

La anotación preventiva del derecho hereditario

SUMARIO: La anotación preventiva en general: 1. Ideas generales.—2. Antecedentes históricos.—3. Idea del Derecho comparado.—4. Concepto y naturaleza jurídica de las anotaciones preventivas.—5. Fundamento.—6. Efectos de las anotaciones preventivas en general.—II. El derecho hereditario: 1. Diversos sentidos del término.—2. La comunidad hereditaria.—3. El derecho hereditario in abstracto.—4. Criterios de la Dirección General de los Registros y del Tribunal Supremo.—III. La anotación preventiva del derecho hereditario: 1. Antecedentes: la inscripción del derecho hereditario.—2. La Reforma de 1944-46.—3. Ambito y requisitos de esta anotación preventiva.—4. Personas que pueden pedirla y procedimiento para obtenerla.—5. Efectos de esta anotación preventiva.—6. Duración y extinción.

I. LA ANOTACION PREVENTIVA EN GENERAL

1. IDEAS GENERALES

El Derecho inmobiliario registral se articula en su fase actual de desarrollo, en una serie de principios destinados a vigorizar el crédito territorial, haciendo más fáciles las adquisiciones de bienes inmuebles y facilitando la circulación de los mismos, es decir, garantizando la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, lo que se conseguirá, sobre todo, mediante la protección del adquirente. A este resultado se llega mediante la combinación de los principios de Publicidad Material e Inscripción, que hacen posible sus manifestaciones más enérgicas.

Pero los Sistemas Hipotecarios para conseguir un resultado conveniente tienen que habilitar medios jurídicos conducentes a no mantener en todo caso el reconocimiento con carácter incontrovertible del titular registral, cuando la realidad tabular no sea un reflejo de la situación jurídica extrahipotecaria, dándose una oposición entre el Registro y la realidad jurídica.

Siendo preceptivo, por otra parte, que los derechos vayan al Registro revestidos de forma auténtica, con sujeción a normas de Derecho necesario, no sólo en cuanto a las condiciones del sujeto, sino, también, en cuanto al negocio jurídico portador del derecho real y, a las formas extrínsecas del documento, el Legislador tuvo que establecer formas de protección al interesado en la inscripción, mientras quedaban subsanados los defectos que impedían la operación registral solicitada.

Por otra parte, marcada la separación en campos distintos de los dos grandes grupos de los derechos patrimoniales, reales y de crédito, estimándose los primeros aptos para el acceso al Registro por medio de la inscripción, había que señalar la procedencia o no de llevar los derechos personales al Registro, en virtud de medios distintos de la inscripción.

Era, también, necesario reglamentar medios adecuados para que las decisiones judiciales tuviesen pleno valor ejecutivo, pero sin detrimento del tráfico inmobiliario.

Por todo ello, para enervar los efectos enérgicos de la *fides publica*, garantizar, mientras se subsanan los defectos, los títulos carentes de plenos efectos jurídicos, admitir cierta eficacia registral para determinados derechos personales, y proteger en su realización y eficacia los pronunciamientos judiciales, se ha regulado por las Legislaciones *asientos provisionales* (1). Como dice Cossío, el carácter definitivo de la inscripción, de una parte, y, de otra, la necesidad de que el contenido de la misma deba ser, en todo caso, una relación jurídico-real perfecta, hace que si se intenta mantener el debido paralelismo entre el Registro y la vida real, sea necesario acudir a unos asientos especiales, aptos para reflejar, ya, situaciones transitorias, que pugnarían con la nota de permanencia inherente a la inscripción, ya, estados reales imperfectos, que aspiran a perfeccionarse en lo futuro, creando relaciones que puedan originar, una vez declaradas, inexactitudes del Registro, que deban corregirse (2). Razón por la que nuestro Derecho regula para casos concretos y específicos, señalados individualizadamente por la Ley, un asiento de menor solemnidad que la inscripción, con efectos, en general, más reducidos, y además con duración legalmente limitada: el de *anotación preventiva* (3).

(1) FERNANDO CAMPUZANO Y HORMA: *Legislación Hipotecaria*, tomo II, 2.^a edición, corregida por J. M. LÓPEZ TORRES, Madrid, 1942, pág. 2.

(2) ALFONSO DE COSSÍO Y CORRAL: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, 2.^a edición, Barcelona, 1956, págs. 264 s.

(3) J. L. LACRUZ BERDEJO-F. SANCHO REBULLIDA: *Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona, 1968, pág. 261.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Para evitar, en lo posible, las expoliaciones que el riguroso juego de los mecanismos hipotecarios puede provocar, especialmente, como consecuencia de los *principios de publicidad y de inscripción*, y atenuar las consecuencias que chocan escandalosamente contra la intuición jurídica popular, sin desvirtuar el sistema, se admitió ya desde mediados del siglo XVIII la posibilidad de asientos provisionales (*Protestationes*) que garantizaban las acciones modificadoras de la situación real nacidas fuera del Registro. Así, en el párrafo 32 de la Ordenanza Hipotecaria dada para Silesia por Federico II el 4 de agosto de 1750, y en la Ley Hipotecaria de Prusia de 20 de diciembre de 1783, sobre cuyas disposiciones *la Teoría* se desarrolló extraordinariamente, distinguiendo: 1.º Las protestas para conservar el derecho y el lugar (*Protestationes pro conservando iure et loco*) de carácter positivo y cuya finalidad era asegurar la inscripción de los derechos reales existentes sin ella y de los contratos que engendran obligaciones de inscribir (*iura ad rem*). 2.º Las *protestationes pro conservandis exceptionibus*, donde predomina el aspecto negativo, y cuya principal función era el proteger al acreedor frente a los actos dispositivos del titular registral; y, 3.º Las *protestationes de non disponendo*, motivadas por mandamientos judiciales que tendían a conservar el *statu quo* hipotecario, mediante el embargo de las fincas y derechos y el cierre registral del folio (4).

La variadísima cantidad de estos asientos provisionales y la divergente terminología de las Legislaciones habían introducido la confusión en el Ordenamiento Hipotecario, y antes de la vigencia del B.G.B., se conocían *protestas, defensas, prenotaciones, cláusulas, notas marginales, embargos, inhibiciones, mandamientos*, etc., de análogas funciones preventivas y caracterizadas, igualmente, por la nota común de la provisionalidad.

En las leyes prusianas de 1872 se había adoptado la reglamentación de las protestas bajo el nombre de *Vormerkungen* (prenotaciones), ya para conservar la facultad de inscribir un derecho real existente fuera del Registro o de cancelar el inscrito y no existente, ya para proteger una acción personal dirigida a la inscripción de una transferencia, modificación o gravamen real (5).

El *primer Proyecto del Código Civil alemán* recogió la designación *Vormerkung* y los preceptos protectores de la inscripción de derechos existentes sin ella, o de la cancelación de los derechos ya caducados,

(4) JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho Civil*, tomo I, Madrid, 1968, págs. 116 s.

(5) *Ibid.*, loc. cit.

permitiendo, también, la práctica de una anotación para conservar las contestaciones que pudieran oponerse al crédito hipotecario; pero denegó tal protección a las acciones personales, que sólo podían ser aseguradas por la vía del embargo y la prohibición de enajenar, ordenados en mandamiento judicial inscribible. Las críticas provocadas en las esferas oficiales y académicas frente a esta reglamentación que, a todo trance, quería mantener en pie la barrera levantada por la técnica germánica entre los derechos reales y los derechos personales, cristalizaron durante la *segunda lectura* en una oposición respetable, y motivaron la admisión de dos clases de anotaciones en el Código: *Widerspruchen* (contradicciones), asientos provisionales que protegen la inscripción de derechos relativos a una finca existentes en la realidad y en contraposición al Registro, y *Vormerkungen* (prenotaciones), para asegurar una acción personal que tiende a la inscripción o cancelación de un derecho. Las primeras tienen carácter real, mientras que las segundas tienen carácter personal u obligatorio y son complementarias (6).

En definitiva, se trataba de salir al encuentro, en el primer caso, de los grandes peligros que la inexactitud del Registro pudiera acarrear, pues en el altamente tecnificado Derecho Hipotecario alemán, la rigidez del *principio de la fe pública registral* «se vuelve contra las personas a quienes en la realidad los derechos asisten y les despoja de ellos, para asignarlos a quienes los adquieren fiándose del Registro» (7). Y, por otra parte, corregir la radical separación de los derechos reales y de crédito, que borra violentamente los matices del derecho a reivindicar, a poseer o a reclamar cosa determinada, separación que no corresponde a las concepciones populares y a la práctica jurídica, pues se compra la finca y no la obligación de entregarla (*non venditur traditio, sed res, nec traditio merx est, sed res tradenda*) (8), sobre todo si tenemos en cuenta el gran desarrollo que tiene en Alemania desde el siglo XVIII la contratación y el endeudamiento sobre inmuebles (9).

En nuestro Derecho, el término «anotación preventiva» fue introducido por la primera Ley Hipotecaria (1861), inspirándose en las prenotaciones germánicas.

En el *Proyecto de Código Civil*, de GARCÍA GOYENA (1851), se recogen dos asientos provisionales: *la anotación preventiva* (arts. 1.867 y ss.) y *las subinscripciones* (arts. 1.877 y ss.). Las primeras se referían a la

(6) *Loc. cit.*

(7) ARTHUR NUSSBAUM: *Tratado de Derecho Hipotecario Alemán*. Traducción española de W. ROCES, Madrid, 1929, pág. 46.

(8) JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Op. cit.*, pág. 123.

(9) NUSSBAUM: *Op. cit.*, págs. 349 y ss.

anotación de la demanda en juicio sobre la propiedad de bienes inmuebles o derechos reales y a las demandas sobre inscripción o cancelación de inscripciones, y a las anotaciones de títulos cuya inscripción no pudiera practicarse por defectos subsanables, acogiendo también estos asientos la publicidad y efectividad registral de los derechos de los legatarios y acreedores del difunto y de los créditos refaccionarios. Las *subinscripciones* eran un medio de anotación registral por referencia al margen de cualquier contrato, disposición testamentaria u otro acto que de cualquier modo modificase una inscripción sin extinguirla totalmente.

Recogía, pues, el Proyecto de 1851, al igual que en el Derecho alemán, el *carácter complementario* de estos asientos respecto de las inscripciones (10). El propio GARCÍA GOYENA nos dice que «la anotación preventiva, coincidiendo en los fines con la inscripción, tiene, sin embargo, por objeto atenuar lo que hay en ésta de riguroso (sic), sin perder nunca de vista el interés de las terceras personas; en este sentido viene a ser el complemento del sistema alemán, como puede verse en los artículos 12, 53 y 113 de la Ley de Baviera, 289 al 300 de la de Prusia y en otras varias». Y añade: «por este medio el que tiene fundados motivos para reclamar la propiedad u otro derecho real sobre bienes inmuebles, no tiene que temer que, anticipándose un tercero en la adquisición de tales bienes y en su inscripción, pueda oponerle la excepción que encontraría en otro caso en los artículos 1.859 y 1.860 (11).

Ya anteriormente, como han puesto de relieve los estudiosos del Derecho Hipotecario, la palabra *anotación*, en un sentido próximo al actual, fue empleada en nuestro Derecho. Así, en una pragmática de Pedro III de 1339, se disponía que en Cataluña se «anotasen» los bienes de los criminales para que no pudieran enajenarlos (12). Se habla también como precedente de la anotación preventiva, de la llamada procesalmente *vía de asentamiento*, establecida por el *Fuero Real*, por virtud de la cual se ponía al demandante en posesión de los bienes litigiosos cuando el demandado era declarado rebelde, que fue sustituida por el *Procedimiento en Rebeldía* de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(10) LUIS Díez PICAZO: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. 2.º, Madrid, 1978, pág. 403.

(11) FLORENCIO GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, tomo IV, Madrid, 1852, págs. 230 a 232.

(12) RAMÓN DE LA RICA Y MARITORENA: «La anotación preventiva en general», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (1977), pág. 401.

Pero el precedente más inmediato está en las *hipotecas judiciales*, considerándose la anotación preventiva como un cauce para sustituirlas, de acuerdo con los principios en las que aquéllas, como las demás hipotecas deben fundarse: los principios de *publicidad* y *especialidad*. En la Exposición de Motivos de nuestra primera Ley Hipotecaria nos lo recuerdan (13): «Dando a la nomenclatura una importancia que no debe parecer excesiva cuando se trata de materias tan técnicas, ha creído la Comisión que a la denominación antigua de hipoteca judicial debía sustituir la de anotación preventiva para indicar aquellas prohibiciones de enajenar, cuyo objeto es que en su día la sentencia tenga ejecución cumplida». Añadiendo que «además de las anotaciones preventivas que exige el curso de los procedimientos judiciales, se necesitan otras que tiendan a asegurar ciertos derechos reales ya existentes, pero que no se hallan en el caso de ser inscritos, bien porque no son aún definitivos, o bien porque su verdadera importancia no está aún determinada».

3. IDEA DEL DERECHO COMPARADO

La materia de nuestras anotaciones preventivas se divide en el *Derecho alemán* en otras diversas, tales como la *hipoteca forzosa*, el *asiento de contradicción*, la *prenotación* y las *prohibiciones o limitaciones de la facultad de disponer* dirigidas a asegurar la efectividad de una acción (14).

La *Hipoteca Forzosa* (Zwangshypothek). Se llama así porque se inscribe sin necesidad del consentimiento del deudor, dueño del inmueble, porque el título ejecutivo del acreedor suple ese consentimiento. Requiere la existencia de un título ejecutivo, de una deuda en metálico superior a la cantidad determinada legalmente y exigible y la presentación del título al Registrador. Se trata de una *hipoteca de seguridad* en la que el crédito no está cubierto por la protección del Registro. En ella, el derecho del acreedor, fundado en título ejecutivo, para pedirla es potestativo; pero, aun sin pedirla, si insta el procedimiento de ejecución o venta forzosa de finca o fincas del deudor, y el Tribunal decreta esta subasta, al decretarla se requiere al Registrador para que consigne la oportuna nota en los asientos de la finca o fincas, nota que surte los efectos de un verdadero embargo. Tanto las inscripciones de hipoteca forzosa como estas notas, equivalen a las

(13) Cuyo artículo 42 coincide sustancialmente con el de la vigente Ley Hipotecaria, salvo que no contempla la anotación preventiva del derecho hereditario.

(14) J. MORELL Y TERRY: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, tomo III, Madrid, 1917, pág. 14.

anotaciones preventivas admitidas en nuestra Legislación en caso de ejecución de sentencia, juicio ejecutivo, embargo preventivo, procedimiento de apremio, etc. (15).

El *asiento de contradicción* (Widerspruch). Es una inscripción de carácter provisional, que tiende a asegurar en su día la rectificación del Registro. Presupone siempre un asiento inexacto en las hojas registrales y trata de evitar que el titular en una inscripción inexacta transmita a otra persona su derecho antes de que en el Registro se haga constar su inexactitud, en cuyo caso el adquiriente gozaría ya de la protección concedida por la Ley a la inscripción (principio de fe pública registral) y la inexactitud anterior no podría ya perjudicarlo (16).

Encuentra este asiento, pues, su justificación en la posibilidad reconocida por la Ley de que las declaraciones registrales y la situación jurídica real sean discordantes. Supuesto este conflicto, la Ley se coloca al lado del verdadero titular (extrahipotecario) si el principio de publicidad no impone diversa solución, y para asegurar los derechos reales y las prohibiciones de disponer existentes aunque no inscritos, de los riesgos con que les amenaza el juego inflexible de los principios hipotecarios, permitiendo la extensión de un asiento provisional que pone en entredicho la exactitud actual del Registro y prepara la futura inscripción armónica. Todas las causas de inexactitud del Registro, bien actúen fuera de los libros, provocando modificaciones reales, bien dentro de ellos, alterando sin base jurídica las inscripciones, pueden dar lugar a acciones de rectificación, cuyo desarrollo se ha protegido por medio de las *Widerspruchen*. Así, los cambios jurídicos que surgen sin inscripción, en virtud de una sentencia firme, expropiación forzosa, régimen económico matrimonial, herencia, cumplimiento o incumplimiento de condiciones, consolidación, subrogación, etc., como los casos en que una inscripción carece de base material suficiente o cooperante (*Einingung*) por ser nulos, ineficaces, anulables o falsos los instrumentos, no producir efectos de cosa juzgada, o haber sido revisadas las sentencias, existir suposición o sustitución de otorgantes, estar equivocada la declaración de herederos o revocado el testamento, haber cometido delito o falta el Registrador, etc.

El interés del titular en rectificar las declaraciones equivocadas (mediante una petición documentada que dirige al Registrador, o un procedimiento establecido contra el titular hipotecario, para que consienta) es indiscutible, y también lo es la justicia con que la Ley pone a su disposición el recurso de obtener un asiento, para anunciar a cuantos

(15) *Ibid.*, pág. 15.

(16) *Loc. cit.*

deseen contratar sobre la finca, que hay un derecho no inscrito o inscrito a favor del no dueño, extinguido sin cancelar o cancelado sin extinguir, de mayor o menor extensión que la fijada, con limitaciones, cargas, contenido o prelación diferentes... (17).

Siguiendo a JERÓNIMO GONZÁLEZ, pueden señalarse como efectos de la contradicción:

1.º La paralización del principio de publicidad sin cierre del folio. El tercero no puede alegar la falta de inscripción del derecho o pretensión protegidos por el asiento provisional.

2.º La imprescriptibilidad del mismo, como si estuviese registrado, y la suspensión de la prescripción tabular, que de otro modo podría ser alegada por el titular de la inscripción equivocada. En cambio, la acción correspondiente al derecho de crédito anotado (Vormerkung) está sujeta a su prescripción especial.

3.º Conserva el puesto adquirido para la inscripción definitiva.

4.º Defiende al favorecido contra las consecuencias de la ejecución forzosa o declaración de quiebra del gravado con la declaración de contradicción (18).

La *contradicción* deja sin efecto, respecto de la inscripción protestada, el principio de la fe pública. Sin embargo, su fin no es clausurar en absoluto la inscripción ni privar a la persona que inscribió de toda posibilidad de disponer del derecho que el Registro le reconoce, sino prevenir a cuantos lo adquieran, o sobre él funden otro, que este derecho puede caducar, en el caso de decretarse la rectificación pendiente. Pero toda enajenación o gravamen se halla en su eficacia pendiente del resultado de la contradicción. Si la inexactitud se declara, todas las inscripciones posteriores a la fecha de este asiento provisional se anulan y cancelan (19). Tiene, por tanto, carácter provisional, pero no fuerza retroactiva: todas las adquisiciones realizadas de buena fe con anterioridad quedan intactas (20).

Puede encontrarse cierta similitud entre estos asientos y las anotaciones preventivas de demanda de propiedad de inmuebles o derechos reales, de nulidad, de rescisión, etc. (21).

La *prenotación* (Vormerkung). Es un asiento provisional que garantiza el desarrollo de una acción personal que tiende a variar una situación real inscrita. Todos los derechos de crédito contenidos en los títulos ins-

(17) JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Op. cit.*, pág. 120.

(18) *Ibid.*, pág. 121.

(19) MORELL Y TERRY: *Op. cit.*, pág. 16.

(20) NUSSBAUM: *Op. cit.*, págs. 48 y ss.

(21) MORELL Y TERRY: *Loc. cit.*

cribibles de la antigua técnica, ya fuesen dirigidos a la adquisición, revocación o modificación de un derecho, ya a provocar su cesión, gravamen o extinción, ya a cambiar la prelación hipotecaria, pueden ingresar en el Registro por este medio. Y no sólo cuando se pretenda una inscripción inmediata, sino cuando la extinción del asiento definitivo dependa de un plazo, condición o eventualidad.

Se extienden las prenotaciones por virtud del consentimiento de los interesados, por mandato judicial y de oficio por el Registrador en los casos impuestos por el principio de legalidad; y pueden proceder mediatamente de contrato, testamento, responsabilidad por enriquecimiento sin causa o acto ilícito o inmediatamente de la Ley (22).

El parágrafo 883 del B.G.B. establece en sus párrafos segundo y tercero los efectos de las prenotaciones: «Cualquier disposición que se efectúe sobre la finca o sobre el derecho después de la práctica de la prenotación es ineficaz, en la medida que frustrase o menoscabase la pretensión. Esto es también aplicable cuando la disposición se realiza en vía de ejecución forzosa o de ejecución de embargo o por el administrador del concurso. El rango del derecho a cuya constitución está dirigida la pretensión se determina según la práctica de la prenotación.»

Lo que significa que el titular registral afectado por la prenotación puede disponer de la finca o derecho a que ésta se refiere, pero sin perjuicio del derecho o pretensión que con la anotación se garantiza, si llegara a declararse procedente. Y que en caso de transformarse en inscripción definitiva su rango hipotecario se retrotrae a la fecha de la prenotación (23).

Nos recuerda NUSSBAUM que «aunque la prenotación tenga en ciertos aspectos idéntica eficacia que la inscripción de un derecho real (así, en caso de ejecución forzosa, los derechos anotados se consideran como inscritos, o en el supuesto de quiebra, la Ley concede al acreedor que tenga anotado su derecho el de ejercitar la separación de los bienes a los que afecta de la masa para hacer efectivo su crédito, es decir, para obtener la inscripción correspondiente...), no debe perderse de vista su función genuina: la anotación no protege nunca derechos reales ni hace perder su carácter puramente personal a la relación asegurada, limitándose a ampliar el radio de acción de sus efectos jurídicos, por lo que no son aplicables a los derechos anotados las 'Normas generales relativas a los derechos sobre inmuebles' de los parágrafos 873 y ss. del B.G.B.» (24).

Constituyendo la manifestación más clara de esta falta de aplicabilidad de las referidas normas el hecho de que la anotación no subsana los

(22) JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Op. cit.*, pág. 118.

(23) MORELL Y TERRY: *Op. cit.*, pág. 18.

(24) NUSSBAUM: *Op. cit.*, pág. 54.

defectos ni desvirtúa las excepciones que amenacen la existencia y eficacia de los derechos preventivamente anotados, al pasar a terceras personas: la fe pública no puede ser alegada para robustecer el contenido del derecho favorecido por la prenotación; como tampoco se sustrae el derecho anotado a las normas generales sobre la prescripción (25).

La admisión de muchas de las anotaciones en el Derecho alemán obedece, según hace constar MORELL Y TERRY, a la distinción existente entre el *contrato causal* y el *real*, al no existir verdadera transmisión sino mediante la *inscripción (constitutiva)* (26).

Prenotaciones y asientos de contradicción se asemejan por su carácter provisional y por la misión que ambos asientos tienen de garantizar derechos de suyo extraños al Registro. «Sin embargo —dice NUSSBAUM—, a pesar de esta coincidencia de forma y finalidad, su importancia para el comercio jurídico no puede ser más diversa. El asiento de contradicción supone siempre una anomalía, una falsedad del Registro, mientras que la prenotación es de ordinario producto de relaciones jurídicas normales» (27). «La contradicción —resume COSSÍO— presupone y afirma la inexactitud del Registro; la prenotación anuncia una futura modificación jurídica; la contradicción, protesta; la prenotación, profetiza» (28).

El *Código Civil suizo* se refiere, en los artículos 959, 960 y 961, bajo la rúbrica marginal de anotaciones, a las anotaciones de derechos personales, a las restricciones del derecho de enajenar y a las inscripciones provisionales, respectivamente.

Anotaciones de derechos personales. Por este medio el Código concede efectos respecto de terceros adquirentes a relaciones jurídicas que, sin entrar en la categoría de derechos reales, producen obligaciones cuyo cumplimiento está íntimamente ligado a un bien inmueble. Pero no se concede protección a todos los derechos personales contra la posibilidad de que el titular inscrito eluda el cumplimiento de sus obligaciones, autorizado por el principio de la validez negativa del Registro (29), sino solamente en los casos expresamente previstos por la Ley, pues, en caso contrario, se comprometerían extraordinariamente las funciones caracte-

(25) *Loc. cit.*

(26) MORELL Y TERRY: *Loc. cit.*; también, LACRUZ: *Op. cit.*; «la compraventa en Alemania sólo produce el deber de entregar la cosa, y para la transmisión de la propiedad, es preciso el negocio real de transmisión (*Einigung*), en el cual, tratándose de fincas, va comprendida la inscripción. Mientras el negocio real no ha tenido lugar, el comprador no es propietario, y la inscripción que declara el derecho de propiedad del vendedor es exacta. Pero la pretensión personal de aquél puede ser asegurada contra las ulteriores enajenaciones del vendedor mediante la prenotación...»

(27) NUSSBAUM: *Op. cit.*, pág. 52.

(28) COSSÍO: *Op. cit.*, pág. 247.

(29) IGNACIO SERRANO Y SERRANO: *El Registro de la Propiedad en el Código Civil suizo*, Valladolid, 1934, pág. 73.

rísticas del sistema (30). Estos supuestos son: el derecho de compra por un precio determinado; el derecho de opción de compra; el derecho de retracto; el derecho de reversión de la cosa donada a poder del donante, en caso de premoriencia del donatario; el arrendamiento; el avance de puesto de los acreedores hipotecarios por cancelación de hipotecas preferentes (derecho a ocupar las casillas hipotecarias libres), y los derechos de los coherederos por la mejora de precio de las fincas adjudicadas.

Restricciones del derecho de enajenar. Pueden ser anotadas cuando resultan: 1.º, de una resolución judicial que tenga por objeto garantizar derechos litigiosos o pretensiones ejecutivas; 2.º, de embargos, declaración de quiebra y concurso; y 3.º, de actos jurídicos cuya anotación autoriza la Ley, como la constitución de un asilo de familia y la sustitución fideicomisaria.

Inscripciones provisionales. Pueden ser tomadas por el que alega un derecho real y por aquel a quien la Ley autoriza a completar su legitimación (subsana algún defecto). Son oponibles frente a terceros con efectos retroactivos a contar desde su fecha. Se llevan a cabo por consentimiento de los interesados o en virtud de una resolución judicial.

En el caso de alegarse un derecho real el Juez resuelve después de un procedimiento sumario y autoriza la inscripción provisional, si estima que el derecho alegado existe, determinando su duración y efecto y fijando, en caso necesario, el plazo dentro del cual el peticionario deberá hacer valer su derecho en justicia. Puede apreciarse claramente la analogía existente entre las inscripciones provisionales fundadas en un presunto derecho real y las *Widerspruchen* del Código Civil alemán (31).

Podemos resumir la eficacia de estos tres asientos afirmando que los dos primeros producen el efecto de hacer oponibles *erga omnes* los derechos que amparan, en tanto que el tercero produce el resultado de suspender la fe pública a favor del titular inscrito (32).

Menos interés tiene la regulación de esta materia en los Derecho *francés, belga e italiano*, donde no se conoce propiamente un asiento registral análogo o igual a la anotación preventiva, pues incluso las demandas judiciales sobre actos sujetos a transcripción se transcriben al Registro o, todo lo más, se hacen constar en éste mediante una *nota marginal*, como ocurre en Italia y en Bélgica.

(30) JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Op. cit.*, pág. 164.

(31) *Ibid.*, pág. 166.

(32) SERRANO: *Op. cit.*, pág. 72.

4. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS

El artículo 42 de la Ley Hipotecaria (33) establece que «podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente:

1.º El que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real.

2.º El que obtuviere a su favor mandamiento de embargo que se haya hecho efectivo sobre bienes inmuebles del deudor.

3.º El que en cualquier juicio obtuviese sentencia ejecutoria condenando al demandado, la cual deba llevarse a efecto por los trámites establecidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4.º El que demandando en juicio ordinario el cumplimiento de cualquier obligación obtuviere, con arreglo a las leyes, providencia ordenando el secuestro o prohibiendo la enajenación de bienes inmuebles.

5.º El que propusiere demanda con objeto de obtener alguna de las resoluciones judiciales expresadas en el número 4.º del artículo 2.º de esta Ley.

6.º Los herederos respecto de su derecho hereditario cuando no se haga especial adjudicación entre ellos de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de los mismos.

7.º El legatario que no tenga derecho, según las leyes, a promover el juicio de testamentaría.

8.º El acreedor refaccionario, mientras duren las obras que sean objeto de la refacción.

9.º El que presentare en el Registro algún título cuya inscripción no pueda hacerse por falta de algún requisito subsanable o por imposibilidad del Registrador.

10. El que en cualquier otro caso tuviere derecho a exigir anotación preventiva conforme a lo dispuesto en ésta o en otra Ley» (34).

(33) La Reforma Hipotecaria de 1909 introdujo la anotación preventiva en favor del cónyuge viudo por razón de su legítima usufructuaria, y otra en favor de los acreedores en las adjudicaciones para pago de deudas de una universalidad. La Reforma de 1944-46 ha verificado algunas modificaciones en esta materia, estableciendo la anotación preventiva del derecho hereditario y suprimiendo la del cónyuge viudo por su legítima usufructuaria. Además, a través de las sucesivas reformas hipotecarias se han modificado algunos aspectos de la regulación de las anotaciones preventivas, especialmente en orden a su caducidad y cancelación.

(34) La propia Ley Hipotecaria permite otras anotaciones preventivas no contenidas en el artículo 42; así las contenidas en los artículos 45, 2; 46, párrafo final; 49 y 171. Entre las permitidas por otras leyes podemos señalar: la contenida en el

El Reglamento Hipotecario, que ya con anterioridad contenía anotaciones distintas de las establecidas en la Ley, ha incrementado últimamente su número (35).

La doctrina ha puesto de manifiesto la dificultad de encerrar en un concepto unitario la gran variedad de anotaciones existentes, cuya naturaleza y efectos varían según los tipos. Son muchas las definiciones propuestas. Desde la de SÁNCHEZ ROMÁN, para quien la anotación preventiva es «una inscripción provisional de efectos más o menos transitorios, cuyo objeto consiste ya en asegurar las resultas de un juicio, ya en garantizar la efectividad de un derecho perfecto, pero no consumado; ya en preparar una inscripción más definitiva y permanente» (36), seguida por VALVERDE (37) y por BERAUD-LEZON (38).

O la amplísima que proponen GALINDO y ESCOSURA: «asientos de carácter provisional que se extienden en los libros del Registro, en que constan: los títulos que afectan a la propiedad, que, por carecer de alguno de los requisitos exigidos por la Ley o por cualquier otra circunstancia, no pueden ser inscritos; las reclamaciones judiciales del dominio y demás derechos reales; las responsabilidades preventivas e interinas que afectan a las fincas, y la falta de capacidad del dueño para disponer de ellas, hasta que subsanados los defectos, resueltas las reclamaciones, determinada la responsabilidad y ejecutoriada la capacidad o incapacidad del dueño, se convierta el asiento provisional en inscripción definitiva o se cancele» (39). MORELL Y TERRY las define como «garantías reales de carácter provisional que se conceden por la Ley para asegurar la efectividad de determinados derechos de obligación más o menos eventuales, o la inscripción en su día de derechos reales imperfectos o no inscribibles de momento», manteniendo que la anotación «sigue la naturaleza del derecho principal que asegura» (40).

Para ATARD, es un asiento «que tiene por fin reservar eficacia registral a un derecho de vida actual no demostrada civil o registralmente, y eficacia futura a un derecho real futuro, así en su creación como en su

artículo 114 de la Ley de Registros Siniestrados de 1938; en el artículo 787, párrafo final de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y las contenidas en la Ley de Montes de 1957 y en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973.

(35) Artículos 25; 27; 28; 32, 3.ª; 75, 2.ª; 77, 2; 142, y 161, 1.

(36) FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho Civil*, tomo III, Madrid, 1909, pág. 935.

(37) CALIXTO VALVERDE Y VALVERDE: *Tratado de Derecho Civil español*, tomo II, Valladolid, 1910, pág. 696.

(38) FRANCISCO BERAUD-MANUEL LEZÓN: *Tratado de Derecho Inmobiliario*, tomo I, Madrid, 1927, pág. 516.

(39) LEÓN GALINDO-RAFAEL DE LA ESCOSURA: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España y de Ultramar*, tomo II, Madrid, 1896, pág. 588.

(40) J. MORELL Y TERRY: *Op. cit.*, pág. 10.

eficacia» (41). Para CAPÓ BONNAFOUS, es «un medio registral que otorga, en vía de excepción, la protección del Registro a ciertas relaciones jurídicas que, no siendo susceptibles de entrar en él actualmente, son, sin embargo, por motivos de tutela jurídica, estimadas como merecedoras de tal beneficio» (42).

GIMÉNEZ ARNAU las define como «asientos provisionales que garantizan transitoriamente o la eficacia de resoluciones judiciales o la eficacia real de derechos que en el momento de ser anotados no son susceptibles de inscripción (43). Para CAMPUZANO, son «asientos provisionales que se practican en los libros de inscripciones para proteger transitoriamente cualquier derecho o acción sobre bienes inmuebles» (44). CASSO Y ROMERO las considera como «un asiento provisional del Registro que confiere a los interesados medios transitorios de defensa o protección de derechos personales o eventuales imperfectos de índole real sobre inmuebles» (45).

ROCA SASTRE, que durante mucho tiempo siguió la definición de SÁNCHEZ ROMÁN, inspirada en la Exposición de Motivos de nuestra primera Ley Hipotecaria (46), formuló un nuevo concepto finalmente: «asiento extendido en los libros de inscripciones del Registro de la Propiedad, de carácter generalmente principal y caducable, cuyo objeto es la publicidad registral de situaciones inmobiliarias de contención judicial, de secuestro o prohibición, judicial o administrativa, de disponer y de títulos que, por defectos subsanables, o por otras circunstancias, no pueden ser objeto del asiento de inscripción al que tienden, o bien que, además, tengan por objeto constituir una especial garantía registral» (47).

Definiciones que han sido tachadas de meramente descriptivas, superficiales y de no responder a criterio alguno de fondo, cuando no de vagas e imprecisas (48).

(41) RAFAEL ATARD GONZÁLEZ: «Las llamadas vocaciones al derecho real en nuestro Sistema Hipotecario», *Revista de Derecho Privado* (1924), pág. 280.

(42) EDUARDO CAPÓ BONNAFOUS: «Apuntes sobre la anotación preventiva en el Derecho Hipotecario», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (1933), pág. 198.

(43) ENRIQUE GIMÉNEZ ARNAU: *Tratado de Legislación Hipotecaria*, tomo II, Madrid, 1941, pág. 7.

(44) CAMPUZANO: *Op. cit.*, pág. 4.

(45) IGNACIO DE CASSO Y ROMERO: *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, Madrid, 1951, pág. 512.

(46) RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo II, Barcelona, 1941, pág. 342: «Asiento principal, provisional y en general positivo que se practica en los libros de inscripciones y que tiene por objeto asegurar las resultas de un juicio, garantizar un derecho perfecto pero no consumado o preparar un asiento definitivo».

(47) ROCA SASTRE-ROCA SASTRE MUNCUNILL: *Derecho Hipotecario*, 7.^a ed., tomo III, Barcelona, 1979, pág. 5.

(48) CAPÓ BONNAFOUS: *Op. cit.*, pág. 197; *vide también* DE LA RICA MARITORRENA: *Op. cit.*, págs. 392 y ss.; LUIS Díez PICAZO: «Las anotaciones preventivas»,

En lo único que parece que hay unanimidad es en que las distintas anotaciones preventivas no responden a un fin unitario.

DÍEZ PICAZO propone un concepto en el que trata de contener las únicas características comunes a todas las anotaciones preventivas: «asientos registrales de vigencia temporalmente limitada que enervan la eficacia de la fe pública registral en favor de los titulares de situaciones jurídicas que no son inscribibles» (49); pero, como ha dicho ROCA, más que señalar en qué consiste la anotación, tal conceptualización tan sólo es expresión de su fundamento o motivación finalista (50).

A términos de gran generalidad llegan PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, al definirlos como «asientos provisionales de un derecho eventual o transitorio» (51). Nos recuerda LACRUZ que lo característico de la anotación preventiva no es la provisionalidad del derecho, sino, precisamente, y más desde la última reforma, la transitoriedad del propio asiento, correspondiente a cierto estado de pendencia, sea del derecho que forma su contenido, sea de la fase de desarrollo en que se encuentra, sea de su situación en relación al Registro (52).

«*Transitoriedad y pendencia* son los dos caracteres más salientes y constantes de la anotación preventiva en su contraste con la inscripción.»

«La *transitoriedad* implica la normal caducabilidad del asiento. El de inscripción está destinado a perdurar, mientras la anotación preventiva es, por su propia naturaleza, temporal. Lo que no quiere decir que necesariamente el derecho anotado haya de ser temporal; como tampoco que toda inscripción no contenga derechos sujetos a término (piénsese en la inscripción del usufructo), ni aun largo (una hipoteca o un derecho de opción de compra de un año de plazo); sino que la inscripción es, *per se*, de duración indefinida, pudiendo ser perpetua, y dependiendo, en último término, de su contenido; mientras la anotación es, de por sí, temporal, y no puede perpetuarse, cualquiera que sea el derecho que contenga.»

«*Pendencia*. Materialmente, el Legislador ha reservado la inscripción, en principio, para los derechos reales debidamente documentados. Esto es indudable a la vista del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria: podrán admitirse a inscripción derechos y situaciones personales, pero esa forma de acceso al Registro no se niega, salvo alguna excepción muy concreta, a ningún derecho o situación real con titulación suficiente. De donde se deduce que el campo de las anotaciones sólo puede estar compuesto —salvo

en *Revista de Derecho Notarial* (1964), pág. 16, y en *Fundamento de Derecho Civil Patrimonial*, vol. 2.º, Madrid, 1978, pág. 402.

(49) DÍEZ PICAZO, art. cit., pág. 21.

(50) ROCA SASTRE: *Op. cit.*, pág. 6.

(51) En las Anotaciones a ENNECERUS-KIPP-WOLF: *Tratado de Derecho Civil*, tomo III, vol. I, 2.ª ed., Barcelona, 1976, pág. 306.

(52) LACRUZ: *Op. cit.*, pág. 261.

las indicadas excepciones— por derechos reales no documentados, o que se constituyen mediante la propia anotación (sin serlo, por ende, antes de su ingreso en los libros) o por derechos en formación o en litigio, o que debido a su falta de concreción sobre una finca (derecho hereditario) o a otra causa afectan a la cosa sin entidad real suficiente para ser inscritos» (53).

«Es entonces —continúa diciendo LACRUZ— cuando la Ley Hipotecaria previene estos *especiales asientos transitorios* (anotaciones), *destinados a atenuar el rigor de las apariencias librarias, a reservar eventualmente un rango al derecho 'in fieri', y a prevenir en todo caso a quien consulta el Registro de la posible inexactitud, originaria o sobrevenida, de los asientos principales o de la afección de la finca a determinadas responsabilidades*» (54).

La doctrina muchas veces ha derivado la falta de inscriptibilidad de la falta del carácter de derecho real (o de derecho real perfecto) del derecho anotado (55). Pero nos encontramos con que tienen acceso al Registro por medio de la inscripción determinados derechos personales, como el arrendamiento o la opción de compra y otras situaciones jurídicas que ni siquiera tienen carácter patrimonial, como son las resoluciones judiciales relativas a la incapacidad de las personas. Y en sentido contrario, no son inscribibles derechos reales perfectos, que necesitan el remedio de la anotación preventiva, como ocurre en el caso del número 9.º del artículo 42 de la Ley Hipotecaria.

DÍEZ PICAZO mantiene que la falta de inscriptibilidad de las situaciones jurídicas que son objeto de anotación puede proceder de dos órdenes de razones: en primer lugar, de que la situación anotada no constituya en sí misma ni siquiera un derecho subjetivo, sino simplemente una facultad o una pretensión con proyección jurídico-real, es decir, de la naturaleza de la situación anotada, pero no porque no sea un derecho real perfecto, sino porque ni siquiera es un derecho subjetivo, sino una acción, es decir, el ejercicio de un derecho público subjetivo. Y, en segundo lugar, de la existencia de un defecto subsanable en el título, que impide la inscripción conforme a los preceptos reglamentarios que exigen que los documentos inscribibles llenen determinados requisitos (56), consecuencia del principio de legalidad. Esto es claro en las anotaciones de los números 1.º a 5.º y del número 9.º del artículo 42, respectivamente.

(53) LACRUZ: *Op. cit.*, pág. 261.

(54) LACRUZ: *Loc. cit.*

(55) DÍEZ PICAZO: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. 2.º, Madrid, 1978, pág. 410.

(56) *Ibid.*, *loc. cit.*

En los demás supuestos del artículo 42 nos hallamos, según Díez PICAZO, en presencia de verdaderos derechos reales, y es una razón de política legislativa, exclusivamente, la que otorga a estos derechos una protección registral limitada temporalmente (57). Indudablemente, esto es cierto; en último término, es el Legislador quien libremente determina si tal o cual derecho habrá de tener acceso al Registro mediante una inscripción o mediante una anotación preventiva, pues ninguna necesidad lógica obliga, en muchos casos, a proceder de una manera o de otra: los conceptos de anotación y de inscripción son de creación legal, y es indudable que la misma Ley puede modificarlos, como se ha podido ver en las sucesivas reformas de la Legislación hipotecaria (58). Pero no por esta razón puede negarse que existan determinados criterios de fondo que determinen al Legislador en un sentido o en otro, como la falta de concreción sobre una finca (derecho hereditario) o cierto carácter de inestabilidad que justifiquen la decisión legislativa (59).

Dice LACRUZ que todavía puede predicarse otro carácter distintivo de la anotación frente a la inscripción, su *accesoriedad*. Así, la anotación no pone nunca término al procedimiento hipotecario, sino que es, simplemente, un trámite del mismo, ya que tras ella ha de venir un asiento definitivo (60).

Otra nota característica de la anotación preventiva frente a la inscripción radica en que las anotaciones constituyen un verdadero *numerus clausus* (61), a diferencia de lo que ocurre con las inscripciones, donde en el artículo 2.º de la Ley y concordantes del Reglamento la aptitud para la inscripción de un derecho viene definida por referencia a un concepto genérico material —el de derecho real—, en términos tan amplios que hacen pensar en un *numerus clausus*; en cambio, la posibilidad de anotación preventiva se determina por referencia a conceptos instrumentales (demanda, faltas subsanables, etc.) o específicos (legado, crédito refaccionario, etc.), con objeto de plegarse a las múltiples vicisitudes de las situaciones a las que se pretende atender (62). Y ello se debe a una razón

(57) *Ibíd.*, pág. 411.

(58) LACRUZ: *Op. cit.*, pág. 263.

(59) *Ibíd.*

(60) Pero también hay excepciones, como dice este autor: «la anotación del crédito refaccionario, por ejemplo, no es más ni menos accesoria al asiento de inscripción de propiedad de la finca que una hipoteca, y si el crédito es pagado termina sin transformarse en inscripción. También, levantados el embargo o la prohibición de disponer falta ulterior asiento».

(61) Cfr. las Resoluciones de la Dirección General de 3 de diciembre de 1960, de 14 del mismo mes y año, y las de 20, 21 y 22 de diciembre de 1966.

(62) LACRUZ: *Op. cit.*, pág. 265: «de ahí la gran variedad de anotaciones preventivas con eficacia y duración diferentes, y, a la vez, la claridad con que queda de relieve su *numerus clausus*. De ahí, igualmente, la escasa comprensión y la gran extensión de un concepto general de anotación preventiva».

fundamental, el *carácter excepcional* de la anotación preventiva, como remedio o como excepción del *principio de fe pública registral*. La propia Exposición de Motivos de la Ley de 1861 lo expresa claramente: «Por lo mismo que la hipoteca judicial no emana de la voluntad del dueño de la cosa hipotecada, debe restringirse la facultad de los particulares para pedirla y la del Juez para decretarla. Sólo puede justificarse la coartación del derecho de propiedad cuando tenga por objeto la protección de otros derechos no menos atendibles, o la necesidad de adoptar precauciones que impidan al deudor o litigante hacer imposible en su día el cumplimiento de una sentencia ejecutoria, o constituirse en el caso de no tener bienes con qué responder a las reclamaciones justas que contra él se dirijan. Esto lo ha procurado hacer la Comisión, señalando explícitamente los casos en que podrá tener lugar la anotación preventiva» (63).

En torno a la *naturaleza jurídica* de las anotaciones son muchas las opiniones vertidas por la doctrina, sobre todo por la alemana, con relación a las *prenotaciones* (Volmerkungen), resumidas por J. GONZÁLEZ (64).

OBERNECK las califica de *obligaciones in rem scripta*: en virtud de precepto legal la obligación que constriñe normalmente a un deudor determinado liga en el supuesto examinado no a todos, sino a quien según el Registro se halla en condiciones de cumplirla. Para FUCHS y BOEHM la anotación opera positiva y negativamente como una carga sujeta a condición suspensiva. COSACK sostiene que el acreedor adquiere con la anotación un verdadero derecho real que defiende la acción anotada. KOBER la considera una mera prohibición de enajenar o gravar. REICHEL las define como asientos provisionales que garantizan la expectativa de una modificación real inscribible en virtud de una acción existente o probable. SEKLER la asimila a una hipoteca de seguridad, como derecho accesorio que somete a un inmueble al cumplimiento de la acción personal anotada. BENDIX la conceptúa como un asiento provisional asegurador de una inscripción definitiva por medio de una limitación de disponer de efectos reales. BIERMANN afirma que la anotación es una advertencia registral que asegura el desenvolvimiento de ciertas acciones en forma real. TURNAU-FORSTER, siguiendo la opinión del Tribunal Cameral (Kammergericht), afirma que la acción anotada, como tal, no es un derecho real inmobiliario, sino una prohibición de enajenar cualificada, que obra contra el adquirente de la finca o derecho afectado. Por último, DERNBURG, GIERKE y LEHMANN la

(63) Sobre el excesivo número de anotaciones preventivas, véase la opinión de TELL Y LAFÓN, recogida por MORELL, en *op. cit.*, págs. 24 s.; también, BERAUD-LEZÓN: *Op. cit.*, pág. 516, nota 1.

(64) JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Op. cit.*, pág. 118.

aproximan al *ius ad rem*; es decir, un derecho de crédito cuya finalidad inmediata es la modificación de un estado jurídico real.

Esta idea del *ius ad rem* ha tenido algunos defensores en nuestra doctrina, entre los que destaca ATARD (65), quien resucitando la vieja teoría germano-canónica y adaptándola al Derecho moderno, define las *vocaciones al derecho real* como aquellas «titularidades que se atribuyen a los sujetos por virtud de la Ley, el contrato, el testamento, la resolución judicial o la operación del Registro Inmobiliario para obtener la posesión o la titularidad económica de una cosa determinada que aún no tienen: para 'llamar' al derecho real, hacia el que caminan; para invocarlo, ampararse en su proximidad y asegurarlo ante la posibilidad o el temor de que el derecho real no llegue o se escape».

Mantuvo este autor que es nota característica de todas las anotaciones del artículo 42 de la Ley Hipotecaria la *vocación al derecho real*. En realidad, toda anotación, nos dice, lo que hace y tiene por fin es reservar eficacia registral a un derecho real de vida actual no demostrada, civil o registralmente, y eficacia futura a un derecho real futuro, así en su creación como en su eficacia. Por eso, mantiene que la anotación preventiva, en sí, consagra unas veces y crea otras un *ius ad rem* actual, que ascenderá a la categoría de *ius in re* o se cancelará según triunfe o no el derecho que defiende (66). Así, son objeto de anotación preventiva, según este autor: a) derechos reales perfectos de titulación imperfecta; b) derechos reales imperfectos; c) derechos reales perfectos de titulación perfecta y vida transitoria; y d) derechos personales (67).

Tal punto de vista peca, según COSSÍO, de excesivamente unilateral, ya que, aun admitiendo el concepto de *vocación al derecho real* como legítimo, éste no bastaría para explicar todos los supuestos previstos en la Ley. Así, en la mayor parte de los casos, lo que se anota es un verdadero derecho real ya constituido fuera del Registro, y en otros, como ocurre con el llamado derecho hereditario, se trata de una relación que no encaja en ninguna de las categorías antes indicadas (68) (69).

(65) ATARD: *Op. cit.*, págs. 278 y ss.

(66) JOSÉ MARÍA FONCILLAS LOSCERTALES: *Estudios Jurídicos*, Madrid, 1974, página 162: «La anotación no crea el *ius ad rem*, pero amplía su campo de aplicación». Más adelante pone de manifiesto la falta de viabilidad y de supervivencia de la teoría del *ius ad rem* en la moderna institución de la anotación preventiva.

(67) ATARD: *Op. cit.*, págs. 281 s.

(68) COSSÍO: *Op. cit.*, págs. 249 s.

(69) ATARD, en el Preliminar al *Tratado de Derecho Hipotecario alemán* de A. NUSSBAUM, págs. XII y ss., dice que «el actuar con el *ius ad rem* según su sentido histórico, tomando del Derecho canónico, no los detalles —erróneos— de la aplicación del tecnicismo, sino la figura intermedia de la vocación próxima al derecho real, representa una doble ventaja, ya que, por una parte, se justificaría la preferencia relativa que debe otorgarse a los créditos cuasi reales —que miran a una cosa determinada del patrimonio del deudor y hacia ella caminan—, y, por otra

Esto nos pone de manifiesto que la naturaleza de la anotación preventiva no rinde un carácter unitario, puesto que cada tipo de anotación tiene su naturaleza específica (70). Aunque, a pesar de ello, ha sido posible llegar, gracias a la aportación de CAPÓ BONNAFOUS, a una clasificación bipartita, no meramente descriptiva, y que responde a verdaderos criterios sustantivos. Este autor (partiendo de las siguientes preguntas: ¿cuáles son las relaciones jurídicas que tienen acceso al Registro por la vía de la anotación preventiva?; ¿qué configuración revisten?, y ¿en qué sentido actúan los efectos de la anotación?) llega a la conclusión de que existe un *primer grupo de anotaciones*, en las que en su base existe un derecho real posible o seguro al que falta algún supuesto registral. Y los supuestos que pueden faltarle se refieren: 1.º Ya a un elemento objetivo civil o registral, en sentido estricto, como ocurre en las anotaciones del actual número 7.º del artículo 42, en cuanto al legatario de cosa inmueble determinada, y en la del número 9.º (falta de algún requisito subsanable o por imposibilidad del Registrador). 2.º Ya a la existencia misma de la relación, pendiente de su reconocimiento judicial, como ocurre en los supuestos de los números 1.º y 5.º «Se trata en todos ellos de una mera medida de seguridad, cautelar; tienden a evitar que el juego de los principios registrales perjudique una relación posible... Son puras medidas de carácter preventivo... No añaden nada sustantivo independiente a la relación anotada...» (71). Son las *anotaciones de mera publicidad*.

Pero existe, además, un *segundo grupo de anotaciones*, en las que la Ley interviene directamente, reforzando un puro derecho de crédito, mediante la adición —en ciertas circunstancias— de un efecto sustantivo. «Por razones de tutela preventiva o de garantía final, la Ley interviene en ciertos casos aunando a la obligación que, como tal, queda fuera del Registro, una serie de efectos jurídicos independientes, extraños a la configuración y a la esencia de la relación obligatoria. Tenemos en este caso, por ejemplo, cuando la Ley concreta la garantía general que al acreedor ofrecen todos los bienes del deudor (art. 1.911 del Código Civil) en un bien determinado; cuando garantiza el cumplimiento de una obligación de dar, ordenando el secuestro o prohibiendo la enajenación de la cosa debida; cuando concede al acreedor refaccionario un derecho de garantía especial, derivado de la Ley, sustantivo, independiente de la construcción obligatoria del crédito de préstamo refaccionario. En todos estos casos

parte, se excluirían de la vida registral titularidades *ob rem* que no llegan a la categoría de derechos reales y que, en un Sistema de registro inmobiliario de *numerus apertum*, oscurecen el estado jurídico de la propiedad, dificultando su apreciación, y son grave obstáculo para el cumplimiento de los fines esenciales y normales de la Institución».

(70) ROCA: *Op. cit.*, pág. 6.

(71) CAPÓ BONNAFOUS: *Op. cit.*, pág. 199.

hay una especie de novación del derecho de obligación originario, mediante la adición de un efecto real determinado que va desde la concesión de una expectación del inmueble (para los créditos de cosa) hasta un derecho accesorio de garantía (obligaciones de numerario), que, según los casos, se acerca más o menos al derecho de hipoteca, hasta llegar en algún caso a coincidir sustancialmente con él (refacción). Dentro de este grupo se sitúan los números 2.º, 3.º, 4.º, 7.º, en cuanto se refiere al legatario de género, y 8.º del artículo 42. En las anotaciones del *primer grupo* lo que se anota es directamente la relación básica (derecho real o incapacidad); en las del *segundo grupo*, por tener en su base siempre un derecho de crédito, lo anotado no es la relación básica, sino en puridad la garantía accesorio de carácter real que la Ley aúna al derecho. Y sólo en razón de este esfuerzo legal es posible su ingreso en el Registro. Porque directamente sólo gozan de protección las relaciones jurídicas de carácter real» (72).

Esta distinción, adoptada por la *sentencia de 22 de abril de 1952*, es seguida por ROCA y por otros muchos autores. Para este autor en las anotaciones preventivas de *simple publicidad* el registro no aporta más esfuerzo que el que supone la mera constancia registral. En cambio, en las anotaciones preventivas *constitutivas*, a dicha publicidad se le une otro elemento, que es la *garantía de la realización dineraria* de la finca o derecho real inmobiliario anotado, al modo de una hipoteca. Por esto, aquellas «*publican sin constituer*», mientras que éstas «*publican constituyendo*» (73).

5. FUNDAMENTO

Sabemos que el Registro acoge y afecta a las relaciones jurídicas de carácter real sobre bienes inmuebles. Siendo ésta su función originaria. Para que la entrada en el Registro sea posible, la Ley exige que la relación revista ciertos requisitos de fondo y forma. Reunidos éstos, la acoge mediante la inscripción. La inscripción es, por tanto, la forma pura, primera ideológicamente, de entrada en el Registro, amparando aquellas relaciones que por reunir los requisitos exigidos podemos llamar relaciones jurídicas normales, dentro de la técnica registral (74). La sencillez y claridad del Registro se conseguiría seguramente no permitiendo el acceso sino a los derechos reales en la forma indicada por el *artículo 2.º de la Ley Hipotecaria* y preceptos concordantes. Pero como el Registro produce

(72) *Ibíd.*

(73) ROCA: *Op. cit.*, pág. 16.

(74) CAPÓ BONNAFOUS: *Op. cit.*, pág. 196.

efectos que todos deben conocer, y como de él se deriva una facultad de disponer, es natural, nos dice SERRANO Y SERRANO, que su esfera de acción se extienda más allá del círculo de los derechos reales (75), pues el Registro es algo más que un mero instrumento de publicidad formal. La inscripción aúna al derecho inscrito una serie de efectos sustantivos (publicidad material, prioridad, etc.) que elevan al Registro a una institución jurídica protectora del comercio jurídico sobre los bienes inmuebles. En razón de esta característica su reglamentación debe aspirar a abarcar en su seno todas aquellas relaciones jurídicas que puedan afectar al régimen de la propiedad inmobiliaria, ya actualmente, ya por su posible desarrollo ulterior. En esta idea radica la génesis ideológica del concepto de anotación preventiva (76). Si bien esta aspiración de la institución registral debe ser moderada y consciente de las propias fuerzas que el Registro puede desarrollar, pues cargarlo excesivamente de asientos transitorios y excepcionales significaría ahogarlo y paralizarlo; de ahí que tanto la Exposición de Motivos de nuestra primera Ley Hipotecaria como la del Código Civil suizo insistan en el carácter excepcional y taxativo, constitutivo de un verdadero *numerus clausus*, con que la Ley concede estos asientos.

Dice ROCA que «es razón de ser y fundamento de todas las anotaciones preventivas consistir en instrumentos de publicidad de fuerza negativa con vistas al juego de la fe pública registral. Si se impidiera que los derechos aun imperfectos se reflejaran provisionalmente en el Registro se correría el peligro de que quedaran inutilizados por el juego de la fe pública registral. Para que el tercer adquirente no pueda alegar ignorancia de la existencia más o menos perfecta de estos derechos, era, pues, justificado que los mismos tuvieran acceso, aunque provisional, al Registro. Y como esto es algo excepcional, la Ley debe precisar los casos taxativos en los que ello fuese posible. El medio adecuado para conseguir esta finalidad transitoria es la anotación preventiva, o sea un asiento de cautela o previsión de duración generalmente tasada y cuyo final debe ser su caducidad o su conversión. El tercer adquirente no podrá por obra de esta anotación alegar ignorancia de ella, y deberá estar a las resultas de su desenvolvimiento. Las anotaciones preventivas previenen, por consiguiente, eludiendo el juego específico de la fe pública registral. Si lo que no consta en los libros no existe para el tercer adquirente, por el contrario, lo que consta en ellos, aunque sea mediante una anotación preventiva, existe para este tercero, el cual queda afectado por ello. Las anotaciones preventivas son medios de publicidad registral de fuerza negativa frente a posteriores adquirentes de ciertas situaciones jurídicas que no

(75) SERRANO: *Op. cit.*, pág. 70.

(76) CAPÓ BONNAFOUS: *Op. cit.*, pág. 197.

pueden constatarse normalmente en el Registro por medio de un asiento de inscripción. Las anotaciones preventivas quieren evitar que el juego de la fe pública registral inutilice ciertos derechos que serían perfectamente inscribibles con posterioridad. Constituyen simples medidas de seguridad, y la preocupación del Legislador al establecer tales anotaciones es la de evitar que el demandado, el transferente de un título defectuoso, etc., defraude con enajenaciones o gravámenes las legítimas esperanzas de los favorecidos por la anotación» (77).

La mecánica registral permitiría, pues, que resultaran perjudicados los interesados en derechos o pretensiones que han de hacerse efectivos sobre el inmueble. Si estas personas pudieran inscribir sus derechos, el Ordenamiento jurídico se despreocuparía (*vigilantibus et non durmientibus iura succurrunt*). Pero el problema se plantea frente a los titulares de derechos o pretensiones que no tienen acceso al Registro por medio de la inscripción. «La mecánica registral brindaría entonces al sujeto de estos derechos, facultades o pretensiones un medio sencillísimo para burlarlos: enajenar la cosa a un tercero de buena fe que, protegido por la fe pública registral, pudiera desconocerlo. La anotación preventiva se explica, de este modo, por el *conflicto de intereses* que surge entre el tercero de buena fe, protegido por la fe pública registral, y los titulares de situaciones jurídicas que no son inscribibles. La Ley para resolver el conflicto concede acceso al Registro a estos últimos. Su acceso al Registro, sin embargo, no impide la mecánica registral, que sigue funcionando. La anotación preventiva significa sólo una llamada de atención que enerva el juego normal de la fe pública del Registro» (78).

6. EFECTOS DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS, EN GENERAL

En orden a la eficacia registral de las anotaciones preventivas, en general, podemos afirmar que éstas surten el efecto general de mantener las condiciones de efectividad de los títulos, derechos o situaciones jurídicas anotados, existentes al tiempo de practicarse la anotación preventiva de que se trate (79), mediante el enervamiento del posible juego de la fe pública del Registro por el adquirente de buena fe en las condiciones que señala el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Este efecto fundamental de la anotación preventiva, que justifica su existencia, es recogido por la vigente Ley Hipotecaria en su artículo 69: «El que pudiendo pedir la anotación preventiva de su derecho, dejase de

(77) ROCA: *Op. cit.*, págs. 8 s.

(78) Díez PICAZO: *Op. cit.*, pág. 409.

(79) ROCA: *Op. cit.*, pág. 18.

hacerlo dentro del término señalado al efecto, no podrá después inscribirlo o anotarlo a su favor en perjuicio de tercero que haya inscrito el mismo derecho, adquiriéndolo de persona que aparezca en el Registro con facultades para transmitirlo.»

Lo mismo se desprende del *artículo 32* de la Ley: «Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro no perjudican a tercero.»

DÍEZ PICAZO mantiene que la anotación preventiva no produce el efecto legitimador que en cuanto a los derechos inscritos sanciona el *artículo 38* de la Ley Hipotecaria: «A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo.» Dice que esta presunción de «existencia» y de «pertenencia» (de titularidad) de los derechos inscritos no se da respecto a los derechos anotados (80). Quizá amparándose en la literalidad del precepto citado: derechos reales *inscritos* (no *anotados*). Sin embargo, los derechos reales inmobiliarios para que puedan ser amparados por la legitimación registral han de figurar debidamente registrados, lo que significa, simplemente, que han de constar en el Registro mediante el correspondiente *asiento idóneo* (de inscripción, anotación preventiva o nota marginal). «La anotación preventiva —nos dice ROCA— también será asiento idóneo mientras subsista su vigencia, si es de suspensión de inscripción de un acto registrable referente al dominio u otro derecho real que no pueda inscribirse por *defecto subsanable*. También entran aquí las anotaciones preventivas de *créditos reaccionarios*, de *legado específico de bien inmueble hereditario* y del *derecho hereditario*» (81).

Esta postura de ROCA y de LACRUZ parece lógica si tenemos en cuenta que del *principio de legitimación* deriva la facultad del titular del derecho registrado de disponer de éste, permitida por la Ley en casos concretos de derechos anotados, como veremos más adelante.

Otro efecto general de las anotaciones preventivas, que tiene sus excepciones, es el establecido en el *artículo 71* de la Ley Hipotecaria: «Los bienes inmuebles o derechos reales anotados podrán ser enajenados o gravados, pero sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación.»

El caso típico comprendido en el *artículo 71* de la Ley es el de la *anotación preventiva de embargo*. El *último párrafo del artículo 38 de la Ley* y el *artículo 143 del Reglamento* presuponen esta alienabilidad de los bienes afectos a alguna anotación de embargo. Ello es natural, pues

(80) DÍEZ PICAZO: *Op. cit.*, pág. 413.

(81) ROCA: *Op. cit.*, tomo I, pág. 353; igualmente, en LACRUZ: *Op. cit.*, página 172.

si se permite en el caso de hipoteca por el *número tercero del artículo 107 de la Ley*, máxime en el embargo que actúa más débilmente que aquélla. El *artículo 38, en su último párrafo*, califica al adquirente de los bienes sujetos a embargo de *tercer poseedor*, asimilándolo al adquirente de los bienes hipotecados.

También son enajenables los bienes afectados por una anotación preventiva de legado de cosa no específica, de créditos relativos a adjudicaciones para el pago de deudas, de créditos refaccionarios y de demanda.

En cambio, lo dispuesto en el *artículo 71* no tiene aplicación respecto de las siguientes anotaciones preventivas:

- anotación preventiva por defectos subsanables del título o por imposibilidad del Registrador, salvo que el título anotado no provoque cierre registral, caso de estar inscrito;
- anotación preventiva del derecho hereditario;
- anotación preventiva de legado de cosa específica inmueble propia del testador.

Estas tres últimas anotaciones provocan el cierre del Registro, porque la relación básica anotada acapara toda la titularidad del inmueble o derecho real objeto de la anotación (82). Este efecto de cierre registral está especialmente establecido en el *artículo 17 de la Ley*, por lo que respecta a las anotaciones por defectos subsanables o por imposibilidad del Registrador. En las anotaciones del derecho hereditario o de legado de cosa específica inmueble propia del testador el efecto del cierre del Registro es consecuencia lógica del cambio de titularidad que dichas anotaciones provocan.

En cambio, por lo que se refiere a las enajenaciones anteriores a la fecha de la anotación, que es lo mismo que hablar de la aplicabilidad a los derechos anotados del *principio de prioridad*, tiene razón Díez PICAZO cuando dice que éste juega respecto de las anotaciones preventivas en forma muy limitada, otorgando únicamente plenitud de rango en lo que se refiere al crédito refaccionario (*artículo 59, párrafo segundo*) (83). Ello parece natural, pues en el supuesto, por ejemplo, de la anotación preventiva de embargo la posición del embargante no es inatacable, y frente a él puede plantearse con éxito una tercería de dominio, por virtud de un derecho real anterior a la fecha en la que obtuvo la anotación, y, por otra parte, sólo tiene prelación su crédito en cuanto a los créditos posteriores a la anotación de embargo (83 bis).

(82) ROCA: *Op. cit.*, tomo III, pág. 20.

(83) Díez PICAZO: *Op. cit.*, pág. 414.

(83 bis) Cfr. artículo 1.923, 4.º, del Código Civil y Resolución de 16 de octubre de 1974.

Por último, otro efecto de algunas anotaciones consiste en la posibilidad de enajenar los derechos anotados preventivamente, posibilidad que puede admitirse a la vista del *párrafo primero del artículo 20 de la Ley* («Para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, gravén, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente anotado o inscrito el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos»).

Hay casos francamente admitidos, como (84):

- La anotación del derecho hereditario (*artículo 46, «in fine», de la Ley*).
- La anotación de legados de cosa inmueble específica propia del testador, a la que hay que equiparar la de legados de rentas o pensiones periódicas, impuestas como carga real sobre bienes inmuebles hereditarios, así como las anotaciones de legados de rentas periódicas, convertibles en inscripciones de hipoteca. En todos estos casos hay que tener en cuenta que tales derechos reales podrían tener perfectamente acceso al Registro mediante una inscripción, pero por tratarse de derechos reales sometidos a una especie de condición resolutoria, el Legislador, dado su carácter de pendencia, ha considerado preferible darles acceso al Registro en forma de anotación.
- Anotaciones del derecho del heredero en el supuesto al que se refiere el *artículo 49 de la Ley*.
- Anotaciones de créditos refaccionarios (*Resolución de 11 de abril de 1876*).
- Anotaciones de suspensión de títulos susceptibles de inscripción.

En los demás casos de anotaciones preventivas, dice ROCA, se trata de simples avances de próximas inscripciones, y surten los efectos propios de ellas mientras subsisten, pudiendo incluso entrar en juego el *principio de fe pública registral* en beneficio del adquirente del derecho anotado, con la excepción de la anotación preventiva del derecho hereditario (85), como veremos más adelante.

(84) ROCA: *Op. cit.*, pág. 22.

(85) *Ibid.*

Lo que sí parece claro es que la anotación de transferencia no implica la extinción de la anotación anterior, pues simplemente supone un cambio en la titularidad anotada.

II. EL DERECHO HEREDITARIO

1. DIVERSOS SENTIDOS DEL TÉRMINO

El término *derecho hereditario* tiene una doble acepción: *objetiva* y *subjetiva* (86). El concepto objetivo del derecho hereditario, como conjunto o sistema de normas que regulan la sucesión de una persona en caso de muerte, no suscita la menor dificultad técnica ni plantea especiales problemas en orden a la determinación de su naturaleza y contenido.

Todo lo contrario ocurre cuando se trata del concepto subjetivo. De derecho hereditario se habla, *en primer lugar*, como de una facultad legítima para adir o adquirir la herencia (*ius succedendi, ius delationis*). Este derecho es, como dice CASTÁN, un derecho de suceder, una facultad incluible dentro de la categoría amplísima de los llamados derechos potestativos, de formación o de modificación jurídica (87). Es un derecho personalísimo que, por estar dirigido a la transmisión *uno actu* de la parte transmisible del patrimonio del difunto (por entero o en parte), tiene *carácter universal*: tras la adquisición se transforma en causa o título por el cual el heredero tiene las cosas singulares de la herencia (88).

Se habla también de un derecho subjetivo global del heredero una vez aceptada la herencia: el que corresponde al heredero sobre *la totalidad* (si es heredero único) o sobre *una cuota ideal* (si concurre con otros herederos) del patrimonio hereditario considerado como una unidad (89). Derecho que trata de caracterizarse como *dominio* sobre la herencia o de *derecho real* sobre ella (SÁNCHEZ ROMÁN), de *ius ad rem* (ATARD), de un *derecho absoluto* de naturaleza compleja, *universal* más que real (CASTÁN), o de una *relación de carácter universal próxima a los derechos de estado* o, incluso un *status* propiamente tal (90).

(86) SANTIAGO CHAMORRO: «Los derechos hereditarios», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1941), pág. 312.

(87) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo VI, volumen 1.º 8.ª ed., Madrid, 1978, pág. 107.

(88) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO-FRANCISCO DE A. SANCHO REBULLIDA: *Derecho de Sucesiones*, tomo I, Barcelona, 1976, pág. 35.

(89) CASTÁN: *Op. cit.*, pág. 107.

(90) LACRUZ: *Op. cit.*, pág. 319.

«Todas estas calificaciones, dice LACRUZ, parten de un hecho real: que para el heredero se produce por la aceptación una situación específica, de la que nacen particulares deberes, facultades, derechos y obligaciones: unos, los que recibe del causante, y otros, enteramente nuevos y creados por la apertura de la sucesión. El llamado a la herencia, al aceptar, ingresa en una multitud de relaciones jurídicas a las que antes servía de término el causante; pero asume, además, una serie de derechos, facultades y deberes nuevos; algunos con el carácter de función, y otros puramente patrimoniales y en calidad de derecho o deber subjetivos. Ese ingreso y esa asunción se verifican por título de heredero, pero no suponen ni crean en el llamado un derecho subjetivo sobre la herencia como complejo patrimonial, en contraposición a los singulares derechos que integran el caudal relicto: el heredero es poseedor, propietario, acreedor, etc., en tanto en cuanto lo era el causante, y no tiene un derecho subjetivo *extra*. La unidad no está en el Derecho, sino en el título y en el acto de adquisición. Ser heredero, en sí, no es un derecho subjetivo patrimonial, sino un título para ingresar en los que deja vacantes un fallecido: título que, por su estricta adscripción a la persona, se califica de *cualidad personal*» (91).

La idea del derecho hereditario como un derecho distinto de los singulares derechos que integran el caudal relicto procede de la concepción de la herencia como una *universitas iuris*, una cosa universal, un patrimonio; en definitiva, algo susceptible de ser objeto de derecho. Sin embargo, esta idea consagrada por el *Derecho común* y mantenida en la época de la Codificación ya hace años que ha entrado en crisis, sobre todo, como consecuencia de la revisión de la *teoría del patrimonio* (92).

Nos recuerdan PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER que «la unidad del patrimonio no significa que la Ley reconozca, ni que suponga un derecho sobre el patrimonio mismo, que no es susceptible de un derecho subjetivo especial, ya que no es más que un conjunto o suma de derechos, pero no una abstracción. Al tratar al patrimonio como ente diferenciado de sus elementos se crea, por ejemplo, un derecho real sobre la herencia, siendo así que ésta no es más que el conjunto de los derechos de una persona fallecida (art. 659) y que el heredero no tiene más derechos que los del causante (art. 661) una vez aceptada la herencia (arts. 988 y 989)» (93).

Pero el que se considere a la herencia como el conjunto de derechos y obligaciones a los que antes servía de término el causante, negándole el carácter de objeto de un derecho independiente que abarcaría a todos

(91) *Ibid.*, págs. 35 s.

(92) CASTÁN: *Op. cit.*, pág. 80; ANGEL SANZ FERNÁNDEZ: *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945, pág. 108.

(93) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en las Anotaciones a ENNECERUS: *Op. cit.*, tomo I, vol. 2.º, 2.ª ed., Barcelona, 1953, pág. 598.

aquellos, no quiere decir que no se reconozca en ella *cierta unidad, subjetiva*, como mantenía CICU (94), o *teleológica*, como mantienen BINDER y LACRUZ: «En la sucesión por causa de muerte la Ley, en homenaje a la seguridad del tráfico, y, de modo especial, en consideración a los acreedores del causante, unifica, siquiera limitadamente y en determinados supuestos, las relaciones patrimoniales que forman parte de la herencia. No por eso se le puede considerar como un objeto único —sustituyendo los objetos singulares que la integran o superpuesto a ellos—, sino como una pluralidad provisionalmente unificada, sea para garantizar la satisfacción de las deudas hereditarias y de las obligaciones que nacen con la herencia, sea para que el patrimonio del heredero no pueda quedar afectado por ellas, sea también para ordenar adecuadamente la distribución de los bienes hereditarios, cuando el heredero no es conocido o son varios los que tienen tal condición. En todo caso, la unidad es más material que jurídica: supuesto que con arreglo al Código Civil pasa *recta via* al legatario la propiedad de cosa cierta y determinada, no puede decirse que exista esta última. Dentro de tales reducidos límites sí cabe afirmar que la herencia forma una masa patrimonial autónoma en la cual se produce el fenómeno de la subrogación real» ... «La eventual trabazón entre los bienes dejados por el causante no debe identificarse, empero, con el fenómeno de la sucesión universal ni debe convertirse en explicación ni clave de éste, cuando no es sino una de las varias consecuencias que la Ley le atribuye, y, por cierto, no la más duradera, pues desaparece con la *cofussio bonorum* material, una vez cumplidas las finalidades que el Derecho pretendía cumplir con ella» (95).

Con el nombre de *derecho hereditario «in abstracto»*, en contraposición al *derecho hereditario «in concreto»*, que correspondería a cada coheredero después de practicada la partición, designan ciertas disposiciones legales y una parte de la doctrina el derecho del heredero partícipe, junto con otros, en una herencia, sobre los bienes de la misma, es decir, la cotitularidad sobre el activo relicto. Titularidad que puede ir separada de la cualidad de heredero y que puede cederse con independencia de tal cualidad.

Parece que el término *derecho hereditario in abstracto* es debido a SÁNCHEZ ROMÁN: «es indudable —dice— que en el momento de la partición el derecho de los sucesores a la universalidad de la herencia, como partícipes llamados a ella y por una participación en la cosa común que la misma constituye, mental, pero no materialmente dividida, por distribución entre ellos de la misma, como sucede en toda comunidad jurídica

(94) CASTÁN: *Op. cit.*, pág. 81.

(95) JULIUS BINDER: *Derecho de Sucesiones*. Traducción y notas de JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, Barcelona, 1953, pág. 15.

de bienes; tienen en ella un derecho *in abstracto* a los bienes que la forman, según la cuantía de la participación que a los mismos les atribuye su título respectivo, pero carecen aún de derecho *in concreto*, aplicado especialmente a ninguno de los bienes determinados que componen la masa hereditaria. El derecho del sujeto, heredero o sucesor, no puede menos de guardar relación de congruencia con el objeto al que se aplica o sobre el que recae; y las notas de unidad y de universalidad se imponen para fijar la naturaleza y órbita de ambos» (96).

Derecho que aparece situado temporalmente entre el momento de la muerte del causante y el de la partición de la herencia. Después de ésta, o mejor dicho, después de la adjudicación —y lo mismo suele entenderse cuando la herencia se adjudica indivisa—, el derecho hereditario, denominado *in concreto*, no presenta la menor especialidad que lo distinga de los demás derechos del titular; «son derechos vueltos a su prístino estado, en los que el apelativo *hereditario* sólo supone una indicación de la procedencia de los bienes, su título de adquisición» (97). Igualmente unánime se muestra la doctrina al estudiar el derecho hereditario *in abstracto* del heredero único: se entiende en este caso que se confunde e identifica con el derecho hereditario *in concreto*; lo que no se dice es si en tal supuesto coexisten o no dos derechos...

Cuando el derecho pertenece a un solo heredero la cuestión puede estimarse indiferente: cada una de las fincas en su totalidad, cada uno de los bienes, pertenece desde luego a ese heredero, puesto que en él se reúnen todos los derechos y todas las obligaciones de su causante (98).

Las dificultades surgen cuando el fenómeno sucesorio produce el caclismo de desintegrar la titularidad única del causante en un resultado que, ROMERO CERDEIRIÑA, califica de francamente sorprendente. Al mismo tiempo que, por una parte, el título único del causante en los derechos particulares del patrimonio relicto se pluraliza, ocurre que, por contra e inversamente, los diversos objetos de aquellos derechos singulares se unifican (99).

Debemos anticipar que la doctrina del derecho hereditario *in abstracto* nace para evitar que los coherederos puedan disponer de bienes singulares de la herencia o de partes indivisas de los mismos antes de que se realice la partición. Y que dicha doctrina está íntimamente ligada a la de la *comunidad hereditaria*.

(96) SÁNCHEZ ROMÁN: *Op. cit.*, tomo III, vol. 3.º, 2.ª ed., Madrid, 1910, página 2077.

(97) CHAMORRO: *Op. cit.*, pág. 319.

(98) MORELL Y TERRY: *Op. cit.*, pág. 319.

(99) ROMERO CERDEIRIÑA: «En torno al concepto del derecho hereditario. La 'última moda'», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado* (1950), pág. 279.

Para justificar este particular efecto los autores han tratado, en un amplio debate, de encasillar la comunidad hereditaria en uno de los dos tipos ideales: la *comunidad romana*, que permitiría, en principio, esta disposición, o la *germánica*, que niega tal posibilidad; inclinándose en muchos casos por esta última, tal vez por confundirla con la regulación actual del Código Civil alemán, o por tipos intermedios. Debate facilitado, en buena parte, por la ausencia de una regulación legal adecuada, ya que nuestro Código Civil se sitúa ante la comunidad hereditaria, únicamente, en el momento de su terminación por la partición, fiel a la vieja idea romana del carácter provisional de toda situación de indivisión, secuela del principio de unidad en la dirección económica de la familia, aunque ello pueda parecer paradójico.

2. LA COMUNIDAD HEREDITARIA

En el Derecho romano antiguo la pluralidad de *sui heredes* continúan la comunidad doméstica, en la que hasta el momento de la muerte del causante se hallaban sometidos al poder de éste. Es una sociedad en la que todos los coherederos partícipes, libres ya de la *manus*, tienen iguales derechos. Esta sociedad (*consortium*) llamada *ercto non cito*, no es una mera comunidad patrimonial, sino más bien una relación jurídico familiar, en la que figuran, además de la herencia, todas las futuras adquisiciones de los socios, quienes no tienen patrimonio propio. Ya en las XII Tablas se concede a los socios la *actio familiae erciscundae*.

Sustituyendo al viejo *consortium* surge la comunidad de cuotas como pura comunidad patrimonial. En ella, cada uno de los coherederos, durante la comunidad, tiene un derecho limitado, cuya expresión es una cuota parte de participación en todas y cada una de las cosas que forman parte de la herencia. Pudiendo cada coheredero disponer de su cuota en las cosas, con independencia de los demás miembros de la comunidad, y puede también en cualquier momento, mediante el ejercicio de la *actio familiae erciscundae*, solicitar la división judicial de la herencia. Los créditos del causante a una prestación que sea divisible se dividen entre los coherederos ya en la época de las XII Tablas, según la regla *nomina ipso iure divisa*, en tantos créditos parciales cuantos son aquéllos, en proporción a sus respectivas porciones hereditarias, por lo que no son objeto de la acción de división de herencia (100).

La tradición romana persiste en el *Derecho común europeo*, y concretamente en el *Código Civil austríaco*, si bien con la salvedad de que antes

(100) MAX KASER: *Derecho Romano Privado*, Madrid, 1968, págs. 331 a 333.

de la declaración de herederos (*Einantwortung*) la herencia habrá de ser administrada como cosa ajena (101).

La *Compilación del Derecho civil especial de Cataluña* recoge fielmente la doctrina del Derecho romano antes expuesta en su artículo 100: «Los derechos, obligaciones y cargas de la herencia, cuando fueren varios los herederos, se dividen en proporción a las respectivas cuotas, sin solidaridad entre ellos.»

En cambio, parece que en el antiguo *Derecho germánico*, una vez transformada la colectividad familiar, por la muerte del jefe de la familia, en una comunidad patrimonial, los actos de enajenación debían ser realizados por el mancomún (*conjuncta manu*); los herederos no podían entablar demandas ni ser demandados más que colectivamente, y en las relaciones con terceras personas se representaban unos a otros. Reflejo de este estado de cosas es la Ley 4.^a, título 1.º, del Libro X del *Liber Iudiciorum*, que permite a un coheredero responder por sí y demandar, derogando la antigua disposición que prohibía seguir el pleito con un *consorte* si no estuviese presente el otro (102).

Dice don Jerónimo GONZÁLEZ que «las ideas medievales sobre los vínculos y responsabilidades familiares, la introducción en el Derecho de las cosas universales y de los juicios de testamentaria y *ab intestato*, con igual carácter; la responsabilidad solidaria de los herederos por las deudas del causante, la doctrina de la continuación de la personalidad, la legitimidad de la prohibición de dividir, hoy contenida en el artículo 1.056 del Código Civil; las consecuencias de la indivisibilidad de derechos y acciones, la posibilidad de nombrar herederos de confianza, ejecutores, comisarios, albaceas y contadores, como verdaderos órganos de un patrimonio independiente; las extrañas consecuencias de la colación de bienes, que impedían transmitir bienes a quien había de aportarlos o tomarlos de menos; la necesidad de continuar el comercio, la industria o la actividad del causante; la teoría de los efectos declarativos de la partición, la conveniencia de separar la masa relicta de los patrimonios particulares de los coherederos, la técnica del beneficio de inventario, la continuación de sociedades y comunidades de ganancias, las influencias de la llamada sucesión en los bienes, que habían cristalizado en los apotegmas *bona non sunt nisi deducto aere alieno*, 'donde hay deudas no hay herencia'; *nemo liberalis nisi liberatus*, 'antes es pagar que heredar'; la incertidumbre que las legítimas, las reservas, las reducciones y los legados introducían en las cuotas distribuibles a cada here-

(101) JOSÉ PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, vol. 1.º, Barcelona, 1961, pág. 369.

(102) JERÓNIMO GONZÁLEZ: «La comunidad hereditaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (1931), pág. 175.

dero, eran otros tantos obstáculos para que pudiera prosperar el sistema de adjudicar una parte determinada de cada cosa, derecho, acción, deuda o responsabilidad de una persona determinada en cuanto se acreditase la delación hereditaria».

«Pero la construcción romanista —continúa diciendo— al mediar el siglo XIX, lejos de haber vencido tales dificultades, era pobre o carente de lógica. No estaba claro si el coheredero podía enajenar una porción alícuota de cosas determinadas, o los derechos que en la partición pudieran corresponderle sobre un objeto de la herencia, y se discutía si la venta de la misma era de cosa ajena, o en parte propia, o futura, o sujeta a condiciones» (103).

Las Legislaciones de *Méjico* y de *Guatemala* no permitían al coheredero disponer de su derecho mientras durase la indivisión.

En cambio, en las Legislaciones de *Francia*, *Italia*, *Bélgica*, *Chile* y *Colombia*, e incluso, para algunos autores, en la nuestra (104), se respetan con carácter condicional las enajenaciones, facultando a los interesados para intervenir en la partición.

El *Código Civil alemán* siguió otro criterio, limitador del derecho de disposición de los coherederos. Así, dice el *parágrafo 2.032 del B.G.B.*: «si el causante deja varios herederos, el caudal relicto se convierte en patrimonio común de los mismos»; y añade el segundo párrafo del párrafo siguiente, después de admitir la negociabilidad de la cuota, que «un coheredero no puede disponer de su cuota en los objetos particulares del caudal relicto». Dice COING que la *Segunda Comisión Redactora* de este Cuerpo legal adoptó, en interés de los acreedores de la herencia, la regulación del *Derecho prusiano*, configurada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Prusia. Añadiendo que la teoría de la *comunidad en mano común* del Derecho germánico, que sólo más tarde fue claramente formulada, no desempeñó ningún papel en la solución adoptada (105).

Cuando el llamamiento a la herencia tiene lugar en favor de varias personas, surge entre éstas, desde la apertura de la sucesión, una cotitularidad sobre la herencia que plantea el problema tanto de su carácter y naturaleza como de su ámbito objetivo. Dicha cotitularidad cesa por la partición, la cual atribuye a cada coheredero «la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados» (*artículo 1.068*). Tratamos de resumir a continuación el estado de la cuestión en la doctrina.

Generalmente el problema de la naturaleza jurídica de la comuni-

(103) *Ibid.*

(104) MORELL Y TERRY: *Op. cit.*, tomo II, pág. 462.

(105) PUIG BRUTAU: *Op. cit.*, págs. 370 s.

dad hereditaria se ha planteado en torno a la alternativa entre su inclusión en el tipo romano o en el germánico, tendiendo a predominar posiciones intermedias, que la aproximan a uno u otro tipo, según las preferencias de cada autor.

Para CHAMORRO la comunidad hereditaria se resuelve en una pluralidad de comunidades igual al número de cosas o derechos reales comprendidos en la herencia, siendo dichas comunidades del tipo de la comunidad romana o por cuotas indivisas, que es la que regula nuestro Código Civil en los artículos 392 y siguientes, cuyas normas le serán aplicables, salvo la prioridad que, conforme al artículo 392, corresponderá a las disposiciones especiales: en este caso, las relativas al derecho sucesorio por tratarse de comunidades sobre objetos que forman parte de una herencia. La única especialidad de las comunidades hereditarias —que no las aleja del tipo romano o legal, dice este autor, ya que el citado artículo 392 deja paso a las disposiciones especiales— es la restricción que para el comunero implica la *carencia de la facultad de disponer* (no de contratación, sino de *enajenación presente*) de su derecho en cada bien, que no podrá ser enajenado, cedido o hipotecado antes de la partición; como sería posible en otros casos al amparo del artículo 399 del Código Civil, inaplicable transitoriamente a las comunidades de bienes heredados, y sólo por lo que a disposición con efectos reales inmediatos se refiere. Y la razón de esta especialidad se encuentra, añade, en el *principio de indemnidad del heredero*, que cuando son varios, el peligro de lesión puede venir también del ejercicio normal de su derecho por los demás, cuyos actos de enajenación podrían acarrear una futura insolvencia ante el pago de las deudas heredadas (106).

Con un sentido diferente, en cuanto que reconoce que existe una comunidad unitaria sobre el total de la herencia, pero coincidiendo en cuanto a la caracterización de dicha comunidad, mantiene ROCA SASTRE que el Derecho español responde a la idea de cuota sobre la herencia, pero no sobre cada bien singular, como lo demuestra el artículo 1.067 del Código Civil y los artículos 14 y 16 de la Ley Hipotecaria y lo declara reiterada jurisprudencia, según la cual mientras la herencia no se halle dividida los herederos no tienen un dominio exclusivo sobre el todo o parte de una cosa determinada de la herencia, ya que solamente tiene cada heredero una porción ideal sobre el patrimonio hereditario en sí, pero sin implicar adjudicación de bienes concretos y determinados o cuotas indivisas sobre los mismos, pues para ello se requiere la partición y posterior adjudicación. Este carácter romano, dice, lo confirman los artículos 1.067 del Código y el 46 de la Ley Hipotecaria, ya que es ca-

(106) CHAMORRO: *Op. cit.*, págs. 332 s.

racterística fundamental de este tipo de comunidad la negociabilidad o disponibilidad de las cuotas o participaciones de cada coheredero en la herencia. Ante la corriente contraria de caracterizar la comunidad hereditaria como comunidad germánica, aclara que existe una confusión por no haberse comprendido el juego diverso de dos comunidades: la comunidad sobre el patrimonio hereditario, la cual responde al tipo romano o *pro indiviso*, con sus cuotas diferenciadas y enajenables, y a la comunidad sobre cada cosa o elemento integrante de aquél, la cual es de tipo germánico o en mancomún, o sea una comunidad difusa en sus participaciones, ya que no cristaliza en cuotas negociables, de suerte que cualquier acto de disposición ha de emanar de todos los coherederos, esto es, del mancomún (107). El mismo criterio mantiene ROYO MARTÍNEZ (108).

Bastantes han sustentado el carácter germánico de nuestra comunidad hereditaria. Entre ellos, ROMERO CERDEIRIÑA y G. GARCÍA VALDECASAS.

Dice G. GARCÍA VALDECASAS que «la comunidad hereditaria española sería comunidad sobre la herencia como un todo. Ciertamente que dentro de ella se pueden distinguir tantas comunidades como derechos singulares integran la herencia, pero en cada una de estas comunidades no existe división por cuotas, no puede pedirse la división material del objeto; son típicamente comunidades *zur gesamten Hand*»; reconoce que la comunidad sobre el patrimonio, en cambio, lleva consigo la existencia de cuotas disponibles y la posibilidad de pedir su división, pero esto, según él, no desvirtúa el principio de la mancomunidad (109).

ROMERO CERDEIRIÑA, también en una conferencia, mantuvo el carácter germánico de nuestra comunidad hereditaria, después de insistir en la especial consideración de los vínculos personales en la comunidad *zur gesamten Hand* (110), y, en consecuencia, en la importancia que tiene la cualidad personal de cada comunero, lo cual, a mi entender, no tiene especiales consecuencias prácticas para la comunidad hereditaria, pues ésta no presupone, como dice LACRUZ, que todos los herederos y sólo herederos participen en ella (111). Manifiesta, además, que la negociabilidad de las cuotas es una excepción al mencionado carácter, sin que

(107) ROCA SASTRE en las Anotaciones al *Derecho de Sucesiones* de THÉODOR KIPP del Tratado de ENNECERUS, tomo V, vol. 2.º, 2.ª ed., Barcelona, 1976, páginas 198 a 201.

(108) ROYO MARTÍNEZ: *Derecho sucesorio «mortis causa»*, Sevilla, 1951, página 326.

(109) GUILLERMO GARCÍA VALDECASAS: «La comunidad hereditaria en el Derecho español», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado* (1953), página 256.

(110) ROMERO CERDEIRIÑA: *Op. cit.*, pág. 281.

(111) LACRUZ: *Op. cit.*, págs. 291 s.

constituya una negación del mismo, puesto que esa negociabilidad también se encuentra en la regulación del B.G.B., y que por ello no deja de ser germánica (112). El razonamiento es pintoresco: indudablemente, la comunidad hereditaria del B.G.B. es una comunidad germánica o alemana, pero no necesariamente la *comunidad germánica*, entre comillas.

Otros autores mantienen posturas intermedias. Así, SANZ FERNÁNDEZ, GARCÍA GRANERO o don Jerónimo GONZÁLEZ.

Dice SANZ FERNÁNDEZ que «si se contemplan las relaciones jurídicas aisladas del causante hay en ellas un cambio de titularidad. En su lugar quedan todos los herederos conjuntamente, creándose una cotitularidad, tanto en los elementos activos del patrimonio como en las deudas del mismo. Esta cotitularidad es de muy difícil caracterización, pues en algún aspecto se asemeja a la germánica, y en otros, sobre todo, en cuanto a las deudas, a la cotitularidad solidaria; en cambio, está muy lejana de la comunidad romana o por cuotas. Las notas distintivas de la titularidad de cada heredero sobre los elementos aislados de la herencia son: 1.º Su carácter interino o provisional, ya que está destinada necesariamente a la extinción. 2.º Su indeterminación, ya que falta la idea de cuota referida a cada uno de los bienes. 3.º Es, en cierto modo, presunta: todo heredero tiene un derecho sobre todas las cosas de la herencia, pero sólo presunto, pues éstas pueden ir a parar a otros herederos íntegramente (113).

GARCÍA GRANERO concluye que la comunidad hereditaria es una institución híbrida o intermedia que presenta puntos de coincidencia tanto con la comunidad romana como con la germánica. En el régimen interno, y en cuanto al goce de las cosas comunes, recuerda a la primera, de la que toma también el carácter transitorio y la existencia de cuotas. En cambio, en el aspecto externo (garantía de los acreedores y ejercicio de los poderes dispositivos) actúan los principios rectores de la *gesamte Hand*, de la que recibe la inconcreción y falta de determinación de los derechos eventuales de los coherederos (114).

Desde el punto de vista del *ámbito objetivo de la comunidad hereditaria* hay que reconocer con ESPÍN que la doctrina muestra iguales vacilaciones y división de opiniones (115).

Según CASTÁN, uno de los caracteres de la comunidad hereditaria consiste en ser ésta una *comunidad universal*, en cuanto recae sobre una

(112) ROMERO CERDEIRIÑA: *Op. cit.*, págs. 291 s.

(113) SANZ FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, págs. 112 s.

(114) JUAN GARCÍA GRANERO: «Cotitularidad y Comunidad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (1946), pág. 623.

(115) DIEGO ESPÍN CÁNOVAS: *Manual de Derecho Civil español*, vol. V, Madrid, 1978, pág. 125.

unidad patrimonial: la herencia. Comunidad que no se da sobre los singulares bienes y derechos que componen aquélla. Lo contrario, manteniendo, complicaría innecesariamente la técnica del Derecho sucesorio. Además, tanto el Código Civil como la Ley Hipotecaria y la Jurisprudencia suponen la participación de cada coheredero en la herencia indivisa como una cuota única que se refiere a toda la herencia y no a cada uno de sus elementos integrantes (116).

Fernando DE LA CÁMARA estima también que se trata de una comunidad universal que recae sobre un patrimonio, considerando la comunidad hereditaria como una comunidad especial, que se distingue tanto de la propiedad colectiva como del condominio, caracterizada por ser *universal, forzosa y transitoria o incidental* (117).

OSSORIO MORALES, comentando la *sentencia de 25 de enero de 1945*, afirma que «sólo el hecho de tener por objeto una universalidad de bienes, o sea el patrimonio del causante concebido abstractamente como unidad, prescindiendo de los elementos singulares que lo integran, es lo que puede dar sustantividad conceptual a la comunidad hereditaria. Y que este es el carácter de nuestra comunidad hereditaria lo revela el artículo 71 del Reglamento Hipotecario (de 1915), al dar por supuesto que cada coheredero, antes de la adjudicación de bienes concretos y determinados, sólo tiene derecho a una parte del patrimonio hereditario» (118).

Análoga posición parece la adoptada, entre otros, por FERRANDIS (119), ROMERO CERDEIRIÑA (120), NAVARRO AZPEITIA (121), ROCA SASTRE (122), DE LA RICA ARENAL (123), GIMÉNEZ ARNAU (124).

LACRUZ, aun no reconociendo a la herencia el carácter de *universitas iuris*, mantiene que se trata de una *comunidad universal*, que versa sobre la herencia, aunque lo contrario podría deducirse de los artículos 1.514, 1.517 y 1.860 del Código Civil, que parecen presuponer una comunidad sobre cada objeto concreto, y cuyo modo de expresión es

(116) CASTÁN: *Op. cit.*, pág. 298.

(117) FERNANDO DE LA CÁMARA: «El derecho hereditario: *in abstracto*», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (1926), págs. 503 s.

(118) JUAN OSSORIO MORALES: «Comentario a la Sentencia de 25 de enero de 1945», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1943), pág. 562.

(119) FERRANDIS VILELLA: *La comunidad hereditaria*, Barcelona, 1954, pág. 45.

(120) ROMERO CERDEIRIÑA: *Op. cit.*, pág. 337.

(121) NAVARRO AZPEITIA: «La contratación sobre derecho hereditario e indiviso en Cataluña», en *La Notaría* (1944), pág. 21.

(122) ROCA SASTRE: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1941, tomo I, pág. 562.

(123) RAMÓN DE LA RICA ARENAL: *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria*, Madrid, 1945, pág. 72.

(124) GIMÉNEZ ARNAU: *Op. cit.*, tomo I, pág. 20.

defectuoso (125). Lo mismo observa GARCÍA VALDECASAS cuando dice que la solución más acorde con la doctrina dominante sobre el ámbito objetivo de la comunidad hereditaria, como comunidad universal, hubiera sido «que el derecho de retracto no pudiera ejercitarse sino por todos o frente a todos los herederos conjuntamente» (126) (127).

Sin embargo, no faltan autores, como CHAMORRO, que mantienen que la comunidad hereditaria no es una comunidad sobre un único objeto, ni siquiera universal, sino tantas comunidades de bienes como cosas integran la herencia, caracterizando dichas comunidades como de tipo romano, pero sin el posible ejercicio del derecho de disposición de cada heredero (128).

Cossío mantiene que la comunidad no se produce sobre el patrimonio, sino sobre la titularidad del mismo, titularidad que es única y se refiere, individualmente, a todos y a cada uno de los derechos y obligaciones de la herencia (129).

Para BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO no existe en la regulación legal española la existencia de un vínculo o nexo de conexión indispensable para que la comunidad hereditaria pueda tener el carácter de una *universitas iuris* y para que el simple complejo de los bienes que la integran pueda adquirir una unidad orgánica. Pues dichos bienes no tienen en nuestra Ley una valoración conjunta, ni proporcionan otra utilidad que la de los bienes particulares que la componen, ni puede decirse que exista la *unidad de destino a un fin* que se da en otros complejos patrimoniales. Se trata de un simple complejo de bienes, unidos transitoriamente, en virtud del fenómeno de la delación hereditaria. Tampoco se produce técnicamente una comunidad, sino una cotitularidad, pues no recae exclusivamente sobre un derecho real. Si bien existe una verdadera comunidad sobre aquellas cosas y derechos susceptibles de ser tenidos en común. Comunidad que será de bienes por cuotas partes, que es la que regulan los artículos 392 y siguientes del Código Civil, que serán aplicables sin perjuicio de su especialidad, que habrá que buscarla en la delación hereditaria y no en la comunidad en mano común, ya que la delación hereditaria incluye en este tipo de comunidad cosas no susceptibles de estar en común, técnicamente hablando; y en las consecuen-

(125) LACRUZ: Anotaciones al *Derecho de Sucesiones* de BINDER, pág. 248.

(126) GARCÍA VALDECASAS: *Op. cit.*, pág. 262.

(127) Estos preceptos concuerdan con los artículos 1.668 y 1.672 del Código Civil francés, con claros antecedentes en el Derecho Romano (Ley 47, par. 1, Tít. 4, Libro 4 del Digesto; Codex, Ley 2, Tít. 16, Libro 4), donde la comunidad hereditaria se resolvía en tantas cuantos bienes singulares existían en la herencia.

(128) CHAMORRO: *Op. cit.*, pág. 330.

(129) Cossío: *Op. cit.*, pág. 297.

cias que dicho fenómeno produce con relación al aspecto externo de la comunidad (130).

La doctrina actual, pues, con las excepciones a que nos hemos referido, configura la llamada comunidad hereditaria como *universal*, es decir, afectando a los bienes indivisos en su conjunto, nacida forzosamente de la pluralidad de herederos, y en la que no corresponden a tales sucesores porciones determinadas en los bienes concretos. «Forman éstos —dic LACRUZ— una masa patrimonial autónoma, sometida a un régimen especial de administración, uso, disfrute y disposición; a la que se aplica el principio de subrogación real, y que puede, incluso, mantener relaciones jurídicas con los patrimonios particulares de los herederos» (131).

En definitiva, lo que parece claro es que, con independencia de que la comunidad hereditaria se catalogue de comunidad romana sobre una *universitas* o de comunidad germánica, o de formas híbridas de ambas, la doctrina llega a la conclusión casi unánime de considerarla como *comunidad universal*. Quizá, como dice el refrán, para este viaje no se hubieran necesitado alforjas, pues si en lugar de pretender encajar la comunidad hereditaria necesariamente en uno de los dos presuntos tipos históricos se hubiera tratado de averiguar qué es lo que conviene a una regulación justa del problema, en atención a los intereses que puedan encontrarse en conflicto, y, una vez averiguado esto, con qué medios de técnica jurídica se ha de regular y, por tanto, como dice PUIG BRUTAU, «en lugar de especular con tipos de formación histórica..., averiguar directamente si conviene que los coherederos dispongan de cuotas negociables sobre cada objeto de la herencia, en la medida de su derecho hereditario, o si es preferible que éste se mantengan con un contenido abstracto mientras dura la indivisión, evitando la aparición de nuevos titulares en la comunidad de cosas determinadas» (132).

A esta conveniencia es a la que responde la teoría del derecho hereditario *in abstracto*.

3. EL DERECHO HEREDITARIO «IN ABSTRACTO»

ROCA SASTRE lo conceptúa como «el derecho que cada coheredero, que ha aceptado la herencia, tiene sobre el patrimonio relicto mientras subsista indiviso o en comunidad entre los coherederos, y en proporción

(130) JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO: *La comunidad de bienes en Derecho español*, Madrid, 1954, págs. 98 y ss.

(131) LACRUZ: *Op. cit.*, pág. 133.

(132) PUIG BRUTAU: *Op. cit.*, págs. 368 s.

a sus respectivas cuotas» (133). Este mismo concepto mantienen GIMÉNEZ ARNAU (134), NAVARRO AZPEITIA (135), ROMERO CERDEIRIÑA (136), F. DE LA CÁMARA (137), DE LA RICA ARENAL (138) y otros muchos.

Expone GIMÉNEZ ARNAU que «la muerte del *de cuius* que deja varios herederos provoca hasta que llega la partición la sustitución en la titularidad de un patrimonio de un sujeto individual (causante) por un sujeto plural (los herederos). Esta titularidad plural sobre un patrimonio impone que todos los individuos componentes de este plural deban ejercer su titularidad de un modo unitario (todos a la vez) y sin solidaridad entre los diversos elementos por los actos de uno solo de los sujetos (la solidaridad existirá por los actos comunes y para las obligaciones que directamente contrajera el causante). Dicho en otros términos, esto significa: entre todos los herederos tienen derecho a toda la herencia; hasta que llegue la partición, cada heredero tiene sólo una parte alícuota del haber total herencial, y, en fin, si la partición no se ha hecho, ningún heredero tiene derecho ni a cosa determinada ni a cuota sobre cosa determinada. Los efectos del derecho hereditario son, pues: *primero*, crear una situación de comunidad; *segundo*, constituir el objeto de esa comunidad un patrimonio, una cosa universal; *tercero*, ser ineficaz la transmisión operada por uno solo de los condóminos sobre una cosa concreta de las que forman la universalidad de la cosa» (139).

Y ese derecho es conceptuado como *derecho real* (SÁNCHEZ ROMÁN) (140) sobre una *universitas iuris*, o solamente cuando tiene como sustrato cosas corporales (141); pero, como dice CHAMORRO, estos saltos desde el objeto único a una de sus partes integrantes para explicar la naturaleza y efectos de un derecho no aparecen aclarados ni factibles (142), pues no puede darse al todo el carácter exclusivo de una de sus partes. También se ha calificado de *modo de adquirir*, de *derecho absoluto aunque no real* (CASTÁN, CAMPUZANO), o de *ius ad rem*, admisible sólo en el supuesto de existir derechos reales en el patrimonio hereditario y únicamente derechos de esta clase, pues de otro modo habrá vocación a derechos de crédito (143).

(133) ROCA SASTRE: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1946, página 359.

(134) GIMÉNEZ ARNAU: *Op. cit.*, pág. 90.

(135) NAVARRO AZPEITIA: *Op. cit.*, pág. 21.

(136) ROMERO CERDEIRIÑA: *Op. cit.*, pág. 302.

(137) FERNANDO DE LA CÁMARA: *Op. cit.*, págs. 501 y ss.

(138) RAMÓN DE LA RICA ARENAL: *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, tomo I, Madrid, 1948, pág. 127.

(139) GIMÉNEZ ARNAU: *Op. cit.*, pág. 905.

(140) SÁNCHEZ ROMÁN: *Op. cit.*, tomo IV, vol. 1.º, págs. 26 y ss.

(141) FERNANDO DE LA CÁMARA: *Op. cit.*, pág. 500.

(142) CHAMORRO: *Op. cit.*, pág. 322.

(143) GIMÉNEZ ARNAU: *Op. cit.*, pág. 90.

Sin embargo, se ha puesto en duda la existencia del derecho hereditario *in abstracto* como derecho subjetivo distinto de los singulares derechos que integran el caudal hereditario.

CHAMORRO abre brecha diciendo que la doctrina del derecho hereditario *in abstracto* descansa sobre un supuesto arbitrario, cual es el de considerar la herencia o patrimonio heredado como un *objeto único*, es decir, como una *universitas iuris*. El moderno Derecho de cosas se ha desprendido de la inútil ficción de la *res universalis*, construcción de los glosadores, que no ha resistido, según este autor, la crítica de la ciencia jurídica actual: en las universalidades de cosas, dice, citando a FERRARA, no puede verse un nuevo objeto de derecho que se sobreponga o contraponga a las cosas singulares de que están formadas; para ello falta un reconocimiento del Estado que hiciera surgir el nuevo objeto de derecho. Las alteraciones que pudieran determinar la del derecho subjetivo habrían de venir o de la propia relación jurídica o del objeto: «La pluralidad de titulares en un derecho no acarrea más consecuencias que exigir una regulación para hacer posible su ejercicio y evitar la contradicción de intereses; pero en nada trasciende esta regulación a la naturaleza o al objeto del propio derecho indiviso. Por ello, es impropio presentar el problema del derecho hereditario como esencialmente distinto según se trate de heredero único o de varios herederos. Por razón de la propia relación jurídica, ni el testador ni la Ley establecen que haya de cambiar la naturaleza de los derechos que abarca la sucesión, y no puede ser más rotundo a este efecto el artículo 661 del Código Civil... Es sobre una supuesta alteración legal en el objeto donde gravita todo el peso de la construcción del llamado derecho hereditario... La pluralidad de objetos, por sí sola, es incapaz de producir un cambio de naturaleza en los derechos que se poseen o se adquieren originaria o derivativamente, y menos una fusión de un derecho único sobre el conjunto... Por otra parte, la consideración de que la transmisión de la masa como una *universitas iuris* favorecía a los acreedores parece decisiva; para tal favor basta el precepto imperativo de que el heredero sucederá también en las deudas, como establece el artículo 661 de nuestro Código Civil (sucesión en las obligaciones), o considerar legalmente las deudas del causante como cargas de los bienes hereditarios (sistema alemán)»... Termina diciendo que el supuesto derecho hereditario *in abstracto* no existe. Sólo hay derechos que se transmiten, inalterados, del causante al heredero: son los mismos derechos, reales o de crédito, que aquél ostentaba, y que desde el momento de su muerte pasaron al patrimonio del sucesor. En ellos lo «hereditario» no es más que un apellido, sin actualidad y sin otro valor casi que el de indicar una pro-

cedencia. «Solamente en tal sentido cabe hablar de los *derechos hereditarios* —acaso aún mejor— heredados: no hay un derecho hereditario *in abstracto*, como no lo hay, en abstracto, del terrateniente o del ganadero» (144).

Análoga postura parece la mantenida por PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (145), NÚÑEZ LAGOS (146) y ROAN MARTÍNEZ (147).

Concebir la herencia como un objeto de derecho distinto de los elementos singulares que la integran, dice Cossío, supone llegar a la conclusión absurda de un derecho que recaiga sobre una masa de deudas, en el supuesto de ser superior el activo que el pasivo, o que tal derecho recaerá solamente sobre el posible activo, en cuyo caso no se trataría ya propiamente de un derecho sobre la herencia, sino únicamente sobre los elementos restantes, *deducto aere alieno*. Derecho que no recaería sobre bienes determinados, porque entonces se identificaría con los derechos concretos que sobre estos mismos bienes recayesen, siendo ociosa tal duplicación, sino sobre una porción del patrimonio aún no determinada, y que tal vez, en realidad, no pudiera nunca llegar a determinarse por no existir o por quedar totalmente absorbida por las deudas. Se trataría, pues, de un derecho que pudiera carecer de objeto, lo cual es jurídicamente imposible, o de una mera expectativa, que sólo se convertiría en derecho en el caso de que pagadas las deudas quedare remanente hereditario (148).

Don Federico DE CASTRO, al ocuparse del objeto del derecho subjetivo, rechaza rotundamente la admisión de *universitates iuris* como objetos unitarios de derechos subjetivos: «La atribución de un conjunto patrimonial a un sujeto, ya sea como patrimonio personal, ya *ex qualitate*, como padre, como marido, no se concibe como un derecho subjetivo sobre un patrimonio, sino como una titularidad o cualidad jurídica, que determinará el ser sujeto de una multiplicidad de derechos subjetivos concretos.» «Ni siquiera la masa patrimonial inmovilizada, por estar sometida a liquidación, se puede estimar como objeto de un derecho subjetivo. Por ello, no se puede hablar con propiedad de lenguaje de un derecho sobre la masa del concurso, sobre los bienes de la sociedad conyugal en liquidación o sobre la herencia en partición. La técnica colocada en la necesidad de elegir entre la creación de un objeto indefi-

(144) CHAMORRO: *Op. cit.*, págs. 325 a 328.

(145) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: *Op. cit.*, pág. 598.

(146) NÚÑEZ LAGOS en un Comentario a la Resolución de 25 de noviembre de 1942, en *Información Jurídica* (1944), pág. 8.

(147) ROAN MARTÍNEZ: «El Texto Refundido de la Ley Hipotecaria», en *Revista de Derecho Privado* (1946), pág. 744.

(148) Cossío: *Op. cit.*, pág. 295.

nido y abstracto, como base de un derecho subjetivo atípico —ni real ni obligacional—, y la admisión de una indeterminación limitada y transitoria del sujeto de cada uno de los derechos subjetivos concretos que contenga la masa patrimonial, ha preferido este último procedimiento. Respecto de cada derecho, existirá, de modo transitorio, una indeterminación de sujetos, dejándose su individualización para el momento de la liquidación de la *universitas* y la correspondiente adjudicación de bienes.» «El valor dado a la concreción del objeto se ve claramente: mientras sobre un patrimonio sólo es posible uno de los tipos de comunidad, en cambio, si se trata de un derecho subjetivo —individualizado por su objeto—, pueden surgir derechos de copropiedad o un derecho de crédito con pluralidad de acreedores. La pluralidad de titulares sobre un patrimonio no impone una copropiedad sobre los distintos derechos —a diferencia de lo que mantiene CHAMORRO—; lo impide la necesidad de mantener la unidad patrimonial abstracta, tanto en su función de unidad de garantía en favor de los acreedores (y de los legatarios de la herencia) como para la simplificación de las relaciones internas, tanto mientras dure la comunidad como al disolverse. Hay, por tanto, una *cotitularidad patrimonial*, que no supone un derecho en o al patrimonio como objeto, sino que es título en la situación interina existente respecto de cada derecho subjetivo que comprenda el patrimonio; respecto de cada uno de estos derechos subjetivos, la pluralidad de sujetos tiene una *titularidad interina* y cada uno de los sujetos cotitulares tiene una *titularidad preventiva*, correspondiente a su derecho eventual. La falta de claridad en esta cuestión ha producido las mayores dudas sobre la naturaleza del llamado derecho hereditario abstracto» (149).

SANZ FERNÁNDEZ, después de poner de relieve las dificultades de índole sustantiva y registrales de la teoría del derecho hereditario *in abstracto*, y de calificar su construcción de artificiosa, manifiesta que los herederos no tienen un derecho subjetivo sobre la herencia, la cual, si es considerada como una unidad, es tan sólo desde un punto de vista económico, con miras a la liquidación, sin que ello suponga unificación jurídica, la cual no puede ser admitida ni por su origen, ya que se trataría de un derecho nuevo, que no tenía el causante, ni en pura doctrina por las dificultades que plantea, ni para explicar el desenvolvimiento práctico de la situación, perfectamente justificable sin acudir a aquélla, como no es necesario acudir a esta pretendida unidad objetiva en casos indudablemente análogos, como la sociedad legal disuelta y no liquidada o las personas jurídicas extinguidas y pendientes de liquidación. En cam-

(149) FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho Civil de España*, tomo I, Madrid, 1942, pág. 495.

bio, la ficción del derecho hereditario dificulta extraordinariamente el carácter declarativo de la partición de la herencia (150), pues, efectivamente, el paso del derecho hereditario *in abstracto* al derecho hereditario *in concreto*, mediante la partición, implicaría la extinción de un derecho subjetivo y la constitución de otro nuevo, resultando el adjudicatario causahabiente de los otros coherederos (151).

Sin embargo, a pesar de estas posturas negativas, de lo que no cabe duda es que los herederos tienen, después de aceptar la herencia y antes de partirla y adjudicarla, un evidente derecho o titularidad sobre todas y cada una de las cosas que integran la herencia, derecho que se enajena, se vende, se cede y se embarga con extraordinaria frecuencia en la vida cotidiana, que es objeto de un retracto especial, etc. Y quien lo compra o embarga suele asegurarse previamente de que no adquiere fantasmas, trucos ni ficciones (152), sino realidades jurídicas y económicas (153).

Que ese derecho no pueda ser considerado como un derecho nuevo, distinto de los particulares derechos que integran el caudal relicto, ni una participación en un derecho sobre la totalidad de la herencia, concebida como *universitas iuris* o cosa universal, parece claro, dadas las dificultades y complicaciones que ello entrañaría, y, sobre todo, la imposibilidad de su existencia en términos de dogmática jurídica, como ponen de manifiesto los autores que acabamos de citar, pues si la herencia no es una cosa universal, los copartícipes no pueden tener un derecho sobre el patrimonio concebido como un objeto único; al contrario, como dice LACRUZ, «cada cosa o derecho les pertenece directamente, pero de tal modo que la titularidad de cada uno, si bien recompone, en unión de las demás, la totalidad del derecho originario, no tiene la misma determinación que la del copropietario de un objeto particular, definiéndose en función de la que compete a los restantes consortes, habida cuenta la interdependencia que media entre todos los objetos pertenecientes al caudal. Así, sólo la participación en la totalidad

(150) SANZ FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, págs. 107 y ss. y pág. 112.

(151) En contra, ROMERO CERDEIRIÑA: *Op. cit.*, pág. 362.

(152) NÚÑEZ LAGO, *loc. cit.*, había dicho que una vez aceptada la herencia existen «derechos subjetivos (en plural) sobre los bienes singulares del testador (artículos 659 y 661), es decir, derechos concretos y específicos; el heredero ocupa el mismo centro, titularidad y situación patrimonial del causante, *lo mismo si el heredero es único que si son varios*. Es una sucesión, es un mero cambio de sujeto, una transformación o modificación subjetiva en las relaciones jurídicas del causante. *A lo sumo se crea una comunidad o condominio*. Pero no veo, ni antes ni después de la aceptación, ningún derecho *in abstracto*, ni hereditario, ni de ninguna clase, porque no puedo ver fantasmas más que en el cine. A ver si resulta que el derecho hereditario (como los fantasmas del cine) *no es más que el resultado de un truco*».

(153) DE LA RICA ARENAL: *Op. cit.*, pág. 126.

de los objetos tiene una determinación numérica. Es decir, se puede ser titular de la misma o de un décimo, etc., de la herencia, pero esta cantidad no es índice de la participación que se tiene en cada objeto relicto. Cabe hablar, pues, de una cuota global y compuesta: no cuota de un patrimonio, concebido como un objeto independiente, pero sí participación indeterminada sobre cada uno de los objetos que la componen, y concreta en relación a la totalidad» (154).

Esa situación del coheredero frente a cada cosa singular de la herencia supone un estado jurídico provisional, un derecho eventual, llamado a extinguirse de modo automático, si en la partición la cosa singular se adjudica a otro heredero. Tiene una doble proyección (155): frente al conjunto patrimonial de la herencia supone un derecho de cuota o de participación concreta y determinada, representando simplemente la situación de comunero en una comunidad universal, como ha dicho LACRUZ (156); frente a cada bien hereditario, se nos presenta como un derecho indeterminado y eventual que, al no concretarse en una participación determinada, como en el condominio normal, requiere cierto esfuerzo mental para su inteligencia (157), y ello justifica su denominación de derecho abstracto (158).

4. CRITERIOS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Dirección General comenzó por considerar a los coherederos como dueños *pro indiviso* de cada cosa de la herencia (*Resolución de 7 de octubre de 1880* y otras). Explícitamente, la *Resolución de 25 de febrero de 1888* afirma que es indiscutible el derecho que asiste a todo condueño para inscribir su participación en la cosa común, autorizando, en consecuencia, la inscripción de las enajenaciones que de su respectivo derecho hereditario, referido a cosa determinada, hicieron los coherederos. Así, decía la de *16 de diciembre de 1876* que «autorizada la inscripción del título de herencia en general y sin distinciones de ningún género, es evidente que procede de igual modo la inscripción de las enajenaciones o cesiones que de su respectivo derecho hereditario hagan las personas que a su nombre lo tengan inscrito para que se cumpla el fin primordial de la Institución de los Registros de la Propiedad, que

(154) LACRUZ-SANCHO: *Op. cit.*, pág. 134.

(155) DE LA RICA ARENAL: *Op. cit.*, pág. 127.

(156) LACRUZ-SANCHO: *Op. cit.*, pág. 36.

(157) ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *Derecho Hipotecario*, 7.ª edición, Barcelona, 1979, tomo IV, vol. 1.º, pág. 62.

(158) DE LA RICA ARENAL: *Op. cit.*, pág. 127.

consiste en que aparezcan en los Libros todas las transmisiones del dominio de fincas y de los derechos reales que se verifiquen por título singular o universal, y los nombres de las personas en quienes reside la facultad de disponer de ellos...» Bajo este supuesto, y sin perjuicio de los particulares efectos que, según la Legislación civil, produzca la enajenación del derecho hereditario antes de la partición, declaró inscribible la enajenación otorgada por un coheredero en favor de otro de la parte que a él le correspondía sobre determinada finca (159).

Tratando de precisar estos *particulares efectos*, acude MORELL al sistema francés de la eficacia condicional, alegando los artículos 405 y 399 del Código Civil: si la cosa particular vendida o hipotecada se adjudica al heredero vendedor o hipotecante el acto es eficaz; si se adjudica a otro partícipe, la venta o la hipoteca se desvanecen, siguiendo las reglas de las condiciones resolutorias. Para garantizar en lo posible la eficacia del acto de enajenación o gravamen, el *artículo 403* concede al cesionario o acreedor el derecho a intervenir en la partición, precepto que en materia de herencia se halla confirmado por el *artículo 1.083* (160).

Pero posteriormente, sobre la base del *artículo 71 del Reglamento Hipotecario de 1915*, y con una influencia muy acusada del B.G.B., se consagra un cambio de orientación fundamental: la inscripción del derecho hereditario se caracteriza por no implicar adjudicación de bienes y por referir la cuota no a la finca o derecho singular, sino al *patrimonio hereditario*; a partir de la *Resolución de 27 de marzo de 1917*.

En esta línea se producirán las siguientes Resoluciones del Centro directivo: *la de 21 de febrero de 1923, la de 22 de septiembre de 1924, la de 29 de agosto de 1925, la de 6 de diciembre de 1926, la de 1 de diciembre de 1927, la de 1 de junio de 1943 y la de 3 de febrero de 1959* (160 bis).

Se puede afirmar que fue la Jurisprudencia del Tribunal Supremo la que inició el cambio de orientación en el concepto del llamado derecho hereditario, que luego recogería la Legislación inmobiliaria (161), y desarrollarían brillantemente las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Abrió el camino la *sentencia de 4 de abril de 1905*, que declaró que el coheredero puede disponer, antes de que se practique la división de la herencia, de la parte ideal o indeterminada que haya de corresponderle

(159) Igual criterio siguen las *Resoluciones de 14 de diciembre de 1894, 16 de diciembre de 1904 y 25 de enero de 1906*.

(160) MORELL Y TERRY: *Op. cit.*, tomo II, pág. 463.

(160 bis) También las *Resoluciones de 6 de abril de 1957, 6 de febrero de 1958, 20 de septiembre de 1967 y 3 de enero de 1979*.

(161) El Reglamento Hipotecario de 1915 y la Reforma Hipotecaria de 1944-46.

en la herencia mientras no sea objeto de liquidación o adjudicación, pero *carece de verdadero título de dominio de bienes concretos y determinados de la sucesión*. Por lo que la de 26 de enero de 1926 declaró que el coheredero no puede enajenar ni gravar bienes concretos y determinados, a cuya universalidad (únicamente) le da derecho el testamento.

El mismo criterio reiteran las *sentencias de 29 de diciembre de 1909, 18 de noviembre de 1918, 26 de enero de 1926, 19 de noviembre de 1929, 30 de abril de 1935, 25 de enero de 1943, 30 de junio de 1947, 6 de mayo de 1958, 25 de noviembre de 1961, 30 de mayo de 1969, 21 de marzo de 1968, etc.*

La *sentencia de 30 de abril de 1935* (cuyo estilo recuerda notablemente las Resoluciones de la Dirección General de los Registros, y que toma al pie de la letra las palabras de don Jerónimo GONZÁLEZ en su artículo sobre la comunidad hereditaria, publicado en 1931 en esta Revista), resuelve que todos los coherederos, conjuntamente, pueden realizar actos de disposición sobre bienes particulares durante la indivisión, «cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la comunidad patrimonial formada por los coherederos antes de la partición, ya se la considere como una pura indivisión de tipo romano, ya como una copropiedad en mano común o, lo que parece más acertado en nuestro Derecho, como un tipo especial de comunidad, comprendido en el marco general de la comunidad de bienes y derechos que regula el Título III del Libro 2.º del Código Civil, pero *que tiene características propias y un principio de régimen orgánico que la erigen en una categoría jurídica intermedia entre el condominio ordinario y la persona moral*» (162).

La *sentencia de 6 de mayo de 1958*, en su primer Considerando, ha precisado la diferencia entre el contenido concreto que todo derecho requiere y la indeterminación del de los coherederos respecto de los objetos de la herencia, según la tesis mantenida por ROCA SASTRE en las Anotaciones al *Derecho de Sucesiones* de KIPP: «la comunidad hereditaria, en cuanto recae directamente sobre la herencia en su unidad patrimonial, constituye una comunidad de tipo romano o por cuotas, ya que éstas se hallan configuradas como elementos patrimoniales y son negociables, mientras que respecto de las cosas y elementos singulares integrantes del patrimonio relicto dicha comunidad de tipo romano no se reproduce sobre cada una de ellas, pues tales cosas, en su individualidad propia, son irrelevantes dentro de la indivisión patrimonial, de modo que cada una de ellas pertenece plenamente, en bloque o sin configuración de cuotas, al mancomún de herederos, precisamente por el hecho de producirse las mismas, en este aspecto, como simples partes

(162) Igualmente, la *Sentencia de 21 de marzo de 1968*.

de un todo, y registrado el derecho hereditario, el asiento lo publica en su propia naturaleza, o sea como cuota de un patrimonio del cual la finca o derecho inscrito es uno de tantos elementos integrantes, hasta que por la partición se transforman las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto en titularidades concretas sobre bienes determinados». Por ello, la misma sentencia declara en su tercer Considerando que la cesión o venta de derechos hereditarios otorgada por el Juez en nombre y por rebeldía de un coheredero no transmite parte alguna de las fincas de una herencia, «sino derechos sucesorios y hereditarios que correspondían al aludido demandado... en la herencia de sus padres».

Respecto de la eficacia de los actos dispositivos de los coherederos sobre los singulares bienes de la herencia antes de realizarse la partición, la *sentencia de 11 de abril de 1953* afirma que si bien el heredero puede disponer, aun antes de que se practique la división, de la parte ideal o indeterminada que haya de corresponderle en la herencia, mientras ésta no se liquide o no se haga en su favor la correspondiente adjudicación, carece de verdadero título de dominio en bienes concretos y determinados y, en consecuencia, *la venta de bienes singulares es nula*.

En esta ineficacia insiste la *sentencia de 20 de enero de 1958*, al decir que la partición es un antecedente inexcusable para disponer de bienes concretos o partes de los mismos, *salvo concurrencia de todos los herederos o que la misma partición confirme lo dispuesto por uno de ellos*.

Sin embargo, la Jurisprudencia no es unánime respecto de la eficacia de los actos de disposición realizados por uno de los coherederos en un bien singular o en una parte alícuota del mismo. La *sentencia de 11 de abril de 1953*, a la que acabamos de referirnos, declara su nulidad, lo cual es muy discutible, por cuanto no se ve razón alguna que impida que los demás coherederos convaliden el referido acto, como admite la última de las sentencias citadas, lo que sería imposible si se tratara de un supuesto de verdadera y propia nulidad (163).

En una posición bastante distinta se sitúa la *sentencia de 5 de julio de 1958*, que admite la enajenación de bienes concretos y determinados, si bien con eficacia puramente condicional, subordinada, por tanto, a que la cosa vendida sea adjudicada al enajenante en las operaciones particionales. Aplica, pues, el *artículo 399 del Código Civil*. Aclara ROCA SASTRE que esta doctrina puede considerarse correcta si tanto vendedor como adquirente están de acuerdo sobre el carácter condicional del negocio. En otro caso, parece que el adquirente, al faltar el poder de dis-

(163) ROCA: Anotaciones a KIPP, pág. 258. Este mismo criterio mantiene Díez PICAZO: *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, vol. 3.º, Madrid, 1976, págs. 523 y ss.

posición del enajenante, podría impugnar el negocio por error sobre las condiciones o cualidades del enajenante, conforme al *artículo 1.266 del Código Civil* (164).

Lo que en cualquier caso parece evidente es que un coheredero puede obligarse a transmitir los objetos que por efecto de la partición le correspondan (*artículo 1.271, pár. primero*).

En lo que parece no haber ninguna vacilación es en que todos los herederos, de mutuo acuerdo, sí pueden enajenar las cosas singulares de la herencia. Así, por todas, la *sentencia de 7 de junio de 1958* dice que el artículo 1.068 del Código Civil expresa que la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad de los bienes que le hayan sido adjudicados, y la doctrina jurisprudencial admite que el derecho a una parte ideal o indivisa de la herencia puede ser negociable, sin la concurrencia de los demás coherederos; pero sin ésta ninguno puede transmitir el dominio de un bien hereditario singular, pero no existe obstáculo para que todos los herederos, de mutuo acuerdo, ejecuten con plena validez y eficacia actos de disposición o de otra índole sobre los bienes que les pertenecen desde que sobrevino el fallecimiento de su causante.

III. LA ANOTACION PREVENTIVA DEL DERECHO HEREDITARIO

1. ANTECEDENTES: LA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO HEREDITARIO

Antes de la Reforma de la Legislación hipotecaria de 1944-46 no existía la anotación preventiva del derecho hereditario. Este tenía acceso al Registro por medio del asiento de inscripción.

Dice SANZ FERNÁNDEZ que la Jurisprudencia hipotecaria puede ser, sin ninguna duda, considerada como artífice del derecho hereditario en nuestra Patria: «partiendo de la idea de que la herencia es una cosa universal, le consideró como un derecho real, sin perjuicio de algunas salvedades en casos aislados, perfectamente inscribible en el Registro, admitiendo también la inscripción de las cesiones que por cualquier coheredero se hicieran» (165).

Todavía la *Resolución de 19 de julio de 1922* afirma que el derecho hereditario es siempre real, ya que está protegido por la acción de *hereditatis petitio*, que es una acción real, siguiendo la clásica doctrina, hoy

(164) ROCA: *Loc. cit.*

(165) SANZ FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, pág. 10.

en crisis, de la causalidad necesaria entre el derecho y la acción que del mismo emana.

La inscripción del derecho hereditario, es decir, su constancia registral por asiento de inscripción, era admitida desde los primeros tiempos de nuestro Sistema Inmobiliario Registral, por considerarlo normal o correcto. Entre las varias Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado recaídas en esta materia es de destacar la de 25 de febrero de 1888, que estimó que era inscribible el derecho hereditario sin necesitarse escritura de partición, ya que partiendo del hecho de la indivisión hereditaria sólo quieren los herederos que conste en el Registro su derecho hereditario respecto de las fincas inscritas a nombre del causante, bastando que un solo heredero o varios soliciten la inscripción, pues es indiscutible el derecho que asiste a todo condueño para inscribir su participación en la cosa común, derecho que puede ejercitarse con absoluta independencia de los demás partícipes (166).

Se sostenía que el derecho hereditario había de poder ingresar en el Registro de la Propiedad, porque si éste debe ser fiel reflejo de la realidad jurídica extrarregistral, era evidente que la situación de indivisión hereditaria había de poder proyectarse en las correspondientes hojas o registros particulares abiertos en el Registro a las fincas que integraban el caudal relicto (167).

Pero ante la inexistencia de normas básicas que determinasen cuál era la forma de efectuar estos asientos, la Dirección General de los Registros y el *Reglamento Hipotecario de 1915* idearon una forma de inscripción que plasmó en el *Modelo V* de los del propio Reglamento, en el cual se hacía referencia a una inscripción del derecho hereditario, en un supuesto de dos herederos por partes iguales. Tal modelo contenía la siguiente acta de inscripción: «Don B. inscribe su derecho hereditario sobre la finca de este número, a título de herencia intestada, en cuanto esté comprendida en la mitad correspondiente.»

Con anterioridad, la inscripción del derecho hereditario se había acogido al *segundo párrafo del artículo 21 de la Ley Hipotecaria*, añadido por la *Reforma de 1869*. Decía así: «Los dueños de bienes inmuebles o derechos reales por título de mayorazgo, testamento u otro título universal o singular que no los describa o señale individualmente podrán obtener su inscripción presentando dicho título con el documento, en su caso que pruebe haberles sido aquél transmitido, y justificando por cualquier otro documento fehaciente que se hallan comprendidos en él los bienes que traten de inscribir.»

(166) Igualmente, las Resoluciones citadas en la nota 159.

(167) Roca: *Op. cit.*, tomo IV, vol. 1.º, pág. 59.

Expresaba el *párrafo tercero del artículo 71 del Reglamento Hipotecario de 1915*, como complemento del anterior precepto:

«... si la inscripción se solicitare por alguno o todos los interesados sin implicar adjudicaciones de bienes, se inscribirá el derecho hereditario de los solicitantes, expresándose la parte que a cada uno de ellos corresponde en el patrimonio hereditario. Si se pidiere la inscripción de adjudicación será necesario formalizar la partición legalizada con arreglo a las Leyes, cuando fueren varios los herederos o cuando, siendo único, existiere persona designada para otorgarla; o también escritura pública, a la cual hayan prestado su consentimiento todos los interesados, si se adjudicare solamente una parte del caudal y aquellos tuvieren la libre disposición del mismo.»

Pero de tal fórmula se hizo una aplicación errónea, pues al determinarse que una persona inscriba su derecho sobre una finca, en cuanto estuviere comprendido en su porción correspondiente, se creyó por muchos Registradores que lo que aparecía inscrito en el Registro era una comunidad ordinaria sobre cada finca. Como consecuencia de ello, al heredero se le permitía enajenar y al adquirente inscribir cuotas o participaciones indivisas de fincas concretas, como si la partición ya se hubiese practicado, cuando, en realidad, el derecho hereditario indiviso lo más que permite al coheredero es enajenar su cuota hereditaria, pero sin referirse a cuotas de fincas concretas (168), es decir, que, desviando la naturaleza jurídica del derecho hereditario, se había convertido por la práctica en una comunidad romana o por cuotas sobre cada una de las fincas que componían el caudal relicto.

En muchos sitios —nos dice GIMÉNEZ ARNAU— se hizo así: las menos de las veces fue por un afán crematístico del encargado de la Oficina hipotecaria (con frecuencia, no sólo liquidador del documento y calificador del mismo, sino también redactor); las más de las ocasiones por una interpretación errónea (convertida en práctica abusiva) de los artículos 21 de la Ley y 71 del Reglamento, según la cual se pretendía que si varias personas heredan a otra en determinadas porciones, a tanto equivale esto como a suponer que cada uno de los herederos es dueño (en la proporción señalada por la Ley de la sucesión) de cada una de las cosas individuales del haber hereditario (169).

Esta práctica errónea fue la que motivó la formulación de la teoría del derecho hereditario *in abstracto* por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que, al ratificar la posibilidad de ins-

(168) JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ y JUAN BONILLA ENCINA: *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, tomo II, 2.ª ed., Madrid, 1968, pág. 227.

(169) GIMÉNEZ ARNAU: *Op. cit.*, pág. 89.

cribir el derecho hereditario, aclaró la eficacia de estas inscripciones y puso indirectamente de relieve la escasa utilidad de las mismas, ya que la inscripción del derecho hereditario no autorizaba a realizar actos dispositivos sobre inmuebles, ni de parte de ellos, en tanto no haya precedido adjudicación o no concurran al acto todos los coherederos, titulares en conjunto de los derechos sobre todos los bienes que constituyen el caudal relicto.

Pero las dificultades de orden técnico, incluso sin esta práctica abusiva, no quedaban por ello obviadas.

Ya GÓMEZ DE LA SERNA se había mostrado disconforme con esta inscripción, por considerar que cuando eran varios los herederos y la herencia permanecía en la indivisión no podía procederse a la inscripción, porque los bienes continuaban en el Registro como correspondientes al causante, y en esta situación transitoria la inscripción no era necesaria, y aunque se verificase nada significaría, por estar sobreentendido que por muerte de una persona sus bienes pasan a sus herederos (170).

Don Jerónimo GONZÁLEZ puso bien de manifiesto la inaplicabilidad a estas inscripciones de los más fundamentales principios de nuestro Sistema Inmobiliario Registral: «Ni la masa relicta ni las cuotas de los herederos pueden ser englobadas en el concepto de *finca*, ni, por lo tanto, ser objeto de inscripción especial y separada. Tampoco cabe sostener que la inscripción hereditaria practicada con referencia a una finca declara *erga omnes* una situación jurídica contra la que deban estrellarse las reclamaciones de terceras personas. El Código Civil no prescribe una forma hipotecaria para consumir la cesión del derecho correspondiente a un coheredero, y en la discusión entre dos personas que hubiesen adquirido por venta una misma cuota en virtud de escrituras públicas inscritas en distintos Registros, nada significaría la fecha del asiento de presentación, así como si una de ellas no hubiera sido inscrita tampoco cabría alegar el artículo 23 de la Ley Hipotecaria para decidir el conflicto de una manera radical y absoluta. Compuesta la masa hereditaria de fincas, derechos reales, muebles, créditos, valores, títulos, etc., no es posible arrastrar al régimen de una de sus partes la transferencia de la totalidad. Quedan, pues, al margen de ella el llamado *principio de inscripción*, en cuanto los actos transmisivos de cuota no necesitan para ser opuestos a terceras personas la toma de razón; el *principio de publicidad*, ya que pudiendo practicarse la inscripción en cualquier Registro de la Península donde tuviera bienes el *de cuius*, y no habiendo uno destinado especialmente a las herencias, faltan las bases de organización

(170) GÓMEZ DE LA SERNA: *La Ley Hipotecaria comentada y concordada*, tomo I, Madrid, 1862, págs. 254 y 266.

y de efectividad del régimen; el *principio de especialidad*, puesto que cada finca sólo quedaría afectada por los asientos extendidos en el folio a la misma dedicado y no por las indicaciones de otros no relacionados, y el *principio de prioridad*, que se apoyaría en la existencia de un Diario llevado por una sola Oficina y no por el medio millar de las existentes. Los efectos de la inscripción de cuota quedan limitados a garantizar que la finca o derecho en cuyo folio se extiende forma parte del patrimonio adquirido por ciertas personas al fallecer el titular. La designación de las mismas y la determinación numérica de sus porciones respectivas son datos recomendables, pero no exigibles si admitimos como inscribible la petición de uno de los coherederos y como título fundamental un testamento cuyas complejas disposiciones no permiten fijar con exactitud la cifra que funciona como numerador o denominador del quebrado. Basta con que se conozca de un modo indubitado el papel que juega una persona en la comunidad y, en su caso, la serie de las que integran o pueden realizar actos dispositivos sobre la finca o derecho» (171).

Por su parte, SANZ FERNÁNDEZ pone igualmente de relieve las dificultades registrales y prácticas que la inscripción del derecho hereditario supone, que derivan no ya de la naturaleza, sino del pretendido objeto de ese derecho: «Si recae sobre un patrimonio, y es base fundamental del Sistema Hipotecario que se lleve por fincas, no hay posibilidad ni de inscribir sobre los números abiertos a las fincas que forman parte del caudal hereditario ni de abrir uno especial del patrimonio como tal; faltaría siempre el requisito de la previa inscripción y quedaría violado el principio del tracto sucesivo. Si la *fe pública* sólo tiene aplicación cuando se trate de derechos adquiridos conforme al desenvolvimiento normal del Registro no podrá amparar en ningún caso ni este derecho, para el cual habría siempre el obstáculo del título gratuito, ni sus posteriores desenvolvimientos. La cesión del derecho hereditario inscrito no puede gozar del amparo del artículo 34. Por último, la misma legitimación registral es inaplicable, ya que se refiere solamente a los derechos inscribibles (art. 25), y entre ellos es difícil comprender el derecho hereditario, no citado en el artículo 2.º de la Ley, como tal. Desde un punto de vista práctico, la inscripción del derecho hereditario en los Registros en los que ha sido más frecuente ha sido siempre perjudicial, introduciendo la mayor confusión por la mezcla de relaciones reales y personales que lleva consigo, por dejar indecisa e incierta la titularidad de los derechos, por impedir la negociación por cada heredero separadamente de sus derechos concretos en la sucesión y por evitar la partición, perpetuando las situaciones de proindivisión sin cuotas de-

(171) JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Op. cit.*, págs. 183 y ss.

terminadas y creando graves cuestiones cuando se trata de llevarla a efecto» (172).

CHAMORRO opinaba que, en buena técnica, no parece admisible la inscripción del derecho hereditario, ni siquiera en la forma prescrita en el artículo 71 del Reglamento Hipotecario (de 1915), pues, según su criterio, como ya vimos, el coheredero para el Registro es un simple copropietario de la finca heredada, que antes de la transmisión pertenecía a un titular único inscrito. El coheredero es para el Registro un coadquirente normal, y como tal lo único que podrá pretender, al amparo del artículo 6.º de la Ley Hipotecaria, es que se inscriba la finca a nombre de todos los adquirentes, según resulta del título traslativo (testamento o declaración de herederos), que acredita un acto de transmisión de una finca a varios. Entonces, la inscripción de la finca será una inscripción a nombre de todos, lo que no plantea ningún problema y sólo requerirá que se hagan constar las respectivas cuotas que para el Registro lo son en el bien o derecho que se inscribe y no en el patrimonio hereditario (artículo 70 del Reglamento Hipotecario de 1915), al cual es ajeno. Por lo que se refiere a los actos otorgados por un coheredero, como éste tiene restringida su facultad de enajenar, no podrá ceder o hipotecar en modo alguno; los contratos que otorgue serán todo lo válidos o constitutivos de un derecho real, y en tal sentido, inaccesibles al Registro. «La calificación no precisa llegar al examen de la validez de la obligación cuando sin él se sabe que ningún efecto traslativo o real se ha producido.» Lo que no impide que estos títulos puedan llegar más tarde a ingresar en el Registro por una «convalecencia». Entonces, para lo único que servirá la inscripción será para la realización de actos conjuntos o de disposición por todos los coherederos, o para que, una vez realizada la partición, se cumpla el tracto sucesivo, y, aun así, tampoco resultaría necesaria la inscripción para el cumplimiento del tracto sucesivo, pues su mismo efecto puede cumplir la aportación del título hereditario, en el primer caso, o de éste y de la escritura de adjudicación, en el segundo (173).

Sin embargo, no han faltado autores que, como F. DE LA CÁMARA, han defendido la inscripción del derecho hereditario, quien dice que, considerando el derecho hereditario en abstracto como una comunidad de bienes, distribuida intelectualmente en partes equivalentes al derecho de cada heredero, hay que conceptuarlo, en el terreno hipotecario, como perfectamente susceptible de inscripción, sin que las diferencias existentes entre esta comunidad y la copropiedad propiamente dicha o romana, nacidas del carácter universal que tiene la cosa objeto de la primera, puedan impedirlo.

(172) SANZ FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, pág. 10.

(173) CHAMORRO: *Op. cit.*, págs. 338 y ss.

Mantiene que el *principio de especialidad* queda a salvo haciendo constar sobre cada finca, como ordena el artículo 71 del Reglamento Hipotecario, la parte que a cada uno corresponde en el patrimonio hereditario. Pues la necesidad impuesta por el principio de especialidad de que en los estados de indivisión se precise la porción de cada condueño con datos matemáticos que permitan conocerla de un modo indudable, queda satisfecha. Añade que, contra el sistema de inscripción del derecho hereditario, se ha objetado que el derecho del inscribiente sobre cualquiera de las fincas en que su cuota hereditaria se hizo constar es incierto y supeditado al resultado de una partición en que se le pueden adjudicar otras distintas; sin embargo, esos posteriores efectos no pueden destruir la presunción; en lo futuro no se puede asegurar si definitivamente, en todo o en parte, proporcional o no a su cuota, aquella cosa pasará con carácter exclusivo al patrimonio particular de quien inscribió su derecho hereditario; mas en el momento de practicar la inscripción, y durante el período de indivisión, responde a una actualidad cuya realidad y perfecta delimitación no puede negarse (174).

DE LA RICA ARENAL subraya que no existen fórmulas hipotecarias para registrar la situación jurídica provisional que el derecho hereditario representa, a no ser que pudieran formarse entidades registrales o soportes objetivos con universalidades patrimoniales, pues nuestro Registro se lleva por fincas y no por patrimonios; de ahí que a la fórmula de la inscripción que idearon la Dirección General de los Registros y del Notariado y el Reglamento Hipotecario de 1915 no le fueran aplicables los más esenciales principios del Sistema, como los de *especialidad*, *prioridad* y *fides publica*. Sin embargo, admite que esta inscripción facilitaba el cumplimiento del *tracto sucesivo* y servía de base para que pudieran inscribirse a continuación los actos dispositivos otorgados por todos los coherederos sin necesidad de efectuar la partición. Además, en otro orden de ideas, añade, ofrecía la ventaja de ser título suficiente para producir esa inscripción una simple solicitud o instancia privada acompañada del testamento o de la declaración de herederos *ab intestato* (175).

La cuestión no tuvo solamente un aspecto doctrinal; se manifestaron también los Notarios como grupo profesional. Así, en 1917, las Juntas directivas de los Colegios Notariales de Madrid, Barcelona y Valencia, con la adhesión de otras, elevaron al Ministerio de Gracia y Justicia una instancia razonada pidiendo que por Real Decreto se estableciera, entre otras cosas, que el derecho hereditario se registrara con los efectos propios de una *anotación preventiva*, que se convertiría en inscripción definitiva una vez hechas las adjudicaciones de bienes. Abierta información

(174) FERNANDO DE LA CÁMARA: *Op. cit.*, págs. 559 y ss.

(175) DE LA RICA ARENAL: *Op. cit.*, pág. 128.

y vistas las opiniones vertidas, la Real Orden de 16 de marzo de 1918 declaró que no procedía acceder a dicha solicitud. Los Notarios actuaban aquí en defensa de la documentación pública, pidiendo que cesase la inscripción del derecho hereditario en virtud de simple instancia (176).

También en las Memorias redactadas por los Registradores de la Propiedad en el año 1920 fueron muchos los que sostuvieron la necesidad de que el derecho hereditario sólo fuera susceptible de ser anotado preventivamente o, al menos, que se permitiera la inscripción de aquél, pero no la de sus transmisiones, a propósito del tema propuesto: «Inconvenientes que en la práctica presenta la aplicación de los artículos 71, 141 (Regla 2.^a, párrafo 2.º) y 164 (Regla 12.^a del Reglamento) para la inscripción y gravamen del derecho hereditario». Aunque la conclusión de la Dirección General en el Resumen es favorable a la inscripción de este derecho y a su negociabilidad (177), insistiendo en argumentaciones similares a las ya expuestas de F. DE LA CÁMARA (178), añadiendo que el principio de fe pública registral habría de ser aplicable a las enajenaciones, hipotecas y embargos en perjuicio del adjudicatario, para lo cual propone la derogación de la Regla 12.^a del artículo 164 del Reglamento Hipotecario, por encontrarla contraria a los principios rectores del Sistema Hipotecario español (179).

2. LA REFORMA DE 1944-46

La vigente Ley Hipotecaria permite el acceso al Registro del derecho hereditario por medio del asiento de anotación preventiva, lo que equivale, dice ROCA SASTRE, a prohibir que se registre por asiento de ins-

(176) *Ibid.*, pág. 129.

(177) «Resumen de las Memorias correspondientes al año de 1920», en *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado* (1922), págs. 504 y siguientes.

(178) *Vide supra*.

(179) *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado* (1922), páginas 510 s. Establecía la Regla 12.^a del artículo 164 del Reglamento de 1915 que «procederá la cancelación de las anotaciones preventivas: ... cuando en el supuesto del párrafo segundo de la Regla 2.^a del artículo 141 de este Reglamento se presentare la escritura de partición y no apareciesen adjudicados al heredero ejecutado las fincas o derechos sobre los que se hubiere tomado la anotación preventiva de embargo del derecho hereditario». Y el artículo 141, Regla 2.^a, párrafo 2.º, que «si las acciones se hubieran ejercitado contra personas en quienes concurra el carácter de heredero o legatario del poseedor o dueño, según el Registro, por deudas propias del demandado, se harán constar las circunstancias del testamento o declaración de herederos y de los Certificados del Registro General de Actos de Última voluntad y de defunción del causante. La anotación se practicará sobre los inmuebles o derechos que especifique el mandamiento judicial en la parte que corresponda al derecho hereditario del deudor».

cripción (180); con la excepción de lo dispuesto en materia de concentración parcelaria, donde sí es posible la inscripción con la advertencia de que no existe adjudicación de cuota concreta (181).

La *Ley de 30 de diciembre de 1944* estableció en su *artículo 14* lo siguiente: «*El título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro, es el testamento, el contrato sucesorio o la declaración de herederos ab intestato.*»

El derecho hereditario, cuando no se haga especial adjudicación a los herederos de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de los mismos, sólo podrá ser objeto de anotación preventiva.

El derecho hereditario así anotado podrá transmitirse, gravarse y ser objeto de otra anotación.

Esta anotación podrá ser solicitada por cualquiera de los que tengan derecho a la herencia en cuestión o acrediten un interés legítimo en el derecho que se trate de anotar, y se practicará cuando la insten los herederos, legitimarios o personas que tengan derecho a promover el juicio de testamentaria, por medio de solicitud, acompañada de los documentos previstos en el párrafo segundo del artículo 21 de esta Ley, y en los demás casos se practicará mediante providencia judicial.

Si se tratare de inscribir bienes o adjudicaciones concretas, deberán determinarse en escritura pública o por sentencia firme los bienes o parte indivisa de los mismos que correspondan o se adjudiquen a cada titular o heredero, con la sola excepción de lo ordenado en el párrafo siguiente.

Cuando se trate de heredero único, sea o no legitimario, y no existiera ningún otro legitimario, ni persona autorizada según el título sucesorio para otorgar la partición de la herencia, el título de la sucesión será bastante, acompañada de los documentos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 21 de esta Ley, para inscribir directamente a favor del heredero los bienes y derechos de que era titular el causante.

Las inscripciones de fincas o derechos reales adquiridos por herencia o legado no surtirán efecto en cuanto a tercero hasta transcurridos dos años desde la fecha de la muerte del causante. Exceptúanse las inscripciones por título de herencia testada o intestada, mejora o legado a favor de herederos forzosos.»

Consecuentemente con este precepto, el *Decreto de 8 de febrero de*

(180) Roca: *Op. cit.*, pág. 59.

(181) La *Ley de Concentración Parcelaria de 8 de noviembre de 1962* establece en su *artículo 25, núm. 2*, que «En las comunidades hereditarias se requerirá el consentimiento de todos los interesados. De no obtenerse la adjudicación en el acta de reorganización, la Inscripción en el Registro de la Propiedad se hará a nombre de los herederos, en concepto de tales, con expresión de sus circunstancias personales, clases de sucesión y extensión con que resulten llamados a ella, si estos datos fueran conocidos y, en todo caso, las circunstancias del causante, haciéndose en la inscripción la advertencia de que no existe adjudicación de cuota concreta...»

1946, que aprobó el Texto refundido de la Ley Hipotecaria, en su artículo 42, número 6, establece que *«podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente: ... Los herederos respecto de su derecho hereditario, cuando no se haga especial adjudicación entre ellos de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de los mismos»*.

Y en su artículo 46 establece que *«el derecho hereditario, cuando no se haga especial adjudicación a los herederos de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de los mismos, sólo podrá ser objeto de anotación preventiva. Esta anotación podrá ser solicitada por cualquiera de los que tengan derecho a la herencia o acrediten un interés legítimo en el derecho que se trate de anotar. Si la anotación fuere pedida por los herederos, legitimarios o personas que tengan derecho a promover el juicio de testamentaría, se hará mediante solicitud, acompañada de los documentos previstos en el artículo 16. En los demás casos se practicará mediante providencia judicial, obtenida por los trámites establecidos en el artículo 57. El derecho hereditario anotado podrá transmitirse, gravarse y ser objeto de otra anotación»*.

A través de las palabras de la *Exposición de Motivos* de la Ley se observa que se ha partido de la idea de que se trata de un derecho o titularidad sobre una cosa universal, el patrimonio del causante, y que la exclusión de la inscripción se apoya no en su naturaleza, sino en su difícil adaptación a los principios hipotecarios, especialmente los de publicidad y especialidad, y en la indeterminación de su contenido:

«El derecho hereditario en abstracto ingresará en el Registro mediante anotación preventiva. La indeterminación de su activo y pasivo durante dicha situación y la circunstancia de que muchas de sus partes integrantes escapan precisamente a la esfera del mismo hace que los asientos registrales resulten insuficientes para exteriorizar la complejidad de elementos que lo integran. Por otra parte, si para la doctrina jurisprudencial no puede aquel derecho gozar plenamente de los privilegios del sistema, ni le son de aplicación rigurosa los principios de especialidad y publicidad, y se reconoce incluso que puede llevar la confusión a los libros del Registro, es evidente que éste debe concretar su función a garantizar la simple titularidad de una *universitas iuris*. Lógicamente, se ha estimado que el derecho hereditario no puede continuar ingresando en forma de un asiento definitivo, como es la inscripción. La anotación preventiva es el mecanismo más idóneo para exteriorizar una relación jurídica que, cual el derecho hereditario en abstracto, no puede merecer la total protección del sistema. Se confía de esta suerte evitar las dudas y litigios a que había dado lugar su forma actual de registración. El derecho heredi-

tario en concreto continuará ingresando en el Registro, mediante escritura pública y en forma de inscripción.»

Dice SANZ FERNÁNDEZ que, «a pesar de las palabras de la Exposición de Motivos de la Ley, la fórmula de la anotación preventiva, más que a razones fundamentalmente técnicas, obedece a un fundamento práctico de transacción y armonía: cohonestar la eliminación del derecho hereditario del marco de los derechos reales inscribibles, con la práctica muy frecuente en algunos lugares de llevarlo al Registro. De esta forma se atiende al deseo de los particulares y se evita en gran parte el detrimento del sistema, ya que los efectos perjudiciales de su constancia quedarán siempre más atenuados si el ingreso en el Registro se opera por la anotación preventiva. La nueva Ley no supone, pues, un paso definitivo en este sentido, pero sí un avance firme y decidido hacia la pureza del sistema» (182).

Para DE LA RICA ARENAL fueron dos factores prácticos los que determinaron la sustitución de la inscripción por la anotación preventiva: de un lado, la corruptela o práctica viciosa observada en bastantes Oficinas a que ya hemos aludido, debido quizá, como dice este autor, a la dificultad conceptual de comprender el verdadero alcance que tenía la inscripción del derecho hereditario en abstracto; y, por otra parte, el deseo expuesto con reiteración por los Notarios, en legítima defensa de la documentación pública, de que cesase la inscripción del derecho hereditario en virtud de simple instancia. A estas razones se debe, en su opinión, la Reforma en este aspecto, y no a las razones teóricas o doctrinales que ponen en duda la existencia real de tal derecho (183), que, al igual que ROMERO CERDEIRIÑA, califica de *moda efímera* (184).

Por su parte, ROCA SASTRE manifiesta que las razones a que alude la Exposición de Motivos de la Ley no son del todo convincentes, pues es opinable que la imprecisión del contenido de tal derecho haya tenido fuerza suficiente para justificar el cambio, pues de considerar este criterio razón bastante, igualmente debería considerarse que la anotación preventiva es el asiento adecuado de los derechos sujetos a condición suspensiva, de las hipotecas de máximo o en garantía de deudas futuras, o incluso de las inmatriculaciones o herencias voluntarias, cuya paralización por dos años de la plenitud de sus efectos registrales (185) podría ser motivo para no permitir la inscripción durante dicho período. Por ello, ve la razón fundamental del Legislador en la intención de hacer cesar el equívoco que, con la inscripción del derecho hereditario, se producía.

(182) SANZ FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, pág. 113.

(183) DE LA RICA ARENALH *Op. cit.*, pág. 113.

(184) ROMERO CERDEIRIÑA: *Op. cit.*, pág. 279.

(185) Cfr. artículos 153 y 28 de la Ley Hipotecaria.

La registraci3n del derecho hereditario no pod3a ser rechazada l3gicamente, pero se entendi3 que tampoco pod3a tener lugar por medio de una inscripci3n, pues entonces tender3a a asimilarse al dominio concreto y singular. Lo que en ning3n caso supuso, seg3n este autor, que la Reforma abandonara la tesis cl3sica sobre la concepci3n del derecho hereditario, al menos en el sentido de no haber seguido la teor3a que ve en la comunidad hereditaria una mera suma de condominios aislados, pues de lo contrario no habr3a raz3n alguna para no permitir la inscripci3n de las varias cuotas que a cada coheredero se reconocer3an sobre cada finca o derechos singulares integrantes de la herencia, en r3gimen de comunidad o de condominio ordinarios (186) (187).

Sobre el acierto o desacierto de la Reforma en esta materia, la impresi3n del ilustre hipotecarista es positiva, siempre que se parta de la idea de la conveniencia de la constancia registral del derecho hereditario *in abstracto*, si con ello se evitan confusiones peligrosas para terceros, prescindiendo de si la medida encaja mejor o peor con exigencias te3ricas. Pero a3ade que la Reforma puede dar lugar a dificultades pr3cticas y provocar el resultado de que en lo sucesivo deje de registrarse el derecho hereditario: «Claro que 3ste es igual ahora que antes, pero mostr3ndose por medio de la anotaci3n su verdadera naturaleza, queda roto el encanto o ficci3n que precisamente constitu3a la raz3n por la cual el derecho hereditario acud3a anteriormente al Registro. Tan in3til era la inscripci3n del derecho hereditario, como actualmente lo es su anotaci3n; pero la circunstancia de que s3lo pueda anotarse y no inscribirse har3 m3s patente aquella inutilidad, la cual, antes, con la inscripci3n —por su car3cter de asiento normal y definitivo, unido a la ausencia de una construcci3n conocida o consolidada del derecho hereditario— quedaba disimulada. Con el sistema anterior los interesados registraban el derecho hereditario, a pesar de la onerosidad que significaba la registraci3n de indivisos, pero no lo har3n para conseguir una simple anotaci3n preventiva, en general caducable seg3n el art3culo 86 de la Ley Hipotecaria, salvo lo dispuesto en el art3culo 209 de su Reglamento. Pr3cticamente, de hecho, permitir que sea anotable el derecho hereditario equivale, pues, a una *norma prohibitiva* de su acceso registral» (188).

(186) Roca: *Op. cit.*, p3gs. 61 a 63.

(187) D3ez P3CAZO: *Op. cit.*, p3g. 406, mantiene que, en t3rminos de pura dogm3tica registral, nada se opone a la inscripci3n del derecho hereditario, pues no se trata de un derecho *transitorio* y, aunque lo fuese, podr3a ser inscrito como ocurre con la opci3n; cabe, incluso, dentro de la f3rmula amplia del art3culo 2 de la Ley Hipotecaria. La 3nica raz3n de que no tenga acceso al Registro por medio de la inscripci3n radica, seg3n 3l, en una raz3n de pol3tica legislativa, de pol3tica inmobiliaria: otorgar a este derecho, cuya existencia, en principio, no tiene limitaci3n, una protecci3n registral limitada temporalmente.

(188) Roca: *Op. cit.*, p3g. 64.

Por eso, DE LA RICA ARENAL dijo que el Legislador de 1944 «sustituyó el mecanismo o, si se quiere, el artificio de la inscripción, que ofrecía bastantes ventajas prácticas (y ello aun aplicándose rectamente, sin confusiónismo) por el artificio de una anotación preventiva, cuya finalidad resulta indeterminada y cuya utilidad es imperceptible». Y más adelante: «... Tal anotación es una entelequia, en la estricta acepción del vocablo. Con tal entelequia se ha echado por tierra la sutil teoría, lenta y progresivamente elaborada por la Jurisprudencia hipotecaria, que si registralmente adolecía de imperfecciones y dificultades, por chocar con algunos postulados de nuestro Sistema, civilmente había alcanzado un alto grado de madurez. Si era mal aplicada la teoría por particulares y por funcionarios, lo procedente era reforzarla con normas claras, severas y estrictas, pero nunca proscribirla, dando acaso lugar a que el remedio sea más dañino que la enfermedad» (189).

Además, otra circunstancia que coadyuva a la no utilización de esta anotación preventiva es la posibilidad que tienen los coherederos, actuando conjuntamente, de adjudicarse todo o parte de las fincas de la herencia a proporción de sus respectivas cuotas, lo que, en realidad, supone una auténtica partición (190), aunque provisional (191), quedando, en consecuencia, registradas las respectivas cuotas por medio de asiento de inscripción, por no corresponder ya a la universalidad del patrimonio hereditario, sino a cada uno de los bienes inmuebles o derechos reales que pertenecían a la masa hereditaria, es decir, por transformarse el llamado derecho hereditario *in abstracto* en derecho hereditario *in concreto* sobre cuotas indivisas que recaen sobre los bienes singulares. Estas particiones provisionales son muy frecuentes en la práctica, lo que demuestra la facilidad con que en la vida real la especial comunidad hereditaria se transforma en comunidad romana, como ha puesto de manifiesto ROCA SASTRE (192).

Esta posibilidad aparece permitida por los artículos 14, párrafo segundo, de la Ley y por el artículo 80, 1, de su Reglamento (193).

(189) DE LA RICA ARENAL: *Op. cit.*, págs. 129 s.

(190) SANZ FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, pág. 120.

(191) Cfr. artículo 274, párrafo tercero, de la *Compilación de Derecho civil especial de Cataluña*.

(192) ROCA SASTRE: *Suplemento al Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1960, páginas 54 s.; también, VILLARES PICÓ: «Cuándo el derecho hereditario puede ser objeto de inscripción o solamente de anotación preventiva», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (1946), pág. 109.

(193) En efecto, establece el artículo 14, párrafo 2.º, de la Ley que «para inscribir bienes o adjudicaciones concretas deberán determinarse en escritura pública o por sentencia firme los bienes, o parte indivisa de los mismos que correspondan o se adjudiquen a cada titular o heredero...»; el artículo 80 del Reglamento sustituye al antiguo artículo 83, tras la reciente Reforma de 12 de noviembre de 1982.

Esta frecuente práctica de incrustar en los inventarios de herencias el «*extraño pacto*», según la expresión de ROCA, de que todas y cada una de las fincas hereditarias se las adjudican los herederos a proporción de sus respectivas cuotas, manifiesta, a nuestro entender, la mayor importancia económica que todavía mantienen los bienes inmuebles frente al capital mobiliario y demás valores que componen la herencia, lo que pone en tela de juicio, en la práctica, la existencia de esa pretendida *universitas iuris* que constituirían los bienes y derechos de la herencia.

3. AMBITO Y REQUISITOS DE ESTA ANOTACIÓN PREVENTIVA

El ámbito de la anotación preventiva del derecho hereditario se encuentra determinado por el alcance de este derecho, que es la expresión que indica la *situación especial de titularidad patrimonial* que, respecto de la herencia aceptada, ostentan cada uno de los coherederos, según sus respectivas cuotas, durante el tiempo que aquella permanece en *comunidad o indivisión*, es decir, desde que la herencia es adquirida por la aceptación hasta el momento de la partición y posterior adjudicación, siendo preciso excluir aquellas fincas o derechos reales de la herencia o partes indivisas de los mismos que, por acuerdo unánime de todos los herederos o, mejor dicho, de los copartícipes, sean adjudicadas entre ellos (194), a modo de una partición parcial y provisional. También es necesario excluir aquellos bienes de los que el causante haya dispuesto a título singular, aunque a otros efectos continúen computándose como pertenecientes a la masa (195).

Conviene aclarar que si consideramos el derecho hereditario en su aspecto de titularidad compartida sobre un patrimonio, no existe base para darle acceso al Registro de la Propiedad, ni por la vía de la inscripción, ni por la de la anotación preventiva. En cambio, considerándolo en el aspecto de la relación del coheredero o copartícipe con los singulares bienes y derechos reales inmobiliarios de la herencia, que es en el sentido en el que es verdaderamente abstracto, por su carácter de *indeterminado, interino y presunto* (pues las singulares cosas hereditarias pueden ir a parar íntegramente a otros copartícipes), si bien, dados estos caracteres, no puede ser inscrito, sí puede, en cambio, tener cabida en el Registro por medio de la anotación preventiva, como *titularidad provisional*

(194) ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *Derecho Hipotecario*, tomo IV, volumen 1.º, 7.ª ed., Barcelona, 1976, pág. 65.

(195) LACRUZ-SANCHO: *Op. cit.*, pág. 133.

que a todos conjuntamente corresponde sobre cada cosa inmueble o derecho real inmobiliario de la herencia (196).

Titularidad provisional por la que necesariamente han de pasar los singulares derechos que integran la herencia, cuando los herederos son varios, mediatizando su atribución a aquéllos, y que puede tener acceso al Registro, pero solamente respecto de las fincas y derechos reales sobre ellas que compongan el caudal hereditario y de forma individual sobre cada uno de ellos, dado el funcionamiento de nuestro Registro, que se lleva por fincas.

Son requisitos para que proceda esta anotación preventiva:

1.º Que existan varios herederos. A quienes deben equipararse, a estos efectos, los legatarios de parte alícuota (197). Y esta pluralidad de herederos debe existir en una misma sucesión hereditaria, pues el denominado derecho hereditario presupone una sucesión en la que hay dos o más heredero llamados por delación simultánea o inmediata, y no por vía de delación diferida y sucesiva, es decir, han de ser coherederos y actuales (198).

Sin embargo, ROCA considera que debe excluirse a los legatarios de parte alícuota, pues su cuota en el activo se determinará previa la satisfacción de las deudas y cargas de la herencia, que sólo indirectamente les afectarán, en cuanto contribuyen a fijar con exactitud la cifra base por la que se computa su parte, pero sin que se hallen obligados a su pago, del que no responderán personalmente frente a los acreedores (199).

A pesar de la autorizada opinión de ROCA, esta asimilación a los herederos de los legatarios de parte alícuota, a los solos efectos de esta anotación preventiva, aparece consagrada por los *artículos 146 y 152 del Reglamento Hipotecario*. Como dice LACRUZ, la «comunidad de partícipes del caudal, aun denominándose *comunidad hereditaria*, no está reservada exclusivamente a los herederos (piénsese en los legatarios de parte alícuota cuando no sean simples acreedores de la herencia); abarca la parte transferible de la posición del heredero; en ella las deudas pueden no afectar directamente a los partícipes, suponiendo simplemente un *minus* a detraer del activo bruto; y no comprende más bienes que los no destinados singularmente por el testador, mediante legado o institución en cosa cierta» (200).

(196) SANZ FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, pág. 113; a esta misma conclusión parece llegar CAMPUZANO en *Principios de Derecho Inmobiliario*, Madrid, 1925, págs. 346 y siguientes, e implícitamente DE LA RICA ARENAL: *Op. cit.*, pág. 114.

(197) SANZ FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, pág. 114.

(198) ROCA: *Op. cit.*, pág. 65.

(199) *Ibíd.*, loc. cit.

(200) LACRUZ-SANCHO: *Op. cit.*, pág. 133.

2.º Que el coheredero que solicite la anotación preventiva de este derecho haya aceptado la herencia (201), sin perjuicio de implicar tácitamente esta aceptación el propio hecho de tal solicitud formulada por el mismo coheredero, e independientemente de los varios casos en que la Ley estima aceptada la herencia en forma tácita (202). El mismo criterio mantiene DE LA RICA ARENAL (203).

3.º Que de la herencia correspondiente formen parte una o más fincas o derechos reales inmobiliarios o partes indivisas de unas u otros, que consten inscritas a favor del causante (204).

Según la *Resolución de 16 de diciembre de 1904*, para que este derecho pueda tener acceso al Registro de la Propiedad se requiere, además de que uno o varios de los herederos soliciten su constancia registral *pro indiviso*, que los bienes hereditarios *consten inscritos a nombre del causante*. De no figurar inscritas tales fincas o derechos reales a nombre del causante, de momento, hasta que se efectúe la inscripción a favor de éste, solamente será posible, en su caso, que en el Registro se tome la anotación preventiva de suspensión.

4.º Que no conste haberse efectuado la partición de la herencia en cualquiera de las formas permitidas por nuestro Derecho, ni adjudicadas *pro indiviso* todas las fincas y derechos reales integrantes del caudal hereditario (205). Claro que esto puede no constar en el Registro, y si no consta y el solicitante no lo dice podrá practicarse la anotación. Por supuesto que no procederá la anotación cuando la partición ha sido hecha por el mismo testador (206).

4. PERSONAS QUE PUEDEN PEDIRLA Y PROCEDIMIENTO PARA OBTENERLA

«Esta anotación —dice el artículo 46 de la *Ley Hipotecaria*— podrá ser solicitada por cualquiera de los que tengan derecho a la herencia o acrediten un interés legítimo en el derecho que se trate de anotar.» Y, a tenor del artículo 146 del *Reglamento*, «... se practicará mediante solicitud: 1.º, de los herederos; 2.º, de los legitimarios; 3.º, de los legatarios

(201) Roca: *Op. cit.*, págs. 66 a 69.

(202) Sin embargo, la *Resolución de 3 de agosto de 1944* afirmó que «conforme doctrina constante de este Centro Directivo, para la inscripción del derecho hereditario, que se hace a instancia de cualquiera de los herederos o de otra persona que pueda estar interesada con arreglo al artículo 6 de la *Ley Hipotecaria*, así como para la inscripción de la partición, no se requiere de una manera indispensable la aceptación de la herencia».

(203) DE LA RICA ARENAL: *Op. cit.*, pág. 128.

(204) Roca: *Op. cit.*, pág. 69.

(205) *Ibid.*, pág. 70.

(206) DE LA RICA ARENAL: *Op. cit.*, pág. 132.

de parte alícuota; y 4.º, de los acreedores de la herencia, cuyos créditos no estén garantizados especialmente o afianzados por los herederos, siempre que justifiquen su crédito mediante escritura pública. En los demás casos será necesaria providencia judicial y se observará lo previsto en los artículos 57 y 73 de la Ley, en cuanto sean aplicables».

Son, pues, parte legítima para instar la anotación:

a) *Los herederos*: El Reglamento emplea, dice DE LA RICA ARENAL, con absoluta propiedad el plural, pues si existe un solo heredero, un heredero universal, no procede la anotación, sino la inscripción del derecho hereditario de aquél, que se identifica con la adjudicación concreta de los bienes de la herencia. Claro es que siendo más de uno los herederos (supuesto necesario para la procedencia de la anotación) no es preciso que ésta la soliciten todos, pues cada uno podrá pedir y obtener la anotación de su respectivo derecho (207).

Dice ROCA que de todas las personas con derecho a pedir la anotación del derecho hereditario hay algunas, como los legitimarios, legatarios con legado no impuesto a heredero determinado y en cosa determinada, acreedores hereditarios, etc., que podrán pedir la anotación de todas las cuotas hereditarias, es decir, de la comunidad hereditaria global; pero otras, como los herederos, los legatarios con legado a cargo de heredero determinado, acreedores particulares de un heredero, etc., solamente podrán pedir la anotación del derecho o cuota hereditaria respectiva (208).

Habrán de justificar los solicitantes su cualidad de herederos con el oportuno título sucesorio: testamento, declaración de herederos *ab intestato*, heredamiento o contrato sucesorio (209), si bien, como dice DE LA RICA, en estos dos últimos casos será raro que proceda la anotación, pues lo corriente es que haya un solo heredero designado en el contrato o en el heredamiento (210).

En la práctica, los Registradores antes de la Reforma tuvieron excesiva generosidad en esta materia, procediendo a la inscripción de todas las cuotas hereditarias a la menor petición de cualquier interesado, e incluso dando por buena la simple solicitud de un mandatario verbal, sin ni siquiera asegurarse de la personalidad de éste, ni menos si era cierta la representación que decía ostentar. Por ello, conviene adoptar mayor rigor en este extremo, no sólo porque la petición de anotación del derecho hereditario implica la aceptación tácita de la herencia, sino porque la Ley es clara en este extremo y no permite la actuación de aquel mandatario verbal, pues una cosa es la petición de registro y otra la presen-

(207) DE LA RICA ARENAL: *Op. cit.*, pág. 131.

(208) ROCA: *Op. cit.*, pág. 69.

(209) Cfr. artículo 14, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria.

(210) DE LA RICA ARENAL: *Op. cit.*, pág. 131.

tación del título en el Registro (211). Por lo cual es indispensable que los Registradores no admitan esta clase de solicitudes sino suscritas por los propios herederos o representantes legales y rechacen las suscritas por simples mandatarios verbales, que lo único que pueden efectuar es la presentación material de los documentos en el Registro (212). Esto hay que entenderlo sin perjuicio de la facultad del interesado de subsanar la falta durante el plazo de vigencia del asiento de presentación y de la de pedir expresamente anotación preventiva de suspensión (213).

b) *Los legitimarios*: Estos son citados expresamente por el artículo 46 de la Ley Hipotecaria, y aunque esta preferencia se haya establecido pensando fundamentalmente en el Derecho foral, singularmente, en el de Cataluña, es lo cierto que en el concepto de legitimario cabe también comprender al cónyuge viudo de la Legislación común, por lo que respecta a su cuota usufructuaria, si bien en tal concepto, según DE LA RICA, puede también ser considerado en la categoría de heredero (214). Con relación al cónyuge viudo, mantienen este autor y SANZ FERNÁNDEZ que la anotación del derecho hereditario no podrá practicarse respecto de los bienes de naturaleza ganancial, en tanto no se haya liquidado la disuelta sociedad conyugal (215). Sobre este punto volveremos más adelante.

c) *Los legatarios de parte alícuota*: Al conceder la Ley derecho a solicitar esta anotación a cuantas personas tengan derecho a promover el juicio de testamentaría, y al otorgar este derecho el artículo 1.038 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a los legatarios de una parte alícuota del caudal, el Reglamento Hipotecario los menciona expresamente como parte legítima para solicitar la referida anotación. De esta forma los legatarios de parte alícuota no quedan desamparados cuando el testador les prohíba, supuesto que recoge el artículo 1.039 de la Ley procesal, promover el juicio de testamentaría (216). Aunque estos legatarios ocupen una posición jurídica que se aproxima a la de los herederos, para estos efectos han sido equiparados a ellos, lo que parece lógico por ostentar un derecho de cuota en el caudal hereditario, sin asignación concreta de bienes.

ROCA mantiene que también deberán gozar de esta facultad los demás legatarios, aunque no lo sean de parte alícuota (217). Sin embargo,

(211) Roca: *Op. cit.*, pág. 79.

(212) DE LA RICA ARENAL: *Op. cit.*, págs. 131 s.

(213) Cfr. artículos 19 y 42, núm. 9.º, de la Ley Hipotecaria y concordantes.

(214) *Ibid.*, loc. cit.

(215) SANZ FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, pág. 114.

(216) JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS: «La adquisición de la posesión en los legados», en *Anuario de Derecho Civil* (1962), pág. 896.

(217) Roca: *Op. cit.*, pág. 78.

como dice SANZ FERNÁNDEZ, los otros legatarios no pueden pedirla, pues ya tienen derecho a anotar su legado, conforme al *artículo 42, número séptimo, de la Ley* y concordantes, con lo que quedan suficientemente protegidos (218). El mismo criterio mantiene DE LA RICA ARENAL (219) y lo confirma, según él, el *artículo 49 de la Ley* (220).

d) *Los acreedores de la herencia*: Alude el Reglamento a los acreedores del causante, no a los que lo sean de los herederos, pues aquéllos tienen derecho también a promover el juicio de testamentaria, con la excepción que, asimismo, recoge el Reglamento, de que tengan asegurado su crédito especialmente o estén afianzados por los herederos (221). Deberán justificar su crédito mediante escritura pública (*artículo 146 del Reglamento*). En este punto el Reglamento Hipotecario se aparta de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que sólo exige un título escrito que justifique debidamente su crédito (222). De no tener escritura pública justificativa de su crédito no podrá el acreedor pedir esta anotación mediante simple solicitud, por lo que tendrá que obtenerla mediante providencia judicial.

La anotación solicitada por estos acreedores rarísimamente tendrá lugar en la práctica, pues sobre la dificultad por parte de aquellos de reunir la documentación sucesoria necesaria (223) se añade la consideración de que pueden obtener la garantía de su derecho anotando el embargo sobre los bienes del causante, sin necesidad de acudir a la previa anotación del derecho de los coherederos, pues a ello les autoriza el *artículo 166, regla primera, del Reglamento Hipotecario* (224).

(218) SANZ FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, pág. 115.

(219) DE LA RICA ARENAL: *Op. cit.*, pág. 133.

(220) Conforme al *artículo 49 de la Ley*, para que los heredados puedan anotar su derecho hereditario dentro de los ciento ochenta días siguientes a la muerte del testador, cuando hay legados, habrán de renunciar previamente y en escritura pública todos los legatarios a su derecho de anotación, o, en otro caso, proceder a la notificación judicial que regula el mismo artículo 49.

(221) Cfr. *artículo 1.040 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

(222) Cfr. *artículo 1.038, núm. 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

(223) Pues «los acreedores del causante no podrán obtener la anotación porque no podrán acompañar el título fundamental de la sucesión, ya que ni pueden obtener la declaración de herederos *ab intestato* (arts. 978 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil), ni pueden obtener copia del testamento (art. 226 del Reglamento Notarial)». SANZ FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, pág. 118.

(224) Dice este precepto que «si se pidiese anotación preventiva de embargo en procedimientos seguidos contra herederos indeterminados del deudor, por responsabilidades del mismo, se expresará la fecha del fallecimiento de éste. Cuando el procedimiento se hubiese dirigido contra herederos ciertos y determinados del deudor, también por obligaciones de éste, se consignarán, además, las circunstancias personales de aquéllos».

Si las acciones se hubieren ejercitado contra persona en quien concurra el carácter de heredero o legatario del titular, según el Registro, por deudas propias del demandado, se harán constar las circunstancias del testamento o declaración de herederos y de los certificados del Registro General de Actos de Última Voluntad

Si la anotación preventiva del derecho hereditario se solicita por las personas que acabamos de señalar, conforme al artículo 46 de la Ley y al 146 del Reglamento, «se hará mediante *solicitud*, acompañada de los documentos previstos en el artículo 16 de la Ley». Cuando no se trate de estas cuatro categorías de personas, las demás que deseen obtenerla deberán solicitarla del Juez, debiendo practicarse en este caso en virtud de *providencia judicial* (225), que se obtendrá, por quienes acrediten un interés legítimo en el derecho que se trate de anotar, por los trámites establecidos en el artículo 57 de la Ley, debiendo contener las circunstancias expresadas en su artículo 73, en cuanto le fuere aplicable.

Hay que pensar que los herederos de algún coheredero en la sucesión de que se trate y los que lo sean de los legatarios de parte alícuota, así como los cesionarios de alguna cuota de la herencia, podrán solicitar la anotación preventiva del derecho hereditario de su causante, por tratarse de personas con derecho a promover el juicio de testamentaria (*artículo 46, párrafo segundo, de la Ley*), pues aunque no estén incluidos en los cuatro grupos de personas que señala el artículo 1.038 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como dice la *sentencia de 27 de noviembre de 1961*, respecto de los cesionarios, lejos de implicar que se les priva de este derecho, es que la mención es innecesaria, puesto que están incluidos en la denominación de herederos, en cuya totalidad de derechos y acciones de alguno se han subrogado.

Entre los que pueden pedir al Juez la anotación por acreditar un *interés legítimo* en el derecho hereditario se encuentran, indudablemente, los acreedores particulares de los herederos, aunque si tienen la necesaria documentación sucesoria preferirán anotar el embargo sobre los bienes inscritos a nombre del causante en la parte que corresponda al derecho hereditario del heredero (deudor), es decir, que la eficacia de este embargo queda condicionada a que el bien o bienes sobre los que se anotó se le adjudiquen en todo o en parte al heredero deudor, como se desprende del *artículo 206, número 10, del Reglamento Hipotecario*, en relación con el 166, *regla 1.ª, párrafo segundo*, que no son sino secuela del *artículo 399 del Código Civil* (226).

Resultan, pues, dos formas de obtener esta anotación:

y de defunción del causante. La anotación se practicará sobre los inmuebles o derechos que especifique el mandamiento judicial en la parte que corresponda al derecho hereditario del deudor».

(225) DE LA RICA ARENAL: *Op. cit.*, págs. 133 s.

(226) Dice el *artículo 206, núm. 10, del Reglamento* que «procederá la cancelación de las anotaciones preventivas... cuando en el supuesto del núm. 6.º del artículo 42 de la Ley o del párrafo 2.º de la Regla 1.ª del artículo 166 de este Reglamento se presentare la escritura de partición y no aparecieren adjudicados al heredero de las fincas o derechos sobre los que se hubiere tomado anotación preventiva del derecho hereditario».

Primera: Por *solicitud* directa al Registrador, formulada en documento público o en simple instancia, en los que se manifiesten o describan los bienes, siempre que éstos estén sitos en la circunscripción territorial de aquél (227). Además, con esta petición escrita y descriptiva de los bienes, deberán presentarse en el Registro el título sucesorio fundamental (testamento, contrato sucesorio o declaración de herederos *ab intestato*), las certificaciones de defunción del causante y del Registro General de Actos de Ultima Voluntad, y, en su caso, los documentos complementarios correspondientes, como, por ejemplo, cuando haya de acreditarse una repudiación de herencia, el pago de legítimas, etc. (228) (229).

Segunda: Mediante *providencia judicial* ordenando la práctica de esta anotación, obtenida por los trámites del *artículo 57 de la Ley Hipotecaria* (230); el contenido de este mandamiento judicial viene determinado en el *artículo 73 de la Ley Hipotecaria*, según el cual deberá expresar las circunstancias que la anotación deba contener, y cuando la anotación haya de contener todos los bienes de una persona, como en los casos de incapacidad y otros análogos (*sic*), el Registrador anotará todos los que se hallen inscritos a su favor, pudiendo también en este caso anotarse los bienes no inscritos, siempre que el Juez o Tribunal lo ordene y se haga previamente su inscripción a favor de la persona gravada con dicha anotación. Como dice ROCA, parece que no hay inconveniente para incluir la anotación preventiva del derecho hereditario entre aquellas anotaciones comprensivas de todos los bienes de una persona (231). Esta providencia, conforme al *artículo 68 de la Ley*, es apelable en un solo efecto.

En ambos casos, hay que tener en cuenta lo dispuesto en los *artículos 74 y 75 de la Ley* (232), y, en su caso, la necesidad de acudir a las

(227) Cfr. *artículo primero, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria*. Si radica en circunscripciones de distintos Registros, habrá que formular tantas instancias y ante tantos encargados cuantas sean aquéllas.

(228) ROCA: *Op. cit.*, pág. 81.

(229) Cfr. *artículo 16 de la Ley Hipotecaria*.

(230) Dice este artículo: «Cuando hubiere de hacerse la anotación de legados o de derecho hereditario por mandato judicial, acudirá el interesado al Juez o Tribunal competente exponiendo su derecho, presentando los títulos en que se funde y señalando los bienes que pretenda anotar. El Juez o Tribunal, oyendo a los interesados en Juicio Verbal, dictará providencia, bien denegando la pretensión o bien accediendo a ella.

En este último caso señalará los bienes que hayan de ser anotados y librará el correspondiente mandamiento al Registrador, con inserción literal de lo prevenido para que lo ejecute».

(231) ROCA: *Op. cit.*, pág. 82.

(232) Conforme al *artículo 75 de la Ley* será nula la anotación cuando por ella no pueda venirse en conocimiento de la finca o derecho anotado, de la persona a quien afecte o de la fecha de ésta.

diligencias preliminares de la Ley de Enjuiciamiento Civil (233), cuando se trate de obtener esta anotación por providencia judicial.

Se plantea el problema de si puede obtenerse la anotación preventiva del derecho hereditario en el caso de no existir liquidación previa de la sociedad conyugal disuelta.

No existe unanimidad en la doctrina a este respecto. El caudal relicto del causante está compuesto no sólo por sus bienes privativos, sino también por la mitad que le corresponde en la sociedad de gananciales disuelta por su muerte. Así pues, mientras no se liquide aquélla, no se podrá concretar a cuánto asciende ni sobre qué bienes recae.

Siguiendo a ROCA, se puede afirmar la inexistencia de problema alguno cuando la anotación se refiera a bienes privativos del cónyuge premuerto, conforme a lo dispuesto en el artículo 95, 3, del *Reglamento Hipotecario*, según el cual «todos los actos inscribibles relativos a estos bienes (*privativos*) se llevarán a cabo exclusivamente por el cónyuge adquirente aun antes de proceder a la liquidación de la sociedad conyugal disuelta». Luego si el *superstite* puede enajenar sus propios bienes, con igual razón los herederos del premuerto podrán obtener anotación sobre los bienes privativos de éste (234).

No será necesaria la previa liquidación de la sociedad de gananciales, dice ROCA, para anotar el derecho hereditario, pues la participación que a cada cónyuge corresponde en la sociedad de gananciales forma parte de una sociedad en mano común o germánica mientras la sociedad se halla vigente; pero al disolverse, por muerte de uno de los cónyuges, la naturaleza de la comunidad cambia, convirtiéndose en comunidad por cuotas o romana, sin que afecte para nada a la participación *pro indiviso* que corresponde al cónyuge supérstite ni a la que corresponde a los herederos del premuerto, hasta tanto no se haya practicado la división del caudal relicto. Tales participaciones recaen sobre el patrimonio en conjunto, pero no sobre bienes determinados; por eso no será necesaria la previa liquidación de la sociedad conyugal, sino cuando los herederos pretendan inscribir la partición hereditaria o bienes concretos o cuotas indivisas de los mismos (235).

No opinan lo mismo DE LA RICA ARENAL y SANZ FERNÁNDEZ (236); este último manifiesta que no cabe en forma alguna practicar la anotación a nombre de los herederos y del cónyuge viudo por sus respectivos derechos en la herencia y en la sociedad conyugal (237).

(233) Cfr. artículo 497, núm. 3.º, de la *Ley de Enjuiciamiento Civil*.

(234) ROCA: *Op. cit.*, págs. 82 s.

(235) *Ibid.*, págs. ... ss.

(236) DE LA RICA ARENAL: *Op. cit.*, pág. 132.

(237) SANZ FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, pág. 114.

En este caso, lo que ocurre es que se superponen dos comunidades, en parte coincidentes sobre unos mismos objetos, lo que obligará a anotar todos los bienes, en caso de no haberse liquidado previamente la comunidad de gananciales. De hecho, en la práctica, la liquidación de la sociedad de gananciales suele hacerse en el mismo cuaderno particional que la de la herencia.

Practicada en forma la anotación preventiva del derecho hereditario, deberá contener dos circunstancias básicas:

1.^a Indicación de la parte alícuota que corresponde al heredero en el patrimonio del causante; y

2.^a Expresión de que se anota preventivamente el derecho hereditario.

En cuanto a la *forma* de practicar la anotación es la general de todas las demás, conforme al *artículo 166 del Reglamento*, que no contiene norma especial alguna relativa a dicho asiento. Si se practica en virtud de mandamiento judicial habrá que estar a lo que dispone el *artículo 165 del Reglamento*, y si en virtud de solicitud, el Registrador deberá manifestar en el asiento que las firmas están legitimadas o que las partes han concurrido a su presencia personalmente o por medio de apoderado, dando fe de que las conoce y de que son auténticas las firmas puestas al pie de la solicitud que le hubieren presentado; y si el Registrador no conociese a los interesados firmarán con ellos la solicitud en que se pida la anotación dos testigos conocidos, que concurran al acto y asegurarán la legitimidad de la firma de aquéllos (238).

5. EFECTOS DE ESTA ANOTACIÓN PREVENTIVA

Como dice ROCA SASTRE, es nota característica de todas las anotaciones preventivas en nuestro Sistema la de constituir medidas de publicidad de fuerza negativa frente a posteriores adquirentes, a los efectos de la fe pública registral, de ciertas situaciones jurídicas que no pueden constatare normalmente por una inscripción (239).

El efecto de publicidad de fuerza negativa, dice SANZ FERNÁNDEZ, no se puede producir en la anotación preventiva del derecho hereditario, «que no protege a los herederos frente a los títulos que posteriormente tengan entrada al Registro, ya que si fueron otorgados por el causante no encontrarán obstáculos para su inscripción, por virtud del artículo 34, a pesar de la anotación, y no cabe la posibilidad de que sean posteriores,

(238) Cfr. *Regla 11.ª del artículo 166 del Reglamento Hipotecario*.

(239) ROCA: *Op. cit.*, págs. 73 s.

pues, fallecido el titular, sólo los herederos gozan del poder de disposición; por ello, sólo en la hipótesis excepcional de falsedad del título presentado puede tener alguna eficacia (en este sentido) la anotación» (240).

Pero este efecto fundamental de todas las anotaciones preventivas, la del derecho hereditario no lo necesita al provocar el *cierre del Registro*, pues la relación básica anotada acapara toda la titularidad del inmueble o derecho real objeto de la anotación, como consecuencia lógica del cambio que esta anotación provoca dentro de la titularidad del asiento (241).

Los efectos de la anotación preventiva del derecho hereditario son muy limitados debido a la *inadaptabilidad de este derecho a los principios fundamentales de nuestro Derecho Inmobiliario Registral*.

Así lo confiesa la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944 y la doctrina registral. ROCA, con todo, llega a la conclusión de que a la anotación preventiva del derecho hereditario le podrá ser directamente aplicable el principio de *legitimación registral*, en su íntimo juego de presunción *iuris tantum* de exactitud del contenido del Registro en cuanto a tal derecho anotado se refiera, y, en cierto modo, el principio de *prioridad* en su aspecto formal o en el sentido concreto de tener el Registrador que proceder al despacho de tal anotación preventiva frente a un título incompatible ingresado con posterioridad en el Registro. Asimismo, indirectamente, por lo que atañe a la persona a favor de la cual se haya *transmitido, gravado o practicado una anotación preventiva* del derecho hereditario anotado preventivamente, la anotación de este derecho surtirá el efecto propio del principio de *prioridad*, material y formalmente, así como en el de permitir que se practique en el Registro la anotación de transmisión, gravamen o embargo de dicho derecho a los efectos del principio del *tracto sucesivo*. También operan los principios de *rogación o instancia* y de *legalidad* (242).

SANZ FERNÁNDEZ reconoce tres efectos muy limitados, que pueden descubrirse en esta anotación:

«a) *Legitimación*: que sólo será apreciable en un doble sentido: 1.º Evitando la calificación registral, una vez obtenida la anotación, cuando se trate de inscribir posteriormente algún acto realizado por los herederos; no existiendo la anotación, la calificación habría de hacerse tantas veces cuantas fuera necesario hacer una inscripción posterior. 2.º Presumiendo la existencia del testamento, contrato sucesorio o declaración de herederos *ab intestato*. Como la anotación no puede, a pesar de ello, suplir el título fundamental de la sucesión, este efecto solamente puede

(240) SANZ FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, pág. 116.

(241) ROCA: *Op. cit.*, pág. 20.

(242) ROCA: *Op. cit.*, pág. 75.

reportar alguna ventaja práctica en caso de desaparición total del mismo por destrucción del protocolo o archivo judicial. En este sentido, la presunción de existencia se podrá aplicar: 1.º Permitiendo a los herederos realizar toda clase de actos dispositivos mientras subsista la anotación. 2.º Utilizando la anotación como medio, y quizá de los más importantes para proceder a la reconstrucción del archivo. 3.º ¿Podrá servir de base para la partición? La Jurisprudencia reiteradísima ha declarado que no. Sin embargo, con arreglo a la Ley actual, y dada la presunción legitimadora de los asientos del Registro, puede sostenerse la solución afirmativa. Especialmente, si se trata de sucesión intestada en que no habrá normas especiales para la distribución del caudal, sino una simple declaración por cuotas, la posibilidad de hacer la partición apoyándose en la anotación preventiva y en los datos del Registro es de la mayor evidencia.

b) Consecuencia de esta legitimación es el *poder de disposición* que la anotación concede a los herederos y que se declara expresamente en el artículo 14 (de la Ley de Reforma):

1.º Enajenación y gravamen: pueden darse dos supuestos: a') del derecho hereditario por cualquiera de los herederos; esta enajenación o gravamen, cuyos especiales efectos no procede examinar aquí, se hará constar por una nueva anotación, sujeta a las mismas reglas que la primitiva; b') de bienes concretos o de derechos reales comprendidos en la herencia: este acto dispositivo es posible siempre que se realice conjuntamente por todos los coherederos. La transmisión o gravamen en este caso se hará constar en el Registro por una inscripción, ya que el derecho adquirido es definitivo.

2.º Embargo; a esto debe referirse la Ley Hipotecaria al decir que puede ser objeto de otra anotación. Puede practicarse a petición de acreedores del causante o de los herederos. Es de notar que a los efectos del embargo la anotación del derecho hereditario es indiferente e innecesaria (artículo 141, núm. 2, del Reglamento Hipotecario) (243).

c) Otra de las consecuencias de la anotación es el cumplimiento mediante ella del tracto sucesivo, sirviendo de enlace entre la inscripción a favor del causante y la que en su día se realice a nombre de los herederos después de la partición o la enajenación o gravamen hecha por todos los herederos durante la indivisión a favor de tercera persona. Este efecto es más aparente que real. En el primer supuesto, parece que de este modo se reflejan en el Registro las tres situaciones por las que pasa la herencia: titularidad del causante, titularidad conjunta de los herederos y exclusiva de cada uno de ellos. Sin embargo, esto no es cierto: la

(243) Se refiere al Reglamento Hipotecario de 1915.

comunidad que refleja el derecho hereditario se refiere a objeto distinto que la inscripción, el patrimonio hereditario, de forma que no enlaza el tracto ni con la que se practicó a favor del causante ni con la que en su día se practique a nombre de los herederos. Clara muestra de ello es que esta anotación no es necesaria en ningún caso. En el segundo supuesto, la anotación queda suplida por una adjudicación parcial de bienes (artículo 71 del Reglamento Hipotecario), o podría suplirse por una simple excepción al tracto, como la que existe en los artículos 20 de la Ley y 184 del Reglamento» (244) (245).

El párrafo tercero del artículo 46 de la *Ley Hipotecaria* establece que «el derecho hereditario anotado podrá transmitirse, gravarse y ser objeto de otra anotación».

Nada aclara el Reglamento sobre la transmisión y gravamen del derecho hereditario así anotado que autoriza la Ley. Las grandes dificultades de todo orden que la transferencia y el gravamen del derecho hereditario provocaban cuando éste podía inscribirse quedan en pie ahora que sólo es anotable, aunque atenuadas, pues al fin y al cabo todas estas anotaciones son temporales y están sujetas a caducidad (246).

Como no es concebible que la transmisión y el gravamen del derecho hereditario anotado preventivamente consten en un asiento de inscripción, es regla general en ambos casos que dicha transmisión o gravamen consten a su vez por medio de otra anotación preventiva, de suerte que siempre se tratará de una anotación preventiva apoyada en otra anterior.

La transmisión del derecho del coheredero es admitida claramente por los artículos 1.000, número 1.º; 1067 y 1.531 a 1.534 del *Código Civil* y por la Jurisprudencia. Por tanto, la norma del párrafo tercero del artículo 46 de la *Ley Hipotecaria* no hace más que confirmar una norma de Derecho civil puro (247). Asimismo se reconoce expresamente por la Jurisprudencia y por la doctrina de la Dirección General, e implícitamente cuando niega al coheredero la facultad de enajenar con eficacia presente bienes o participaciones concretas en los mismos mientras no se haya realizado la partición (248). Así, dice la *Resolución de 29 de agosto de 1925* que el acto en cuya virtud un coheredero enajena su porción hereditaria, correspondiente a la cuota de la que es titular, a un extraño, no transfiere al adquirente la cualidad de titular futuro de los bienes y derechos que hayan de corresponder al mismo en la partición, sino que provoca una transmisión presente de fuerza intermedia entre la sustitu-

(244) SANZ FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, págs. 116 y ss.

(245) En este sentido, la *Resolución de 20 de septiembre de 1967*.

(246) DE LA RICA ARENAL: *Op. cit.*, pág. 134.

(247) SANZ FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, pág. 117.

(248) *Vide supra*.

ción total de una persona por otra y la venta de cosas futuras, que coloca al comprador en situación de aprovechar y ejercer directamente cuantos derechos y facultades transmisibles correspondiesen al heredero mismo en el patrimonio relicto. Asimismo, la cesión de cuota hereditaria transfiere el derecho a la cuota correspondiente desde el patrimonio del coheredero al del adquirente, y no sólo coloca a este último en el puesto del cedente, de suerte que pueda pedir por su propia autoridad la partición de la herencia, sino que le pone en relación dominical directa con los elementos de la masa relicta.

Dicha transmisión deberá hacerse constar mediante anotación preventiva, conforme ordena el artículo 46 de la Ley Hipotecaria, sin que esta nueva anotación suponga la extinción de la primera, que seguirá siendo la base fundamental de la misma. La naturaleza de esta segunda anotación, dice SANZ FERNÁNDEZ, es muy diferente a la del derecho mismo y se acerca más al tipo común de las anotaciones preventivas: su eficacia se limita a garantizar al cesionario que con la partición no se inscribirán los bienes y derechos a nombre del cedente y que no podrá realizarse aquélla sin el derecho de intervención que le concede el Código Civil (artículo 403) (249).

Sin embargo, no se puede decir que el adquirente esté absolutamente protegido por el *principio de fe pública registral*, pues aunque haya adquirido a título oneroso de persona que en el Registro aparece con la cualidad de heredero, si posteriormente se anula la institución de heredero del cedente, su posición no es inatacable, sino todo lo contrario. Lo único que podría hacer en este caso sería dirigirse contra éste, en ejercicio del derecho que le concede el artículo 1.531 del Código Civil.

Pero, en cambio, sí parece que le sería aplicable este principio en el caso de doble venta de la cuota hereditaria, aunque, lógicamente, con efectos limitados a los inmuebles o derechos reales anotados.

Lo que, desde luego, es innegable y consecuencia de la no aplicabilidad del artículo 34 de la Ley Hipotecaria es que si las fincas sobre cuyos folios se practicó la anotación preventiva del derecho hereditario y los posteriores actos de transmisión de la cuota hereditaria se adjudican a heredero distinto del que realizó la cesión, en nada perjudicarán a éste y se cancelará sin más. En caso contrario, alguno o algunos de los coherederos podrían vincular la voluntad de los demás, o del comisario, en su caso, con sólo realizar actos de transmisión o de gravamen que bien pudieran ser ficticios y que, anotados sobre las fincas más sabrosas de la

(249) SANZ FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, pág. 118.

herencia, asegurarían a quien de tal modo procedió una ventajosa o deseada adjudicación (250). Pues si llegáramos a la conclusión de que la partición no puede perjudicar a tales terceros, habrían éstos adquirido un inviolable derecho sobre bienes concretos, y para tales actos no aparece en el Registro con derecho suficiente el heredero que anotó su derecho hereditario.

Lo que se ha expuesto sobre la transmisión del derecho hereditario es aplicable igualmente al *gravamen* del mismo, dentro de los límites en que los principios hipotecarios pueden actuar y los que permiten el ámbito en que este gravamen es posible. Así, caben aquellos gravámenes, como el usufructo y otros que no requieren que se trate necesariamente de fincas y derechos reales inmobiliarios sobre las mismas, y aun así, la posibilidad de este gravamen es limitadísima (251).

Cree ROCA SASTRE que hay que negar la posibilidad de que este gravamen consista en el derecho real de *hipoteca*, sin que se considere argumento en pro de su posibilidad el problema de la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las varias fincas integrantes del caudal relicto, pues éstas tan sólo son tomadas en consideración como partes integrantes de un todo (252).

Por otra parte, teniendo en cuenta que en nuestro Derecho la inscripción tiene un valor *constitutivo* por lo que a la hipoteca se refiere, y no pudiendo la herencia ser susceptible de una inscripción sustantiva, dado el Sistema de Registro por fincas que sigue nuestra Ley, no parece que sea posible llegar a una constitución válida de la misma (253) (254).

Por ello, la amplitud de la fórmula empleada por el artículo 46 de la Ley Hipotecaria hay que circunscribirla a la posibilidad de que el derecho hereditario anotado pueda ser objeto asimismo de *anotación preventiva de embargo*. Posibilidad que permite el *párrafo segundo de la regla 1.ª del artículo 166 del Reglamento Hipotecario* (255).

Esta anotación de embargo del derecho hereditario se cancelará, conforme al *número 10 del artículo 206 del Reglamento Hipotecario*, «cuando se presentare la escritura de partición y no aparecieren adjudicados al

(250) FERNANDO DE LA CÁMARA: *Op. cit.*, pág. 642.

(251) ROCA: *Op. cit.*, pág. 77.

(252) *Ibid.*, *loc. cit.*

(253) COSSÍO: *Op. cit.*, pág. 301.

(254) Sin embargo, algunos autores mantuvieron que se trataría de una hipoteca sobre bienes sometidos a condición resolutoria (*art. 107, décimo, de la Ley Hipotecaria*), y la propia Dirección General en el resumen de las Memorias del año 1920 (*vide nota 177*).

(255) *Vide supra*.

heredero las fincas o derechos sobre los que se hubiere tomado anotación preventiva del derecho hereditario».

En cuanto a los efectos de esta anotación de embargo, hay que distinguir dos supuestos:

1.º Que la garantía se haga efectiva antes de la partición, en cuyo caso se procederá a la *enajenación forzosa* del derecho hereditario.

2.º Que la división de la herencia sobrevenga antes del vencimiento de la obligación; entonces, si los inmuebles sobre los que se practicó la anotación del derecho hereditario y su gravamen son adjudicados al heredero en cuestión, hay que afirmar la subsistencia del embargo practicado sobre los bienes que se le adjudiquen; en el caso de que sean adjudicados a otro heredero, la anotación de embargo se cancelará sin más, conforme al artículo 206, número 10, del Reglamento, que no es sino el efecto previsto en el artículo 399 del Código Civil.

Pero, como reconocen DE LA RICA y SANZ FERNÁNDEZ (256), el embargo del derecho heredado anotado raramente se practicará en la vida real, ya que los acreedores particulares de alguno de los coherederos tienen la facultad de embargar directamente los bienes de la herencia en virtud del mismo precepto del Reglamento Hipotecario que les reconoce el mismo derecho que a los acreedores del causante, a quienes viene a equipararlos, no existiendo otra preferencia entre ellos que la derivada del principio de *prioridad registral* (*prior tempore, potior iure*), es decir, la fecha del respectivo asiento. Claro que los acreedores del causante pueden oponerse a que se practique la partición hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos, conforme al artículo 1.082 del Código Civil, con lo que, indirectamente, aunque su embargo sea de fecha posterior al del acreedor del heredero, pueden evitar que el derecho de este último se concrete en bien alguno.

Y este embargo directo de los bienes de la herencia siempre será más fácil de obtener y además les reporta la ventaja de que su anotación de embargo, a la que será igualmente aplicable lo dispuesto en el artículo 399 del Código Civil, como afirma el número 10 del artículo 206 del Reglamento Hipotecario, no dependerá en cuanto a su duración de la vigencia del asiento de anotación preventiva del derecho hereditario, que al ser cancelado, arrastraría necesariamente a la anotación de embargo del derecho hereditario.

(256) DE LA RICA ARENAL: *Op. cit.*, pág. 134; SANZ FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, página 117.

La única ventaja que parece ofrecer la anotación de embargo del derecho hereditario, más aparente que real, es la posibilidad de venta forzosa de la cuota hereditaria del deudor embargado.

6. DURACIÓN Y EXTINCIÓN

Esta anotación, como las demás, está sujeta al plazo de caducidad que señala el *artículo 86 de la Ley Hipotecaria*, que establece que «las anotaciones preventivas, cualquiera que sea su origen, caducarán a los cuatro años de su fecha, salvo aquellas que tengan señalado en la Ley un plazo de caducidad más breve. No obstante, a instancia de los interesados o por mandato de las autoridades que las decretaron, podrán prorrogarse por un plazo de cuatro años más, siempre que la prórroga sea anotada antes que caduque el asiento. La caducidad de las anotaciones preventivas se hará constar en el Registro a instancia del dueño del inmueble o derecho real afectado».

Y el *apartado segundo del artículo 209 del Reglamento Hipotecario* establece que la «cancelación de la anotación preventiva del derecho hereditario tendrá lugar... cuando haya caducado, por haber transcurrido cuatro años, u ocho en caso de prórroga, desde su fecha, según el artículo 86 de la Ley, bien a instancia del dueño o dueños del inmueble o bien porque deba expedirse alguna certificación de cargas referentes a la finca o derecho real anotado, en cuyo caso se verificará de oficio o por nota marginal de caducidad». Lo que implica que en el otro caso habrá de hacerse por asiento de cancelación. Este precepto es aplicación del *artículo 355 del Reglamento Hipotecario* (257).

Añade el *artículo 209* que «en ambos supuestos se cancelarán las demás anotaciones que de ella traigan causa, cualquiera que sea su origen». Con lo que queda aclarada la duda que planteaba SANZ FERNÁNDEZ respecto de las anotaciones preventivas de embargo del derecho hereditario acerca de si su caducidad se contaría desde la fecha en que fueron practicadas o desde la fecha en que se practicó la del derecho hereditario (258); las razones que alegaba este autor en pro de la primera solución no han sido atendidas por el *Decreto de 17 de marzo de 1959*, que reformó el Reglamento Hipotecario, y al que se debe esta disposición.

En cambio, sí fue atendida su crítica a la aplicación del precepto general del artículo 86 de la Ley Hipotecaria a esta clase de anotaciones,

(257) Establece este precepto que «... las anotaciones preventivas... que deban cancelarse o hayan caducado con arreglo a la Ley Hipotecaria no se comprenderán en la certificación. A este sólo efecto se entenderá también solicitada la cancelación que proceda por el solo hecho de pedirse la certificación...»

(258) SANZ FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, pág. 119.

pues «puede suceder que el testador haya prohibido la partición por un período de tiempo superior, o que la hayan acordado los herederos, lo que pueden hacer por un plazo máximo de diez años (*artículos 1.051 y 400 del Código Civil*). Manteniéndose necesariamente la situación de indivisión, sin poder practicarse la división de la herencia, resulta que hay un período de tiempo en el que puede constar en el Registro y otro en el que desaparece necesariamente de él. Hubiera sido más adecuado establecer para esta anotación la posibilidad de prorrogarla por un período de tiempo igual al que necesariamente haya de mantenerse indivisa la herencia» (259).

Efectivamente, el *último párrafo del artículo 209 del Reglamento Hipotecario* dispone: «No se cancelará por caducidad esta anotación preventiva cuando conste en el Registro el acuerdo de indivisión o la prohibición de división a que se refieren los artículos 400, párrafo segundo, y 1.051 del Código Civil, en tanto no transcurran los plazos señalados para la indivisión o se justifique por documento público haber cesado la comunidad, o cuando se haya solicitado expresamente por los interesados» (260).

Por consiguiente, la caducidad general de la anotación preventiva del derecho hereditario no tendrá lugar en los tres casos siguientes:

1.º Cuando, por aplicación del artículo 400 del Código Civil, todos los herederos pacten mantener la herencia indivisa, es decir, que subsista la comunidad hereditaria por un tiempo que no podrá exceder de diez años, prorrogables por nueva convención.

2.º Cuando, de conformidad con el artículo 1.051 del Código Civil, el testador prohíba expresamente la partición de la herencia, por un plazo que, según la mayoría de la doctrina, tampoco podrá exceder de diez años.

3.º Y cuando los interesados lo hayan solicitado expresamente.

Considera ROCA que esta prolongación de la vigencia de la anotación se producirá aunque el pacto de indivisión y su prohibición por parte del testador sean parciales, es decir, cuando afecten a una o más fincas o derechos integrantes de la herencia, si bien la subsistencia de la anotación solamente actuará respecto de estas fincas y derechos.

La no caducidad de la anotación preventiva del derecho hereditario, por solicitarlo así expresamente los interesados, continúa diciendo este autor, es una novedad del Reglamento Hipotecario, de 17 de marzo de

(259) *Ibid.*, págs. 118 y 119.

(260) El último inciso fue añadido por el Decreto 293/1959, de 17 de marzo.

1979, que, si bien contradice el criterio general de la Ley Hipotecaria en esta materia, no obstante, puede tener gran trascendencia práctica.

La introducción de esta excepción obedece, seguramente, al pensamiento de la Reforma hipotecaria de 1944 de no permitir en lo sucesivo la inscripción del derecho hereditario y sí sólo su anotación preventiva, pero por razones distintas a la índole temporal del asiento de anotación preventiva.

La importancia práctica de esta norma reglamentaria reside en que, si bien la Reforma de 1944-46 acabó con la registración en la práctica del derecho hereditario (261), con esta posibilidad para los interesados de solicitar expresamente la no cancelación por caducidad, las anotaciones preventivas del derecho hereditario podrán recobrar vigor, empíricamente, lo que será preferible a lo que venía haciéndose, al incrustar en los inventarios de herencias el «extraño pacto» de que todas y cada una de las fincas hereditarias se las adjudican los herederos en proporción a sus respectivas cuotas (262).

La notación preventiva del derecho hereditario se extingue por:

1.º La partición de la herencia; es la forma normal de extinción; así lo presupone el artículo 209, primero, del Reglamento Hipotecario, al señalar como caso de extinción de esta anotación el haberse practicado la partición de la herencia en los términos expresados en el artículo 80 del Reglamento.

2.º La enajenación de los bienes de la herencia hecha conjuntamente por todos los herederos; así resulta del mismo precepto que acabamos de citar: «... cuando la finca o derecho real anotado haya sido transmitido conjuntamente por todos los herederos.»

En estos dos casos se extingue por lo que ROCA ha llamado «*agotamiento de su contenido específico*» (263).

3.º La rectificación y la nulidad, conforme a los artículos 40 y 75, respectivamente, de la Ley Hipotecaria.

4.º La caducidad, por la norma general del artículo 86 de la Ley, con las limitaciones que hemos visto.

5.º La renuncia, conforme al *número 12 del artículo 206*, en relación con el *artículo 208*, ambos del Reglamento Hipotecario.

(261) De todas formas, un examen de la Estadística Registral demuestra que esta anotación preventiva, a pesar de sus débiles efectos registrales, saca cierta ventaja numérica a otros asientos de la misma clase de mayor eficacia teórica, como son las anotaciones de créditos refaccionarios o en favor del legatario.

(262) ROCA: *Op. cit.*, págs. 36 y ss.

(263) ROCA: *Op. cit.*, tomo III, pág. 26.

Dice SANZ FERNÁNDEZ que en ningún caso procederá la extinción por conversión en inscripción, ya que ésta presupone la conversión en definitivo del mismo derecho anotado y en el supuesto del derecho hereditario, aunque se acuerde adjudicar a los herederos *pro indiviso* todos los bienes de la herencia, el derecho que se inscribe es necesariamente distinto del anotado (264) (265). Pero si admitimos la subsistencia de la anotación preventiva de embargo del derecho hereditario, en el caso de que se le adjudiquen al heredero las fincas o derechos sobre los que se hubiere tomado la anotación del derecho hereditario, *a contrario sensu* del número 10.º del artículo 206 del Reglamento, no hay razón para no admitir la conversión en inscripción en el supuesto de adjudicación *pro indiviso* de todos los bienes de la herencia. A la conclusión contraria nos llevaría una visión unilateral del concepto de derecho hereditario *in abstracto*, contemplado exclusivamente en su faceta de cuota sobre un conjunto patrimonial, con olvido de su vertiente de *titularidad preventiva* que a todos los coherederos corresponde sobre todos los bienes raíces anotados, que es la única que interesa al Derecho inmobiliario registral.

ANTONIO MARÍA DE LOS MOZOS Y TOUYA

Profesor de Derecho Civil en el Colegio
Universitario de Burgos

(264) SANZ FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, pág. 118.

(265) Sin embargo, no parece oponerse a ello el artículo 210 del Reglamento Hipotecario, como tampoco el 83 del mismo Cuerpo legal.