

I. Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

POR ABELARDO GIL MARQUÉS

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

ARRENDAMIENTOS URBANOS. VENTA DE LA MITAD INDIVISA DE UN PISO POR UN CONDUEÑO A OTRO. NO SE REQUIERE PARA LA INSCRIPCIÓN DE ESTA TRANSMISIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD LA NOTIFICACIÓN AL INQUILINO QUE CONTEMPLAN LOS ARTÍCULOS 47 Y 48 DE LA LEY.

Resolución de 30 de enero de 1980 (B. O. del E. del día 13 de febrero).

Antecedentes.—Por escritura de 30 de enero de 1978, autorizada por el Notario recurrente, don José-Carlos Avendaño Vázquez vendió a doña Matilde-Antonia Avendaño Vázquez, casada con don Francisco Arias Mora, la mitad indivisa, entre otras, de una finca urbana arrendada, y cuya otra mitad pertenecía ya a la compradora, según consta en dicha escritura.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Inscrito el precedente documento en cuanto a las fincas números 1 y 2 en los tomos 270 y 367 del archivo, Libros 32 y 46 de Porriño, folios 75 vuelto y 104, respectivamente, fincas 2.664 y 4.019, inscripciones 6.ª y 4.ª, y suspendida la inscripción de la finca señalada con el número 3 por el defecto subsanable de no justificarse que hayan tenido lugar las notificaciones prevenidas en los artículos 47 y 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, tomando en su lugar anotación preventiva de suspensión por término de ciento ochenta días naturales, al amparo del artículo 55 de dicha Ley.»

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que los derechos de tanteo y retracto establecidos, respectivamente, por los artículos 47 y 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos a favor del inquilino o arrendatario y que la jurisprudencia ha extendido también al supuesto de venta por el propietario de una cuota indivisa, entran en colisión, en los supuestos de enajenación por un comunero de su cuota indivisa en el dominio de un piso a persona extraña, con el derecho de retracto que el artículo 1.522 del Código Civil concede a los comuneros, colisión que resuelve el artículo 50 de aquella ley al decir que «el derecho de tanteo o retracto del inquilino o arrendatario tendrá preferencia sobre cualquier otro derecho similar, con excepción del de retracto reconocido al condueño de la vivienda...»; que las notificaciones a que se refiere el artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos permiten al inquilino o arrendatario «con derecho» a ejercitar el tanteo o retracto, el conocimiento de la transmisión proyectada o realizada y la valoración sobre el ejercicio o no de los expresados derechos; que tales notificaciones al inquilino o arrendatario sólo han de verificarse «en sus respectivos casos», según establece el citado artículo 55, es decir, sólo en los supuestos en que les correspondan los citados derechos; que no son necesarias las notificaciones de que se trata (ni, por tanto, su justificación) cuando la transmisión de que se trate no haga surgir un derecho legal de adquisición preferente que el inquilino o arrendatario pueda ejercitar potestativamente, como sucede, entre otros, en los supuestos de donación o permuta de finca arrendada, o su cesión por renta vitalicia; que precisamente un supuesto de transmisión en el cual no surge un derecho legal de adquisición para el inquilino es el de la escritura calificada, en la que un comunero transmite su mitad indivisa al otro comunero; que se ve la diferencia con el supuesto de enajenación por un comunero de toda su cuota indivisa o parte de ella a una persona extraña, pues en este segundo caso al inquilino corresponde el tanteo y retracto, si bien con la preferencia del retracto de comuneros, que puede o no ser ejercitado; que en nuestro caso, al adquirir el pleno dominio el otro comunero, que siempre tendrá preferencia sobre el inquilino, suprimió la incertidumbre considerada anteriormente, impidiendo el nacimiento en el inquilino de la posibilidad de adquirir el derecho y ejercitar el retracto; que, en consecuencia, como en los supuestos de donación, permuta, vitalicio..., de finca arrendada, al no haber nacido la posibilidad de ejercitar el retracto, en el sentido de no corresponder al inquilino este derecho, no hay obligación de llevar a cabo, ni de justificar, las notificaciones prescritas en los artículos 47 y 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

El Registrador informó: que la jurisprudencia ha entendido que los derechos de tanteo y retracto proceden en el supuesto de venta de una cuota indivisa por el propietario, de lo cual se infiere el criterio de los Tribunales en esta materia de que es a ellos a quienes compete, en el supuesto de colisión de retractos, declarar su prioridad, así como determinar si procede o no el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto en todos aquellos casos dudosos que se planteen; que el problema fundamental radica en determinar si el derecho de adquisición preferente del inquilino ha nacido o no en la escritura calificada; que el Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que la permuta o donación de un piso no autoriza el retracto por faltar el requisito esencial para que el retracto

opere, cual es el de que la transmisión se haya verificado por título de compra o dación en pago; que la jurisprudencia, según se ha visto, habla de «no autorizarse», de «no operar» el retracto, que sí existe, que sí ha nacido, que es accionado judicialmente, pero que carece de algún requisito básico que le impide prosperar; que ello es así porque el retracto nace del contrato de arrendamiento (sentencia de 16 de diciembre de 1954), porque dada su finalidad protectora las normas que lo regulan deben interpretarse y aplicarse con un criterio extensivo (sentencia de 26 de marzo de 1960) y porque las normas arrendaticias son de carácter predominantemente imperativo o necesario; que en la transmisión discutida se dan los requisitos objetivos para que proceda el retracto, el cual corresponde al arrendatario siempre que sea único y ocupase toda la finca objeto de la venta (sentencia de 6 de junio de 1959); que el artículo 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos establece que «el derecho de retracto caducará a los sesenta días naturales contados desde el siguiente a la notificación, que, en forma fehaciente, deberá hacer en todo caso el adquirente al inquilino...»; que la jurisprudencia ha determinado casuísticamente cuándo no es necesaria esta notificación, la cual no se excluye en el caso presente; que el artículo 50 de la Ley de Arrendamientos Urbanos sólo habla de preferencia entre retrayentes en caso de colisión de retractos ya nacidos y ejercitados y no impide el nacimiento del derecho de retracto arrendaticio por el hecho de que la venta se efectúe a un condueño, ni cierra la posibilidad de su ejercicio, sino que sólo dice que será preferente el del condueño de la vivienda transmitida, lo cual relega nuevamente el tema a los Tribunales de Justicia, a quienes compete la última decisión, siendo posible además el allanamiento del condueño con renuncia a su derecho preferente en el caso de que, por ejemplo, una oferta económica del inquilino resultase atractiva para sus intereses; que, por tanto, si existe posibilidad de ejercicio, debe notificarse y justificarse esta notificación; que la palabra «capítulo», utilizada en el artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, nos circunscribe a los artículos 47 a 55, y la frase «en sus respectivos casos», se refiere directamente a los artículos 47 y 48: notificación del tanteo y notificación del retracto, cuyas palabras le siguen a continuación en el texto legal y cuyas notificaciones son distintas en el tiempo, pudiendo incluso no existir la primera; que el artículo 48 exige la notificación «en todo caso»; que el arrendatario debe tener conocimiento de la venta, tanto se efectúe ésta a un condueño como a un extraño, pues los artículos 47 y 48 no distinguen y la jurisprudencia admite el retracto al enajenarse porciones indivisas de una finca; que la novedad que constituye la primera parte del artículo 55 no tiene aparentemente otra finalidad que forzar a los arrendadores transmitentes a que efectúen las notificaciones de que se trata, ya que sin ellas no gozan de los beneficios de la inscripción en el Registro; que refuerza todo lo anterior el segundo párrafo del artículo 55, que se dirige a rodear al inquilino de máximas garantías; que al Registrador no le está permitido decidir que no proceden las notificaciones de los artículos 47 y 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en base a que la venta se efectúa a un condueño, el cual tiene siempre un derecho prioritario de adquisición que no impide el nacimiento ni consiguiente ejercicio de otro derecho adquisitivo ni prioritario; que la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1961 declaró que el defecto de notificación fehaciente determina la radical ineficacia de todo asiento registral que no sea el temporal de anotación preventiva de suspensión.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota recurrida declarando que el contenido imperativo del artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos excluye cualquier interpretación distinta de la que literalmente se deduce de su contexto, en el sentido de que el acceso al Registro de los documentos de adquisición de viviendas arrendadas se condiciona en todo caso e inexcusablemente a que se practiquen las aludidas notificaciones, sin que sea lícito al Notario omitirlas fundándose en que, a su parecer, el inquilino carece del derecho de ejercicio del tanteo o retracto, con lo que se arroga unas facultades definitivas de derechos atribuidos por la ley a quien, como el inquilino de la vivienda parcialmente vendida, es tercero y ajeno, por tanto, al documento otorgado, que desbordan la naturaleza y límites de la función notarial; que la copiosa jurisprudencia sobre los artículos 1.522 del Código Civil y 50 de la Ley de Arrendamientos Urbanos revela que no son infrecuentes las pugnas entre los diversos interesados y ello impide descalificar *a priori* a ninguno de ellos, que es lo que en sustancia se viene a pretender en el presente recurso.

Doctrina de la Dirección.—Vistos los artículos 1.522 del Código Civil; 47 a 55, inclusive, de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964, y las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1957, 12 de marzo de 1963 y 16 de diciembre de 1965.

Considerando que la cuestión a tratar en este expediente es la de si para inscribir en el Registro de la Propiedad la venta de una mitad indivisa hecha por un condueño al otro de una casa arrendada en su totalidad se requiere la notificación al inquilino, que con carácter general se establece en los artículos 47 y 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, o si, por el contrario, dicha notificación no es necesaria dada la preferencia legal que para el ejercicio del derecho de adquisición tiene el condueño respecto del titular de un derecho arrendaticio.

Considerando que la finalidad perseguida por el legislador de querer evitar en lo posible las situaciones de indivisión en los supuestos de condominio de un inmueble, incluso cuando se trata de pisos o locales comerciales arrendados, aparece plasmada en el artículo 50 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en donde tras establecer que el derecho de tanteo o retracto del inquilino o arrendatario tendrá preferencia sobre cualquier otro derecho similar, señala como única excepción a esta regla general el caso de que el piso o local pertenezca a varios dueños pro-indiviso, pues entonces en la venta de la cuota hecha por un comunero a un extraño —artículo 1.522 del Código Civil— se reconoce la preferencia que sobre el inquilino tienen los demás condueños.

Considerando que en el supuesto de que el adquirente de la cuota vendida sea otro comunero, idéntico fundamento al ya señalado justifica la imposibilidad del ejercicio del derecho de tanteo o, en su caso, de retracto por el inquilino, ya que, como indica reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, antes que el acceso a la propiedad del arrendatario está el interés del que ya era propietario de una parte de la finca.

Considerando que si bien el artículo 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos establece en todo caso la necesidad de notificar al inquilino la transmisión efectuada, y el artículo 53 reitera esta obligación, es lo cierto que tal exigencia ha de ser entendida dentro del contexto de la propia ley, es decir, que la notificación es siempre necesaria para todos los supuestos en que el derecho de tanteo o retracto puede operar —como podría

ser incluso si transmitida la cuota de copropiedad a un extraño, se ignora si el comunero va o no a ejercitar su derecho—, pero no en aquellos otros en los que dicho derecho queda inoperante al postergar la misma ley el del inquilino al preferente del condueño, que precisamente al haber adquirido directamente del otro comunero ha hecho ya efectiva su preferente adquisición.

Considerando que todo lo expuesto anteriormente no impide al locatario, con arreglo al artículo 66 de la Ley Hipotecaria, el acudir a los Tribunales de Justicia para contender acerca de la validez o nulidad del título origen del acto que da lugar a la inscripción pretendida.

Esta Dirección General ha acordado revocar el auto apelado y la nota del Registrador.

COMENTARIO.—Es curioso resaltar que hasta la presente resolución, que comentamos, no se haya planteado en recurso gubernativo el problema de la necesidad o no de la notificación al arrendatario en caso de venta de cuota indivisa a otro condueño.

La cuestión, en principio, puede parecer sin importancia, pero bien leída, la resolución roza un tema tan problemático como el ámbito de actuación de la función notarial o de la calificación registral, ya que se discute si entra dentro de la actuación del Notario autorizante el hacer (o, al menos, aconsejar que se hagan) las notificaciones previstas en la Ley de Arrendamientos Urbanos en caso de colisión de retractos (el de comuneros, por una parte, y el de arrendatarios, por otra), a los que la citada ley, en su artículo 50, concede preferencia al primero.

Aquí cabe preguntarse si el Notario al omitirlas se arroga unas facultades definitorias de derechos atribuidos por la ley al inquilino, tal como afirma el auto del Presidente de la Audiencia, y si el Registrador debe inscribir la escritura de venta por entender que las normas referidas a las citadas notificaciones no son necesarias cuando la ley da preferencia a uno sobre otro.

Las posiciones en la resolución están definidas de la siguiente forma:

- El Notario mantiene que no hay obligación de hacer las notificaciones, ni de justificarlas, porque la transmisión de que se trata no hace surgir un derecho legal de adquisición preferente, como si se tratara de supuestos de donación, permuta o cesión por renta vitalicia de la finca arrendada.
- El Registrador en su informe considera que es a los Tribunales a quienes compete, en el supuesto de colisión de retractos, declarar su prioridad; que el retracto existe y que las normas de la ley son imperativas en cuanto a notificaciones, no impidiendo la venta a un condueño el nacimiento del derecho de retracto arrendaticio, ya que el artículo 50 sólo habla de preferencia entre retrayentes en el caso de colisión de retractos ya nacidos y ejercitados.
- El auto del Presidente de la Audiencia sigue el mismo criterio que el Registrador, y la Dirección revoca la nota de calificación y el auto al considerar que al quedar inoperante el derecho no es necesario notificar, sin perjuicio de que el locatario acuda a los Tribunales de Justicia para contender acerca de la validez o nulidad del título origen del acto que da lugar a la inscripción pretendida.

Un examen crítico de estas posiciones nos lleva a plantear lo que consideramos fundamental para opinar sobre la doctrina mantenida en esta resolución.

Dogmáticamente cabe distinguir entre el nacimiento de un derecho, su ejercicio y su colisión con otro derecho. En el caso planteado, no se puede negar la existencia del retracto a favor del locatario por la razón de que este derecho existe en virtud del contrato de arrendamiento y tiene su origen en la ley que lo configura y regula. El derecho de adquisición preferente existe, lo que ocurre es que se encuentra con otro derecho de igual calidad al que la ley declara preferente. El arrendatario puede ejercitar su derecho, pero si la venta de cuota indivisa no adolece de vicios que puedan afectar a su existencia o validez, ante la preferencia legal que se concede al de comuneros, el del locatario queda vencido.

Esta parece la posición más lógica en el nacimiento y la dinámica del derecho. La posición mantenida por el Notario de que carece de base objetiva para el nacimiento del derecho, no creo que en rigor pueda mantenerse. Sin embargo, la Dirección le da la razón revocando el auto presidencial y la nota del Registrador. Pero hay un matiz en la doctrina de la Dirección que la separa del escrito del recurso. La Dirección no se atreve a decir que el derecho no existe. Considera que la notificación es siempre necesaria para los supuestos en los que el derecho de tanteo o retracto puedan operar, pero no en aquellos otros en los que dichos derechos quedan inoperantes al postergar la misma ley el del inquilino al del comunero. Es decir, no habla de que no exista el derecho; únicamente dice que el derecho no puede operar, que queda inoperante. Adelanta, quizá por un problema de economía legal, el resultado. Viene a decir que, al menos en el ámbito registral, cabe la inscripción sin notificación y que el interesado puede acudir a los Tribunales para contender acerca de la validez o nulidad del título, ya que interpretando la ley, al menos en el mundo del documento y el Registro, se llega al mismo resultado.

¿Se puede aceptar en todo esta doctrina? Hay que reconocer que la solución tiene un aspecto práctico importante, pero puede plantear dudas acerca de su acierto. Considero que existen algunas razones serias para no estar de acuerdo en todo con la resolución. Y únicamente a título de ejemplo, voy a enumerar las dos siguientes:

1.ª Los considerandos de la Dirección no se atreven a negar la existencia del derecho, ya que hablan de su inoperancia, adelantando un resultado final que normalmente será siempre el mismo: la preferencia del retracto de comuneros al del inquilino. Pero esta posición lleva implícita el considerar que el ámbito del documento y del Registro quedan al margen de la realidad procesal. Al suprimir la obligación de las notificaciones, se hace un juicio *a priori* del resultado, considerando, además, que las normas sobre esta materia, en la Ley de Arrendamientos Urbanos, no son de Derecho necesario cuando un derecho pueda ser vencido. Esta opinión, bajo el punto de vista práctico, parece lógica. Sin embargo, no lo es tanto cuando se toma como centro el ámbito de la función notarial o registral. Las desplaza a un sitio de decisión o determinación de derechos, sobre su preferencia, que no es suyo. Este adelanto de las consecuencias, en un ámbito puramente autenticador o preventivo, parece dudoso. La resolución, en el último considerando, remite, con arreglo al artículo 66 de la Ley Hipotecaria, a la posibilidad, general para todos los supuestos, de acudir a los Tribunales para discutir sobre la validez o nulidad del título. Pero en realidad no

aporta nada nuevo, ya que en cualquier caso se puede hacer lo mismo. Lo que interesaba era dar solución a un caso concreto, que, por otra razón que expongo a continuación, requería una salida más adecuada al espíritu de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

2.ª Decía antes que la actuación notarial o registral se encuentra en el mundo de la función autenticadora o preventiva, y en este supuesto de la resolución se ha dado un paso para determinar la preferencia de dos derechos, no en la contienda de éstos, sino *a priori*. Parece ser que la Dirección ha pensado que si el retracto legal se da en todo caso contra el tercer adquirente (art. 37 de la Ley Hipotecaria), y el artículo 66 de la misma ley declara que siempre se podrá contender sobre la validez o nulidad del título, no cabe poner obstáculos a la inscripción de venta de cuota indivisa sin necesidad de las notificaciones.

Ahora bien, ¿se limita el juego de las notificaciones a los derechos de tanteo y retracto?

Para aclarar este punto tenemos que acudir a estudiar las posibles acciones que le corresponden al arrendatario para atacar la transmisión realizada. En primer lugar, le corresponde la acción de simulación. Lo dice el comienzo del párrafo primero del artículo 53 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y esta acción se ejercita por las normas generales del Código Civil y las procesales que correspondan. En parte, sobra la declaración legal sobre esta materia, ya que siempre cabría ejercitar la acción de simulación por la doctrina general de la causa, de la nulidad, anulabilidad del negocio, etc. Pero el artículo 53, a continuación, establece una acción específica de impugnación, que se puede ejercitar en dos supuestos:

1.º Cuando se hubiera infringido el artículo 52 («El adquirente por actos *inter vivos* de una finca urbana compuesta de pisos o departamentos no podrá enajenar como fincas independientes los que al tiempo de la adquisición estuviesen arrendados hasta transcurridos cuatro años desde dicha adquisición, salvo si hubiera venido a peor fortuna»), o bien el supuesto que más interesa a este caso y que señala el citado artículo en su número 2.º: «Cuando el precio de la transmisión, incluido, en su caso, el importe de las cargas, exceda de la capitalización de la renta anual que en el momento de la transmisión pague el inquilino a los siguientes tipos: al 3 por 100 cuando hubiera ocupado la vivienda por primera vez antes de 1 de enero de 1942, y al 4,5 por 100 si lo fuera con posterioridad».

El efecto que produce la acción de impugnación, el único efecto, en el caso de que llegue a prosperar, es de que el adquirente no podrá negar la prórroga del contrato al inquilino impugnante fundándose en la causa primera del artículo 62 (cuando el arrendador necesite para sí la vivienda o local de negocio o para que los ocupen sus ascendientes o descendientes legítimos o naturales). No ataca, por tanto, esta acción la validez de la venta y se limita a impedir la denegación de la prórroga.

Para que pueda ejercitarse esta acción, el artículo 53 establece un plazo, ya que «la acción impugnatoria caducará a los sesenta días naturales, contados desde el siguiente de la notificación prevenida en el número dos del artículo 48, cuya notificación será siempre obligatoria».

El problema, por tanto, consiste en determinar si el primer párrafo del artículo 53 —el arrendatario o inquilino que cuando no hubiera ejercitado el derecho de tanteo o retracto puede impugnar la transmisión— se refiere sólo al que notificado debidamente *no lo hubiera ejercitado* o si también

puede ejercitarla cuando *no hubiera podido hacerlo*, tal como ocurre en el caso que comentamos.

Al menos, hay que reconocer que la cuestión así planteada hace surgir la duda de cómo debe interpretarse el citado artículo 53. Y teniendo en cuenta que la jurisprudencia en numerosas ocasiones ha declarado que las normas de la Ley de Arrendamientos Urbanos en esta materia son de interpretación extensiva en beneficio del locatario, es difícil mantener que en el caso de transmisión de finca por cuota indivisa no se le conceda a éste, al menos, la posibilidad de ejercitar la acción de impugnación cuando el precio de la transmisión de la cuota excede del tope legal que resulte de la capitalización de la renta anual. Tal vez por este motivo la ley insiste en la necesidad, en todo caso, de que existan las notificaciones.

Si prosperase judicialmente esta tesis, siempre serían necesarias las notificaciones, no solamente para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, sino también para contar el plazo de sesenta días naturales para ejercitar la llamada acción de impugnación, desbordando el juego de las notificaciones no sólo para el ejercicio de los derechos de preferente adquisición, sino también para poder ejercitar una acción específica señalada en la Ley de Arrendamientos Urbanos.

A. G. M.

NO ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE PARTICIPACIÓN DE HERENCIA OTORGADA POR LOS DOS COMISARIOS DESIGNADOS EN EL TESTAMENTO, EN LA QUE ÉSTOS INTERPRETAN LA VOLUNTAD DE LA CAUSANTE EN EL SENTIDO DE QUE SÓLO LOS NIETOS EXISTENTES A SU MUERTE PUEDEN RECIBIR UN LEGADO, SIN HACER EN LA ESCRITURA DE PARTICIÓN LA RESERVA DE DERECHOS EN FAVOR DE OTROS POSIBLES BENEFICIARIOS.

Resolución de 27 de diciembre de 1982 (B. O. del E. del día 22 de enero de 1983).

Antecedentes.—Doña Josefa Barragán García falleció bajo la vigencia de su último testamento abierto otorgado ante el Notario de Constantina, don Jesús J. Roy-Zurita Muñoz, en el que establecía, entre otras disposiciones, la siguiente: «Cuarta: Lega a sus nietos Rafael, Concepción, Dionisia, Antonio y Joaquín Aguión Parrón, hijos de su mencionado hijo Rafael Aguión Barragán, así como a los demás que pudiera tener en el futuro, por iguales partes, el resto del tercio de mejora de su herencia, que recibirán en pleno dominio si premuere a la testadora su cónyuge, y su nuda propiedad si le sobrevive éste»; que por escritura autorizada por el Notario de Guadalcanal, don Luis Maíz Cal, el día 19 de junio de 1980, se llevó a efecto la partición de la herencia causada por el fallecimiento de la testadora, interviniendo en la misma tanto el cónyuge viudo como dos comisarios contadores-partidores que había designado la causante, y se adjudicaron a los cinco nietos, Rafael, Concepción, Dionisia, Antonio y Joaquín Aguión Parrón, la nuda propiedad de un inmueble de la herencia.

Presentada en el Registro de la Propiedad número 3 de Sevilla copia de la anterior escritura, fue calificada con nota del siguiente tenor literal: «Presentado a las diez y veinte horas del día de hoy, asiento número 3.443 del folio 240 del Diario 1-37, se deniega la inscripción solicitada de la nuda propiedad de la finca que se describe bajo el número 6 del inventario (*sic*) por el defecto insubsanable (*sic*) de no ser posible determinar el número de los nudo propietarios instituidos hasta el fallecimiento del usufructuario don Rafael Aguión Barragán (arts. 675 y 750 del Código Civil). No procede tomar anotación preventiva. Sevilla, a 7 de mayo de 1981. El Registrador. Firma ilegible».

Por el Notario autorizante de la escritura, don Luis Maíz Cal, se interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: que la nota de calificación resulta incongruente al denominar usufructuario al hijo y heredero de la causante don Rafael Aguión Barragán, pero que en aras

de la continuación del recurso deberá entenderse referida dicha expresión al hijo de la causante —único que podría proporcionar más nietos— y no al viudo de la misma; que entrando ya en el fondo del problema planteado, ha de señalarse que la partición hereditaria una vez efectuada por el comisario, causa estado, sin necesidad del requisito de la aceptación por los herederos ni de la aprobación de la misma, y pueden —según las Resoluciones de 19 de junio de 1929 y 3 de agosto de 1944— tener acceso al Registro de la Propiedad al no exigirse una demostración *a priori* de que las mismas no perjudican a los herederos, aunque si bien quedan reservadas las acciones de impugnación a los que resultaren lesionados por ella; que, en consecuencia, las particiones efectuadas por el comisario designado por el testador, crean un estado de derecho que surte efecto y son inscribibles, en tanto no sean rescindidas por los Tribunales; que para la determinación de los nudo propietarios ha de seguirse una doble línea: una, la de reunir la condición de ser nieto de la testadora, y la segunda, que consiste en vivir al tiempo del fallecimiento de la misma; que esta segunda necesidad se deriva de la interpretación normal y usual del artículo 758 del Código Civil, ya que si para calificar la capacidad del heredero o legatario ha de atenderse al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate, y es el nacimiento el que determina la personalidad, del no concebido que carece de existencia alguna no puede hablarse de capacidad para suceder; que esta doctrina está sancionada por diversas decisiones jurisprudenciales, entre otras, por la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1935, la cual llega a tal interpretación a través del sistema general del Código Civil y de la armónica relación de los artículos 29, 745 y 758, y siendo una clara muestra de ello el propio artículo 758, que al referirse a la institución o legado condicional exige que se atienda además al tiempo en que se cumpla la condición; que de este modo los no concebidos al tiempo de la muerte del causante sólo pueden llegar a adquirir la herencia o legado por la vía de la sustitución fideicomisaria, al amparo del artículo 781 del Código, y sin que esta interpretación pueda ser desvirtuada por aquellas sentencias del Tribunal Supremo —como las de 25 de abril de 1963 y 3 de abril de 1965— en las que, con el fin de mantener disposiciones testamentarias intrínsecamente útiles y honestas, admite la validez de la institución de personas no concebidas mediante su transformación en una sustitución fideicomisaria, siempre que concurran los requisitos de la misma, supuesto que no acontece en el presente recurso, en el que los nudo propietarios están perfectamente determinados; que el criterio sostenido por el recurrente tiene además un fundamento de carácter utilitario o funcional, y que consiste en que si se siguiera la opinión contraria ocasionaría siempre una indeterminación en todos aquellos casos de institución de heredero o de sustitución vulgar en que el testador designe a aquellos que pudieran tener en el futuro, con la grave consecuencia de tener que aplazar la partición hasta un cierto momento, consecuencias que no parecen fuesen queridas por el testador; que el evento, a que se refiere el artículo 750, ya se ha producido, al darse en los pseudopropietarios la doble circunstancia de ser nieto y estar nacidos al tiempo del fallecimiento de la testadora, y sin que sea obstáculo la posibilidad de algún otro hipotético nieto que resultase preterido en la determinación hecha por el comisario, puesto que contaría a su favor con la disposición del artículo 1.080 del Código; que en relación a la aplicación del artículo 675 del Código Civil —alegado en la nota— han de tenerse en cuenta dos precisiones: 1.ª Que según diversas

resoluciones de la Dirección General, los comisarios deben hacer la partición, sin que pueda impedir ésta las dudas que surjan, de tal suerte que ante la posibilidad de varias interpretaciones a la voluntad del testador, el contador-partidor adoptará la que considere más legal y procedente. 2.ª Que siguiendo el criterio de que debe prevalecer la voluntad verdadera según la propia intención que tuviera la testadora, en la partición se interpretó el testamento con sentido común, a fin de dar eficacia a la voluntad de la testadora, aunque para ello se saltase la palabra de la cláusula; que, en definitiva, de la lectura del testamento puede deducirse que difícilmente la testadora pudo pensar, en el momento del otorgamiento, que su nuera pudiese darle nuevos nietos, razón que nos obliga a entender que la expresión empleada debe su origen a la práctica testamentaria usual.

El Registrador de la Propiedad emitió el informe correspondiente, alegando: Que la nota calificatoria no es incongruente por el hecho de haberse padecido el error de denominar usufructuario al hijo de la causante, ya que al haber quedado identificado no da lugar a duda alguna; que estamos en presencia de una institución de herederos a favor de personas inciertas, cuestión que nada tiene que ver con las sustituciones fideicomisarias; que la interpretación dada a la cláusula testamentaria cuenta en su apoyo no sólo con el sentido literal de las palabras, sino que en el presente caso la intención coincide con las palabras empleadas al decir, «así como a los demás que pudiera tener en el futuro, por partes iguales»; que, en consecuencia, están instituidos también todos los demás nietos que pudiera tener en el futuro, futuro éste que comprende hasta el fallecimiento del hijo único de la testadora; que no son de tener en cuenta las consideraciones del recurrente acerca de la posibilidad de que sobrevengan nuevos nietos, ya que ésta siempre existe; que la calificación es, pues, correcta dado que se basa en la interpretación literal de la cláusula testamentaria y en el llamamiento a favor de personas inciertas, que cuando ocurra el evento, quedarán determinadas; que el supuesto que nos ocupa ha sido exhaustivamente abordado, y con uniformidad del criterio, tanto por el Tribunal Supremo como por la Dirección General, bastando citar, a modo de ejemplo, la Resolución de 16 de julio de 1975, a propósito de un expediente de dominio en el que se pretendía dejar sin efecto una cláusula similar a la que nos ocupa.

El Presidente de la Audiencia Territorial dictó auto por el que se confirmaba la nota calificatoria, alegando, entre otros fundamentos, que en la escritura de partición se hace omisión de los posibles futuros nietos claramente instituidos por la voluntad de la testadora, la cual debe ser respetada, pese a la partición en que esto se omite; que la validez de las instituciones testamentarias a favor de los *nasciturus nondum concepti* está plenamente reconocida por la jurisprudencia y doctrina, tanto del Tribunal Supremo como de la Dirección General de los Registros y del Notariado, interpretando sistemáticamente los artículos 750, 758, 759, 779 y 781 del Código Civil, y que en estos supuestos no procede la inscripción de los derechos de nuda propiedad en situaciones afectas por una real dependencia mientras no se produzca el fallecimiento del hijo de la causante.

El Notario recurrente se alzó de la decisión presidencial, alegando en su escrito análogos fundamentos a los indicados en el de interposición del recurso, y especialmente los relativos a la imposibilidad de instituir a personas no concebidas si no es a través de la figura de la sustitución fidei-

comisaria, los resultados prácticos a que daría lugar la admisión de la tesis contraria, a las facultades de interpretación del testamento por los comisarios y a la aplicación al supuesto del artículo 1.080 del Código Civil.

Doctrina de la Dirección.—Vistos los artículos 29, 30, 745, 750, 758, 781, 784, 1.056, 1.057, 1.074, 1.075 y 1.080 del Código Civil; las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1929, 18 de mayo de 1933, 7 de enero de 1942, 9 de junio de 1952, 8 de marzo de 1954, 2 de noviembre de 1957, 25 de abril de 1963 y 3 de abril de 1965, y las Resoluciones de este Centro de 27 de febrero de 1922, 23 de julio de 1925, 15 de julio de 1943, 28 de abril de 1945, 18 de diciembre de 1951, 11 de febrero de 1952, 17 de diciembre de 1955, 5 de enero de 1959, 19 de noviembre de 1960, 6 de abril de 1962 y 14 de septiembre de 1964.

Considerando que este recurso plantea la cuestión de si es inscribible una escritura de partición de herencia otorgada por el cónyuge viudo de la testadora y los dos comisarios designados en el testamento, en la que éstos interpretaron la última voluntad de la causante en el sentido de que sólo los nietos existentes al fallecimiento de la testadora son quienes pueden recibir la nuda propiedad del resto del tercio de mejora legado, mientras que la nota de calificación, por el contrario, entiende que no es éste el único momento adecuado para fijar el número de los nietos favorecidos por el legado, sino que además la muerte del único hijo y heredero de la testadora, lo que todavía no ha acaecido, puede determinar algún nuevo nieto con derecho al legado.

Considerando que es reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y de esta Dirección que las particiones realizadas por el comisario o contador-partidor, al reputarse como si fueran hechas por el propio causante, son por sí solas inscribibles, sin necesidad de ser aprobadas por los herederos o legitimarios, por lo que, en principio, causan un estado de derecho que surta todos los efectos mientras no sean impugnadas.

Considerando que no obstante lo anterior, también es reiterada la jurisprudencia de este Centro de que los contadores-partidores, a que se refiere el artículo 1.057 del Código Civil, tienen amplias facultades para interpretar y cumplir la voluntad del testador, y al efecto pueden hacer las declaraciones unilaterales necesarias, pero, como resolvió, entre otras, la sentencia de 18 de mayo de 1933, no con su libérrimo arbitrio, sino con sujeción estricta al testamento, que constituye la norma fundamental de la sucesión, y sin que tales facultades alcancen a realizar una partición en la que presumiblemente se refleja una voluntad que no está racionalmente en concordancia con la del testador.

Considerando que, por tanto, habrá que tratar de investigar si en este caso concreto la partición verificada está en consonancia con la voluntad de la testadora, que tras legar el usufructo de una parte del tercio de mejora a su esposo, lega la nuda propiedad a los cinco nietos de su único hijo designados nominativamente que viven al otorgar su testamento, «así como a los demás que pudiera tener en el futuro», y teniendo en cuenta que al fallecer la causante no ha habido más nietos que los que específicamente había designado.

Considerando que la voluntad del causante manifestada en el testamento constituye la ley de la sucesión y autoriza al testador establecer, con tal de no traspasar los límites impuestos por el Derecho, las cláusulas que estime conveniente para la disposición de sus bienes, como es la de disociar

el usufructo de la nuda propiedad o someter la adquisición del pleno dominio de los bienes de la herencia a determinados eventos, según ocurre en los llamamientos hereditarios hechos en favor de *nondum concepti*, que cuando no revistan la forma prevista en el artículo 781 del Código Civil deben ser examinados con la máxima cautela y sin olvidar la regla general de nuestro ordenamiento jurídico de que la apertura de la sucesión es el momento en que debe apreciarse la capacidad del heredero.

Considerando que esta regla general aparece matizada por nuestra jurisprudencia —entre otras, Sentencias de 25 de abril de 1963—, en el sentido de que en nuestro Derecho positivo, y en base al artículo 745, 1.º, en relación con los 29, 30 y 758, así como 781, 783 y 785, no existe prohibición alguna respecto a la posibilidad de suceder *mortis causa* de las personas no nacidas ni todavía engendradas, siempre que sean de algún modo identificables e identificadas en su existencia real como tales personas, pues en otro caso, la institución —en este supuesto, el legado—, por ser a favor de un sujeto incierto, sería ineficaz, sin que obste a ello el que el testador los haya concretado no en forma específica, sino genéricamente, con tal de que exista certeza en el beneficiario.

Considerando que la interpretación de la cláusula debatida en su sentido literal y lógico, muestra que la voluntad de la testadora fue la de que tuvieran el carácter de legatarios todos sus nietos, tanto los que vivían al otorgar el testamento y que designa nominativamente, los cuales han adquirido ya su derecho al fallecer la causante, como los que a partir de esta fecha pueda tener su único hijo, por lo que será el momento del fallecimiento de éste, que opera a modo de término suspensivo, el que concretará el posible número de nuevos legatarios a añadir a los cinco ya existentes al causarse la sucesión, por lo que al no haberse hecho en la escritura de partición la reserva de derechos en favor de estos posibles beneficiarios, no procede su inscripción en la forma establecida.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado y la nota del Registrador.

COMENTARIO.—Son dos las cuestiones fundamentales planteadas en esta resolución, siendo la primera, y como cuestión previa, la admisibilidad en nuestro Derecho de heredar los *nascituri*, y la segunda, la que trata de las facultades de los contadores-partidores en cuanto a la interpretación del testamento.

La primera cuestión, siguiendo la Dirección General el criterio de otras resoluciones y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo resuelve en sentido afirmativo, continuando una línea progresista en la interpretación de nuestro Código Civil.

La doctrina mantenida en la resolución ha seguido un largo y trabajoso camino, que prácticamente se inicia con el conocido trabajo de ROCA SASTRE: «Eficacia de los llamamientos sucesorios a favor de los *nascituri*» (1). Esta aportación de ROCA es importante, ya que tal vez, por primera vez en nuestra doctrina, se aclaran algunos conceptos que venían confundidos en los tratadistas clásicos, tal como el de separar tajantemente el problema de la capacidad para suceder con el de la existencia del heredero al tiempo del fallecimiento del causante, considerando que esto último constituye un presupuesto legal, a modo de una *conditio iuris*, para la efectividad del llamamiento sucesorio. La tesis mantenida por ROCA sigue el criterio romanista tradicional, afirmando la regla general de la necesidad

indispensable de la existencia de la persona llamada al tiempo de la muerte del causante (o, al menos, que se halle concebida), admitiendo diversas excepciones que permiten la validez de los llamamientos a favor de los no concebidos a la muerte del testador.

Son también importantes las aportaciones de GONZÁLEZ PALOMINO —«Diagnóstico y tratamiento del pseudousufructo testamentario» (2)— y, sobre todo, la teoría mantenida por DÍAZ PASTOR en su conocida conferencia «Las disposiciones testamentarias en favor de los no concebidos» (3), en la que se mantiene claramente la solución afirmativa admitiendo su posibilidad.

Podemos decir que hoy está consolidada la doctrina en esta última dirección, y casi todos los autores modernos la admiten en base a que no existe prohibición legal en nuestro Derecho (4) para que no puedan ser llamados los *nascituri* y que una interpretación sistemática del Código lleva a su admisibilidad, bien a través de la sustitución fideicomisaria (cuestión siempre admitida sin discusión), bien a través del legado, o, en general, en aquellos supuestos que, según LACRUZ BERDEJO, «las relaciones jurídicas del causante no dejen de tener en momento alguno un titular, aspiración que tiene un sentido práctico, pues evita la vacancia de los bienes durante un período prolongado. Ahora bien: como lo que quiere la ley es que no queden los bienes sin titular actual, en cuanto se satisface esta exigencia, aun la doctrina más conservadora considera posible la institución de los no concebidos» (5).

Admitida esta doctrina por la Dirección General, cabe preguntarse a qué se refiere el final del último considerando al advertir que: «... al no haberse hecho en la escritura de partición la reserva de derechos a favor... de los posibles beneficiarios, no procede su inscripción en la forma establecida».

De lo que se deduce que si se hubiera hecho la «reserva de derechos» a favor de los nacederos, la escritura hubiera tenido acceso al Registro.

Este tema conviene tratarlo más ampliamente, ya que bajo el punto de vista de la práctica notarial y registral sea tal vez el más interesante.

En el caso planteado en la resolución, al existir el usufructuario en el momento de la muerte de la causante y cinco nudos propietarios, nietos de la testadora, no se plantea el problema más complicado de que sólo existiera el usufructuario, con adjudicación en vacío de la nuda propiedad. En realidad, lo que ocurre, en el supuesto contemplado en el recurso, es una adjudicación concreta al viudo en usufructo del resto del tercio destinado a mejora y una adjudicación provisional en nuda propiedad a los cinco nietos. Digo provisional, ya que sin modificar su calidad de legatarios en nuda propiedad, el posible nacimiento de uno o varios hermanos puede modificar el número de titulares y, por tanto, el *quantum* del legado. Esta provisionalidad requiere, tal como afirma la resolución, la necesidad de establecer una reserva de derechos a favor de los futuros nacidos mientras viva el hijo de la testadora, ya que únicamente la muerte de éste, que opera a modo de término suspensivo, concretará el posible número de nuevos legatarios a añadir a los cinco ya existentes al causarse la sucesión... Hay que entender lo que afirma este considerando comprendiendo

(1) *Revista de Derecho Privado*, 1946. Hoy aparece recogido este trabajo en «Estudios sobre sucesiones», Instituto de España, t. I, págs. 241 a 280.

(2) *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. II, 1950, págs. 475 y ss.

(3) *Idem*, t. VI, 1952, págs. 543 y ss.

(4) Al igual que ocurre en otros Códigos extranjeros, como el francés, alemán, italiano, etc.

(5) *Derecho de sucesiones* (con SANCHEZ REBULLIDA), 1981, pág. 72.

no sólo los que vivan a la muerte de su padre (incluso los que sean de distinto matrimonio), sino también, tratándose de varón, del concebido y no nacido. Pero todo esto, que, en principio, parece sencillo, se puede complicar para el caso de existencia de hijos extramatrimoniales, lo que llevaría de nuevo a indagar la voluntad de la testadora, puesto que en la cláusula testamentaria, después de citar nominativamente a los cinco nietos, añade «así como a los demás que pudiera tener en el futuro», lo que daría lugar a dificultades para consolidar la situación para los hijos matrimoniales y seguramente algún complicado problema de Derecho transitorio.

Partiendo, por tanto, de la necesidad, para su debida inscripción en el Registro, de la llamada reserva de derechos, conviene precisar de qué tipo de reserva se trata y el posible régimen jurídico de estos bienes, sobre todo en cuanto a su posible disposición.

No se trata, desde luego, de ninguno de los tipos de reserva en el sentido clásico que nuestro Código reconoce (ordinaria, extraordinaria y con dudas de si es reserva la del ausente), sino más bien de una situación jurídica de pendencia, siguiendo la terminología del profesor DE CASTRO (6), que se encuadra en el concepto genérico de las llamadas situaciones jurídicas interinas. La situación jurídica de pendencia consiste en que la titularidad de los nudos propietarios queda pendiente del nacimiento de otra u otras personas, siendo, por tanto, provisional el número de los llamados hasta que ocurra el hecho de la muerte de una persona (en este caso, de su padre, hijo de la testadora), hecho que, como afirma la resolución, actúa a modo de término suspensivo (ha de llegar necesariamente, aunque se ignore cuándo).

No se trata de reserva en el sentido clásico, ya que no coinciden los fundamentos de la misma con la situación que se contempla en el supuesto de la resolución, y de buscar alguna analogía, se parece más a la establecida en favor del ausente en el artículo 191 del Código Civil (aunque esta obligación de reservar hasta la declaración de fallecimiento, más que obligación de «reservar» parece ser que se trata de una obligación de «conservar»). La situación es muy análoga, y durante este período interino, hasta que se sepa con certeza el nacimiento o no de más legatarios, los bienes legados en nuda propiedad (o en pleno dominio a la muerte del usufructuario) quedan en una especie de administración, a cargo de los demás colegatarios, a los que creo se puede aplicar el artículo 804 del Código Civil («Los administradores tendrán los mismos derechos y obligaciones que los que le son de los bienes de un ausente»), con la matización de que al ser copropietarios de los mismos bienes, únicamente tendrán el carácter de administradores en cuanto a la parte de cuota que corresponda a los no concebidos en el caso de que lleguen a nacer.

Esta solución puede tener ventajas prácticas más importantes que si se aplicaran a la situación creada las normas sobre la reserva ordinaria de los artículos 974 y siguientes en cuanto a la posible enajenación de los bienes, ya que, siguiendo el criterio propuesto, de aplicar las normas sobre bienes del ausente, cabría siempre la posibilidad de que en caso de *necesidad o utilidad evidente*, reconocida y declarada por el Juez, podrían ser vendidos, gravados, hipotecados o dados en prenda, siempre que la auto-

(6) *Derecho civil de España*, 2.ª ed., págs. 606 y ss.

ridad judicial determine el empleo de la cantidad obtenida, según establece el párrafo último del artículo 186.

Lo cierto es que la falta de regulación sistemática de nuestro Código en esta materia, ya que contiene normas aisladas y a veces poco congruentes, obliga a indagar la solución a través de preceptos, aunque sea por aplicación analógica, principio recogido hoy expresamente en el número 1 del artículo 4 del Código, para el caso de que concurren identidad de razones.

El segundo problema principal planteado en la resolución es el de las facultades de los contadores-partidores en cuanto a la interpretación del testamento, afirmando una vez más la Dirección lo que ha sido constante jurisprudencia en cuanto a que las particiones efectuadas por comisario o contador-partidor no necesitan ser aprobadas por los herederos o legitimarios, ya que se entiende como si fueran hechas por el propio testador, causando un estado de derecho que mientras no sea impugnado produce todos sus efectos.

Indudablemente, entre las facultades de los contadores-partidores se encuentra la de interpretación del testamento como cuestión previa a las operaciones particionales, ya que todo testamento, incluso aquellos de cláusulas sencillas, necesitan interpretación. Y aunque, tal como dice la resolución, estas particiones se entienden realizadas como por el mismo causante, sin embargo, se distinguen de las hechas por el propio testador en que en las primeras no existe interpretación auténtica, por lo cual no se entiende definitiva, e impugnada por cualquier persona legitimada, prevalecerá, como es lógico, la que fijen los Tribunales. Pero estas facultades interpretativas tienen que ajustarse necesariamente a la voluntad del testador, que es la ley fundamental de la sucesión.

En el supuesto planteado en la resolución no coincide la interpretación de los contadores con la voluntad de la testadora, excediéndose, por tanto, en su cometido y no cumpliendo la voluntad de ésta.

La doctrina de la resolución hay que considerarla como esclarecedora y sistematizadora de la numerosa jurisprudencia que existe sobre esta materia, y, por tanto, importante, ya que al admitir, una vez más, la Dirección General la posibilidad de la validez de los llamamientos a los no concebidos, recuerda también de forma clara y tajante lo que muchas veces se olvida: que la voluntad del testador es la ley fundamental de la sucesión, siempre que ésta no traspase los límites impuestos por el Derecho.

A. G. M.