) o causas de separación que no implican culpa de uno de los cónyuges (cfr. art. 82.4.º, 5.º, 6.º y 7.º del Código Civil), ese mismo tenor literal del artículo 834 conducirá a que la no persistencia de derechos legitimarios a favor del cónyuge superviviente sea efecto de la separación, si bien con la excepción del supuesto de separación imputable a culpa del finado. Ciertamente que podría alegarse que esa finalidad originaria del artículo 834 del Código Civil, adaptada al nuevo esquema legal de la separación, llevaría a la conclusión de que la separación por sí sola no supone la desaparición de los derechos legitimarios del cónyuge superviviente, sino que tal resultado sólo se daría como sanción a la culpabilidad en la separación, al modo en que ocurre hoy, por ejemplo, con el derecho de alimentos (cfr. arts. 144, 152.4.º y 855.1.º del Código Civil), pues, tal alegación tendría a su favor el juego de los antecedentes históricos y legislativos en la interpretación de las disposiciones (art. 3 del Código Civil) que no han sufrido modificación a pesar de ser alteradas las restantes disposiciones relativas a la misma institución jurídica. Ahora bien, lo cierto es que la redacción del artículo 834 del Código Civil vincula la negación de derechos legitimarios al estado legal de separación (salvo la hipótesis excepcional de conservación de los mismos en favor del inocente en caso de culpa del otro), y ello armoniza con el nuevo esquema legal de la separación, de modo que la necesaria interpretación de las normas en relación con el contexto de las nuevas disposiciones y con la realidad social de los tiempos actuales (art. 3 de la Ley Hipotecaria) y la consideración del ordenamiento jurídico como un todo completo y coherente determinan la prevalecida de esta última solución.

Admitido que la separación determina como regla, por sí sola, la no persistencia de derechos legitimarios a favor del cónyuge superviviente salvo en la hipótesis excepcional señalada, surge ahora la cuestión de determinar las consecuencias que en el caso debatido se infieren del artículo 835 (cuya redacción, pese al simple cambio de ubicación en la reforma de 1958, proviene de la redacción originaria del Código Civil).

De nuevo nos encontramos con que la no alteración de su redacción, al variarse el esquema legal de la separación conyugal, determina dificultades de interpretación que es preciso superar atendiendo a los criterios prevenidos en el artículo 3 del Código Civil. En efecto, en el contexto legal precedente, este precepto tenía plena congruencia, pues no resultaba lógico que el fallecimiento del cónyuge demandante durante la tramitación produjera el sobreseimiento de las actuaciones, ya que ello exoneraría al demandado de las consecuencias adversas que su conducta —la que constituía la causa de separación incoada—, si era cierta la imputada —lo que sólo podrá determinar la sentencia—, le habría de comportar desde el momento en que había llevado a su consorte a la petición judicial de separación (pérdida de donaciones, pérdida de la eventual potestad y custodia de los hijos, pérdida de derechos legitimarios, etc.); en tal contexto, la *ratio* del artículo 835 del Código Civil al ordenar estar al resultado del pleito, era garantizar que en la hipótesis contemplada se

continúen las actuaciones iniciadas a fin de que no quedaran sin aplicación los efectos desfavorables de aquella conducta que determina al premuerto a instar la separación; se ratificaba así la idea que subyace en el anterior 834 del Código Civil, según la cual la pérdida de la legítima viudal no es efecto del estado legal de separación conyugal, sino de sanción de la culpabilidad en la producción de tal situación.

El artículo 835 del Código Civil presupone, pues, la sentencia, aunque haya fallecido uno de los cónyuges, pero no porque ésta sea precisa para la constitución del estado civil de separado —ya imposible porque la muerte ha disuelto el matrimonio— que lleva anejo la no existencia de derechos legítimos, sino porque tal sentencia, de ser estimatoria, desencadena esos otros efectos adversos para una de las partes y favorables para la otra.

Admitida hoy la separación amistosa (cfr. art. 81.1 del Código Civil), en cuyo caso, el Juez debe decretarla, una vez comprobado el requisito del año de matrimonio (cfr. art. 81.1 del Código Civil y Disposición Adicional sexta de la Ley 30/1981), la lógica llevará a entender que hoy la solución legal de haberse contemplado expresamente el supuesto hubiera sido, bien la de anular a la ratificación de la demanda de separación amistosa, la consecuencia de la pérdida de los derechos legítimos, sin necesidad de continuación del proceso, bien la de la necesidad de continuación del pleito pero con reconocimiento expreso de tales derechos entre tanto. Ahora bien, a falta de tal pronunciamiento legal específico, el mantenimiento inalterado del artículo 835 del Código Civil, en conexión con la lectura actualizada del artículo 834 del Código Civil, obliga a concluir que la pérdida de estos derechos legítimos ha de ser consecuencia de una sentencia.

No corresponde a este Centro Directivo decidir si en el presente caso (en que cuando se produce el fallecimiento de un cónyuge existe separación en virtud de demanda presentada con el consentimiento de dos consortes) pueden darse circunstancias que conduzcan a la negación de los derechos legítimos del superviviente, ya que esta conclusión negativa ha de constituir, conforme al tenor literal del artículo 835 del Código Civil, el resultado de un pleito; es decir, el fallo, bien de la sentencia por la que termina el pleito de separación entablado antes de la muerte del de *cuius* (aunque la separación sea ya improcedente, pues el matrimonio quedó disuelto por la muerte) y que continuara con ese fin, bien de la sentencia por la que termine un pleito entablado, después, con el fin específico de que se declare la inexistencia de derechos legítimos del cónyuge sobreviviente.

Por todo ello esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

Madrid, 25 de junio de 1997.—El Director general, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

COMENTARIO

I. INTRODUCCIÓN

Esta resolución de nuestro Centro Directivo aborda una serie de cuestiones que en los últimos años habían venido dividiendo a la doctrina científica

española y sobre las que no se había producido un pronunciamiento claro del Tribunal Supremo. De ahí la importancia de la misma, no sólo en lo referente a la actuación de Notarios y Registradores, sino también en el estudio doctrinal y en la aplicación práctica del Derecho civil.

Si nos atenemos exclusivamente a los Fundamentos de Derecho de la resolución, el problema a tratar sería sólo uno: la incidencia de la separación conyugal no decretada por medio de sentencia judicial en los derechos legítimos que nuestro ordenamiento jurídico civil atribuye al cónyuge viudo. No obstante, quiero extender el análisis a una segunda cuestión que el Notario recurrente planteó en una primera instancia, pero que luego no reiteró ante la Dirección General, impidiendo así un pronunciamiento de la misma: las facultades de calificación registral de las actas notariales y, por derivación, de los autos judiciales de declaración de herederos abintestato.

Pasemos entonces a estudiar ambas cuestiones de forma separada.

II. LEGÍTIMA VIDUAL Y SEPARACIÓN CONYUGAL SIN SENTENCIA JUDICIAL

1. *Desajustes internos del Código Civil*

Quizá sea el término «desajuste» (1) el que mejor exprese la situación normativa producida en nuestro Código Civil con alguna de las reformas que se han introducido en los últimos veinte años. En efecto, en la cuestión que motiva este estudio, los dos preceptos claves, los artículos 834 y 835 del Código Civil, mantienen su contenido inalterado, el primero desde la reforma de 24 de abril de 1958, y el segundo prácticamente desde la publicación del mismo Código. Por contra, la Constitución de 1978 y la reforma del Código Civil llevada a cabo por las Leyes de 13 de mayo y de 7 de julio de 1981, afectaron profundamente a los preceptos que regulan materias íntimamente ligadas a los mismos, como son todas las relativas a las situaciones de crisis matrimonial o a los llamamientos sucesorios intestados. Así, si comparamos estos dos artículos con otros como el 81, el 82, el 85, el 945..., observamos sustratos sociológicos diferentes y planteamientos legislativos casi opuestos. Siempre se ha dicho que el Derecho va por detrás de la evolución de la sociedad. Siendo esto un grave problema para el jurista, es aún más desconcertante cuando el legislador reforma unas normas y no otras que reclaman idéntica modificación y por iguales razones, pues hace surgir la duda de si la descoordinación obedece a la pura desidia o descuido o, por el contrario, hay una voluntad plenamente consciente de mantener alguno de los criterios tradicionales.

Otra premisa indispensable para poder enjuiciar acertadamente esta resolución de la DGRN es la de tener presente que no corresponde a este Centro Directivo (en puridad pienso que tampoco a los Tribunales) suplir la actuación del legislador, traspasando los límites de la pura interpretación para abordar una tarea de auténtica creación del Derecho. Si no a la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo cabe atribuirle en estricto sentido el carácter de fuente del Derecho, menos aún a la emanada de la Dirección General.

(1) Tomado del título del trabajo «Los desajustes de la reforma: sobre legítimas y reservas», que TOMÁS GIMÉNEZ DUART publicó en la *Revista de Derecho Notarial*, núm. 128, año 1985, págs. 133 y sigs.

Estas dos consideraciones previas explican en gran medida la postura que adopta esta resolución.

2. *Opiniones doctrinales sobre esta cuestión*

No hay unanimidad entre los autores a la hora de enjuiciar el problema de la separación entre los cónyuges, no decretada por sentencia judicial, y su posible incidencia en los derechos legitimarios del viudo. Podemos encuadrar las diferentes opiniones en dos grandes bloques:

a) Los que sostienen que sólo la separación judicialmente decretada priva al cónyuge viudo de la legítima de los artículos 834 y siguientes del Código Civil. En este grupo debemos citar a LACRUZ BERDEJO (2), BOLÁS ALFONSO (3), PUIG BRUTAU (4), DE LA CÁMARA (5), VALPUESTA FERNÁNDEZ (6), NÚÑEZ BOLUDA (7), JAIME DE CASTRO GARCÍA (8) y HERNÁNDEZ IBÁÑEZ (9). Entre los argumentos que manejan estos autores hay que destacar los siguientes:

- La separación de hecho constituye causa de desheredación conforme al último inciso del artículo 855 del Código Civil (10) y, por tanto, será este el cauce adecuado para privar al cónyuge viudo de la legítima y no una exclusión directa que el artículo 834 no contempla. La ley ha preferido que sea el testador el que decida si quiere privar o no de la legítima al cónyuge que ya no convive con él.

- De una interpretación conjunta de los artículos 834 y 835 del Código Civil resulta con claridad meridiana la necesidad de una sentencia judicial para que la separación conyugal sea causa provocadora de la no subsistencia de los derechos legitimarios del viudo.

- La excepcionalidad de los casos en los que la separación de hecho produce efectos.

- La imposibilidad de aplicar analógicamente el artículo 945 del mismo Código por falta de identidad de razón entre los supuestos.

Debemos también hacer mención de otro sector de la doctrina que, siguiendo en esencia también esta línea, introduce algunas dudas, contradiccio-

(2) *Elementos de Derecho civil*, V, Barcelona, 1988.

(3) «La preterición tras la Reforma de 13 de mayo de 1981», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXV, 1982, págs. 177 y sigs.

(4) *Fundamentos de Derecho Civil*, V, 3.º, 1963, pág. 123. Hay que advertir que en la edición de 1983 de la misma obra, este autor no se pronuncia claramente sobre el problema.

(5) *Compendio de Derecho sucesorio*, Madrid, 1990, pág. 308.

(6) *Los pactos conyugales de separación de hecho: historia y presente*, Sevilla, 1982, págs. 90 y sigs.

(7) «El orden de suceder abintestato y personas con derecho a legítima después de la reforma del Código Civil de 1981», en *Revista de Derecho Privado*, 1986, págs. 715 y sigs.

(8) *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*. Obra dirigida por ALBÁRCAR LÓPEZ. Tomo III, Editorial Trivium, 4.ª ed.

(9) *La separación de hecho*, Madrid, 1982, pág. 176.

(10) La Ley Orgánica de 15 de enero de 1996 ha suprimido este último inciso del artículo 855 del Código Civil. Más adelante analizaré las posibles consecuencias de esta novedad legislativa.

nes o matices. Así, entre ellos, cabría mencionar a MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA (11), Díez-PICAZO Y GULLÓN (12), RIVERA FERNÁNDEZ (13) o VALLET DE GOTISOLO (14).

En resumen, podemos decir que todos estos autores que se encuadran en este primer apartado, con más o menos matices, estiman que la simple separación de hecho, incluso aunque conste el acuerdo fehaciente de los cónyuges, no tiene virtualidad suficiente para privar al sobreviviente de la legítima.

b) Un segundo grupo de autores se inclinan por la solución contraria y defienden que, cuando existe separación de hecho por acuerdo fehaciente de los cónyuges, el viudo pierde la legítima de los artículos 834 y siguientes. Esta orientación empieza a hacerse fuerte en parte de la doctrina a partir de la reforma de 1981, por cuanto con la nueva redacción del artículo 945 del Código, el viudo separado de hecho por mutuo acuerdo que conste de manera fehaciente, resulta excluido del llamamiento a la sucesión abintestato.

Dentro de esta línea hay que citar a SÁNCHEZ CALERO (15), ROCA SASTRE MUNCUNILL (16), MASIDE MIRANDA (17), VALLADARES RASCÓN (18), REAL PÉREZ (19), RIVAS MARTÍNEZ (20) y GIMÉNEZ DUART (21). Intentando resumir las

(11) *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*, Madrid, 1996, págs. 136 y sigs. Este autor muestra sus dudas sobre la corrección de esta solución que él defiende en los casos de separación de hecho en la que conste claramente la culpabilidad de uno de los cónyuges —v.gr., condena penal por abandono de familia sin separación judicial o separación conyugal decretada por sentencia canónica—.

(12) *Sistema de Derecho civil*, IV, Madrid, 1989, pág. 460. No acaba de sentarse un criterio claro porque, al referirse al problema que analizamos, señalan que «...*parece que estas últimas circunstancias* (relevancia de la separación de hecho en el ámbito de la sucesión intestada) *deberían bastar para negar la legítima...*», aunque «...*la citada Ley no ha modificado los artículos 834 y 835, lo que origina contradicciones dentro del sistema...*».

(13) *La preterición en Derecho civil común español*, Valencia, 1994, págs. 169 y sigs. En su opinión parece claro que ésta es la solución que deriva del sistema legal vigente, aunque la considera poco adecuada.

(14) En *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XI, EDESA, Madrid, 1982, págs. 446 y sigs., sostiene que el cónyuge separado de hecho no pierde la legítima, salvo que incurra en causa de indignidad, aunque al comentar el artículo 835 defiende que si a la muerte de uno de los esposos existía presentada demanda de divorcio, se aplique analógicamente el artículo 945 y se prive de legítima al viudo, porque en los supuestos de divorcio no cabe apreciar culpabilidad de ninguno de los cónyuges y, por tanto, no tendría sentido esperar al resultado del pleito. Por otro lado, en *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 2062 y sigs., afirma que a la vista del nuevo artículo 945 y, siendo así que la ley excluye su llamamiento intestado —es decir, *extra tabulas*—, no puede entenderse que imponga forzosamente —*contra tabulas*— la legítima.

(15) «Algunos aspectos de los derechos sucesorios del cónyuge viudo», en AC, núm. 13, 1992, págs. 183 y sigs.

(16) *Derecho de sucesiones*, tomo II, págs. 317 y sigs., Bosch, 1997.

(17) *Legítima del cónyuge superviviente*, págs. 234 y sigs., Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1989.

(18) *Nulidad, separación y divorcio. Comentarios a la ley de reforma del matrimonio*, Madrid, 1982.

(19) *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código Civil*, Madrid, 1989.

(20) *Derecho de sucesiones común y foral*, Tomo II, Madrid, 1987.

(21) Obra antes citada.

razones que estos autores alegan para mantener su postura, podemos concretarlas en las siguientes:

- El último inciso del artículo 855 del Código Civil no puede ser utilizado como base argumental porque es un párrafo desfasado, si se tiene en cuenta la reforma de 1981 que modificó la regla primera de este mismo artículo.
- El artículo 835 del mismo Código hay que interpretarlo en el sentido de restringir su aplicación a los casos de separación conyugal que traen causa en uno de los cónyuges.
- Esta solución debe prevalecer jurisprudencialmente para hacer una interpretación de los artículos 834 y 835 del Código Civil, más acorde con la realidad social del tiempo presente (vid. art. 3 del Código Civil).
- La nueva redacción del artículo 945 del Código Civil implica que si la legítima se recibe por vía de sucesión intestada, el cónyuge separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente se verá privado de dicha legítima. Ello debe llevar a la conclusión lógica de que tampoco tenga derecho a ella si la sucesión es testamentaria, porque lo contrario supondría que, por el mero hecho de testar, un causante tendría que respetar unos derechos que no existirían si falleciese intestado. El artículo 945 no deja a salvo los derechos legitimarios. Siendo así que la Ley excluye el llamamiento intestado —*extra tabulas*—, no puede entenderse que imponga forzosamente —*contra tabulas*— la legítima.

3. Posición mantenida por el Tribunal Supremo

Son varias las sentencias que en los últimos años han tocado de forma más o menos indirecta la cuestión que nos ocupa. Antes de la reforma de 1981 la cuestión era clara. Así, la **Sentencia de 7 de marzo de 1980** (22) deja sentado al interpretar el artículo 834 que «...cuando se refiere a que *el cónyuge no se hallare separado*, evidentemente se está refiriendo a la separación judicial, y no a la meramente de hecho o amistosa...», indicando además que este criterio debe prevalecer «...porque así lo evidencia la referencia que contiene el párrafo primero del artículo 835 del Código Civil...».

Después de la tan reiterada reforma de 1981, sólo encontramos dos sentencias interesantes al respecto. La primera se mueve en el ámbito del usufructo viudal aragonés, y, por tanto, sus conclusiones no pueden trasladarse de forma automática al derecho común. Ello, no obstante, creo conveniente su cita por lo peculiar e innovador de su argumentación. Se trata de la **Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1986** (23). En el supuesto en cuestión encontramos a un hombre que contrajo matrimonio en 1929, y que desde 1934 hasta 1981, fecha de su fallecimiento, vivió separado de hecho de su esposa. Desde 1938 el esposo pasó a vivir con el hijo del matrimonio y con otra mujer distinta de su esposa. Fallece el citado señor y en su testamento declaraba, sin ser cierto, que estaba separado judicialmente, atribuía el usufructo vitalicio de una casa a la mujer con la que convivía extramatrimonialmente e instituíla heredero al hijo. La esposa, a los efectos que aquí nos interesan, reclama que se declare que a ella corresponde el usufructo viudal

(22) Referencia Aranzadi 1558/1980.

(23) Referencia Aranzadi 3459/1986.

universal sobre los bienes de su difunto marido. El Alto Tribunal considera que si bien la viuda tiene formalmente derecho al usufructo universal, sin embargo debe reconocerse, para este caso y sin generalizar, que la pretensión de la viuda es contraria a la buena fe, suponiendo además, un caso de ejercicio de un derecho aparente más allá de los límites éticos, teleológicos y sociales, ejercicio anormal que los tribunales deben impedir en aplicación del artículo 7.2 del Código Civil.

Como vemos, el Tribunal Supremo maneja los instrumentos de la buena fe y del abuso de derecho para dar trascendencia a la separación de hecho y privar a la viuda del usufructo universal. No creo, sin embargo, que esta sentencia pueda repercutir decisivamente en la interpretación de los artículos 834 y 835 del Código Civil por varias razones. En primer lugar, porque se está refiriendo a un caso de derechos viduales del derecho foral que, tanto en la propia legislación (24), como en la jurisprudencia (25), reciben un tratamiento diferente al que se otorga al usufructo legitimario del cónyuge superviviente del Código Civil. Por otro lado, la singularidad del caso concreto, reconocida expresamente por la misma sentencia, en el que el largo tiempo transcurrido desde la no convivencia de los esposos determina que sea en cierto modo abusivo pretender ejercer el referido derecho por parte de la viuda. Por ello, intentar encontrar en este fallo base para justificar una reinterpretación del artículo 834 del Código Civil es ilógico y llevaría inevitablemente a un aumento de la litigiosidad en una materia tan sensible como ésta.

La segunda sentencia a la que antes hemos hecho alusión es la del **Tribunal Supremo de 10 de junio de 1988** (26). La verdad es que tampoco supone un pronunciamiento claro. Algún autor (27) concluye tajantemente que en esta sentencia el Alto Tribunal niega derechos legitimarios al cónyuge viudo separado de hecho. Sin embargo, en mi opinión, esta apreciación parece un tanto exagerada. De una lectura detenida de esta sentencia creo que pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- La defectuosa formulación jurídica del recurso de casación (28) impide al Tribunal Supremo pronunciarse con claridad sobre esta cuestión.

- Es verdad que tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Valladolid en apelación, expresamente señalan que «si bien es cierto que al relacionar los artículos 834 y 835 pudiera estimarse que la sepa-

(24) Así, el artículo 108 de la Ley Hipotecaria, en su punto segundo, señala que: «No se podrán hipotecar: ... 2.º Los usufructos legales, excepto el concedido al cónyuge viudo por el Código Civil», lo cual demuestra la diferente naturaleza del usufructo viudal del Código Civil con respecto al de las regiones forales.

(25) En este sentido puede citarse la Resolución de la DGRN de 11 de mayo de 1911, que mantuvo la posibilidad de enajenar los derechos de usufructo viudal del Código Civil, señalando que *la Ley de Bases de 1888 no pretendió copiar en toda su extensión los usufructos forales, sino adaptarlos al régimen familiar castellano*, aclarando que el usufructo legitimario del derecho común no se ha establecido y desenvuelto *con exclusiva atención a la subsistencia y decoro del cónyuge superviviente*. En definitiva, los fundamentos últimos del establecimiento del usufructo viudal son distintos en el derecho foral y en el común, lo cual justifica su distinta naturaleza y tratamiento.

(26) Referencia Aranzadi 4813/1988.

(27) ESPEJO LERDO DE TEJADA, obra antes citada, pág. 138.

(28) El propio Tribunal Supremo así lo reconoce en el Fundamento de Derecho 3.º

ración a que el primero se refiere es solamente la separación judicial, dichos preceptos deben ser actualmente aplicados en el contexto de un ordenamiento jurídico que, a partir de la Ley 30/81, reconoce los efectos de la separación puramente consensual». Esta premisa conduce a que el Tribunal de instancia efectivamente niegue los derechos legitimarios a la viuda separada de hecho.

· Sin embargo, el Tribunal Supremo no admite, aunque tampoco rechaza, esta línea argumental. Simplemente se abstiene de pronunciarse, manteniendo la solución dada por el Juzgado de Primera Instancia y por la Audiencia Provincial porque no ha sido *impugnada por la interesada tal declaración*. En definitiva, lo que no ha sido planteado en el recurso de casación no puede ser considerado por el Tribunal Supremo en su sentencia.

Se puede decir, a la vista de lo hasta ahora expuesto, que todavía no existe una sola sentencia en la que, con posterioridad a la reforma de 1981, el Tribunal Supremo haya abordado de manera directa el problema de la repercusión de la separación de hecho en la legítima viudal del Código Civil.

4. Criterio defendido por la Dirección General en la Resolución de 25-6-1997

El caso que da pie a esta Resolución plantea un supuesto de un matrimonio que estaba en trámite de separación judicial de mutuo acuerdo. La demanda había sido ya presentada con el consentimiento de ambos consortes, cuando sobreviene la defunción de uno de ellos. La cuestión es, como se afirma en el Fundamento de Derecho tercero, *decidir la relevancia que la admisión de la demanda de separación pedida conjuntamente tiene en sede de legítima viudal cuando uno de los cónyuges fallece durante la tramitación del pleito*.

El Registrador sostiene que, de acuerdo con la letra de los artículos 834, 835 y 837 del Código Civil, la viuda conserva la legítima porque no hay separación judicial. El Notario recurrente mantiene la tesis contraria basándose en la reinterpretación de esos mismos preceptos a la luz de la nueva redacción dada al artículo 945 del mismo Código por la reforma de 1981.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma confirma el criterio sostenido por el Registrador en su nota de calificación.

El Centro Directivo mantiene el Auto Presidencial y la nota del Registrador, estableciendo las siguientes conclusiones:

· El artículo 945 del Código Civil no ha podido suponer la modificación del 834, toda vez que uno y otro regulan hipótesis distintas.

· Dada la actual regulación de la separación conyugal en nuestro Ordenamiento, el tenor literal del 834 conducirá a que la no persistencia de derechos legitimarios a favor del cónyuge viudo sea efecto exclusivamente de la separación judicialmente decretada, con la excepción de que dicha separación obedezca a culpa del finado.

· Es cierto que la redacción del artículo 835 puede resultar algo desfasada, pero, mientras la misma no sea modificada, no cabe otra solución que exigir para la negación de los derechos legitimarios viudales la existencia de una sentencia judicial que declare la separación conyugal, aunque sea a estos solos efectos, o remitir esta cuestión al juicio declarativo correspondiente.

5. *Mi opinión personal*

Por lo que se refiere a la solución que la Resolución de 25 de junio de 1997, da al caso concreto que se le plantea, he de calificarla como impecable. Como trataré de demostrar, una recta interpretación del ordenamiento jurídico, actualmente en vigor, no permitiría otra alternativa. Sólo me cabe hacer un par de reproches o matizaciones. En primer lugar, creo que ha faltado un poco más de desarrollo de alguno de los argumentos que fundamentan el fallo. Por otro lado, considero inadecuado entender, como parece que hace la Dirección General en el último Fundamento de Derecho, que pueda declararse la inexistencia de los referidos derechos legitimarios mediante un proceso entablado con ese fin específico. Aunque es cierto que un juicio declarativo tiene un margen más amplio para decidir sobre cuestiones de fondo, un sistema jurídico como el español, de clara raigambre latina, basado en el principio constitucional de legalidad, impide, incluso a los Tribunales de Justicia, crear el Derecho al margen de la normativa vigente.

No ignoro que existe en nuestra España una corriente sociológica (no sé si también jurídica) que pretende equiparar en todo caso, quizá sin reflexionar suficientemente en las consecuencias de ello, lo que es puramente *de hecho* a lo que jurídicamente está perfectamente constituido, olvidando que, en el mundo del Derecho, la forma, en la mayoría de las veces, es sinónimo de garantía de todos los intereses en juego. A pesar de ello, entiendo que sólo una norma jurídica clara y expresa puede determinar la privación de un derecho tan esencial en nuestro esquema sucesorio como es el de la legítima.

Voy, por tanto, a defender la postura acogida en esta Resolución intentando rebatir los argumentos de aquéllos que sostienen la posición contraria. Recordemos que antes he concentrado dichos argumentos en cuatro:

a) *El último párrafo del artículo 855 del Código Civil está desfasado y carece actualmente de sentido.* Podría decirse que este argumento es tan cierto que hasta el propio legislador lo ha atendido, y la Ley Orgánica de 15 enero 1996 ha terminado por suprimir el citado párrafo. En efecto, esta referencia sobraba en la letra y en la finalidad del artículo 855, si se tiene en cuenta la actual regulación de la separación conyugal. En este sentido, es verdad que, como apunta GIMÉNEZ DUART (29), no parece demasiado lógico hacer recaer el peso de una argumentación en una norma que se reconoce obedece más a un olvido o imprecisión técnica del legislador que a auténticas razones de fondo. Pero es que, en mi opinión, no era necesario acudir a este párrafo para fundamentar la posibilidad de que en los casos de separación de hecho cada cónyuge, si la separación es de mutuo acuerdo, o el cónyuge abandonado, si la misma ha sido impuesta por el otro, pueda desheredar a su consorte. Recuérdesse que el punto primero del propio artículo 855 del Código Civil dice que: *Serán justas causas para desheredar al cónyuge... 1.º Haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales*, y que el artículo 68 del mismo Código señala que *Los cónyuges están obligados a vivir juntos...* En consecuencia, si hay separación de hecho libremente consentida y acordada por el marido y la mujer, ambos esposos estarán respectivamente incurso en esta causa de desheredación. Si, por el contrario, la provoca uno de los dos cón-

(29) Obra antes citada, pág. 150.

yuges abandonando unilateralmente el domicilio conyugal, será éste el que podrá ser desheredado por el otro consorte que no ha incumplido con este deber de convivencia.

Vistas así las cosas, cabe seguir considerando que el artículo 855 permite acudir al expediente de la desheredación para privar al cónyuge de sus derechos legitimarios en los casos de separación de hecho y en los términos que hemos expuesto. Por tanto, hay que pensar que si el legislador no ha reformado el artículo 834 (y ha tenido otra buena oportunidad a través de la citada Ley del Menor de 15 enero 1996), es porque quiere que la separación de hecho sólo tenga repercusión en la legítima viual cuando los cónyuges así lo deseen, utilizando el mecanismo de la desheredación.

b) *El artículo 835 del Código Civil, en su párrafo primero, no presupone que la separación haya de ser siempre judicial, sino que se ocupa sólo del caso concreto de la separación por culpa de uno de los cónyuges.* Esta interpretación implica que el legislador previó esta regla sólo para aquellos casos en los que la separación está motivada por una causa imputable a uno de los esposos. Sin duda, hay que pensar que esta forma de entender el precepto sólo tiene sentido a partir del año 1981, que es cuando se admite que la separación conyugal sea tanto por causa imputable a uno de los consortes como por mutuo acuerdo.

No obstante lo dicho, estimo que en una materia tan trascendente como la conservación de los derechos legitimarios, cualquier interpretación que ataque dichos derechos debe ser vista con criterios restrictivos. Y no parece razonable analizar un precepto que fue redactado en 1958 a la luz de unas normas introducidas en 1981, con el fin de obtener una conclusión totalmente distinta a la que el legislador quiso darle. Si el sentido de las últimas reformas del Código hubiera sido ése, se habría retocado el citado artículo para aclararlo. De la actual redacción del 835 sólo resulta que si al morir uno de los esposos está presentada la demanda de separación (ya sea de forma unilateral o de mutuo acuerdo), habrá que continuar el procedimiento para que el Juez declare la separación a los solos efectos de privar al sobreviviente de su legítima. Entender que el artículo 835 del Código Civil conserva como única finalidad y sentido determinar la culpabilidad de uno de los esposos, tampoco encaja en la actual regulación de la separación conyugal, porque puede haber casos en los que la demanda la presente uno de los cónyuges y la causa que justifique la separación no implique ningún tipo de culpa en el otro. Así, puede citarse como ejemplo el caso en que el cónyuge fallecido ha sido legalmente declarado ausente, ausencia que incluso pudo tener su origen en una desaparición accidental absolutamente involuntaria, y el sobreviviente tenía presentada la demanda de separación al amparo del artículo 82.7 del Código Civil al tiempo de la muerte de su consorte. En este caso, no hay separación de mutuo acuerdo, pero es probable que la sentencia que dictase el Juez, de acuerdo con el artículo 83, no impute culpabilidad a ninguno de los consortes. En tal situación, si seguimos la tesis que estoy intentando refutar, habría que entender que no cabe aplicar el artículo 835 porque no hay que declarar la culpabilidad de ninguno de los cónyuges y, por tanto, el viudo del ausente conservaría sus derechos porque, por un lado, no hay separación de mutuo acuerdo que permita analógicamente el artículo 945 del Código Civil y, por otro, tampoco cabe utilizar la vía del 835 para obtener una sentencia judicial que determine, con arreglo al 834, privar de la legítima al viudo.

En definitiva, creo que los preceptos que regulan una institución no pueden interpretarse aisladamente. Por ello, considero que el artículo 835 debe analizarse en íntima conexión con el 834, lo cual debe llevarnos a mantener la tesis de que sólo la separación judicialmente decretada priva al viudo y que el artículo 835 ofrece un cauce procedimental que permite completar el proceso de separación conyugal a efectos de la privación de la legítima.

c) *La interpretación de los artículos 834 y 835 del Código Civil debe hacerse, según el artículo 3 del mismo Código, atendiendo a la realidad social del tiempo presente, lo cual debe llevar a la conclusión de que la separación de hecho por mutuo acuerdo priva a los cónyuges de su legítima viudal.*

Este recurso a la realidad social es quizá, a mi juicio, el menos consistente desde el punto de vista jurídico. Independientemente de la subjetividad que siempre subyace en cualquier análisis sociológico, parece evidente que no se puede, a través de mecanismos interpretativos, obtener conclusiones que se separan abiertamente del espíritu y la letra de la norma. Por otro lado, una norma limitativa de derechos, como lo es la parte del artículo 834 que fija los requisitos para que un cónyuge se vea privado de su derecho a la legítima, reclama una interpretación, cuando menos, estricta (30). Pretender que, por medio de un personal análisis del sentir de una sociedad, pueda deducirse la negación del derecho a la legítima hereditaria a quienes están separados de hecho, sin que una norma jurídica así lo disponga expresamente, constituye un ataque frontal al sistema legitimario previsto en el Derecho español.

d) *La nueva redacción del artículo 945 del Código Civil implica que si la legítima se recibe por vía intestada, el cónyuge viudo separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente carecerá de dicho derecho. Igual solución debe darse al caso de que la legítima se defiera por vía testamentaria.*

En mi opinión, la refutación de este argumento requiere hacer un estudio de los sistemas de atribución de la legítima en el ordenamiento jurídico español para aclarar errores que subyacen en esta línea doctrinal.

En primer lugar hay que reseñar que en la doctrina moderna española (31) se viene distinguiendo entre el concepto de *vocación* (ofrecimiento o convocatoria general a todos los posibles sucesores en el momento del fallecimiento del causante) y *delación* (ofrecimiento concreto que permite al heredero llamado aceptar o repudiar). Se admite también de forma generalizada que hay una vocación testamentaria y otra intestada.

Los problemas surgen cuando se intenta encajar el llamamiento de los legitimarios en este esquema. La cuestión es compleja y dista mucho de ser pacífica entre los autores. Tratando de sintetizar, GARCÍA GARCÍA (32) apunta dos grandes orientaciones. Por un lado, VALLET DE GOYTISOLO, que en diferentes

(30) Como ejemplo, puede citarse un caso que guarda mucha relación con lo que aquí estoy tratando. Me refiero a la desheredación, materia en la cual, aplicando el principio *odiosa sunt restringenda*, el Tribunal Supremo, en sentencias como la de 28 junio de 1993 (RA 4792/93), señala que ha de imponerse una interpretación restrictiva de la institución que proclama abundante jurisprudencia, orientada en la defensa de la sucesión legitimaria, no admitiéndose ni la analogía ni la interpretación extensiva, ni siquiera la argumentación *minoris ad maiorem*.

(31) A este respecto, JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, en su extraordinaria monografía *La sucesión por derecho de transmisión*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 153, cita a ALBALADEJO y a LACRUZ y SANCHO REBULLIDA.

(32) Obra antes citada, pág. 398.

trabajos (33) viene a considerar la legítima como una mera limitación a la facultad de disponer del testador, y no como un derecho positivo del legitimario que provenga de una vocación legal y forzosa. Frente a esta opinión, otros autores como LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (34) estiman que, al menos en tres casos (acción de suplemento de legítima, desheredación injusta y preterición intencional), la legítima implica una vocación legal o forzosa distinta de la testamentaria y de la intestada. Por su parte, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (35) entiende que la legítima es una *pars hereditatis* que implica una vocación forzosa *ex lege* distinta de la testamentaria y de la intestada. Más recientemente, GARCÍA GARCÍA (36) afirma con carácter general que esa vocación legal específica también se manifiesta «...en todos los casos de atribución de la legítima, pues parte de que la atribución de la legítima por cualquier título, ya sea de heredero, legatario o donatario, no supone la eliminación del título de legitimario, ni su absorción por los otros títulos, sino que en tales supuestos, junto al título de heredero, legatario o donatario, existe, hasta la porción de bienes correspondiente, el título de legitimario, conforme a la teoría de la superposición o yuxtaposición de títulos, y que se manifiesta especialmente en las normas de protección de la legítima...».

A mi juicio, sin entrar a estudiar el contenido material que en cada caso tenga, parece más correcto considerar que la legítima como tal genera una *vocación legal específica que puede coexistir solapada, pero no anulada por ello, a través del llamamiento testado o del intestado, o funcionar con autonomía*. Intentaré justificar esta afirmación:

- Considerar la legítima sólo como una institución que sirve de freno o límite a la libre disposición del causante, supone una visión incompleta de la misma. En este sentido, es conveniente citar a ESPEJO LERDO DE TEJADA (37), que da un gran número de razones al respecto. Particularmente convincente es su idea de que esta orientación de la legítima como simple freno a la libre disposición del causante olvida la posición jurídica del legitimario. Señala el citado autor que «...es más acertado, probablemente, configurar la legítima como un derecho de los legitimarios sobre el patrimonio del causante. De esta configuración se deducirá naturalmente la existencia de límites para el propio causante, como derivaría de cualquier otro derecho que gravitara sobre su patrimonio...». Esta perspectiva positiva exige la autonomía e independencia del llamamiento legitimario, a la vez que explica que la posición del legitimario no deba confundirse, aunque puedan a veces coincidir, con la del heredero intestado o el testamentario.

- La peculiaridad del llamamiento legitimario se pone de manifiesto, de forma muy clara, en el caso del cónyuge viudo, si comparamos su situación como

(33) Así, por ejemplo, «Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima», en *ADC*, tomo XXXIX, fascículo I, 1986, págs. 3 y sigs., o *Comentarios del Código Civil*, tomo I, publicados por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1967 y sigs.

(34) *Derecho de Sucesiones*, II, Barcelona, 1973, págs. 35 a 37. También en *Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1981, págs. 435 y 436.

(35) Pueden verse su trabajo «La naturaleza de la legítima», en *ADC*, tomo XXXVIII, fascículo IV, 1985, págs. 849 y sigs., y en el mismo Anuario, fascículo II, 1986, págs. 571 y sigs.

(36) Obra antes citada, págs. 399 y 400.

(37) Obra antes citada, págs. 58 y sigs.

legitimario y como heredero intestado. Mientras que en el caso de los descendientes y ascendientes, tanto en la legítima (vid. art. 807 del Código Civil) como en la sucesión intestada (vid. arts. 930 y siguientes del mismo Código), sus llamamientos son excluyentes, de tal manera que si hay descendientes no resultan llamados los ascendientes, no ocurre lo mismo con el cónyuge viudo. A la sucesión intestada se le llama sólo en defecto de descendientes y ascendientes (vid. arts. 944 y 945 del Código Civil), pero su derecho a la legítima es compatible con la concurrencia de dichos parientes del causante (vid. arts. 834 y siguientes del Código). Como afirma ESPEJO LERDO DE TEJADA (38) estas diferencias están justificadas por los distintos intereses que el legislador quiere proteger en la sucesión intestada y en la legitimaria. En aquélla, se trata de hacer valer la voluntad presunta del causante, mientras que en ésta la ley impone el llamamiento incluso frente a la voluntad expresa del testador.

Desde un punto de vista práctico, la solución que propugnamos ofrece mejor salida a casos como el recogido en la **Resolución de la DGRN de 10 de mayo de 1950**. Se trataba de un supuesto de preterición de descendientes que, sin embargo, se había salvado en la escritura particional mediante el pleno acuerdo de los preteridos y no preteridos. El Centro Directivo estima que *son inscribibles las operaciones divisorias en que los instituidos herederos reconocan a los descendientes preteridos el mismo derecho que si, por declaración judicial de nulidad de la institución, se hubiere abierto total o parcialmente la sucesión intestada, con lo cual ... no se vulneran los derechos de los legitimarios y se evitan dilaciones y gastos ...* Detrás de esta postura tan pragmática debe esconderse una consideración más profunda que implique reconocer autonomía al llamamiento legitimario, porque, de lo contrario, habría sido inevitable acudir a la cobertura de la vocación sucesoria intestada.

En definitiva, todas estas razones, brevemente expuestas, nos conducen a sostener que el llamamiento legitimario es autónomo. Incluso cuando coincide con el testamentario o el intestado, se mantiene vivo e independiente, gozando de normas específicas de cálculo y protección.

Si esto es así, carece de sentido sostener que cuando *la legítima se recibe por vía intestada* debe aplicarse el artículo 945 del Código Civil, porque el viudo, en cuanto que legitimario, ostenta un llamamiento específico a la legítima, que está sujeto únicamente a los requisitos que para disfrutar de este derecho se prefijan en los artículos 834 y siguientes y que, como tal derecho autónomo, se verá protegido frente a las incidencias propias y exclusivas de otros llamamientos distintos, como son el testamentario y el intestado. Esa y no otra es la razón que cimenta la afirmación contenida en el segundo Fundamento de Derecho de la Resolución que estoy comentando: *...el artículo 945 del Código Civil no ha podido suponer la modificación del artículo 834 del propio Código, toda vez que uno y otro regulan hipótesis distintas: El artículo 945, la sucesión en defecto de voluntad del causante; el 834, la sucesión contra la voluntad del causante...*

6. Conclusión final

Después de todo lo visto, no parece posible sostener otra opinión que la de considerar que el cónyuge sobreviviente sólo se verá privado de su legítima

(38) Obra citada, pág. 124.

vidual como consecuencia de una sentencia judicial de separación, en los términos previstos en los artículos 834 y 835 del Código Civil. La simple separación de hecho, aunque lo sea de mutuo acuerdo que conste fehacientemente, no tendrá repercusión alguna en el ámbito de la legítima, si no es a través del mecanismo de la desheredación, según lo señalado en el artículo 855.1.º del mismo Código.

Esta, como espero haber demostrado, es la conclusión que puede obtenerse de la actual redacción de los preceptos legales que regulan la materia. Cualquier otra solución que en el futuro pretenda aplicarse, debe pasar por una reforma de nuestro ordenamiento jurídico, que sólo el legislador, con la legitimación que la Constitución le atribuye, está facultado para llevar a efecto.

III. ALGUNOS PROBLEMAS DE CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LAS ACTAS NOTARIALES Y AUTOS JUDICIALES DE DECLARACIÓN DE HEREDEROS ABINTESTATO

Como ya apuntaba al comienzo de estas notas, la Resolución que estoy comentando no toca este problema porque el Notario recurrente no planteó la cuestión en la apelación ante la Dirección General, a pesar de que fue uno de los argumentos que había utilizado para impugnar la nota de calificación en su escrito inicial de recurso ante el Tribunal Superior de Justicia. No obstante, creo que se trata de una materia sumamente vidriosa en la que se han vertido opiniones contrapuestas y que merece unas breves consideraciones.

1. *Planteamiento general de la cuestión*

Fue en 1992 cuando, tras un debate doctrinal de muchos años que ahora me ahorro, el legislador se decide a dar competencias a los Notarios en materia de declaración de herederos intestados. Concretamente la Ley 10/92, de 30 de abril, modifica el texto del artículo 979 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el 14 de la Ley Hipotecaria, disponiendo que cuando los herederos intestados sean descendientes, ascendientes o cónyuge del causante, la determinación de los mismos deberá hacerse por acta notarial de notoriedad, mientras que para los colaterales se sigue manteniendo la necesidad del auto judicial. Posteriormente el Real Decreto 1368/92, de 13 de noviembre, introduce el artículo 209.bis del Reglamento notarial para desarrollar el aspecto procedimental de tales actas.

A partir de esta reforma empiezan a surgir dudas importantes en la práctica: posibilidad de asimilación de las actas notariales y de los autos judiciales a efectos de calificación registral, extremos a que debe extenderse dicha calificación... Yo voy a tratar de forma concisa algunas de estas dudas.

2. *Posibilidad de equiparar el acta notarial y el auto judicial*

Esta es la postura sostenida por el Notario recurrente en primera instancia, defendiendo la aplicación del artículo 100 del Reglamento Hipotecario a efectos de calificación. Esta solución la ha patrocinado doctrinalmente MARÍN

SÁNCHEZ (39). Los principales argumentos que maneja este autor pueden resumirse así:

- La declaración que contiene el acta no es una mera fijación de hechos notorios, sino que supone además la subsunción de esos hechos en una norma jurídica. Se declaran derechos sobre la base de los hechos previamente declarados notorios. El juicio, que en este sentido realiza el Notario, ha de quedar fuera de la calificación registral.

- Aunque formalmente es un documento notarial, no debe asimilarse a éstos a los efectos de la calificación. El las equipara a las actas de protocolización de laudos arbitrales, a las antiguas escrituras de venta judicial en procedimientos de ejecución o a las escrituras de adjudicación dimanantes de procedimiento de ejecución extrajudicial de hipotecas, casos todos en que, a su juicio, el Registrador no puede entrar en el análisis del fondo en forma análoga a la prevista en el artículo 100 del RH.

- Nos hallamos en sede de jurisdicción voluntaria que no imprescindiblemente ha de ser desempeñada por un juez, si bien sus efectos sí que han de ser idénticos a los que se derivarían de ser éste el juzgador si no se quiere ver reducida la función de esta clase de jurisdicción.

- Siguiendo a MEZQUITA DEL CACHO (40) entiende que en el fondo de la decisión del legislador hay razones de carácter económico y de efectividad práctica, admitiendo como suficientes las garantías de la intervención notarial y, por tanto, no queriendo añadir mayores controles registrales que los que ya existían cuando esta función la ejercían los jueces.

En mi opinión esta postura supone una desvirtuación de la función notarial. Coincido en este criterio con VENTOSO ESCRIBANO (41) cuando afirma que: «...que a pesar de la atribución al Notariado de una función desempeñada durante largo tiempo por los Tribunales, ello no puede cambiar, ni siquiera empañar la esencia de la función notarial...». Es cierto que estamos en el campo de la jurisdicción voluntaria y que los efectos del acta y del auto de declaración de herederos deben ser los mismos, dado que la distinción que el legislador ha hecho entre descendientes, ascendientes y cónyuge por un lado, y colaterales por otro, no tienen que conducir a consecuencias jurídicas diferentes. Pero es que esta no es la cuestión, puesto que los efectos son los mismos. En ambos casos se obtiene un título sucesorio que determina y concreta quiénes son los herederos intestados de una persona. Sin embargo, nuestra legislación estima con carácter general que existen mayores medios para fundar la decisión en el caso del auto judicial (por eso mismo le reserva el supuesto de los colaterales que normalmente suele ser más complejo) que en el del acta notarial. Por eso la facultad de calificación del Registrador debe ser la misma que se le atribuye en los restantes documentos notariales. Sos-

(39) JOSÉ ALBERTO MARÍN SÁNCHEZ, «Extensión de la función calificadora del Registrador respecto de las actas de declaración de herederos abintestato», en *Lunes* 4'30, núm. 119, segunda quincena de febrero de 1993, págs. 32 a 34.

(40) Cita, en este sentido, su trabajo «Apéndice al tema del control notarial de la subasta hipotecaria», publicado en *La Notaría*, abril de 1992, págs. 19 y sigs.

(41) ALFONSO VENTOSO ESCRIBANO, «Acta notarial de notoriedad de declaración de herederos abintestato», *Libro Homenaje a José María Chico Ortiz*, Marcial Pons, 1995, págs. 425 y sigs.

tener que hay una total equiparación entre la actuación del Juez y la del Notario en los casos en los que la ley les encomiende a estos últimos funciones en materias tradicionalmente atribuidas a la Judicatura, supone desconocer la diferente naturaleza y el distinto funcionamiento de ambas instituciones (42).

Aclarada esta cuestión, pasaré a concretar los extremos que pueden ser objeto de calificación tanto en las actas como en los autos de declaración de herederos.

3. Calificación de las actas de notoriedad de declaración de herederos

Como afirmábamos antes, se deben seguir los mismos criterios que en cualquier otro documento notarial. Lo primero que hay que destacar es la necesidad de que la copia del acta comprenda la tramitación íntegra del expediente, sin que baste una transcripción parcial o resumida cubierta por una dación de fe general de que se han cumplido los requisitos reglamentarios. Esto es, a mi juicio, requisito imprescindible para que pueda el Registrador llevar a cabo su labor de calificación de una forma correcta. No obstante, me remito a lo que más adelante diré sobre este mismo problema al estudiar los autos judiciales de declaración de herederos abintestato.

Los extremos a que debe extenderse dicha calificación registral son todos los atinentes al documento, tanto en su aspecto formal como en el sustantivo o de fondo. En cuanto a los primeros, merecen especial relieve dos cuestiones, aparte de la debida observancia de todos los requisitos de carácter general propios de este tipo de documentos notariales. En primer lugar, la competencia del Notario autorizante, puesto que estamos en presencia de uno de los casos de excepción al derecho a la libre elección de Notario. Debe quedar claro en el contenido del acta dicha competencia, mediante la acreditación del último domicilio del causante o, en su defecto, lugar de su fallecimiento o de radicación de una parte considerable de sus bienes o cuentas bancarias (vid. art. 209.1.ª del Reglamento Notarial). Igualmente, con esta misma finalidad de acreditar la correcta intervención de Notario competente, la copia del acta debe haberse expedido al menos veinte días después de la comunicación al Decanato que prevé el artículo 209.3.ª del RN. En segundo término, debe también recogerse incorporados al acta los documentos que justifiquen la apertura del abintestato y el parentesco de los declarados herederos, a que se refiere la regla 4.ª del mismo precepto.

Por lo que se refiere a las cuestiones de fondo, la calificación registral abarca todo aquello que no sea pura apreciación de los hechos y de su notoriedad. En concreto, son calificables por el Registrador todas las circunstancias relativas a la valoración jurídica hecha por el Notario sobre la procedencia de la apertura de la sucesión intestada, la ley personal del causante, el orden de llamamientos, la posible exclusión de algún heredero intestado, ... Quedarán, sin embargo, fuera del ámbito de dicha calificación cuestiones como la apreciación del interés legítimo del requirente del acta, la identidad

(42) Al respecto puede analizarse la argumentación que fundamenta la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998, en la que se aborda el encuadre constitucional del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria.

y el carácter de tales de los parientes llamados o la valoración de las declaraciones de los testigos intervinientes.

4. *Calificación de los autos judiciales de declaración de herederos*

A diferencia de lo que ocurría en el caso anterior, aquí sí que estamos en presencia de un documento judicial y, por tanto, se toca de pleno el complejo asunto de la interpretación del artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

Antes de entrar a estudiar los extremos que son susceptibles de calificación, hay que resolver una cuestión previa: ¿debe acompañarse con la escritura de herencia el testimonio judicial del auto? En mi opinión, así debería ser, pues se trata del título sucesorio que fundamenta las adjudicaciones recogidas en la propia escritura y es la única forma de que el Registrador pueda realizar su función calificador de una manera adecuada. Sin embargo, la **Resolución de 3 de abril de 1995** parece mantener una posición contraria. Se trataba de un caso en el que en una escritura de partición hereditaria el Notario autorizante se limita a recoger en la misma los particulares que, a su juicio, eran los más significativos de la declaración de herederos contenida en un auto judicial que ha tenido a la vista. El Registrador exige que se acompañe el testimonio del auto, y la Dirección General se alinea con la opinión del Notario, señalando en el Fundamento de Derecho 4.º que *... la actuación del Notario ... se ha ajustado a lo previsto en el artículo 251 de Reglamento Notarial que le faculta para expedir en relación testimonios por exhibición de documentos que tiene a la vista. No se trata, pues, de un testimonio literal parcial, que exigiría añadir —lo mismo que ocurre en los poderes (cfr. art. 166 RN)— la indicación de que en lo omitido no hay nada que amplíe, restrinja, modifique o condicione lo inscrito, porque no se trata de una inserción, sino de una relación de particulares del documento, precisamente de los básicos para la calificación e inscripción en el Registro de la Propiedad, los cuales quedan de este modo bajo la fe pública notarial, satisfaciéndose con ello la exigencia de documentación auténtica para la inscripción, establecida en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria...* La lectura de estas líneas hace que se enciendan las luces de alarma en la misma estructura del sistema hipotecario español. Si la calificación registral respecto al título sucesorio fundamental va a limitarse a los extremos que en cada caso estime oportuno relacionar el Notario, es evidente que el control de legalidad que nuestra legislación encomienda al Registrador queda sin sentido. Es muy interesante y repleto de lucidez el comentario que CARMEN DE GRADO SANZ (43) hace a esta Resolución. Lleva a cabo un estudio de las Resoluciones del Centro Directivo que hasta ese momento habían recaído en la materia, desde las más antiguas, como la de **28 de octubre de 1863**, hasta otras más recientes, como la de **15 de enero de 1960**, resumiendo el contenido de la doctrina recogida en ellas, en el sentido de que «para la calificación e inscripción de una partición hereditaria es necesario aportar el título sucesorio o bien, al menos y excepcionalmente, que el Registrador conozca bajo fe del Notario la literalidad de su contenido». Siguiendo esta misma orientación, la autora citada critica duramente la postura de la Dirección General y señala que no se trata de negar la importancia

(43) *RCDI*, núm. 634 de 1996, págs. 1135 y sigs.

de la fe notarial, sino de recordar que Notario y Registrador actúan en ámbitos distintos, y a este último el artículo 18 de la LH le encomienda la esencial función de calificar, *bajo su responsabilidad*, la legalidad del documento que pretende acceder al Registro y la validez del acto que dicho documento contiene. Resulta difícil imaginar cómo va a realizar esa misión si no puede analizar el referido documento en su integridad, sino sólo en aquellos extremos que una interpretación previa del mismo ha considerado oportuno relacionar. Por todo ello, opino con la mencionada autora que esta Resolución debemos considerarla un caso aislado que no puede vincular a otros Registradores que al del caso concreto y que no puede alterar la doctrina hasta entonces mantenida por el mismo Centro Directivo.

Vista esta cuestión previa, me centro ya en ver qué aspectos del auto y con qué extensión pueden ser objeto de calificación registral. Para ello, como ya he señalado antes, hay que seguir el camino que marca el artículo 100 del RH. Según este precepto, la calificación del Registrador podría extenderse a los siguientes extremos:

- Competencia del Juzgado: de acuerdo con el artículo 63.5.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil, le corresponde dicha competencia al del lugar donde el finado hubiere tenido su último domicilio y si lo hubiere tenido fuera de España, se atenderá al último domicilio en nuestro país o, en su defecto, al lugar en que estuvieren la mayor parte de sus bienes. Aunque la calificación de este extremo referente a la competencia del Juzgado o Tribunal ha sido muy discutido en la doctrina y la jurisprudencia (44), entiendo que los estrictos términos en que se pronuncia el artículo 63.5.^a de la LEC permiten que, en la medida en que al Registrador le conste de una forma clara, por los documentos aportados o por los Libros del Registro, que se han incumplido estas reglas competenciales, podrá oponerse a la inscripción. También en este apartado de la calificación de la competencia del Juez hay que incluir los casos en los que el auto exceda los límites que para este tipo de procedimiento, desde la reforma de 1992, vienen ceñidos a los casos en los que el causante no tuviera ni descendientes, ni ascendientes ni cónyuge, supuestos todos que quedan reservados al ámbito del acta notarial de declaración de herederos abintestato.

- Formalidades extrínsecas del documento: el Registrador calificará si el testimonio del auto reúne los requisitos generales propios de este tipo de documentos (identificación del juez que lo dicta, firma del actuario que lo expide...). Particular interés tiene la necesidad de que el testimonio presentado exprese que el auto es firme. Sin pretender ahora profundizar en este discutido asunto, me adhiero a la posición mantenida por DE LA RICA (45) en el sentido de que cuando, como ocurre en este caso (46), la resolución judi-

(44) Para una aproximación al problema, basta citar la Resolución de la DGRN de 17 de julio de 1989, en la que el Centro Directivo adopta una postura bastante estricta permitiendo sólo la calificación de la competencia objetiva y funcional, pero no de la territorial, cuyos posibles vicios han de ser denunciados por las partes en el procedimiento. En la misma línea RIVAS TORRALVA, *Anotaciones de embargo*, II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994, pág. 109.

(45) En su trabajo «Los mandamientos judiciales para la práctica de anotaciones preventivas de embargo», en BCR, núm. 64, 1971.

(46) El artículo 981 de la LEC señala expresamente en su párrafo segundo que: *Este auto será apelable en ambos efectos*.

cial es de aquéllas que admite recursos con efectos suspensivos, ha de contener la mención de que es firme.

· Obstáculos que surgen del Registro: sin perjuicio de otros posibles problemas que puedan generarse derivados directamente de la escritura particional, en lo que afecta exclusivamente al auto de declaración de herederos, el caso que podría darse con más probabilidad es el de que en alguna otra inscripción del Registro apareciera la referencia a un testamento del causante, o que de los datos obrantes en alguna inscripción previa resultase la existencia de algún legitimario o heredero intestado que no haya sido tenido en cuenta en el auto, supuestos que supondrían la imposibilidad de despachar la herencia.

· Congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado: he dejado para el final este aspecto porque quizá sea el que mayores dudas ofrezca, aunque también el que más juego puede dar en la práctica. Debemos partir de una premisa fundamental, como es la de que el auto de declaración de herederos intestados es fruto de un procedimiento de jurisdicción voluntaria con un objeto muy concreto predeterminado por la ley. Sin pretender ahora hacer un estudio profundo del concepto de congruencia, sí que debo advertir que, a mi juicio, no se trata tanto de la perfecta adecuación entre el *petitum* de la demanda y el fallo contenido en la resolución judicial, cuanto de que dicha resolución no exceda los límites del tipo de procedimiento en que ha recaído (47). Un ejemplo claro de esa extralimitación puede ser el de un proceso interdictal en el que el Juez termina haciendo un pronunciamiento sobre la titularidad dominical. Vistas así las cosas, es mucho el rendimiento que el Registrador puede sacar a esta referencia del artículo 100 del RH. Sin embargo, la Dirección General no ha estado afortunada en algunas ocasiones al tocar el problema de la calificación de documentos judiciales. El caso, en mi opinión, más flagrante de los últimos años lo encontramos en la Resolución de 13 de febrero de 1992 (48), en la cual se llega a admitir la práctica de una anotación de embargo sobre un bien patrimonial de la Administración a la que se había opuesto el Registrador, sobre la base de la aplicación del artículo 100 del RH y la imposibilidad de que a través de la calificación registral se revise el contenido o fondo del fallo. En mi opinión, el Centro Directivo hace en este caso una interpretación sumamente restrictiva del artículo 100 que limita hasta el extremo el sentido y la finalidad de la calificación registral. Si se tiene en cuenta el objeto estricto que la ley encomienda al procedimiento de ejecución, podríamos tachar de incongruente con dicho objeto aquella resolución judicial que ordena la traba y la correspondiente anotación registral de un embargo sobre bienes que por directo mandato de la ley no pueden ser objeto de procedimientos de ejecución forzosa. Queda fuera del ámbito del procedimiento ejecutivo la posibilidad de embargar bienes patrimoniales de la Administración que son en principio inembargables, siendo este extremo susceptible de calificación a la luz de una correcta interpretación del artículo 100 del RH, por cuanto la resolución judicial no sería congruente con el procedimiento en que se ha dictado, lo cual entra

(47) Muy acertada es, en este sentido, la Resolución de la DGRN de 12 de febrero de 1996, cuando afirma que la incongruencia a que alude el artículo 100 del RH debe ser entendida como la idoneidad o habilidad del procedimiento seguido para obtener el tipo de resolución cuya inscripción se pretende.

(48) Reiterada por otra Resolución de 21 de octubre de 1992.

dentro de las facultades que nuestra legislación ha querido atribuir al Registrador para la salvaguardia del principio de legalidad que fundamenta el sistema hipotecario español (49). En una línea más acertada, coherente con este último planteamiento, se mueven otras Resoluciones del mismo Centro Directivo. Así, se considera inadecuado el procedimiento ejecutivo para alterar o destruir la presunción de que las deudas que cada cónyuge contrae en la sociedad de gananciales son privativas del mismo (50); es improcedente utilizar el expediente de dominio para reanudar el tracto sucesivo cuando el mismo titular registral es el que transmitió la finca al promotor del expediente (51); o, en el campo de los documentos administrativos, se estima incongruente el acto administrativo de aprobación de un proyecto de compensación urbanística seguido por los trámites previstos para el caso de que exista un propietario único de las fincas afectadas por el mismo, cuando del Registro resulta la existencia de un segundo titular (52) ... Haciendo aplicación de esta más correcta doctrina al supuesto de los autos judiciales de declaración de herederos, entiendo que la resolución del Juez, para ser congruente con la naturaleza y el objeto del procedimiento, ha de limitarse a determinar el fallecimiento del causante, la procedencia de la apertura del abintestato, la identidad de los parientes llamados y el cumplimiento del orden que para esos llamamientos fija el Código Civil. Vistas así las cosas, puede el Registrador negarse a la inscripción cuando, por ejemplo, el juego de la sustitución vulgar o del derecho de acrecer impida la apertura de la sucesión intestada, o se declaren herederos a parientes no llamados por la ley o con un llamamiento de peor derecho. No caben tampoco pronunciamientos sobre la posible privación de la legítima de alguno de los herederos forzosos, porque se estaría entrando en el campo de los llamamientos legitimarios que, como vimos en páginas anteriores, tienen distinto origen, desenvolvimiento y regulación que los intestados. Concretamente, pensando en un caso parecido al de la Resolución de 25 de junio de 1997, que motiva este comentario, no resultaría inscribible una escritura de herencia en la que, por ejemplo, interviniera exclusivamente el hermano del causante que ha sido declarado por auto judicial su único heredero, determinándose en dicho auto que la viuda del referido causante quedaba excluida, por existir separación de hecho de mutuo acuerdo que constaba fehacientemente, no sólo del llamamiento intestado, cuestión propia y característica de estos procedimientos, sino también de la legítima. Este auto resultaría incongruente con la naturaleza y finalidad del procedimiento, puesto que abordaría cuestiones diferentes de la mera determinación de los herederos intestados, entrando de lleno en un campo vedado al mismo,

(49) Muy crítico con esta Resolución se muestra también JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA en el comentario que se publicó en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1994, núm. 624, págs. 2079 y sigs., sosteniendo que el Registrador en este caso tenía la posibilidad de denegar la práctica de la anotación porque existía un obstáculo ... *que surge directamente de la Ley y del propio asiento registral (obstáculo del Registro: art. 100 del RH), pues cuando se inscribe un bien inmueble es con el contenido típico del derecho marcado por el título y por la Ley, que los declara inembargables...* Como se ve, este autor defiende la ampliación de la facultad calificadora del Registrador del caso contemplado en la Resolución que comenta, aunque por caminos distintos de los que yo apunto.

(50) Resolución de 6 de noviembre de 1987.

(51) Resolución de 30 de mayo de 1988.

(52) Resolución de 13 de enero de 1988.

cual es el de la atribución o negación de los derechos a la legítima. El defecto, no obstante, y de acuerdo con la doctrina recogida en la Resolución de la DGRN de 10 de mayo de 1950 (53), podría subsanarse con la intervención de la viuda en la escritura a los efectos de darse por pagada de sus derechos legitimarios. Corroborando esta solución favorable a que el Registrador pueda calificar con rigor la congruencia del auto de declaración de herederos, podemos citar la **Resolución de la DGRN de 5 de diciembre de 1945**, que consideró inadecuado el procedimiento de jurisdicción voluntaria para declarar la pérdida del testamento cerrado, único que otorgó el causante según la certificación del Registro General de Ultimas Voluntades, y la consecuente apertura del abintestato, manteniendo la nota de calificación del Registrador que había exigido la tramitación del oportuno juicio declarativo. También habría que hacer mención del importante **Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de julio de 1993**, que tachó de la misma manera de incongruente con el objeto del procedimiento en el que había recaído, admitiendo que la calificación registral se extiende a este extremo, el auto de declaración de herederos abintestatos dictado en un caso en el que el causante había otorgado un testamento que contenía una cláusula previendo la sustitución vulgar que, debidamente interpretada, impedía la apertura de la sucesión intestada. Expresamente señala este Auto Presidencial que *... el artículo 100 del Reglamento Hipotecario ampara la actividad calificadora del Registrador de la Propiedad en relación al auto de declaración de herederos acompañado con la escritura que se pretende inscribir. El auto discutido es incongruente con el procedimiento seguido...*

5. Conclusiones finales

A modo de resumen de esta segunda parte del trabajo, podríamos establecer las siguientes conclusiones:

- No es posible hacer una equiparación a efectos de calificación registral entre las actas notariales y los autos judiciales de declaración de herederos abintestato, dada la diferente naturaleza de la función notarial y la judicial.
- En las actas notariales, por tanto, se ha de seguir el mismo criterio que en la calificación de los restantes documentos notariales de su propia índole.
- En cuanto a los autos judiciales, ha de observarse lo previsto en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, pero haciendo una correcta interpretación de este artículo que permita desarrollar de una manera adecuada la función calificadora del Registrador, principal instrumento para la garantía del principio de legalidad en el sistema inmobiliario registral español.

BASILIO J. AGUIRRE FERNÁNDEZ
Registrador de la Propiedad

(53) Su contenido se expone en el apartado II, punto 5, de este comentario.