

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LVIII ○ Noviembre-Diciembre 1982 ○ Núm. 553

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. Carlos M. Hernández Crespo.
D. Juan-José Benayas y Sánchez-Cabezudo.
D. Pío Cabanillas Gallas.
D. Antonio de Leyva y Andía.
D. Narciso de Fuentes Sanchiz.
D. José Luis Lacruz Berdejo.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Ginés Cánovas Coutiño.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. José María Chico Ortiz.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN:

D. Manuel Amorós Guardiola.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Fernando Muñoz Carriñanos.

Dirección: Príncipe de Vergara, 72.—Madrid-6.—Teléfono 411 26 28

La Revista no se identifica con las opiniones
sostenidas por sus colaboradores.

I. S. B. N.: 84-500-5636-5

Depósito legal: M. 968-1958

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

«La anotación preventiva del derecho hereditario», por ANTONIO MARÍA DE LOS MOZOS Y TOUYA	1423
«Posibles formas empresariales en la Propiedad Horizontal», por GERARDO MUÑOZ DE DIOS	1505
«Comentario a 'vuela pluma' de los artículos de Derecho Sucesorio (cuatro más) reformados por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio», por JUAN MANUEL REY PORTOLÉS	1535

NOTAS:

«Liquidación de cargas. Sistema de Derecho Hipotecario», por RICARDO EGEA	1587
«Notas sobre la vivienda habitual de la familia (en turno de rectificación)», por FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ	1599

VIDA JURIDICA:

«Las aguas en el Registro de la Propiedad», por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1629
--	------

JURISPRUDENCIA:

I. Resoluciones y sentencias.	
II. Sentencias del Tribunal Supremo, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, JOSÉ QUESADA SEGURA y CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	1651

LIBROS:

«Derecho Inmobiliario e Hipotecario inglés y su comparación con el sistema inmobiliario español», de F. BAZ IZQUIERDO, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	1697
«El Código y el Fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea», de BARTOLOMÉ CLAVERO, por MARIANO PESET	1700
«Il contratto atípico», de MARÍA COSTANZA, por JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ.	1704
«Introducción al Derecho Inmobiliario Nicaragüense», de I. ESCOBAR FORNOS, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	1708
«El nuevo régimen de planeamiento urbanístico», de J. GONZÁLEZ PÉREZ, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	1710
«La Empresa agraria. Su regulación jurídica», de ANTONIO SOLDEVILLA VILLAR, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1712

ESTUDIOS

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 tetrotrae 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.º; 75, 2.º; 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) *Ibid.*, pág. 411.

(58) LACRUZ: *Op. cit.*, pág. 263.

(59) *Ibid.*

(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 *metá* 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 constituir*», 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 refaccionarios*, 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 provocare 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 PÍCAZO 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 PÍCAZO: *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, graven, 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) *Ibíd.*, 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*). Trata-mos 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, mantiene, 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 1943*, 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 1943», 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 improcedente 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* favorecería 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 recaer 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 integran 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 consumar 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; faltará siempre el requisito de la previa inscripción y quedará 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, acompañado 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 testamentaria, 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 ARENAL: *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 PICAZO: *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 confusionismo) por el artilugio 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 aquélla 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) *Ibid.*, *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 alicuota; 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 testamentaría (*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 radican 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. 3º, 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).

Peró 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 reiteradísimamente 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 sustitución

(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) *Ibíd.*, *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 hereditario 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.

Posibles formas empresariales en la Propiedad Horizontal

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Evolución legislativa.*—III. *Jurisprudencia.*—IV. *Doctrina:* A) Posiciones doctrinales. B) Crítica y conclusiones.—V. *Intentos de organización empresarial:* A) Sociedades. B) Cooperativas. C) Entidades urbanísticas colaboradoras de la Administración.

I. INTRODUCCION

La legislación específica reguladora de la titularidad y uso y disfrute de la vivienda ha ido evolucionando, siguiendo fundamentalmente las modificaciones originadas por los avances técnicos y por las necesidades que crea la constante elevación de la calidad de vida.

Partiendo ya de la época de las Codificaciones, salvo casos aislados en grandes ciudades, las viviendas solían ser edificios familiares, es decir, en cada edificio sólo vivía una familia más o menos prolongada, con dimensiones reducidas generalmente y carencia de casi todos los servicios, y esto, unido a que las ciudades sólo tenían urbanizadas muy pocas calles y que la iluminación pública era deficientísima, donde la había, permitió que las poblaciones se pudieran extender en horizontal, en lo que también influía las precarias técnicas de construcción, que no permitían la edificación en altura, sin olvidar la incidencia del individualismo propio de la célula familiar de aquella época. Las relaciones entre viviendas eran mínimas, y se reducían al disfrute conjunto de una entrada común a través de plazoleta o patio, cotitularidad de muros medianeros, luces y vistas, y a lo sumo a la existencia de cueva que se prolongaba por el subsuelo del colindante o de habitación alta que montaba sobre parte de la planta baja del vecino, consecuencia en casi todos los casos de particiones de herencia, y provocándolo la irregularidad de los edificios. Por lo excepcional, se regulaba legalmente a través de la figura de las servidumbres en casi todos los casos.

En una segunda etapa, la urbanización de las ciudades se perfecciona (asfaltado, alcantarillado, conducciones generales de agua, incluso caliente en algunos casos; luz eléctrica, etc.), encareciéndola considerablemente, lo que unido a la evolución de la Arquitectura hace aconsejable el aprovechamiento en altura de los solares, motivando la creación de edificios multifamiliares, a través de los cuales se satisfacen, además, otras necesidades, como la de guarda y conserjería, de garaje de vehículos o calefacción. La titularidad y regulación del disfrute de los diferentes pisos de ese único edificio, al ser ya esa relación más intensa y permanente, se encauza legalmente a través de la comunidad, con más o menos particularidades impuestas por la singularidad del objeto sobre el que recae, como el tratamiento del retracto de comuneros o la representatividad de la comunidad.

Y en una tercera etapa, por la influencia de la corriente motivada por la civilización del ocio, el sentido de seguridad y comodidad familiar y la insuficiencia de instalaciones deportivas públicas —que se contraponen a la campaña pública alentando el deporte—, se pretende satisfacer el deseo de diversión también a través de la vivienda, complementando los edificios con jardines, o incluso terrazas, dotadas de instalaciones infantiles, piscinas o pistas de juegos, que pueden estar al servicio de un solo edificio, pero que frecuentemente lo están al de varios, creando un conjunto en el que se ubican varias casas, las cuales, a su vez, se dividen en diversos pisos o viviendas, y que tienen hasta algún servicio común, como el de calefacción o agua caliente. Este es el supuesto que jurídicamente se ha denominado súper o hipercomunidad, en el que, a la vez que esta figura de gran magnitud, existe la comunidad singular del edificio. Su encasillamiento jurídico se ha intentado a través de la Ley de Propiedad Horizontal —habiéndose reconocido incluso por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en la Resolución de 29 de mayo de 1980, la existencia de esta Propiedad Horizontal tumbada—, de la asociación, la comunidad, la sociedad civil y de la cooperativa, por la posibilidad que abre el Reglamento de Cooperación de 16 de noviembre de 1978. Naturalmente que también se incluyen en este último grupo las denominadas urbanizaciones, en las que existan únicamente viviendas unifamiliares aisladas o junto a edificios multifamiliares.

La legislación específica de Propiedad Horizontal vino a cubrir la necesidad creada por la rápida evolución de la institución en los últimos tiempos, que aun sin el apoyo normativo idóneo —como reconoció la Exposición de Motivos de la Ley vigente— adquirió pujante vitalidad; pero, sin embargo, han existido intentos de organización jurídica de este fenómeno económico-social, aplicando otras formulaciones legales, como sociedad, que le atribuían un aspecto mucho más empresarial. La motiva-

ción es muy variada: razones fiscales, circunstancias económico-familiares, como la separación matrimonial de hecho, fundamentalmente antes de la última reforma del Código Civil, o incluso causas urbanísticas que obligaban a vestir con ese ropaje jurídico la comunidad para obviar prohibiciones de las Ordenanzas municipales. Para conocer la viabilidad jurídica de estos intentos es necesario analizar casuísticamente cada fórmula en relación con los dos campos de la institución: el estricto, de edificio aislado, y el amplio, de prolongación a la urbanización. Y es imprescindible comenzar por estudiar la verdadera naturaleza de este fenómeno, analizando su evolución legislativa, la conceptualización jurisprudencial y las opiniones doctrinales, insistiendo en el aspecto fundamental de si existe o no personalidad jurídica en la Propiedad Horizontal.

II. EVOLUCION LEGISLATIVA

Nuestro Código Civil, en su primitiva redacción, ya regulaba este tipo de comunidad, dedicándole el artículo 396, que decía textualmente: «Cuando los diferentes pisos de una casa pertenezcan a distintos propietarios, si los títulos de propiedad no establecen los términos en que deban contribuir a las obras necesarias y no existe pacto sobre ello, se observarán las reglas siguientes: 1.º Las paredes maestras y medianeras, el tejado y las demás cosas de uso común estarán a cargo de todos los propietarios en proporción al valor de su piso. 2.º Cada propietario costeará el suelo de su piso. El pavimento del portal, puerta de entrada, patio común y obras de policía comunes a todos se costearán a prorrata por todos los propietarios. 3.º La escalera que desde el portal conduce al piso primero se costeará a prorrata entre todos, excepto el dueño del piso bajo; la que desde el primer piso conduce al segundo se costeará por todos, excepto los dueños de los pisos bajo y primero, y así sucesivamente.»

Disciplina la situación como una simple comunidad con soluciones muy parcialistas, como lo prueban las referencias a la escalera —cortada por trozos— o el suelo del piso de cada uno, pero no olvidemos que tiene sólo carácter supletorio, porque sigue en esta materia la tónica general del Código Civil de respeto a la autonomía de la voluntad, consagrada en la libertad de pactos comunitarios, que podían complementar la regulación, por lo que tenemos que reconocer el indudable acierto de nuestro legislador de final de siglo pasado, que se anticipó a la necesidad real —entonces apenas si existían supuestos de propietarios de pisos en edificios multifamiliares— con esa flexibilidad que ha caracterizado a la regulación legal de la institución hasta nuestros días, dándole carta de naturaleza en el Ordenamiento español, y permitiendo, por otra parte,

que los interesados pactaran las normas a que se iban a someter en el desarrollo de sus conductas dentro de esta comunidad. Es cierto que no excluye dos de las facultades fundamentales derivadas de la copropiedad ordinaria que chocan abiertamente con la parcelación horizontal, el derecho de retracto y el de exigir la extinción de la situación comunitaria, pero creemos que hasta podría defenderse su exclusión en aquella época a virtud de la libertad de pacto, y desde luego no se podría nunca criticar su omisión en el texto legal, por la misma ausencia de supuestos prácticos en aquel momento, que son verdaderamente los que proporciona la materia moldeable por la Ley.

La Ley de 26 de octubre de 1939 modifica el artículo 396 del Código Civil, dándole la siguiente redacción: «Si los diferentes pisos de un edificio o las partes de piso susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública, perteneciesen a distintos propietarios, cada uno de éstos tendrá un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un piso o parte de él, y además un derecho conjunto de copropiedad sobre los otros elementos del edificio necesarios para su adecuado uso o disfrute, tales como el suelo, fundaciones, sótanos, muros, fosos, patios, pozos, escaleras, ascensores, pasos, corredores, cubiertas, canalizaciones, desagües, servidumbres, etc. Las partes en copropiedad no son, en ningún caso, susceptibles de división y, salvo pacto, se presumen iguales.

Los gastos de reparación y conservación de los elementos comunes del edificio serán satisfechos, también salvo pacto, a prorrata por todos los interesados, según el valor de su parte privativa, y esta misma norma regirá para la adopción, por mayoría, de los acuerdos.

El derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio sólo es enajenable, gravable o embargable por terceros conjuntamente con la parte determinada privativa de la que es anejo inseparable.

Si el propietario de un piso o parte de él, susceptible de aprovechamiento independiente, tratare de venderlo, deberá comunicarlo, con expresión del precio, a los demás propietarios en el edificio, los cuales tendrán, respecto de extraños, preferencia para su adquisición, si dentro de los diez días siguientes al de la notificación formal del aviso comunicasen al vendedor su voluntad de adquirir.

En caso de concurrencia con ofertas distintas, la venta se efectuará con el que haya ofrecido mayor precio, y si aquéllas fuesen iguales, será preferido el propietario del piso o parte de piso horizontalmente inmediato al objeto de la venta. En identidad de condiciones será potestativo del vendedor realizar la venta con cualquiera de los oferentes.

Ningún propietario podrá variar, esencialmente, el destino o la es-

estructura de su piso sin previo acuerdo de la mayoría de los otros interesados.»

En esta modificación es de destacar la determinación diáfana de lo que puede ser propiedad separada y lo que residualmente es objeto de la copropiedad, que por cuotas se atribuye indisolublemente a aquélla, las cuales se presumen iguales, pero mantiene el pacto en contrario de la primitiva regulación, aunque creemos que con el límite del derecho de preferente adquisición comunitario recíproco, que a nuestro juicio tiene carácter imperativo en la redacción del 1939. Se excluye expresamente la división de las partes comunes en copropiedad, elevando a categoría legal lo que debería ser pacto usual en esta institución, y prohíbe rotundamente la variación del destino y estructura del piso por su propietario, salvo acuerdo mayoritario de comuneros.

Durante el imperio de esta reforma, nuestro Tribunal Supremo dicta la importante sentencia de 24 de mayo de 1943, en que deja bien sentado que la Ley de 26 de octubre de 1939, que da nueva redacción al artículo 396 del Código Civil, *se refiere a toda clase de edificios* y no a los destinados a viviendas familiares exclusivamente, y que como Ley aclaratoria, que interpreta los preceptos que nuestro Código dedicaba a la materia, ha de entenderse publicada cuando lo fueron los preceptos aclarados.

La institución va adquiriendo cada vez más pujanza por el deseo de acceso a la propiedad de su propia vivienda que tiene todo individuo, *apoyado por el régimen político de nuestra patria en esa época*, y de otra parte, la crisis del arrendamiento por un excesivo proteccionismo al arrendatario, lo que unido a las enseñanzas extraídas de las experiencias prácticas hizo necesaria una nueva regulación más amplia y, sobre todo, adaptada a la situación social y económica de la última parte de la revolucionaria década de los años cincuenta.

La Ley de 21 de julio de 1960 viene a satisfacer la necesidad de regulación creada. Se encuentra dividida en dos capítulos. El primero, con dos solos artículos, se destina a modificar las disposiciones vigentes: el número 1 reforma los preceptos relativos al Código Civil, dando nueva redacción al artículo 396 y adicionando un nuevo párrafo al 401, y el número 2, los de la Ley Hipotecaria, afectando a los artículos 8.º y al 107. El segundo capítulo desarrolla el régimen de la propiedad por pisos en diecinueve artículos, del 3.º al 21, ambos inclusive. Además, contiene dos disposiciones transitorias y una final derogatoria.

Los preceptos básicos modificados quedan con la siguiente redacción: el artículo 396 del Código Civil: «Los diferentes pisos o locales de un edificio o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía

pública podrán ser objeto de propiedad separada, que llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los demás elementos del edificio necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como el suelo, vuelo, cimentaciones, pasos, muros, fosos, patios, pozos, escaleras, porterías, ascensores, corredores, cubiertas, canalizaciones y servidumbres.

Las partes en copropiedad no son en ningún caso susceptibles de división, y sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable.

En caso de enajenación de un piso o local los dueños de los demás, por este solo título, no tendrán derecho de tanteo ni de retracto.

Esta forma de propiedad se rige por las disposiciones legales especiales y, en lo que las mismas permitan, por la voluntad de los interesados.»

Al artículo 401 del mismo Código se le adiciona este párrafo: «Si se tratare de un edificio cuyas características lo permitan, a solicitud de cualquiera de los comuneros, la división podrá realizarse mediante la adjudicación de pisos o locales independientes, con sus elementos comunes anejos, en la forma prevista en el artículo 396.»

El artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, en su número 3, que se modifica, y los números 4 y 5, que se añaden, quedan así:

«Tercero. Las fincas urbanas y edificios en general, aunque pertenezcan a diferentes dueños en dominio pleno o menos pleno.

Cuarto. Los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté concluida o, por lo menos, comenzada. En la inscripción se describirán, con las circunstancias prescritas por la Ley, además del inmueble en su conjunto, sus distintos pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente, asignando a éstos un número correlativo, escrito en letra, y la cuota de participación que a cada uno corresponde en relación con el inmueble. En la inscripción del solar o del edificio en conjunto se harán constar los pisos meramente proyectados. Se incluirán, además, aquellas reglas contenidas en el título y en los estatutos que configuren el contenido y ejercicio de esta propiedad.

La inscripción se practicará a favor del dueño del inmueble constituyente del régimen o de los titulares de todos y cada uno de sus pisos o locales.

Quinto. Los pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal, siempre que conste previamente en la inscripción del inmueble la constitución de dicho régimen.»

El número 11 que se añade al artículo 107 de igual Ley dice:

«Undécimo. Los pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal inscritos conforme a lo que determina el artículo 8.º»

En el capítulo II se regula el régimen especial lo más minuciosamente posible, sin caer en el casuismo, y bajo la base y con el respeto de los preceptos básicos reseñados en el capítulo I.

En las Disposiciones transitorias, la primera establece el plazo para adaptar los estatutos de las comunidades existentes a la nueva reglamentación, y la segunda permite el mantenimiento del derecho de tanteo y el de retracto a favor de los copropietarios, establecido en los estatutos que regulaban la propiedad por pisos a la entrada en vigor de la Ley, si lo acordaban el 80 por 100 de los titulares.

En la Exposición de Motivos es destacable la admisión de la Propiedad Horizontal constituida *ab initio*, lo que indica el gran esfuerzo de la Ley por facilitar el desarrollo práctico de la institución. Por otra parte, resalta que la regulación que brinda es suficiente para disciplinar todas las relaciones que le están sometidas, pero que, sin embargo, admite que por obra de la voluntad se especifiquen, complementen y hasta modifiquen ciertos derechos y deberes, siempre que no se contravengan las normas de derecho necesario, claramente deducibles de los términos de la Ley.

Particular importancia reviste, para el aspecto que estamos estudiando, el tratamiento legal de los órganos necesarios en este régimen especial, Presidente y Junta de Copropietarios, y la naturaleza jurídica de la Propiedad Horizontal. El Presidente es el órgano ejecutivo, pudiendo ser removido en cualquier momento por acuerdo de la Junta extraordinaria. La Junta de Copropietarios se configura como soberana y máxima, tomando sus acuerdos con todas las garantías de convocatoria. Su aspecto más interesante es el del análisis relativo a su posible personalidad jurídica independiente de la de sus integrantes. En la evolución legislativa expuesta se partía de una comunidad plena, pasando a una comunidad *sui generis*, con tanteo, pero sin división, y una regulación comunitaria incipiente, para llegar al régimen actual de desarrollo casi societario, que podría hacernos pensar en la aptitud legal para tener esa personalidad jurídica, pero tengamos en cuenta que esto supondría tanto como desarrollo posible en cualquier dirección, siempre, claro está, en función de su objeto; pero en la Propiedad Horizontal está condicionada totalmente a su finalidad única, que es el servicio del mejor uso y disfrute de la propiedad privativa de los pisos y locales, condicionado y limitado sólo por el derecho de los demás, lo cual nos impide pensar en salir de la comunidad.

III. JURISPRUDENCIA

Nuestro Tribunal Supremo ha seguido una línea clara de comunidad, pero con una reglamentación y órganos propios legales que la gobiernan y representan, a diferencia de la comunidad ordinaria, en que sólo se permite que pueda pactarse la reglamentación (art. 392, párr. segundo, C. C.), porque únicamente se prevé una incipiente disciplina de las relaciones entre los comuneros, consistente en fijar el principio de mayoría o unanimidad, dependiendo del tipo de acto y, en todo caso, favoreciendo la extinción. Nuestro Alto Tribunal acentúa más la distinción al señalar que el nacimiento se produce por disposición legal, cuando se da la circunstancia de hecho básica de pertenecer algún piso o local a distinto propietario (sentencia 19-2-71), existiendo ya unos órganos del ente comunitario establecidos por la Ley, como el Presidente, el cual la representa, pero no de forma aislada e independiente, que requiera unos poderes específicos en cada caso, sino institucionalmente, personificando y siendo el puro instrumento físico a través del cual actúa la comunidad (sent. 19-6-65), estando por su naturaleza esta actuación representativa en una zona intermedia entre la representación orgánica y la puramente voluntaria (sentencia 5-6-79); por otra parte, reconoce que están legitimados todos los copropietarios para ejercitar las acciones, tanto relativas a elementos privativos como comunes, aunque exista el Presidente y aun contra su oposición, basándose en que hay una yuxtaposición de dos propiedades, privativa y común, estando esta última en función de aquella por serle necesaria para su disfrute (sentencias 28-4-66, 23-4-70 y 31-5-71). En la de 22-6-72 califica la Propiedad Horizontal de comunidad *sui generis*, que participa de la propiedad particular y común simultáneamente, y en la de 16-6-73 la conceptúa de institución *sui generis* de carácter complejo, a la que es inútil buscarle identidades o semejanzas parciales para que sea absorbida en otros tipos clásicos; siguiendo en esta misma concepción, es de destacar la de 28-4-66, la cual, además, sienta claramente la diferenciación con la sociedad, basándose en que en ésta surge un ente social distinto de los componentes, con patrimonio también independiente.

En la Jurisprudencia de Audiencia resaltan por su importancia la sentencia de 10-10-67, de la Territorial de Madrid, considerando que es una comunidad especial, distinta de la comunidad de bienes que regula el Código Civil, y radicalmente diferente a cualquier tipo de sociedad mercantil, que se caracteriza por tener personalidad propia y autonomía de la de sus socios integrantes, y la de Zaragoza de 10-12-80, proclamando que la razón de ser de la institución, aquello que en primer término responde a la finalidad económica y social, el *prius* de ésta, es el carácter preponderante de la propiedad individual y el accesorio de la comunidad.

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha dictado trascendentes Resoluciones en esta materia. La de 5-12-70 consideraba que era una figura jurídica original, que se sustrae de la comunidad ordinaria de bienes regulada por el Código Civil, reiterando lo sentado ya por el Tribunal Supremo sobre la coexistencia de una propiedad singular y exclusiva sobre un bien privativo y una copropiedad compartida sobre elementos comunes, estimando que este derecho de propiedad singular es creación intelectual inspiradora de la Ley. En la de 15-6-73 reitera en líneas generales los principios de la anteriormente reseñada, y da un paso más al proclamar que, aunque nuestra legislación no haya atribuido a la Junta de Copropietarios personalidad jurídica independiente de la de éstos, sin embargo, sí ha superado el clásico concepto de la copropiedad romana, de la que se aparta al no reconocer a los copropietarios la acción de división ni el derecho de retracto, dando, además, en su regulación predominio a los intereses comunitarios sobre el individual, y reconoce la Resolución que la Junta tiene concedidas por Ley unas facultades que exceden de las meramente administrativas y que suponen actos de disposición. En la de 1-9-81 reitera la falta de personalidad jurídica de la Junta.

IV. DOCTRINA

A) LAS POSICIONES DOCTGINALES SON VARIADÍSIMAS

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (1) considera que entre la comunidad, o al menos entre la copropiedad, y la horizontal existen más diferencias que semejanzas, porque:

- La totalidad de la casa no pertenece a todos los condominios por cuotas ideales o sin ellas, sino que existen partes privativas y la comunidad es sólo sobre los elementos comunes.
- No hay *actio communi dividundo*. Precisamente el artículo 401, último párrafo, del Código Civil permite extinguir el condominio, creando la Propiedad Horizontal. El Tribunal Supremo también lo reconoce en sus sentencias de 9-7-51, en la que dice que es una forma de salir de la indivisión, y en la de 4-12-53, reconociendo que es dividir entre condueños pro indiviso determinada cosa.

(1) Su libro *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español*, publicado por la Editorial de Derecho Privado en el año 1973.

- La Propiedad Horizontal se extingue por conversión en copropiedad ordinaria, según el artículo 21, número 2, de la Ley de 21 de julio de 1960; luego hay que deducir que antes no lo era.

Entiende que hay una asociación sin personalidad y que las relaciones entre los propietarios son de vecindad y sus obligaciones *propter rem*.

Para este mismo autor la naturaleza de la institución es la de *propiedad especial*, basado según él en la opinión más generalizada de la doctrina, que el artículo 396 C. C. es en la actualidad una mera norma de remisión, por lo que ya no tiene que ser comunidad por estar incluido en el título que dedica a ella el Código Civil, y que lo reconoce la propia Exposición de Motivos de la Ley 49/1960, al decir: «El propio desenvolvimiento de la institución ha tendido principalmente a subrayar los perfiles que la independizan de la comunidad...» La modificación que introdujo la Ley 27-10-39, quedando la comunidad como accesoria, circunscrita a lo que se ha venido llamando elementos comunes.

Para ZANÓN MASDEU (2) es una institución autónoma e independiente, una clase especial de propiedad, que supone la existencia de relaciones entre los condueños o partícipes con las propiedades privativas y las propiedades comunes. Y entre estas dos propiedades, la doctrina ha dudado acerca de cuál tiene prioridad. También considera que no tiene personalidad la comunidad, por constituir un ente de gestión de los intereses de los partícipes.

FUENTES LOJO niega la personalidad jurídica de la comunidad, y entiende que la relación entre Administrador y Junta es de mandato.

PÉREZ PASCUAL (3), siguiendo en parte a FUENTES LOJO, clasifica las diversas teorías, haciendo una crítica específica de cada grupo:

1.º *Las que estiman la institución como un conjunto de servidumbres recíprocas y complejas* entre todos los pisos y locales, pudiendo existir también elementos comunitarios como pilares, obra gruesa; etc., entendiéndole aquel autor que son rechazables, porque la servidumbre desfigura el derecho de propiedad, mientras que en el de Propiedad Horizontal los límites del mismo lo configuran en su contenido actual.

2.º *Las de la personalidad jurídica en la copropiedad*. La defienden los autores italianos CARNELUTTI, BRANCA y DOSETTO, y en España, DONDERIS TATAY. Consideran que la Propiedad Horizontal es una forma de copropiedad a la que le atribuyen personalidad jurídica, de tal forma

(2) En su libro *La propiedad de casas por pisos*, publicado por la Ed. Ariel el año 1964.

(3) Su obra *El Derecho de Propiedad Horizontal*, editado por Marcial Pons en el año 1974.

que los propietarios del inmueble no son los de los espacios independientes, sino una persona jurídica cuyo sustrato físico lo componen aquellos propietarios de las partes privativas. La rechazan FUENTES LOJO, SALIS y BATLLE, basándose en que es la Ley la que reconoce a los individuos, y no al grupo, el goce y disfrute de la cosa. A su vez, PÉREZ PASCUAL no admite la teoría ni la argumentación contraria expuesta, porque no reconoce personalidad jurídica a la copropiedad y tampoco a la Propiedad Horizontal, y entiende que no es la Ley, sino la esencia de la institución, la que reconoce el goce de los titulares de partes privativas, con lo cual no podría dejarse de reconocer por derogación de la Ley.

3.º *Las de la sociedad.* La defienden TROPLONC y JULLIOT, entendiendo que es una sociedad la propietaria de todo el edificio y que la Junta de Propietarios debe regirse por las normas societarias. Es igualmente rechazable por localizar su atención más en el sujeto que en la relación jurídica. A lo que podría añadirse, a nuestro juicio, que en nuestro derecho no se configura en ningún momento esta institución como sociedad.

4.º *La tesis de la universalidad* tampoco es admisible, porque la esencia de la institución descansa sobre la titularidad individualizada de cada uno de los elementos privativos y la universalidad puede ser objeto de un derecho, pero no su esencia.

5.º *La teoría de la propiedad superficiaria* no es aceptable, porque la superficie supone construcción sobre suelo ajeno y en nuestra institución el solar suele ser propiedad de los titulares de espacios independientes, y excepcionalmente puede estar el edificio construido globalmente en suelo ajeno, pero esto no modifica la conceptualización.

6.º *La teoría del cuasicontrato* es rechazable por haber una relación normativa.

7.º *Son mayoritarias las tesis de la comunidad y de las propiedades separadas y distintas con una copropiedad en elementos comunes*, en forma más o menos pura, única, total o parcial. MEDRANO y RUIZ DEL ARBOL la sitúa entre la romana y germánica; ESCRIVÁ DE ROMANÍ, entre la comunidad ordinaria y la sociedad, y abundan los autores que la consideran como comunidad especial —SÁNCHEZ ROMÁN, VALVERDE, etc.— y los que entienden que hay una propiedad independiente del piso y una comunidad de elementos comunes, con mayor o menor preponderancia de una sobre la otra, dependiendo del tratadista —DE BUEN, BONET RAMÓN, CASADO PALLARÉS, etc.—, sin olvidar a los que defienden la copropiedad modalizada.

Destacan las dos concepciones fundamentales: *monista* y *dualista*.

La primera concibe una comunidad sobre todo el edificio con distribución prodiviso del uso y aprovechamiento del inmueble, basándose en la esencial unidad del inmueble y en que cada propietario tiene un derecho de propiedad único sobre todo aquél, compartido con el del resto de copropietarios, reflejándose en la atribución de la utilización exclusiva de su departamento. Tiene el atractivo de su sencillez, pero se queda corta a la hora de precisar la naturaleza del derecho de cada titular sobre su piso, que no es sólo de aprovechamiento, sino que tiene rango dominical.

La segunda yuxtapone dos titularidades: la privativa sobre el piso y la comunitaria sobre los elementos comunes, que es accesoria de aquélla. En su forma pura también parece rechazable por fraccionar la titularidad de cada copropietario en dos, cuando ambas integran un todo.

8.º PÉREZ PASCUAL, cuya opinión la damos por extenso, por estudiar puntos claros de los relacionados con este trabajo, considera que el derecho de Propiedad Horizontal se estructura en una relación directa y personal de señorío sobre un elemento privativo, pero siempre un solo derecho que en su constitución tiene en una disección longitudinal las facultades propias de todo derecho de propiedad, y en una disección transversal, la existencia de partes comunes en función y al servicio de las privativas, y la pertenencia a la organización colectiva de los propietarios. Con lo que no cabe confundir la estructura del derecho de Propiedad Horizontal con las facultades que el mismo contiene, porque éstas son las mismas existentes en todo derecho de propiedad y derivadas del contenido de una situación jurídica. Lo esencial en la Propiedad Horizontal consiste en la propiedad separada, independientemente e individualizada al máximo, sobre cada uno de los pisos y locales de un edificio, que no está limitada por nada ni por nadie, excepto por los límites específicos de la institución jurídica.

Al servicio y en subordinación de las partes privativas existen elementos llamados partes comunes, y su titular es la Junta de Propietarios, con personalidad jurídica de naturaleza asociativa, no sociedad por faltar la voluntad libre de integrarse, ya que tiene que estar forzosamente organizada por esencia de la Propiedad Horizontal. Y es que entiende este autor que no se puede explicar por la vía de la copropiedad la imposibilidad de realizar actos de disposición sobre elementos comunes esenciales —los divide en esenciales, naturales y accidentales—, aunque fueran unánimes, por ser nulos al hacer desaparecer el régimen de esta propiedad. Dicha Junta tampoco puede realizar transmisiones de partes comunes esenciales, y si son naturales o accidentales habrá de proceder al acto previo de desafectación, porque el reconocimiento de su personalidad ju-

rídica está condicionada a sus facultades, y si no las respeta o actúa fuera de ellas su actuación es inexistente para el derecho. Tales facultades son las indicadas de servicio a la parte privativa. Considera, por tanto, a la Junta como sujeto de derecho en tanto actúe dentro del campo jurídico que le es propio, y en el que se le debe de reconocer personalidad jurídica, que no es lo que el Derecho francés llama «la *petit personnalité*», porque no hay pequeña o gran personalidad en nuestro derecho para la persona jurídica, sino sólo la personalidad que le corresponde a la finalidad legítima que cumple, en cuyo campo jurídico delimitado es reconocida esta vestidura jurídica. Considera que la tiene para exigir al copropietario la actuación adecuada en los elementos privativos y la utilización o uso de los comunes, así como su aportación económica, la cesación del régimen de Propiedad Horizontal, establecer relaciones con terceros para responsabilidades civiles contractuales o extracontractuales, y ejercitar acciones penales contra copropietarios o terceros. Pero no supone que desaparezca la consideración individual de los propietarios, ya que son otros sujetos de derecho al lado de la Junta que están legitimados para ejercitar acciones procesales.

Entiende por persona jurídica un expediente jurídico, una expresión jurídica, una vestidura jurídica de una situación sociológica real que el derecho crea para el servicio del hombre, ayudándole para cumplir finalidades que faciliten su convivir social. Su esencia es un fin legítimo e implica su organización y publicidad, un patrimonio, responsabilidades, etc.

Rechaza las construcciones que configuran la institución como una sociedad, única propietaria del inmueble, y el disfrute de las partes privativas por contratos de arrendamiento u otras fórmulas —que es una de las figuras empresariales que después estudiaremos—, porque la esencia de la figura está en la división del edificio en pisos y locales, con titularidad sobre los mismos, separadas. Y la parte privativa es tan real y corporal como pueda ser el edificio mismo, porque tampoco a éste se le pueden ver y tocar los cimientos, por ejemplo, y, sin embargo, se le considera objeto corpóreo, y es que hay que hacer un proceso de abstracción paralelo al de las partes privativas de la Propiedad Horizontal. Afortunadamente, dice, el hombre cada vez mira más con los ojos de la mente que con los del cuerpo, y el derecho ha pasado de la época de los formulismos y de las percepciones sensoriales.

B) CRÍTICA Y CONCLUSIONES

Para llegar a conclusiones claras en el tema expuesto de la posibilidad de organizar empresarialmente la Propiedad Horizontal es decisiva la determinación de la verdadera naturaleza de aquélla, y fundamentalmente

si tiene o no personalidad jurídica la comunidad, o al menos la Junta, ya que si la tiene por su estructura institucional no habrá unas diferencias tan abismales con las formas empresariales; pero en otro caso la inadmisión es total.

Las teorías que tratan de explicar este fenómeno por la vía del encaillamiento en las servidumbres, sociedad, propiedad superficiaria, universalidad o cuasicontrato, por exceso o por defecto, escapan de la verdadera concepción de la Propiedad Horizontal. Tampoco creemos que se trate de una propiedad especial, porque nuestro Código sólo denomina tales, siguiendo a la Base 10, a las que su objeto tiene un interés social o público, como las aguas, minas u obras del intelecto.

Para explicar la naturaleza, nada mejor que acudir a los términos exactos de la Ley: básicamente es un derecho de propiedad sobre un espacio delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente dentro de un edificio, que lleva inherente una cuota de copropiedad sobre los demás elementos de aquél. Nos queda por determinar qué clase de propiedad es aquélla, la función de la inherencia de la cuota sobre la copropiedad y la verdadera naturaleza de ésta.

La propiedad privativa recae sobre ese espacio delimitado, de aprovechamiento exclusivo por un solo titular, y los anejos, también de aprovechamiento exclusivo, aunque a veces sean espacios señalados en comunidad pro diviso de otros elementos sobre los que podría recaer una titularidad privativa —como, por ejemplo, local de garaje—, constituyendo una propiedad totalmente normal, a nuestro juicio, y en función de la cual se desarrolla todo lo denominado como Propiedad Horizontal.

La vital dependencia de unos elementos arquitectónicos, que llamamos comunes, para su existencia y aprovechamiento, por integrarse en un edificio, y esa proyección en altura que no atribuye en exclusiva parte de la corteza terrestre, ha dado lugar a lucubraciones de los más variados tipos para tratar de explicar el fenómeno, cuando lo correcto creemos que es comenzar por analizar el concepto de propiedad y cuál puede ser su objeto.

Hay tres conceptos que se han venido manejando aparentemente como equivalentes, pero que la doctrina los ha intentado distinguir: *propiedad* es una relación meramente económica que se habrá de regular jurídicamente. Consecuentemente, *derecho de propiedad* será aquel derecho subjetivo que permite aprovechar, en la medida señalada por el derecho objetivo, la relación económica entre el titular y sus bienes; en esta misma línea, nuestro Código Civil, en su artículo 348, lo define como «el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes». Y, por último, *el dominio*, se le considera

como el derecho real que atribuye a su titular el poder o señorío más amplio posible sobre una cosa corporal.

Observemos que el legislador utiliza el término propiedad en el fenómeno que estudiamos, pero referido naturalmente al derecho de propiedad, lo que supone el derecho subjetivo de gozar y disponer del elemento privativo, en la medida y con los límites establecidos por la Ley especial y sus disposiciones complementarias —inherencia de cuota copropietaria, régimen especial de administración, etc.— y concordantes.

Independientemente de que desde el punto de vista jurídico es totalmente normal, PÉREZ PASCUAL nos decía que se mira cada vez más con los ojos de la mente que con los ojos del cuerpo, y el derecho ha pasado de la época de los formulismos y de las percepciones sensoriales. Pero es que creemos que la privativa es una auténtica propiedad, lo miremos con los ojos que lo miremos, porque observemos que no existe ninguna propiedad en estado totalmente puro y aislado; todas ellas necesitan de unos apoyos que son imprescindibles para ejercitar esa relación económica que supone su aprovechamiento, o tienen unas limitaciones que permiten ese mismo aprovechamiento a otras, o favorecen a la sociedad genéricamente.

Los apoyos pueden venirle desde el campo del derecho público, cuando se estima por la sociedad que es conveniente la prestación de un servicio a nivel general y la propiedad lo recibe directamente —parcela que da frente a calle o carretera, proximidad de conducción de agua o alcantarillado que permite el enganche directo, etc.— sin necesidad de paso por sitio no público, o, desde el derecho privado, si no adquiere ese nivel de generalización —camino a través de otra finca, paso de agua por otro predio, etc.— que se encauza por la figura de la servidumbre, generalmente cuando existe una propiedad preponderante del fundo sirviente sobre la carga impuesta, o de la comunidad cuando sirve a varios y no tiene más utilidad que la de ese apoyo, por lo que desaparece el propietario ajeno. Los casos típicos de esta figura ya se conocían mucho antes de la Propiedad Horizontal, como el paso comunitario desde vía pública o la comunidad de regantes, y aunque el privar a una finca del riego que se le proporcionaba a través de la atribución de participación de agua no provocaba físicamente su desaparición, como ocurriría con el piso si se le priva de los elementos comunes, sin embargo económicamente sí le hacía depreciarse grandemente, y ya hemos visto que la propiedad es una relación, sobre todo, económica, pero a nadie se le ocurriría decir que la propiedad de la finca es especial por esta dependencia, o trataría de explicarla por otro expediente jurídico que no sea el lógico de la simple propiedad. También es cierto que han existido entes con personalidad jurídica que fueron los titulares directos de todos aquellos ele-

mentos de uso y aprovechamiento común en beneficio exclusivo de sus asociados, como las Hermandades de Labradores y Ganaderos de las distintas localidades, que eran las propietarias de los espacios empedrados denominados «eras, caminos agrícolas, acequias, etc.», y que asumía la representación y defensa colectiva de los integrantes, que tenían que ser necesariamente labradores o ganaderos.

La Propiedad Horizontal en su desarrollo legislativo, según hemos visto, se orientó inicialmente por la vía de la servidumbre, pero observando el legislador lo inadecuado del expediente jurídico escogido recurrió a la comunidad, y en la actualidad queda claro que la base fundamental es la propiedad separada e independiente del piso o local —lo prueba la posibilidad de atribuirle incluso antes de haber concluido el edificio por constitución de propiedad horizontal *ab initio*, a la que da base la Exposición de Motivos de la Ley especial y el número 4 del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, e incluso la propia redacción del artículo 396 del C. C.—, que nuestra actual regulación lo individualiza al máximo, pasando a un segundo plano lo que antes era principal: la comunidad. Y siguiendo en esta misma línea, cabría preguntarse si también aquí podría admitirse la existencia de entidades con personalidad independiente, cuestión que es el objeto principal de estas páginas y que estudiaremos posteriormente.

La inherencia de la cuota copropietaria a lo privativo constituye una auténtica novedad legal, aunque no doctrinal. Realmente, la Ley refrenda la práctica jurídica de unión inseparable de dos titularidades, que generalmente eran también una plena y otra compartida, en cuya unión estaban interesados tanto el titular como los terceros que tenían con él una relación de vecindad de cualquier tipo, para evitar que fuera esa participación a manos de un no interesado que hiciera un uso inadecuado de ella, utilizándose la figura de los derechos subjetivamente reales, suponiendo que el titular de la participación se determinaría necesariamente por la titularidad de la propiedad principal.

Por último, *la naturaleza de la copropiedad*. La Ley utiliza indistintamente los términos copropiedad y comunidad, aunque con mayor profusión aquél, pero creemos que es indiferente desde nuestro punto de vista, y que en definitiva sigue la misma línea terminológica del Código Civil, ya que el título lo denomina comunidad de bienes y, sin embargo, utiliza en su articulado los de copropietarios, condueños, partícipes, etc. Ciertamente, a nuestro juicio, consideramos que los elementos comunes en la Propiedad Horizontal están atribuidos en copropiedad, pero que la completa regulación legal que le dedica nuestro Ordenamiento le hace merecer el calificativo de comunidad cuando menos, ya que parece que ésta tiene más sentido de ropaje corporativo que aquélla. Precisamente su

regulación, que establece órganos institucionales, como el Presidente —que representa a la comunidad en juicio y fuera de él y no a todos y cada uno de los comuneros aisladamente —o la Junta, órgano supremo y soberano al que la Ley permite tomar acuerdos de forma distinta a la de la comunidad propiamente dicha, como señala el artículo 16— ha llevado a algunos autores a considerar la posibilidad de la configuración de la institución, o al menos de la Junta, con personalidad jurídica independiente. Pero no se puede mantener esta posición si, como acertadamente han puesto de manifiesto las sentencias del Tribunal Supremo de 28-5-66, 23-4-70 y 31-5-71, cualquiera de los copropietarios puede ejercitar toda clase de acciones, tanto sobre lo privativo como lo común, sin contar con el Presidente ni con la Junta, o aun en contra de ellos, y esta inmediatez sobre los bienes desaparece cuando se interpone la persona jurídica.

En realidad, sólo existe una comunidad en la Propiedad Horizontal, pero con unas características muy propias, que vienen impuestas por necesidades sociales. En nuestro Derecho, tradicionalmente, sólo se distinguían la comunidad y los entes con personalidad jurídica, sin figuras intermedias. Aquélla, la comunidad, se consideraba como situación transitoria por antieconómica y conflictiva, lo que provocaba que no fuera nada constructiva, sino todo lo contrario, en liquidación, mientras que las personas jurídicas gozaban de todos los plácemes. Pero la evolución económico-social nos va demostrando que la satisfacción de determinadas necesidades aconseja la unión de sujetos más o menos intensas y extensas en el tiempo, que no quieren ni deben, jurídicamente hablando, quedar ocultos detrás de una persona jurídica, sino que, por el contrario, quieren y deben conservar su individualidad. Todo ello hace que el trayecto entre comunidad y persona jurídica —sea el tipo que sea— se jalone con situaciones intermedias, con más o menos tinte de personalidad jurídica, como las comunidades de regantes, las comunidades para construir la propia vivienda y la propiedad horizontal, o bien más cercana a la otra linde de la personalidad, como la cooperativa, que, aunque persona jurídica, sin embargo, tiene algunas características propias de las individualidades que la forman. Y sin olvidar que las comunidades pueden ser también de simple goce, o dinámicas, según se limiten sólo al mantenimiento y disfrute o desarrollen actividad constructiva.

Estamos convencidos de que la Propiedad Horizontal es comunidad de goce y que está en ese camino que lleva a la persona jurídica, pero sin llegar a obtenerla. Como proliferaron ampliamente por la necesidad de vivienda y la crisis del arrendamiento provocada por su excesivo proteccionismo, y al Estado le interesaba favorecer aún más esa corriente social, es por lo que se fueron modificando las disposiciones que la regu-

laban, llegando a la actual, que es la que se ha considerado más favorable, aunque fueren algunos principios de la comunidad, que no son ni mucho menos principios fundamentales en nuestro derecho, y que posiblemente se hubiera podido disciplinar igualmente por la vía del pacto, que abiertamente autoriza el artículo 392 del C. C. Otra consecuencia de lo anterior es el efecto de nacimiento automático y por imperio de la Ley de la comunidad, desde el momento que existe más de un propietario de piso o local dentro del edificio, que tan claramente ha puesto de manifiesto la Jurisprudencia que se analizó.

Reiteramos la inexistencia de personalidad jurídica, tanto de toda la institución como de la Junta, y esa representación institucional por el Presidente creemos que, además de todo lo anterior, sólo responde a un principio de economía procesal, cuando es en la esfera judicial, porque es lógico que para el ejercicio de una acción que le es común a todos los copropietarios no se van a reproducir las representaciones con los gastos y trastornos que conlleva o exigir la legitimación pasiva de todos y cada uno de aquellos en las acciones ejercitadas frente a la comunidad, y en la esfera extrajudicial responde a la necesidad de una representación y dirección única y conjunta, con contenido y extensión legal, pero esto es común en la mayor parte de las comunidades que se les dota de una reglamentación. Recordemos la sentencia de 5-6-79, estableciendo claramente que esta representación está a mitad de camino entre la orgánica y la voluntaria, y que no le faculta al Presidente para actuar prescindiendo del acuerdo de la Junta.

La Junta tampoco tiene personalidad jurídica, porque nada nos lo indica en la Ley, y esa exigencia de unanimidad para determinados actos mal se aviene con la persona jurídica; por el contrario, es indicativo claro de comunidad. Lo que ocurre es que se permite llegar a esa unanimidad por un procedimiento de silencio afirmativo, lo que constituye también una novedad en nuestro derecho a nivel legal, pero que creemos que podría regularse de esta forma por vía de pacto en cualquier clase de comunidades.

No nos resistimos a hacer un juicio crítico a la Ley 49/1960. Nuestra opinión es francamente favorable, porque tiene la flexibilidad suficiente para adaptarse a todas las situaciones empíricas, desde pequeños edificios hasta grandes urbanizaciones, desde comunidades modestísimas con mínimos servicios hasta las que cuentan con los más sofisticados, y con la fuerza expansiva, la copropiedad, que le permite acoger en ella todo lo que no es objeto de propiedad separada por estar suficientemente delimitada y ser susceptible de aprovechamiento independiente. Su regulación establece, abstracta y generalizadamente, como es lógico, todas las reglas necesarias para disciplinar las relaciones con las garantías suficientes. Me-

recen destacarse algunos aspectos por su novedad —aparte de lo de la inherencia de la cuota copropietaria a la propiedad individualizada, la representación del Presidente, ambos antes comentados, o la constitución *ab initio* del régimen horizontal, adjudicando los pisos y locales a los respectivos titulares antes de la construcción del edificio—, como los siguientes:

- La prohibición de división de las partes comunes, así como del tanteo y retracto, frente a las acciones genéricas de extinción de la proindivisión y del derecho preferente de adquisición que reconoce a todo comunero el Código Civil.
- La posibilidad de constituir comunidades de intento indivisibles, en base al artículo 4.º, sobre piso o local que en principio es esencialmente divisible.
- El nacimiento *ex lege* e imperativo, por el solo hecho de que se dé la circunstancia fáctica necesaria, y aunque no exista el título constitutivo que señala el artículo 5.º

Todo lo anterior nos lleva a una conclusión clara: es una comunidad de goce, intermedia entre la comunidad propiamente dicha y la persona jurídica, que por estas características especiales se ha venido conceptuando como *sui generis*, porque si es cierto que tiene unos aspectos que la diferencian de la ordinaria, como lo prueba el artículo 21, al decir que se extingue por la conversión en copropiedad ordinaria, pero que no se le puede atribuir personalidad jurídica.

V. INTENTOS DE ORGANIZACION EMPRESARIAL

La insuficiencia de regulación legal, antes de la Ley de 21 de julio de 1960, unido a su proliferación en la vida económica, provocó que se tratara de encajar el fenómeno en figuras tipificadas por tener esa regulación adecuada, como, por ejemplo, las sociedades, aunque, naturalmente, forzando extremadamente sus principios. Publicada la Ley del 60, desaparece aquella causa, pero existen dos nuevos motivos de persistencia:

- El fiscal, tratando de ocultar la propiedad detrás de ese velo que es la entidad con personalidad jurídica, e incluso evitar los impuestos por arrendamiento o renta estimada, si se usa el piso o local, simulando un pago mínimo de renta arrendaticia a esa entidad que a su vez justifica gastos superiores

—curiosamente, las disposiciones reguladoras de la renta fiscal de sociedades son mucho más generosas que las de personas físicas—, y aprovechar el mejor trato de valoración que se le da por el Fisco a los títulos, que a la propiedad inmueble.

- El urbanístico. Al prohibir algunas Ordenanzas municipales que determinados edificios de tipo residencial, con piscina, jardines, etc., y pocas alturas, en zonas urbanas privilegiadas, lo que provocaba una gran demanda, se dividieran horizontalmente por exigir que toda la casa perteneciera a una sola persona, se acudió a la solución de constituir una personalidad jurídica única e independiente, que era la propietaria del conjunto, y la titularidad de esa entidad era la que se distribuía entre los realmente copropietarios del inmueble.

A) SOCIEDADES

Las fórmulas más usuales en esta práctica han sido las sociedades, y concretamente la anónima, aunque tampoco han faltado algunos casos de otro tipo societario.

En general, podría oponerse la inexistencia de *affectio societatis*, porque no habrá nada tan contrapuesto a ella como unas relaciones de vecindad, ni el deseo de aleatoriedad en el resultado, ya que cada socio sólo persigue algo muy concreto, el goce o renta de su piso. Por otra parte, y también en forma genérica, hay que destacar la existencia de un auténtico fraude legal, porque si, como hemos visto, el régimen de Propiedad Horizontal surge con el marco de sus disposiciones especiales por mandato imperativo de la Ley cuando se dan las circunstancias específicas idóneas, naturalmente que con aquella vestidura que intentamos ponerle impedimos la aplicación de sus propias normas para someterlas a otras que no lo son, además de que al no tener personalidad jurídica la Propiedad Horizontal, se la estamos atribuyendo en contra de lo dispuesto por el Legislador, al darle aquella forma.

Particularizando en los diversos tipos de sociedades, los obstáculos de mayor bulto son, a nuestro juicio, los siguientes. En las civiles, la responsabilidad personal e ilimitada de los socios, según se deduce de los artículos 1.689 y 1.691, en relación con el artículo 1.911, todos del Código Civil, puede ser particularmente grave, como en el supuesto de los daños por ruina del edificio del artículo 1.907 del mismo Código. Tampoco se avienen las causas específicas de disolución de estas sociedades con el fin perseguido, como la interdicción civil, la insolvencia o la muerte

de un socio, aunque haya pacto de continuación con el heredero, que pueden dar lugar a la renuncia de otro socio. Por otra parte, el ocultismo total de los socios, que es realmente lo que se trata de obtener por las razones indicadas, tampoco se consigue, y si adopta cualquiera de las formas mercantiles usuales —anónima o responsabilidad limitada— se convierte en mercantil por disposición del artículo 3.º de las respectivas leyes especiales que regulan estas últimas.

En las compañías mercantiles la contradicción es aún más evidente, por el carácter dinámico de todas ellas, que se deriva del Código de Comercio y de las leyes específicas de cada tipo, y el ánimo de lucro, que es más intenso que en la civil.

Las sociedades colectivas tienen el mismo obstáculo para este fin que las civiles: la responsabilidad personal e ilimitada de los socios.

En las comanditarias se plantea la misma cuestión, porque aunque la responsabilidad de los comanditarios es limitada, sin embargo, en los colectivos, como acabamos de ver, la responsabilidad es ilimitada, y necesariamente alguno tendría que ser colectivo, con lo cual existirían posiciones distintas y no sería fácil que ninguno aceptara la más desfavorable.

Las de responsabilidad limitada tendrían el inconveniente de una mayor publicidad frente al ocultismo que se pretende con este cubrimiento empresarial, ya que la titularidad de las participaciones han de constar en escritura pública inscrita en el Registro Mercantil, mientras que en la anónima consta habitualmente sólo en póliza de fedatario mercantil sin reflejo en ningún Registro público. Por otra parte, el derecho de preferente adquisición que establece la Ley para el supuesto de transmisión de participaciones sociales posiblemente no se concilie con el deseo de los copartícipes.

Entre todos los tipos de compañías mercantiles, las que sin lugar a dudas más se han utilizado para este fin han sido las *anónimas*, por sus especiales características. El medio de llegar a ellas puede ser o bien por constitución de los autopromotores de sus propios pisos y locales (componentes de la denominada genéricamente comunidad para construir), y que una vez terminado el edificio continúan con igual vestidura jurídica para el uso o goce de aquéllos, o por constitución directa sólo para este último fin, una vez concluida la construcción. Internamente se organizan asignando a un número determinado y especificado de acciones el disfrute exclusivo de un piso o local, por medio de un arrendamiento preferente de baja renta, existiendo además un pacto, que puede estar contenido en la propia escritura fundacional o en un acuerdo unánime de Junta general, adjudicando a las mismas acciones idéntico piso o local como cuota de liquidación para el caso de disolución de la sociedad, y

que como tal acuerdo anticipado de liquidación podría tener su base legal en los artículos 39 y 162 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Abundando en lo ya indicado de la burla o fraude de Ley que genéricamente se produce por la adopción de formas empresariales para la Propiedad Horizontal en casi todos los supuestos, en el caso particular de la sociedad anónima es donde más fácilmente se pueden contravenir normas imperativas dictadas en función de determinados intereses dignos de protección, por razón del distinto tratamiento que se le da al tráfico mercantil del civil a causa de su celeridad, con liberalización de fórmulas y trámites en aquél. Así, por ejemplo, y sin ánimo de agotar los supuestos, el artículo 1.320 del C. C., relativo al régimen económico-matrimonial, y después de la reforma de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, requiere el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual, aunque pertenezcan a uno solo de ellos, y si la vivienda es ganancial, naturalmente que también se exige el consentimiento de ambos para actos de disposición, de acuerdo con el artículo 1.375 del mismo Código; pero si adopta la forma de sociedad anónima resulta que uno solo, aquel a cuyo nombre figuren, o en cuyo poder se encuentren las acciones, podrá disponer válidamente de ellas, según el artículo 1.384, también del mismo Código, con lo cual se consigue la inaplicación de las normas propias.

Consecuencias negativas para los propios accionistas-comuneros, necesariamente se tienen que producir, por el desajuste que provoca la imposición de una vestidura jurídica a una institución que no le es propia. A los Administradores tendrán que limitárseles sus facultades fundamentalmente para que no puedan realizar actos de disposición; en el supuesto de que tuviera que realizarse algún gasto extraordinario para reparación del edificio sólo podría acudir a la ampliación de capital, y si el socio comunero no suscribe las nuevas acciones que le corresponden nos encontramos con la situación curiosa de que, si las adquiere un tercero, no tendrían cuota de liquidación por haberla absorbido ya las antiguas acciones.

Como conclusión general podemos sentar que los intentos por las fórmulas expuestas han sido aisladas y con poca aceptación general, posiblemente por el arraigo que tiene entre los adquirentes de las viviendas la acreditación de su propiedad por medio de la escritura pública. Actualmente, sin embargo, existen dos figuras legales, con las que podríamos pensar en esa organización empresarial, aunque sólo sea en la limitada medida de la supercomunidad de urbanización, nunca en la forma pura de Propiedad Horizontal de edificio aislado, y éstas son las que vamos a estudiar a continuación: cooperativas y entidades urbanísticas colaboradoras de conservación.

B) COOPERATIVAS

La definición más acertada de estas entidades es la que dan sus mismas Ley de 19-12-74 y Reglamento de 16-11-78, reguladores, en los artículos 1.º, como sociedad que sometiéndose a dichas disposiciones y principios realiza *en régimen de empresa en común* cualquier actividad económico-social lícita para la mutua y equitativa ayuda entre sus miembros y al servicio de éstos y de la comunidad.

En la actualidad se encuentra pendiente de estudio por las Cortes Generales un proyecto de nueva Ley, que fue publicado en el Boletín Oficial de aquéllas del 24 de junio de 1980.

Tienen plena personalidad jurídica y están sujetas a una inspección cooperativa sólo en lo referente a esta legislación específica. Los cooperativistas, en número mínimo de siete, tienen que ser personas naturales que ninguna de ellas tendrá la titularidad de más de un tercio del capital social, constituyéndose en escritura pública, a la que se incorporan los estatutos previamente aprobados por el Ministerio de Trabajo, inscribiéndose en el Registro General de Cooperativas, con toma de razón en el Registro Mercantil en determinados supuestos.

El tipo que aquí más nos interesa es el de viviendas, cuyo objeto específico es el de procurar naturalmente vivienda, con sus edificaciones y obras complementarias, exclusivamente a los socios y familiares, aceptándose incluso la aportación directa y personal de su trabajo. Pero, además, el Reglamento de Cooperación permite incluir entre sus fines la conservación y administración de las viviendas, elementos, zonas o edificaciones comunes y la creación y suministro de servicios complementarios, y en el párrafo segundo del artículo 103 llega a decir textualmente: «también podrán efectuar actividades que sean antecedentes o consecuentes de los fines anteriores». Por otra parte, la adjudicación de las viviendas puede hacerse en cesión del mero uso y disfrute por cualquier titular o en plena propiedad, aunque en este supuesto durante cinco años —u otro plazo mayor estatutario— desde la concesión de la cédula de habitabilidad queda sujeta a un derecho de tanteo a favor de los demás socios, incluso expectantes, en el supuesto de transmisión *inter vivos*.

Todo lo anterior nos lleva a varios interrogantes:

1.º Si los edificios que se adjudican sólo en uso o disfrute pueden regirse por las normas de Propiedad Horizontal, a pesar de faltar el presupuesto básico de existencia de diversos propietarios de espacios delimitados y susceptibles de aprovechamiento independiente.

2.º Si el edificio cuyos pisos y locales se construyen y adjudiquen en propiedad a los cooperativistas podrá regirse, en su relación de copropie-

dad, por las normas cooperativistas en vez de las de Propiedad Horizontal.

3.º Si se podría constituir una cooperativa que tuviera como único fin el administrar y conservar las viviendas que ya están construidas, o los elementos, zonas y edificios comunes ya existentes, excluyendo, por tanto, la aplicación de la Ley de Propiedad Horizontal.

Con relación a la primera, y por la amplitud con que las disposiciones referenciadas antes permiten constituir la relación jurídica que atribuya el uso y disfrute —«cualquier título admitido en derecho»—, sin existir ninguna limitación en el tiempo, nos hace pensar en una enorme gama de derechos y situaciones jurídicas que impiden poder dar una respuesta genérica, obligando a un casuístico análisis. Así, por ejemplo, si la relación es arrendaticia pura, y sometida a su legislación especial, por el carácter imperativo de ella, no podría ni siquiera pensarse en modificarla a través de la aplicación de otras normas por pacto, fundamentalmente en lo que no tiene carácter permisivo. como la renta hasta cierta cuantía, que podía alterarse fuera de los casos permitidos por la Ley si el inquilino-cooperativista debe de pagar los gastos de mantenimiento del edificio en un determinado porcentaje como el copropietario, o en general, cuando se desvirtúa la relación directa arrendador-arrendatario. Ahora bien, si la cesión del uso y disfrute es gratuita, con la única obligación del pago de los gastos de mantenimiento del edificio, aquí sí que podría tener encaje perfecto, porque sería la aplicación idónea del derecho de habitación que regula el Código Civil en los artículos 523 y siguientes, cuando existe edificio en régimen de Propiedad Horizontal.

Incluso fuera del campo cooperativo sería aplicable, como en el supuesto de que copropietarios ordinarios que lo sean de la totalidad del edificio hagan adjudicaciones entre ellos sólo de uso y disfrute, no de propiedad individualizada, y a efectos de determinación de los gastos de mantenimiento y relaciones entre los copropietarios y con terceros pacten la regulación de la Ley de Propiedad Horizontal, en base al artículo 392, 2, y la libertad de pacto del 1.255, ambos del Código Civil.

En cuanto al segundo interrogante planteado, hay que distinguir inicialmente entre edificio y urbanización o zona común unida a un núcleo de edificios, que por la enorme flexibilidad y espíritu expansivo de la Ley 49/1960 puede serle aplicada.

Con relación al edificio en sí mismo considerado, recordemos lo que dice el artículo 103 del Reglamento de Cooperación, referenciado a las cooperativas de viviendas: «Podrán incluir en sus fines la *conservación* y *administración* de las viviendas...» De sus términos estrictos parece deducirse la posibilidad de que las cooperativas opten por la Legislación

de Propiedad Horizontal o por la de Cooperación, en cuanto a las relaciones entre los interesados y con terceros, con olvido total de aquélla, porque lo que no parece lógico, ni siquiera en principio, es que rigieran conjuntamente las disposiciones de ambas, y volvemos a reiterar que nos referimos en esta primera parte al edificio estricto sin urbanización o zona común. A nuestro juicio, no existe esta opción para los cooperativistas, ya que la única Ley aplicable es la de Propiedad Horizontal, porque la figura de la Propiedad Horizontal está regida por una disposición de rango de Ley, y reiteradamente, según vimos, nuestro Tribunal Supremo ha declarado que el nacimiento de esta copropiedad es legal e imperativo, y se produce por el simple hecho de la existencia de varios propietarios en único edificio. La Ley de Cooperación, que es la del mismo rango de la anterior, sólo reconoce la existencia de las cooperativas de viviendas, pero no plantea en su articulado el conflicto de concurrencia; es el Reglamento el que parece permitir que esas situaciones queden bajo su tutela jurídica. Naturalmente que el mayor rango normativo de la Ley 49/1960 sobre este Reglamento —que incluso se excede de los principios de su Ley— no plantea ninguna duda sobre aplicación ni conflicto de disposiciones, dándole claramente preponderancia a aquélla, en primer lugar, por la propia lógica del derecho, y además porque, como pone de manifiesto GARCÍA AMIGO (4), la potestad reglamentaria de la Administración —cuyo ejercicio se traduce en las leyes materiales: Reglamentos, Decretos, Ordenes, etc.— debe respetar las Leyes en un doble sentido: sea en su forma de actuación —legalidad formal—, sea en el contenido de las normas que en su actuación cree —legalidad sustantiva—. Al respecto, dispone la vigente Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 que aquélla «no puede dictar normas contrarias a las leyes ni regular, salvo autorización expresa de una Ley, aquellas materias que sean de competencia exclusiva de las Cortes» (art. 27); añadiendo el artículo 23, 1, que «ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de grado superior»: cuando aquello o esto sucediere «serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas» (art. 28), pudiendo ser impugnadas por la vía contencioso-administrativa (art. 39). Nuestro Código Civil confirma los mismos principios en su artículo 1.º, número 2, al decir: «Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.» También el Tribunal Supremo se pronuncia en idéntico sentido en su sentencia de 19 de mayo de 1979.

No creemos que tampoco pueda plantearse la aplicación parcial de ambas disposiciones, como ya adelantábamos —administración y conservación por la legislación cooperativa y el resto por la de Propiedad Hori-

(4) MANUEL GARCÍA AMIGO: *Instituciones de Derecho Civil*, 1.ª Parte General, Editorial Revista de Derecho Privado, pág. 83.

zontal—, al carecer de sentido jurídico, además de que lo impedirían las mismas razones antes expuestas del nacimiento legal de la Propiedad Horizontal y en toda su extensión por el solo hecho de la existencia de dos o más propietarios en el mismo edificio, ya que el título constitutivo—como ha dicho el Tribunal Supremo en las sentencias anteriormente reseñadas— sólo acopla y regula los derechos y obligaciones que la Ley otorga o impone a los copropietarios, y ese rango normativo tiene que ser total, no parcial, y mucho menos cuando en la Ley propia no existen lagunas de regulación en el aspecto de administración y conservación.

En la segunda vertiente, la de urbanizaciones, zonas o edificios comunes e incluso servicios complementarios, el sentido debe ser ampliamente permisivo. Al principio de este trabajo se ponía de manifiesto la evolución de la vivienda y cómo a través de ella han ido surgiendo una serie de complementos que afectan normalmente a más de un edificio—instalaciones deportivas, recreativas, comerciales, de hostelería, unidas a accesos y jardinería comunes—, cuyo mantenimiento y uso y disfrute se trataban de regular, intentando encasillarlas en la asociación, sociedad civil y hasta mercantil, comunidad ordinaria con pactos especiales, etc. Por la gran flexibilidad de las disposiciones dictadas con carácter abierto por el legislador en la Ley 49/1960 se han ido acogiendo en su espíritu todas las situaciones de horizontalidad o derivadas de ellas, aunque con carácter de accesoriedad de la vivienda, extendiéndole por pacto la aplicación de esta Ley, evitando la existencia de una nueva entidad interrelacionada en la Propiedad Horizontal, lo que hizo que la situación fuere regulada en el mayor número de casos por esta vía, constituyéndose la comunidad extensiva por el promotor y adhiriéndose los adquirentes en su propia escritura de compraventa de vivienda. La Dirección General de los Registros y del Notariado confirmó esta posibilidad extensiva de la Ley comentada, en su importante Resolución de 29 de mayo de 1980, en la que aceptó la denominada Propiedad Horizontal tumbada. Pero bien entendido que dicha Ley pierde su carácter imperativo excluyente en este campo, y sólo es aplicable por pacto como se deriva fácilmente de su articulado e interpretación del Tribunal Supremo, pudiendo, por tanto, ser perfectamente regulable la situación por la reglamentación de otra institución jurídica. Y precisamente una de ellas puede ser la cooperativa de viviendas, en los términos amplios que la concibe el artículo 103 del Reglamento de Cooperación, aunque también tendrán que ser de aplicación las limitaciones impuestas por las normas cooperativas, como la territorial máxima de la provincia, o las personales de no poder pertenecer nadie a dos simultáneamente en la misma localidad, y de ser el número de socios como mínimo siete, todos personas naturales y ninguno a título de empresario, capitalista, contratista ni otro análogo; y el número 2 del indi-

cado artículo 103 parece imponer una limitación específica para este tipo de cooperativas que construyen sus viviendas y administran y conservan las zonas comunes y servicios complementarios, al decir que: «La existencia de locales de negocio, obras de urbanización o equipamiento y servicios complementarios, dentro de los límites autorizados por las Ordenanzas técnicas y demás normas de aplicación, según la calificación jurídico-social de las viviendas, no obstará a la consideración de la cooperativa como tal.» Hay que deducir que el exceso de urbanización y servicios complementarios sobre el que corresponda a la conceptualización jurídico-social de las viviendas dará lugar a la descalificación de la cooperativa. Las Ordenanzas técnicas entendemos que son las urbanísticas, y las normas jurídico-sociales, aparte de la Ley del Suelo, que encaja también en las anteriores, serán específicamente las que regulan las viviendas de Protección Oficial.

En definitiva, la legislación de Cooperación regularía la promoción, construcción y adjudicación de las viviendas, así como las relaciones antes de dicha adjudicación en plena propiedad en el uso y aprovechamiento de los pisos y locales, y el mantenimiento, conservación, administración y disciplina en general interna y representación frente a terceros de las zonas comunes e instalaciones generales, entrando a regir la Ley de Propiedad Horizontal sólo en los edificios aislados y desde que se adjudican en plena propiedad las viviendas. Hay que estimar positiva esta posibilidad legal de regulación por cooperativa de las urbanizaciones y sus servicios, fundamentalmente en el caso de grandes zonas y muchos servicios que afecten a diversos edificios —recogida de basuras, calefacción, transporte común, mantenimiento de calles o accesos y su iluminación, guarda y servicios de seguridad, etc.—, porque el carácter empresarial que reconoce la propia Ley a estas entidades permite satisfacer todas aquellas con una regulación mucho más adecuada, que encauza y disciplina las relaciones entre los interesados y con la entidad, evitando gran parte de los litigios.

Por último, en cuanto al tercer interrogante, no encontramos obstáculos legales para una contestación positiva, siempre que se circunscriba la cooperativa al campo que acabamos de indicar. El mismo artículo 103 del Reglamento de Cooperación, en su número 1, párrafo segundo, parece corroborar este mismo criterio al decir: «También podrán efectuar actividades que sean antecedentes o consecuentes de los fines anteriores.» Y esos fines anteriores son los del primer párrafo del mismo número, que ya hemos visto, relativos a la construcción, promoción y adjudicación de viviendas y a su conservación y administración, junto con las zonas de urbanización y servicios complementarios. Si acudimos a la conceptualización legal, tampoco existe obstáculo, porque recordemos que sólo exige que en régimen de empresa en común se realice cualquier actividad eco-

nómico-social lícita para la mutua y equitativa ayuda entre sus miembros y al servicio de éstos y de la comunidad; el requisito de empresa en común queda cumplido desde que se constituye la cooperativa; la actividad a desarrollar es totalmente lícita, social y económica, al proporcionar a sus miembros unos servicios por el más bajo coste posible, lo que a su vez supone una mutua y equitativa ayuda entre ellos y mediatamente sirve a la comunidad proporcionando ese cauce legal que veíamos para regular las relaciones, con unas disposiciones más completas, que evitaran la multiplicación de los procedimientos judiciales. Naturalmente que le afectarán todas las limitaciones indicadas en los párrafos precedentes derivadas de la legislación de Cooperación, y volvemos a reiterar que sólo será aplicable para urbanizaciones, zonas y servicios comunes de edificios, nunca a las relaciones internas dentro de cada casa individualizada, donde sólo rige la Ley de Propiedad Horizontal.

C) ENTIDADES URBANÍSTICAS COLABORADORAS DE LA ADMINISTRACIÓN

Dentro de ese campo extensivo de las urbanizaciones, zonas o servicios comunes coexisten en su regulación con la Propiedad Horizontal tumbada y las cooperativas las denominadas entidades urbanísticas colaboradoras de la Administración, en su modalidad específica de conservación.

La Ley del Suelo prevé en su artículo 114 la constitución de estas entidades genéricas para el desarrollo de la planificación. El Reglamento de Gestión Urbanística para aplicación de la Ley anterior, aprobado por Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, dedica la sección 6.ª, capítulo I del Título I, a regularlas genéricamente, y el capítulo IV del Título II, específicamente para las de conservación. Su función es la de coadyuvar con la Administración en la ejecución o mantenimiento de la planificación urbanística, gozando de determinados privilegios y suponiendo una forma de participación de los particulares en dicha gestión. En la vertiente de ejecución pueden existir dos clases de estas entidades, dependiendo del sistema elegido: Junta de Compensación, si es precisamente el sistema de compensación, o la asociación administrativa de propietarios, si es el de cooperación. Una vez ejecutada la actuación prevista y desarrollada la planificación del polígono o unidad determinada, también interesa a la Administración el mantenimiento, favoreciendo la existencia de otra clase de entidades en esta vertiente de la conservación, que constituyen nuestro estudio específico y que son las que aquí nos interesan.

Su nacimiento puede producirse *ex novo* o por transformación de la entidad de ejecución, siendo obligatoria su creación e integración en ella, cuando el deber de conservación de las obras recaiga sobre los propieta-

rios en virtud de las determinaciones del plan de ordenación o programa de actuación, o cuando lo establezcan expresamente las disposiciones legales. El ámbito territorial es el polígono, o genéricamente la unidad de actuación fijada para la ejecución del plan, norma subsidiaria o simplemente base del programa previsto.

Se crea al aprobarse sus estatutos —que serán por los que se rigen, junto con las normas que le sean aplicables— por la Administración urbanística actuante en la ejecución, e inscribirse en el Registro de Entidades Colaboradoras en la Comisión Provincial de Urbanismo correspondiente, desde cuyo momento tienen, además, plena personalidad jurídica. También trascienden a este Registro los nombramientos de los administradores y la modificación de estatutos, que igualmente tienen que ser aprobados por la Administración. La pertenencia a la entidad, que es obligatoria en los casos que antes veíamos, viene establecida con carácter *ob rem*, por ser titular de una propiedad de las integradas en el polígono o unidad de actuación, o beneficiarse con los elementos a cargo de aquélla, y las participaciones se determinan en las transformadas, en función de las que los propietarios tuvieran en la Junta de Compensación o proyecto de reparcelación, en su caso, y en las de nueva creación, por acuerdo aprobado por la Administración; si sobre una parcela estuviera construido un edificio en régimen de Propiedad Horizontal, la cuota de cada copropietario se fijará de acuerdo con la que le corresponda en la comunidad, en relación con la asignada al edificio total. Los acuerdos se toman por mayoría simple de cuotas, salvo disposición contraria de los estatutos o de otras normas en que se establezcan quórum especiales para determinados supuestos.

Su extensión objetiva está constituida exclusivamente por las obras de urbanización y los servicios públicos, que serían normalmente a cargo de la Administración, pero que por disposición especial de la norma urbanística son de cargo de esta entidad. Pero bien entendido que los terrenos son de dominio público, y las obras, instalaciones o dotaciones son las de cesión obligatoria, de las que es titular la Administración, y, por tanto, a la entidad sólo le corresponde la conservación, sin adquirir ningún tipo de titularidad. Por tanto, si existen instalaciones o servicios que aunque satisfagan necesidades de los integrantes de la entidad no son de tipo público o no los ha previsto el plan o norma básica de la actuación urbanística, naturalmente que no quedan integrados en ella. También es de destacar la mención expresa que hace el Reglamento a la comunidad de Propiedad Horizontal, con lo cual ya no existe ni siquiera la posibilidad de plantearse la posible colisión con su Ley específica reguladora, como ocurre con la cooperativa.

La disolución se produce por cumplimiento de los fines para los que fueron creadas, con acuerdo favorable a la Administración actuante. Entendemos que en este tipo concreto de entidades colaboradoras sólo se dará este supuesto si la Administración titular de los terrenos u obras asume su conservación, si desaparecen éstos o si las fincas de los integrantes de la entidad, que son los que se aprovechan de aquéllos, igualmente desaparecen.

Una facultad importantísima de la entidad es la de poder exigir y cobrar por vía de apremio, a través del Ayuntamiento o Administración titular de los terrenos u obras, las cuotas correspondientes.

Resumiendo: podemos fijar las siguientes conclusiones para los supuestos de pluralidad de propietarios concurrentes en propiedades urbanas:

Existiendo sólo edificio registrá exclusivamente la Ley de Propiedad Horizontal.

En el supuesto de urbanización puede registrarse por comunidad de Propiedad Horizontal tumbada, cooperativa o entidad urbanística colaboradora de conservación, aunque, como esta última es obligatoria en determinados casos, se antepondría a las otras dos en esos supuestos.

Las instalaciones y servicios complementarios pueden regularse por Propiedad Horizontal con elemento común o precomunal, o cooperativa, y sólo entidad urbanística colaboradora de conservación si están previstas aquellas instalaciones o servicios en el plan de ordenación o bases del programa de actuación urbanística.

GERARDO MUÑOZ DE DIOS
Notario

Comentario a «vuela pluma» de los artículos de Derecho sucesorio (cuatro más) reformados por la Ley 11/1981 de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio*

Artículo 833: «El hijo o descendiente mejorado podrá renunciar a la herencia y aceptar la mejora.»

En el Proyecto rezaba ya igual, con las únicas salvedades de que se valía de la forma apreposicional del verbo renunciar («renunciar la herencia», no «renunciar a la herencia») y de que usaba la expresión «admitir la mejora» en vez de la de «acceptar la mejora». La Ponencia del Congreso, sin dar explicaciones para tan nimia y acertada corrección, em-

(*) NOTA DEL AUTOR: Reanudo aquí, tras un paréntesis de casi un año y aprovechando otra vacación estival, estos comentarios sobre la reciente reforma sucesoria experimentada por nuestro Código Civil. He de advertir, sin embargo, que el esquema básico de lo que ahora publico lo tenía ya redactado prácticamente al par que la glosa de los siete primeros artículos no hace mucho aparecida; de ahí que se resienta algunas veces de no haber tenido a la vista, al redactar sus paredes maestras, los pocos pero excelentes trabajos que ya van surgiendo. He procurado compensarlo con notas a pie de página (esas «rémoras» de la lectura que obligan a reiterarla), donde a la vez en algún caso (nota 19) aprovecho para cobijar cierta digresión de actualidad constitucional. No ignoro que el método exegético aquí empleado está algo desprestigiado en relación con el sistemático, pues no en balde resulta más fácil y rasante, pero para las primeras aproximaciones a una nueva Ley estimo que puede ser de alguna utilidad. Ofrece además la ventaja de que no precisa minuciosos sumarios ni índices y la de que puede abandonarse en cualquier momento si el vendaval legislativo que no cesa (aún está fresca en el *Boletín Oficial* la tinta de la Ley retocando la nacionalidad), le induce a uno a pensar que su tarea es tan fútil como pretender atrapar el mar.

pleó ya el giro «renunciar a la herencia», al par que rechazaba la enmienda 233 del Grupo parlamentario de Socialistas de Cataluña, única presentada, y la Comisión de Justicia de la misma Cámara sustituyó el verbo «admitir» por el de «aceptar» (expresión también más coherente con la utilizada en otros lugares: arts. 889, 890 y 988 y ss.; pero véase el art. 888), sin que desde entonces experimentara el precepto ninguna otra variación.

Con relación a la versión anterior, y aparte esas dos correcciones de estilo, la reforma de este artículo se limita a la supresión del adjetivo «legítimo» que anteriormente calificaba al hijo o descendiente facultado para la elección que prevé el precepto. Superada la categoría de los hijos legítimos y sus antónimas, y llamados todos los descendientes (sin más excepción que los hijos adoptivos simples y su prole) a participar potencialmente de la mejora, es evidente que se imponía la reforma del artículo en el sentido en que se ha hecho.

Pero por lo mismo que no se ha querido aprovechar la rectificación para despejar algunas dudas que suscitaba el precepto ni para destacar su correlación con el artículo 890, 2, del Código Civil, puedo yo también aquí, en un comentario circunscrito a la reforma, remitirme una vez más para las cuestiones anteriores a la doctrina más solvente (1).

Tras ella, y por decir algo, entiendo que el artículo 833 sólo es aplicable al caso en que la mejora se haya dejado a título de legado (prelegado), pues si fuera embebida en la institución (1 bis) la alternativa de este

P. S.: He aprovechado la corrección de pruebas para introducir, más que en el texto en las notas al pie, las últimas novedades, sobre todo doctrinales, que se me alcanzan acerca de los extremos regulados en los cuatro artículos que comento: pero como no lo advierto en cada caso, se podrá apreciar en más de alguna ocasión una asincronía entre determinadas fechas de ediciones o publicaciones y la que he estampado al final como día en que, efectivamente, entregué el original a la imprenta.

(1) JUAN VALLET DE GOYTISOLO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO GARCÍA, tomo XI, Edersa, 1978, páginas 401 a 407 (en la reedición que, tras la reforma de 1981, se ha hecho de este tomo XI —Madrid, 1982—, VALLET reproduce íntegramente su comentario anterior y tan sólo se limita —pág. 435—, al hilo del actual enunciado del artículo, a anteponer a sus antecedentes la siguiente advertencia: «En la versión originaria del Código Civil, detrás de la palabra descendiente figuraba el adjetivo 'legítimo', que ha sido suprimido en la reforma de 13 de mayo de 1981 »; ello evidencia que, como yo, no le encuentra transcendencia alguna especial a la reciente reforma del artículo; parecidamente JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO: *Derecho de sucesiones* (en colaboración con FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA), Bosch, Barcelona, 1981, página 454). JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO y FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA: *Derecho de Sucesiones*, tomo II, Bosch, Barcelona, 1973, págs. 66-67. JOSÉ PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, vol. III, 2.^a ed., Bosch, Barcelona, 1977, página 83, etc.

(1 bis) Vide un ejemplo de mejora, y de mejora tácita además, acaso embebida en la institución, en la reciente e interesante Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1982 (ponente: GÓMEZ DE LA BÁRCENA), de la que no he podido

precepto sería contradictoria con el artículo 990 (2); y que, superada hoy la doctrina no siempre bien interpretada que se inició con la Ley 21 de Toro, el mejorado repudiante de la institución responde de las deudas anteriores o posteriores a la partición en función del título de atribución de la mejora que aceptó: normalmente, *cum viribus*, en cuanto legatario; excepcionalmente, *ultra vires* (2 bis), como heredero de porción específica (3). Para el destino de la mejora repudiada, según sea de cuota o de cosa específica, el mejor tratamiento se encontrará en LACRUZ (4).

Artículo 836: Suprimido.

En el Proyecto por supuesto que no se utilizó esta censurable técnica de los artículos en blanco que aquí se inicia; antes al contrario, en el propósito del Gobierno este artículo debía rezar así:

«En el caso de concurrir hijos que no lo sean también del cónyuge superviviente, el usufructo viudal correspondiente recaerá sobre el tercio de libre disposición.»

Es digno de tener en cuenta que en el Proyecto el párrafo segundo del artículo 837 presentaba ya este tenor (idéntico al que se ha convertido en ley):

«Igual extensión (es decir, la mitad de la herencia) tendrá el usufructo cuando los únicos herederos forzosos que concurren con el viudo o viuda sean hijos sólo de su consorte concebidos durante el matrimonio de ambos. La cuota usufructuaria recaerá en este caso sobre el tercio de mejora, gravando el resto el tercio de libre disposición.»

Esta última parte de dicho párrafo colisionaba, como puede apreciarse, con la del proyectado artículo 836, pues éste afirmaba que el usufructo viudal, sin precisar su cuantía, recaería sobre el tercio de libre

—obtener hasta ahora otra referencia que la de la escueta ficha (la núm. 498) del Colex (civil).

(2) Acaso también es aplicable si dicha mejora se dejó por vía de institución, pero con separación del llamamiento hecho, por el mismo título, a otra porción (tercio libre, legítima estricta): LACRUZ: *Op. cit.*, —ed. 73—, pág. 66 y tomo I, Bosch, 1976, 2.ª ed., pág. 56.

(2 bis) *Ultra vires* si no ha aceptado a beneficio de inventario y precisamente como sanción por haber omitido esta formalidad, según enseña MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS en su magistral monografía «La herencia y las deudas del causante», tomo 61, vol. 1.º del inacabado *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967.

(3) Véase nota 2.

(4) *Op. cit.*, II, ed. 1973, pág. 67.

disposición, «en el caso de concurrir hijos que no lo sean también del cónyuge supérstite» (y es evidente que los no matrimoniales del difunto no eran hijos del supérstite), mientras que el artículo 837, 2, decía y dice que en tal caso de concurrencia la cuota usufructuaria recaería sobre el tercio de mejora gravando el resto (y sólo el resto) el tercio de libre disposición.

La antinomia, hoy sin interés, acaso se hubiera podido superar interpretando que la regla de imputación del proyectado artículo 836 no era aplicable si los hijos no comunes en él previstos eran, por un lado, adulterinos, y, por otro, los *únicos* herederos forzosos que concurrían con el viudo o viuda, supuesto en el que se aplicaría con preferencia el artículo 837, 2, en cuanto regla especial.

Lo cierto es que, continuando con la peripecia experimentada por el artículo 836, la Ponencia del Congreso (5) propuso que conservara la redacción del Proyecto, rechazando para ello las dos enmiendas que los diputados le habían presentado: la 235 (Socialistas de Cataluña) y la 504 (señor Alzaga Villaamil, centrista) (5 bis); y lo mismo hicieron la Comisión de Justicia (6) y el Pleno de la Cámara Baja (7).

Pero en el Senado la enmienda 119 (8) propuso que el artículo 836 pasara a decir, en lugar de lo que decía:

(5) *B. O. C. G.* —Congreso de los Diputados—, I Legislatura, Serie A, número 71-I, 3, correspondiente al 22 de mayo de 1980 pág. 348/40.

(5 bis) El sentido de esas dos enmiendas nos lo descubre ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS en su documentado trabajo «Los preceptos fracasados en la reforma del Código Civil», *R. D. N.*, núms. 113-114, correspondiente a julio-diciembre de 1981, página 291 (aparecido cuando ya tenía redactada esta parte de mis «Comentarios...»). La 235 proponía que «En todos los casos de concurrencia del cónyuge con hijos del causante, comunes o no, el usufructo legal recaerá sobre el tercio de mejora, pues —motivaba— «hay que acabar con el absurdo de suprimir toda libertad de testar, al cien por cien (siempre habría quedado la nuda propiedad de un tercio, puntualizo yo), como ‘castigo’ por haber contraído dos o más nupcias teniendo hijos, o por tenerlos extramatrimoniales y fallecer casado». La 504 pretendía para nuestro artículo el siguiente tenor: «En el caso de concurrir hijos que no lo sean del cónyuge supérstite, salvo que se trate de hijos del causante concebidos durante el matrimonio de ambos, el usufructo vidual correspondiente recaerá sobre el tercio de libre disposición», argumentando que «no hay razón para perjudicar los derechos del cónyuge precisamente porque su esposo tenga hijos extramatrimoniales durante su matrimonio». Esta última enmienda, aunque discriminatoria, salvaba, al menos, la contradicción que advierto en el texto. Lo que proponía la primera fue lo que prácticamente resultó al final, aunque fuese por el censurable mecanismo de suprimir el artículo.

(6) *B. O. C. G.* cit., núm. 71-II, correspondiente al 1 de diciembre de 1980, página 348/77.

(7) *B. O. C. G.* —Senado—, I Legislatura, Serie II, núm. 154 (a), correspondiente al 2 de febrero de 1981, pág. 29.

(8) A la que ya se aludió en la primera parte de estos comentarios publicados en esta misma Revista, núm. 549, correspondiente al bimestre marzo-abril de 1982, páginas 324 y ss.

«En el caso de concurrir hijos de algún matrimonio anterior del causante, el usufructo correspondiente al cónyuge viudo recaerá sobre el tercio de libre disposición.»

Y justificaba el retoque mediante la siguiente explicación (9):

«El texto de este artículo, según el Proyecto del Gobierno, no modificado por el Congreso, es una transposición errónea y precipitada de lo que todavía dispone el párrafo primero del artículo 836 en su actual redacción.

La 'ratio' de la norma vigente está muy clara. La Ley no quiere que si una persona se casa dos veces la cuota viudal usufructuaria del segundo cónyuge grave la legítima (larga) de los hijos o descendientes del primer matrimonio. Para ello adopta una solución, tal vez demasiado drástica, pero de aplicación simple. El usufructo gravará a los destinatarios del tercio de libre disposición, con lo cual se cercena, en cuanto al usufructo, la libertad dispositiva del testador.

Mas el Proyecto parte, en realidad, de un supuesto distinto, pues abarca no sólo el contemplado por el precepto aún vigente, sino también la hipótesis de que concurren con el cónyuge hijos no matrimoniales de su consorte. En este segundo caso (que sin duda han tomado en consideración los autores del Proyecto) el causante no se ha casado dos veces, sino una. Por tanto, la legítima del viudo debe seguir gravando el tercio de mejora, al que en principio están llamados todos los descendientes, sean matrimoniales o no. La limitación de las facultades dispositivas del testador (implícita en la norma) redundará, paradójicamente, en perjuicio del viudo, a quien el testador no podrá dejar, aunque quiera hacerlo, el usufructo del tercio de mejora más el tercio de libre disposición en plena propiedad. Esta limitación tiene su lógica en el contexto del artículo 836 actual, pero ninguna si se refiere al caso de que un testador no binubo deje al morir, además del cónyuge, hijos matrimoniales y no matrimoniales. La Ley condena al viudo que tuvo que soportar la infidelidad de su consorte, y para el caso de que éste quiera favorecerle al máximo, a no recibir más que el tercio de libre disposición en lugar de dicho tercio más la cuota viudal, lo que constituye un absurdo contrasentido.

Por otra parte, y siempre en el supuesto de concurrir con el cónyuge hijos matrimoniales y no matrimoniales del testador, carece de fundamento que los unos o los otros, en tanto sean los destinatarios del tercio de libre disposición, tengan que soportar el usufructo del viudo. Por ejemplo, si el testador tiene dos hijos matrimoniales y otro no matrimonial, y deja a

(9) B. O. C. G. —Senado— cit., núm. 154 (c), correspondiente al 24 de febrero de 1981, págs. 98-99.

los dos primeros el tercio libre, ordenando que los otros dos tercios se repartan por igual entre los tres hijos, ¿por qué razón ha de librarse el hijo no matrimonial de pechar, en la parte que le corresponde, con la carga que representa el usufructo? Y, a la inversa, si el favorecido con el legado del tercio es precisamente el hijo no matrimonial, ¿cómo se explica que los hijos matrimoniales queden exonerados del gravamen que representa el usufructo que la Ley otorga precisamente a su progenitor?

Finalmente, la redacción del artículo, según el Proyecto, podría dar lugar a una interpretación (a juicio del enmendante, errónea) perjudicial y discriminatoria para los hijos no matrimoniales. Cabría, tal vez, sostener (y seguramente se sostendrá si la enmienda no se acepta) que la finalidad de la norma es favorecer a los hijos matrimoniales, de suerte que la cuota que en la herencia corresponda a aquellos deba sacarse, en primer término, del tercio de libre disposición (como ahora ocurre). Por supuesto, y como se ha dicho, tal interpretación sería totalmente equivocada, pues la división de la herencia en tercios no significa que aquélla esté compuesta por tres compartimentos estancos, sino que sólo funciona como límite a las facultades dispositivas del testador. Mas, se insiste en ello, tal como el precepto está concebido en el Proyecto, nada tendría de extraño que se plantease esa interpretación.

En virtud de los argumentos expuestos, el párrafo primero del artículo 836 debe seguir diciendo lo que ahora dice, de suerte que solamente sea aplicable al caso de que concurran con el cónyuge viudo de segundas nupcias hijos del matrimonio anterior del causante, independientemente de que también estén llamados a la sucesión otros hijos, matrimoniales o no. Lo único que procede hacer, por consiguiente, es suprimir el actual segundo párrafo del artículo, que debe ser eliminado al equipararse los derechos hereditarios de todos los descendientes.

(La C.G.C. redactó el precepto de conformidad con el texto de la enmienda.)»

Como vemos, la enmienda, sin aludir a la colisión con el artículo 837, 2 (10), patrocinaba que nuestro artículo volviera a quedar circunscrito a la misma hipótesis de concurrencia que antes de la reforma (hijos de matrimonio anterior-cónyuge supérstite) y no a cualquier otro supuesto de concurrencia, apoyándose en los siguientes razonamientos más o menos sólidos: a) en que se perjudicaba al viudo que hubiese soportado infidelidad fértil, al impedirle recibir todo el tercio libre en pleno dominio,

(10) Aunque al ejemplificar, al hilo del artículo que nos ocupa, siempre imagine la concurrencia de hijos matrimoniales y no matrimoniales; nunca la presencia solo de éstos —en su variedad de adulterinos—, acaso por presuponer que en tal hipótesis la regla a aplicar sería la del artículo 837, 2 —por cierto no enmendado en esta 119—.

además de su cuota legal usufructuaria; b) en que carecía de fundamento que los hijos se viesen favorecidos caprichosamente con la exclusión del usufructo viudal, según a quien se hubiese hecho ir a parar, de entre ellos, el tercio libre; y c) en que se podía interpretar erróneamente que la cuota de los hijos no matrimoniales se debía extraer prioritariamente del tercio libre.

La Ponencia del Senado atendió sólo a medias la enmienda anterior, pues, a propósito del artículo 836, informó que:

«Se ha presentado a este artículo la enmienda número 119, del Grupo parlamentario de Unión de Centro Democrático. La Ponencia propone la supresión de dicho artículo, que quedará sin contenido con —‘sic’— el Código Civil» (11).

La drástica sugerencia de supresión, desde luego la menos problemática de todas las fórmulas hasta entonces propuestas, debió ir acompañada, por lo menos, del desdoblamiento del artículo 837, compuesto de dos párrafos, cada uno de los cuales pudo haberse erigido en precepto independiente, con lo que se habría evitado el criticable hueco que hoy existe (12) (12 bis).

Lo cierto es que la Comisión de Justicia e Interior y el Pleno del Senado aceptaron sin debate la desaparición sugerida, y ya no hubo más incidencias para nuestro artículo hasta su retorno al Congreso para votación definitiva, donde antes de comenzar ésta el señor Escartín Ipiens pidió la palabra para fijar bien su alcance, diciendo (13):

(11) B. O. C. G. —Senado— cit., núm. 154 (d), correspondiente al 24 de marzo de 1981, pág. 139.

(12) Ello partiendo de la premisa de que el artículo 837 debiese contar con su actual segundo párrafo a pesar de los problemas que plantea y que luego examinaré; de lo contrario el artículo a desdoblar pudo serlo, por ejemplo, el 835, aunque se tropezaba con el obstáculo —no tenido en cuenta en otras ocasiones— de que no se retocaba ese precepto ni en el Proyecto del Gobierno ni en el texto aprobado por el Congreso. Con todo la política de «huecos» ya se había iniciado poco antes, con la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de seguro, que derogó, sin sustituirlos por otros, los artículos 1.791 a 1.797 del Código Civil.

(12 bis) Tampoco agradaba a nuestros parlamentarios el dejar vacío de contenido al artículo 836 y a punto estuvieron de llenarle su hueco al debatirse definitivamente en el Congreso el texto de los artículos 841 y 842, pues una de las dos alternativas que propuso el diputado señor Escartín al Presidente de la Cámara —y que no fue la elegida por razones de «ajuste técnico», a fin de mantener tanto la versión del Congreso sobre el 842 como la del Senado, consistía en correr la numeración de todos los artículos intermedios entre dicho 842 y el 836, con lo que el vacío de éste se hubiera aprovechado para el orto de un nuevo precepto (véase D. S. —Congreso—, Sesión plenaria núm. 163, correspondiente al 28 de abril de 1981, pág. 10016; de todas formas espero ocuparme de este pintoresco lance en el momento oportuno).

(13) D. S. —Congreso—, núm. 163, 28 de abril de 1981, pág. 10014.

«Señor Presidente: Sobre el artículo 836 que actualmente vamos a debatir querría formular la pregunta de si la propuesta de supresión que hace el Senado en su enmienda significa que renace el actual artículo 836 del Código Civil o, por el contrario, sería un texto en blanco, caso de suprimirse el 836 del Proyecto, porque, evidentemente, el criterio de nuestro Grupo sería distinto con uno u otro resultado. Es decir, nosotros no queremos que renazca el actual artículo 836 del Código Civil, pero tampoco nos gusta el artículo 836 del texto del Congreso.»

Y el Presidente de la Cámara le contestó diciendo:

«La motivación que da el Senado a la supresión de este artículo es que su mantenimiento discriminaria los derechos sucesorios de los hijos no matrimoniales. Si el actual artículo 836 se refiere a la misma materia, lógicamente debe haber más discriminación en el actual artículo 836 que en el texto aprobado en su día por el Congreso, con lo cual la razón lógica conduciría a la supresión definitiva del artículo.»

Sin duda, fue intuitivamente acertada esta respuesta (14), puesto que aunque el Presidente del Congreso no matizase en aquel trance que el artículo 836, 1, en su versión de 1958 —cuyo antecedente estaba en el artículo 839 de la versión de 24 de julio de 1889—, en absoluto suponía discriminación para los hijos no matrimoniales, ya que sólo se refería a los hijos de un matrimonio anterior del causante; en cambio, la resurrección del artículo 836, 2, sí que la suponía y hubiera provocado numerosos problemas y perplejidades.

Lo cierto es que el diputado Escartín remachó el sentido de la votación, precisando a continuación:

«Señor Presidente: Entonces queda perfectamente claro que la posición de nuestro Grupo será votar favorablemente la enmienda al artículo 836 del Senado, de supresión, en el bien entendido que entonces queda suprimido el artículo 836 del Código Civil y este texto queda en blanco como interpretación diríamos auténtica de nuestro voto» (15).

(14) Para cuya emisión estaba, por lo demás, dudosamente legitimado el Presidente del Congreso, tratándose de la interpretación de un texto que provenía de otra Cámara, y así lo reconoce él mismo cuando concluye la discusión afirmando que «la interpretación auténtica la debía hacer el Senado, pero parece que la lógica de la enmienda conduce a eso» (a su interpretación).

(15) Lástima que una aclaración así, pero en el sentido contrario de que la supresión afectaba sólo a la desaparición del artículo del propósito reformista de la Ley, pero no del Código Civil, no se produjese en ninguna fase del «iter» parlamentario del artículo 176 de dicho Cuerpo legal, durante la discusión de la Ley 30/1981, de 7 de julio, de modo que se hubiese evitado la duda sobre su vigencia —para mí innegable— que analicé en la nota 36 de la primera parte de estos «Comentarios...», en esta Revista, núm. 449, págs. 301 y ss. *Addendum:* Dicha cues-

Y la supresión se aprobó por 243 votos a favor, 17 en contra y dos abstenciones.

Que se derogara el párrafo segundo del anterior artículo 836 era de todo punto necesario a la vista del sentido y finalidad de la reforma. Que también se derogara el párrafo primero ya no era tan preciso, pero, desde luego, sí conveniente. Si la *ratio* de la norma precedente se hallaba en el deseo de evitar que padrastrós e hijastros concurriesen *ex necesse* y duraderamente sobre una determinada porción del caudal (mejor: sobre los bienes aplicados a integrar y pagar dicha porción), siendo así que la experiencia enseña que no siempre preside la simpatía y el afecto sus relaciones (16), es evidente que una solución similar se hubiera debido imponer siempre que los legitimarios del orden descendente concurrentes con el viudo no llevasen la sangre de éste: caso de hijos no matrimoniales o adoptivos plenos previos al matrimonio con el supérstite, o de hijos no matrimoniales habidos durante dicho matrimonio. Pero también se hubieran podido producir combinaciones caprichosas que hubiesen hecho confluir precisamente a esos hijos no comunes y al viudo en cualquier cuota del caudal que designase el testador voluntaria o involuntariamente (hasta sobre la legítima estricta vía *cautela socini* aceptada).

tión viene ahora analizada con todo lujo de detalles y correctamente resuelta por RODRIGO BERCOVITZ y RODRÍGUEZ CANO en los *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO, tomo III, vol. 2.º, Edersa, 1982, *passim*, pero en especial págs. 275 a 281. También se alude brevemente a ella y se concluye que «no hubo voluntad de supresión de la norma» en la 2.ª edición del vol. IV del *Sistema de Derecho civil*, de LUIS DíEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS, Ed. Tecnos, Madrid, 1982, págs. 396 a 398. Igualmente se apunta a la —para mí— buena solución JUAN BOLÁS ALFONSO en «La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981», conferencia pronunciada el 25 de marzo de 1982 y publicada en los *A.A.M.N.*, tomo XXV, Ed. R. D. Pr.-Edersa, Madrid, pág. 212. En cambio, da por fenecido al artículo 176, MANUEL ALBALADEJO, en *Curso de Derecho Civil*, IV, Derecho de familia, Librería Bosch, Barcelona, 1982, págs. 272-3; califica su supresión de «acertada respecto de la adopción plena» MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ en *El nuevo derecho de familia español*, Ed. Reus, S. A., Madrid, 1982, pág. 39, nota 5 bis, y siguen sin siquiera hacerse eco del problema: 1.º, la edición del Código Civil inserta dentro del *Código de las leyes civiles*, de MIGUEL ÁNGEL DEL ARCO, Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1982, pág. 98; 2.º, la preparada por MANUEL PONS GONZÁLEZ para la Ed. Trivium, Madrid, 1982, pág. 101, y 3.º, la del *Boletín Oficial del Estado*, serie universitaria, Madrid, 1982, pág. 80, aunque, en cambio, esta última sí se atreve, por su cuenta, a adicionar con las palabras «la herencia» el texto de otro modo incomprensible del artículo 913.

(16) Y aún así la fórmula utilizada no resultaba demasiado feliz, pues como destacó VALLET (*Comentarios*, cit., pág. 429), siguiendo a MEZQUITA DEL CACHO («La cuota viudal tras su reforma», *R. G. L. J.*, 1959, tomo 1.º, págs. 100 y ss.), «puede ocurrir que los destinatarios del tercio de mejora sean los hijos de las segundas nupcias y los de libre disposición los de las primeras, atribución que puede hacer el causante en donación o en testamento (que puede ser ológrafo) y que es posible haga inadvertidamente».

Por eso (17) ha sido más lógico no rehuir la colisión o encuentro entre esas personas, que además ya tiene que producirse necesariamente, aunque de modo fugaz, al partir, y a lo sumo se debió arbitrar *en todo evento* la posible «fuga» o «escape» del viudo a través del artículo 840, que, como pondré de relieve, se queda corto en su planteamiento, desde el momento en que la conmutación a iniciativa del supérstite la autoriza sólo en caso de concurrencia exclusiva con adulterinos.

Además, no hubiera sido coherente que el causante tuviese mayor amplitud para disponer —todo el tercer tercio en pleno dominio— si dejaba cualquier clase de prole no matrimonial (incluso adulterina: art. 837, 2), que si, además o en su lugar, dejase descendencia de un regular matrimonio anterior —en cuyo caso la porción disponible sería sólo la nuda propiedad del tercio libre.

Pero, en definitiva, y para concluir, lo que queda claro tras la reforma es que la legítima viudal en concurso con descendientes grava siempre, en principio, todo el segundo tercio y sólo excepcionalmente (art. 837, 2) la mitad del tercero, siempre en usufructo.

Artículo 837: «No existiendo descendientes, pero sí ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia.

Igual extensión tendrá el usufructo cuando los únicos herederos forzosos que concurren con el viudo o viuda sean hijos sólo de su consorte concebidos constante el matrimonio de ambos. La cuota usufructuaria recaerá en este caso sobre el tercio de mejora, gravando el resto el tercio de libre disposición.»

I. ANTECEDENTES

En el Proyecto presentaba ya esa redacción que mantuvo la Ponencia congresual rechazando la enmienda 356 del Grupo parlamentario Socialista. Lo mismo acordó la Comisión de Justicia, pero dicho Grupo consiguió para su enmienda (enlazada con la 357 al art. 840 y con otras varias dirigidas contra artículos sucesivos hasta el 953) el número suficiente de votos como para defenderla en el Pleno.

Y así lo hizo por boca de su diputado Antonio Sotillo, cuyo es este alegato (18), dirigido —repito— no sólo contra el artículo 837, sino con-

(17) Y por la primera de las razones aducidas en la enmienda 119: se habría impedido que el viudo que concurre con descendientes no comunes (acaso adulterinos) pudiese beneficiarse con todo un tercio en pleno dominio y con otro en usufructo.

(18) D. S. —Congreso—, núm. 140, 18 de diciembre de 1980, págs. 9034 y 9035.

tra los que le seguían —versión Comisión—, y que ya iremos viendo en comentarios sucesivos:

«Señor Presidente: Efectivamente, mi Grupo parlamentario considera que justamente al final de este Proyecto de Ley estamos llegando al centro de la cuestión y estamos tocando fondo, porque el Proyecto hasta ahora ha sido lo que se podría llamar la declaración programática, los grandes principios, las frases de la codificación, las frases del legislador; pero es ahora cuando tocamos efectos directos, efectos patentes, como son el tema de la sucesión.

En nuestra opinión, el texto presentado por el Gobierno, asumido por los Ministros posteriores y defendido por el Grupo parlamentario de U.C.D. en Ponencia y en Comisión, es un texto inadmisibles a partir de su artículo 837. Por eso el Grupo Socialista solicita la supresión de esos artículos, y yo dejando en este momento las enmiendas 356 a 366 de este Grupo parlamentario.

Se trata, en definitiva, del tema de la equiparación, a todos los efectos, de los hijos habidos en o fuera del matrimonio. Obvio es recordar el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos del Hombre, que prohíbe toda discriminación por razón del nacimiento; obvio es recordar, igualmente, el artículo 32 de nuestra Constitución, que prohíbe también toda discriminación por razón del nacimiento de los hijos, que son todos ellos iguales ante la Ley. Esa interpretación —conviene recordarla, porque fue citada de contrario en sesiones pasadas— ha venido recogida también en sentencia de 1979 por el Tribunal Europeo, en el caso Marcks —todos nosotros sabemos la sentencia—, y ahora es el momento de citar esa sentencia y de citarla bien, sentencia que condenaba al Estado belga por mantener una discriminación por motivos de filiación o de nacimiento respecto a la hija de una madre soltera, que no tenía derecho, según la legislación belga, a participar en la sucesión de la familia materna (19).

(19) Esta sentencia que aduce SOTILLO lleva fecha de 13 de junio de 1979 y fue dictada por el Plenario del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a raíz de una demanda presentada ante la Comisión contra el Reino de Bélgica por Paula Marckx, en su nombre y en el de su hija menor, Alexandra. «Esta —según resume el apartado 'hechos' de la sentencia— nació el 16 de octubre de 1973 en Wilrijk, cerca de Amberes, siendo inscrita en el Registro como hija 'natural' por ser su madre soltera. El 29 de octubre de 1973, Paula Marckx reconoció a su hija en virtud de lo dispuesto en el artículo 334 del Código Civil belga, convirtiéndose así en su tutora. El 30 de octubre de 1974 la adoptó. En el momento de introducir el caso ante la Comisión —el 29 de marzo de 1974—, Paula Marckx tenía por familia a su madre, muerta en agosto de ese mismo año, y una hermana.

La legislación belga —siguen diciendo los supuestos fácticos de la sentencia— prescribe lo siguiente. En principio, ningún vínculo de filiación existe entre la madre soltera y su hijo por el mero hecho del parto. El hijo se inscribe en el Registro

Pues bien: aquí, en los textos que nos ocupan, esa discriminación —digo—, a la hora central, a la hora de las pesetas, de la sucesión, aparece nuevamente. Y ¿en qué manera? No sólo la discriminación de los hijos habidos fuera del matrimonio con respecto a los habidos en el ma-

como 'natural'. Por el contrario, el parto de una mujer casada basta para determinar la filiación materna de su hijo. La del hijo 'natural' se determina por el reconocimiento de la madre o por una acción de investigación de la maternidad. El reconocimiento se realiza por un acto auténtico y sus efectos se retrotraen al momento del nacimiento.

La filiación materna 'natural' tiene efectos restringidos por lo que se refiere a la extensión de la familia como a los derechos del niño y de su madre en materia de sucesiones y liberalidades.

La filiación materna 'natural' no produce vínculos jurídicos sino con la madre del niño. Este no entra en la familia de su madre. La ley la excluye de las sucesiones ab intestato. Además, si el niño ha perdido a sus padres o éstos no pueden manifestar su voluntad, no puede casarse antes de los veintiún años sin el consentimiento de su tutor y no, como en el caso de los hijos legítimos, con el consentimiento de sus abuelos. La ley no establece entre éstos y aquél ninguna obligación alimentaria; todo lo más, según ha señalado la Corte de Casación de Bélgica, existe un 'derecho de visita' de los abuelos en relación con el nieto 'natural'.

El hijo natural reconocido detenta derechos sucesorios inferiores a los del hijo 'legítimo'. No tiene la cualidad de sucesor ab intestato de su progenitor, sino sólo la de 'sucesor irregular'. Los bienes de su madre difunta no le pertenecen por entero más que si aquélla no deja otros parientes con derecho a sucederla; en caso contrario, le pertenecen como máximo las tres cuartas partes de la porción hereditaria que corresponde a los hijos 'legítimos'. Por otra parte, no tiene ningún derecho de sucesión con relación a los parientes de su madre.

Los hijos 'naturales' reconocidos no pueden recibir por donación inter vivos o por testamento nada que no le corresponda por sus derechos sucesorios. En consecuencia, la madre de un niño en tal situación no puede disponer en su favor de una parte de sus bienes, salvo a falta de parientes con derecho a sucederla. Por el contrario, ella puede donarlos o legarlos por entero, si no existen herederos con derecho a reserva, cuando la filiación no se ha determinado. La madre se encuentra, pues, ante una alternativa: reconocer a su hijo y perder la posibilidad de dejarle la totalidad de su patrimonio, o renunciar a establecer un vínculo jurídico con él y conservar aquella posibilidad como con relación a un extraño.

La única posibilidad que la madre soltera tiene para mejorar el status de su hijo es la adopción simple. El adoptado adquiere entonces los derechos del hijo 'legítimo', pero sigue careciendo de derechos sucesorios con relación a los parientes de su madre. Sólo la legitimación y la legitimación por adopción asimilan plenamente al hijo 'natural' con el 'legítimo'; una y otra presuponen el matrimonio de la madre.

Bélgica firmó la Convención de Bruselas de 12 de septiembre de 1962 sobre la determinación de la filiación materna de los hijos naturales, pero no la ha ratificado. Asimismo no ha ratificado ni firmado la Convención de 15 de octubre de 1975 sobre el status jurídico de los hijos nacidos fuera del matrimonio, elaborada por el Consejo de Europa. Ambas convenciones se fundan en el principio *mater semper certa est*. Sin embargo, el Gobierno belga envió al Senado el 15 de febrero de 1978 un proyecto de ley tendente a instaurar la igualdad de derechos entre todos los hijos. El proyecto introduce el principio *mater semper certa est* y reconoce a los hijos nacidos fuera del matrimonio los mismos derechos de que gozan los hijos legítimos en materia de sucesiones y liberalidades.»

Hasta aquí las premisas de hecho sobre las que se cimenta la sentencia. Según las demandantes la aplicación de los artículos del Código Civil belga relativos a los hijos nacidos fuera del matrimonio infringía, entre otros y básicamente, los artículos 8 y 14 de la Convención europea para la protección de los derechos huma-

trimonio (artículos 841 a 847), sino también, y ahora explicaré en qué consiste, una sutil discriminación que plantea el Gobierno y mantiene hasta el momento el Grupo parlamentario de U.C.D. y el actual Ministro de Justicia. La sutil discriminación no es decir que no tienen derecho he-

nos y de las libertades fundamentales hecha en Roma el 4 de noviembre de 1950 y que tienen un enunciado tan lejano y abstracto como el siguiente:

«Art. 8.1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.»

«Art. 14. El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.»

Pues bien, el Tribunal Europeo, después de rechazar la cuestión previa alegada por el Gobierno belga de inadmisibilidad del recurso (por tratarse de una reclamación *in abstracto* contra una legislación discriminatoria, pero no de una aplicación *in concreto* de la misma, lesiva para las demandantes) sobre la base de que el artículo 25 de la Convención faculta a los particulares a sostener que una ley viola sus derechos por sí misma, en ausencia de un acto individual de ejecución si corren el riesgo de sufrir directamente sus efectos, realizó sobre el fondo los siguientes pronunciamientos:

«Las interesadas se apoyan esencialmente en los artículos 8 y 14 de la Convención. Sin olvidar otros preceptos invocados por ellas, el Tribunal debe examinar, desde el punto de vista de estos dos artículos, las tres cuestiones litigiosas que le ha presentado la Comisión: modo de determinación de la filiación, extensión de la familia del niño, derechos patrimoniales de este último y de su madre.

El Tribunal debe precisar ante todo el alcance de las palabras 'respeto de (la) vida privada y familiar' del artículo 8. La primera cuestión a resolver es la de saber si el vínculo natural entre Paula y Alexandra Marckx ha dado lugar a una vida familiar protegida por el artículo 8. En este sentido, y según jurisprudencia constante de la Comisión, el artículo 8 no distingue entre familia 'legítima' y familia 'natural'. Esta distinción chocaría con las palabras 'toda persona'; el artículo 14 lo confirma al prohibir las discriminaciones en el goce de los derechos reconocidos por la Convención, fundadas en 'el nacimiento'.

Es necesario entonces definir lo que comporta, para el legislador belga, el 'respeto' a la vida familiar en cada uno de los aspectos a que se refiere la demanda. Este artículo tiene 'esencialmente' por objeto salvaguardar al individuo frente a injerencias arbitrarias de los poderes públicos (caso 'lingüístico belga'). Pero a esta obligación negativa del Estado pueden añadirse obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida familiar. El Estado debe actuar de tal manera que permita a los interesados desarrollar una vida familiar normal. El respeto a la vida familiar implica, en este sentido, la existencia, en el Derecho nacional, de una protección jurídica que haga posible desde el nacimiento la integración del niño en su familia. El Estado puede lograr este objetivo por diversos medios, pero si su legislación no responde a este imperativo, infringe el párrafo 1 del artículo 8 de la Convención.

Por su parte, y como se deduce de la jurisprudencia del Tribunal ('caso lingüístico belga', caso 'Sindicato nacional de la policía belga'), aunque el artículo 14 no tenga una existencia independiente, puede desempeñar un papel importante complementando las demás cláusulas normativas de la Convención y de los Protocolos. Una distinción se considera discriminatoria, según la misma jurisprudencia, si 'carece de justificación objetiva y razonable', es decir, si no persigue un 'fin legítimo', o bien si falta una 'relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido'.

Para permitir el desarrollo normal de la vida familiar de una madre soltera y de

reditario —eso sería muy burdo e impresentable en este momento—; consiste en decir que al hijo no matrimonial hay que pagarle en dinero, se le puede pagar dinero, no participa en la partición, no tiene derecho a los bienes de la partición. Los demás se libran de esa penosa carga, de ese

su hijo, el Estado debe guardarse de establecer cualquier discriminación fundada en el nacimiento: así lo exige el artículo 14 combinado con el artículo 8.

A) Sobre el modo de determinación de la filiación materna de Alexandra Marckx.

1. Paula Marckx reconoció a su hija mediante un acto notarial que se unió a la inscripción registral del nacimiento. Los efectos del reconocimiento son declarativos, no constitutivos y se retrotraen a la fecha del parto. El procedimiento establecido es, pues, sencillo y no costoso.

Sin embargo, la necesidad de recurrir a este expediente deriva de la negativa del Derecho belga a reconocer la maternidad de Paula Marckx desde el momento del nacimiento. Además, según dicha normativa, la madre se encuentra ante una alternativa, pues si reconoce a su hijo verá limitada su capacidad de donarle o legarle bienes. Ello no sucedería si la indicación del nombre de la madre, en el momento del nacimiento, bastase para probar, por sí misma, la filiación materna del hijo 'natural'. En las condiciones actuales dicho dilema dificulta el desarrollo normal de la vida familiar y no es compatible con el respeto debido a ésta. El Tribunal constatará así una violación del artículo 8, aisladamente considerado, en perjuicio de Paula Marckx.

En cuanto a Alexandra Marckx, la legislación belga le abre una sola vía para determinar su filiación materna, la investigación de la maternidad, que exige un procedimiento muy complejo, con lo que implica el riesgo de prolongarse durante mucho tiempo y dejar al niño separado de su madre entre tanto. Este sistema ha causado una falta de respeto de la vida familiar de Alexandra Marckx, que ha estado sin madre jurídicamente desde el 16 al 29 de octubre de 1973. Por tanto, también ha existido una violación del artículo 8, en perjuicio de Alexandra, a pesar de la brevedad de dicho período.

2. En cuanto a la aplicación del artículo 14 de la Convención, el Gobierno belga no contesta el hecho de que la legislación actual favorece a la familia tradicional, pero ello tiene por objeto asegurar su pleno desarrollo y se funda en motivos objetivos y razonables relativos a la moral y al orden público.

El Tribunal reconoce que es en sí mismo legítimo e incluso meritorio apoyar a la familia tradicional. Pero para ello no hay que recurrir a medidas destinadas a causar perjuicios a la familia 'natural'; los miembros de esta última gozan de las garantías del artículo 8 al igual que los de aquélla.

Por otra parte, no cabe duda de que distinguir a este respecto entre familia 'natural' y familia 'legítima' es algo que se consideraba lícito y normal en muchos países europeos cuando fue redactada la Convención, en 1950. El Tribunal recuerda, sin embargo, que ésta debe ser interpretada a la luz de las circunstancias actuales (caso 'Tyner'). De hecho, el Derecho interno de la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa ha evolucionado y continúa evolucionando hacia la consagración jurídica integral del principio *mater semper certa est*. Ciertamente que la Convención de Bruselas sólo ha sido firmada por ocho Estados y ratificada por cuatro. En cuanto a la Convención europea de 15 de octubre de 1975 'sobre el status jurídico de los hijos nacidos fuera del matrimonio', sólo diez Estados miembros del Consejo de Europa la han firmado y sólo cuatro la han ratificado. Ahora bien, ambas convenciones están en vigor y nada permite explicar el escaso número de firmas y ratificaciones en base a un rechazo de los Estados a reconocer la igualdad entre hijos 'legítimos' y 'naturales'. En estos últimos años varios países de Europa occidental, entre los que se encuentran la República Federal Alemana, Gran Bretaña, Holanda, Francia, Italia y Suiza, han adoptado una nueva legislación que reconoce una igualdad casi completa entre ellos.

problema, pagando en dinero y liquidando el problema sin más complicaciones ni estorbos o molestias de cualquier tipo. Es un extraño, por tanto, al que se le sanciona diciéndole: ahí va tu dinero; arréglatelas, pero no nos crees problemas a la hora de repartir nuestro patrimonio familiar.

La distinción carece, pues, de justificación objetiva y razonable, por lo que viola el artículo 14 combinado con el artículo 8.

B) Sobre la extensión jurídica de la familia de Alexandra Marckx

Según el Código Civil belga, Alexandra M., como hija 'natural', no ha tenido nunca relaciones de parentesco con la familia de Paula Marckx, en especial con la madre y la hermana de esta última.

En opinión del Tribunal, la vida familiar en el sentido del artículo 8 engloba al menos las relaciones entre los parientes próximos, por ejemplo, entre abuelos y nietos. El 'respeto' a la vida familiar así entendida implica la obligación del Estado de actuar de tal manera que permita el desarrollo normal de esas relaciones. Ahora bien, el desarrollo de la vida familiar de una madre soltera y de su hijo puede verse dificultado si el segundo no entra en la vida familiar de la primera y si la determinación de la filiación no produce efectos más que entre ellos dos. Por tanto, hay en esta materia una violación del artículo 8, aisladamente considerado, en perjuicio de ambos denunciante.

Por otra parte, el Tribunal no vislumbra ninguna justificación objetiva y razonable de las diferencias de trato entre hijos 'naturales' y 'legítimos' establecida por la legislación belga con relación a la extensión de la familia. Ciertamente, la 'paz' de las familias 'legítimas' puede verse turbada si el hijo 'natural' entra jurídicamente en la familia de su madre al igual que el hijo nacido del matrimonio. Pero esta consideración no autoriza a privar a aquél de sus derechos. En consecuencia, el Tribunal constata en dicha distinción una violación del artículo 14 combinado con el artículo 8, en perjuicio de ambas demandantes

C) Sobre los derechos patrimoniales invocados por las demandantes.

1. Por lo que se refiere a los derechos de Alexandra, el Tribunal examina únicamente el artículo 8 de la Convención y el artículo 14, ya que el artículo 1 del Protocolo I se limita a sancionar el derecho a los bienes actuales de toda persona, pero no garantiza el derecho a adquirir mediante sucesión ab intestato o por medio de liberalidades.

En cuanto a la aplicabilidad del artículo 8, el Tribunal entiende que el tema de las sucesiones —y de las liberalidades— entre parientes próximos aparece íntimamente ligado a la vida familiar. Esta no comprende sólo relaciones de carácter social, moral o cultural (por ejemplo, la educación), sino también intereses materiales, como lo demuestran los derechos alimentarios y el lugar que ocupa la reserva hereditaria en el orden jurídico de la mayoría de los Estados Partes en la Convención.

El artículo 8 no exige, sin embargo, que un hijo tenga derecho a una cierta parte de la herencia, pues corresponde a cada Estado señalar los medios patrimoniales destinados a permitir a todos una vida familiar normal. Por ello no existe violación de este artículo aisladamente considerado.

Pero la distinción entre los derechos sucesorios de los hijos 'naturales' y de los 'legítimos' plantea ciertos problemas en orden a la aplicación del artículo 14 combinado con el artículo 8.

Hasta el momento de su adopción Alexandra ha detentado unos derechos sucesorios muy inferiores a los de un hijo 'legítimo', y esta distinción carece de justificación razonable. Por otra parte, aunque esta discriminación haya dejado de existir desde el momento de la adopción, el Tribunal estima que la necesidad de recurrir a ésta para eliminar dicha diferencia de trato reviste un carácter discriminatorio. La adopción sirve de ordinario para establecer un vínculo jurídico entre una persona y el hijo de otra; obligar en la práctica a una madre soltera a utilizar esta

Pero también existe una discriminación respecto a los propios hijos no matrimoniales. La reforma que hemos operado y que ha tenido nuestro voto favorable en los artículos relativos a la filiación, consecuente con el precepto constitucional, no mantiene ninguna discriminación, ni siquiera entre hijos no matrimoniales.

técnica para mejorar la situación de su propio hijo significa desconocer los vínculos de sangre y utilizar una institución para un fin que no es el suyo propio. Por lo demás, el procedimiento de adopción es largo y complicado y el niño depende por entero de la iniciativa de su progenitor: él no puede solicitar en justicia su adopción.

Además, incluso después de su adopción, Alexandra no goza de ningún derecho de sucesión ab intestato con relación a la familia de su madre. Tampoco en este caso encuentra el Tribunal ninguna justificación objetiva y razonable.

El Gobierno belga, por su parte, estima indispensable aumentar los derechos sucesorios de los hijos 'naturales'. Pero teme que si el Tribunal declara la incompatibilidad de ciertos preceptos del Código Civil con la Convención, ello significaría que tales normas serían contrarias a la Convención desde que ésta entró en vigor en Bélgica (14 de junio de 1955); lo que daría lugar a la posibilidad de declarar irregulares numerosas particiones hereditarias, ya que las acciones que en la materia concede el Derecho belga prescriben a los treinta años. Según el Gobierno, la única forma de evitar este riesgo sería que el Tribunal declarase que las exigencias de la Convención han aumentado en los últimos tiempos y que indicase la fecha precisa del cambio.

El Tribunal estima que su sentencia no produce efectos más que entre las partes y que no anula o deroga por sí misma las disposiciones en litigio; declarativa por esencia, deja al Estado la elección de los medios para el cumplimiento de la obligación que le impone el artículo 53 de la Convención.

Sin embargo, el interés del Gobierno por conocer el alcance en el tiempo de la sentencia no deja de ser digno de consideración. En este sentido, hay lugar para traer a colación dos principios generales del Derecho recientemente recordados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 'las consecuencias prácticas de toda decisión jurisdiccional deben ser sopesadas con cuidado', pero 'no puede llegarse hasta el punto de disminuir la objetividad del Derecho y comprometer su aplicación futura en razón de las repercusiones que una decisión de justicia puede entrañar para el pasado'. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpreta la Convención a la luz de las circunstancias del momento. Pero ello no puede hacer olvidar que tales circunstancias han cambiado. Incluso en 1967 la Comisión declaraba inadmisibles una demanda relativa a los mismos artículos del Código Civil belga. Habida cuenta de todo ello, el principio de seguridad jurídica, inherente al Derecho europeo, dispensa al Estado belga de volver a poner en cuestión actos o situaciones jurídicas anteriores a la fecha de la presente sentencia.

En resumen, Alexandra Marckx ha sido víctima de una violación del artículo 14 combinado con el artículo 8, por lo que se refiere a las restricciones impuestas a su capacidad de recibir bienes de su madre como a sus derechos sucesorios en relación con sus parientes próximos por la línea materna

2 Por lo que se refiere a los derechos patrimoniales de Paula Marckx cabe decir que, por las mismas razones, no hay violación del artículo 8 aisladamente considerado, pero sí del artículo 14 en combinación con el artículo 8.

Pero además es de aplicación aquí el artículo 1 del Protocolo I. Este precepto garantiza en sustancia el derecho de propiedad. Ahora bien, el derecho de disponer de los propios bienes constituye un elemento tradicional fundamental del derecho de propiedad. En su apartado segundo este artículo 1 autoriza a los Estados a regular el uso de los bienes conforme al interés general. Al Estado corresponde, pues, juzgar sobre la 'necesidad' de esa regulación. El 'interés general', por otra parte, puede conducir al legislador a imponer limitaciones a los derechos de libre dispo-

Recuerdo a Sus Señorías que nuestro Derecho vigente no sólo distingue entre hijos legítimos e hijos ilegítimos, sino que, a su vez, distingue entre los hijos ilegítimos, los naturales, adulterinos, sacrílegos, etcétera (rumores), distinción que se va operando a medida de sancionar cada vez

sición entre vivos o por causa de muerte. Por tanto, no se observa ninguna violación de este artículo 1 en sí mismo considerado.

Sí, en cambio, en cuanto que tales restricciones se aplican sólo a las madres solteras y no a las casadas. Aquí hay una distinción que no es ni objetiva ni razonable y, por tanto, una violación del artículo 14 combinado con el artículo 1 del Protocolo I, en perjuicio de Paula Marckx.

5. El Tribunal considera que no son aplicables al caso ni el artículo 3, que prohíbe los 'tratos degradantes', ni el artículo 12, que sanciona la libertad para contraer matrimonio.

4. Las demandantes solicitaron en el curso de una audiencia que se les reconociese el derecho a percibir un franco belga en concepto de daño moral. El Tribunal considera que no procede conceder a Paula y Alexandra Marckx una satisfacción equitativa distinta de la que resulta de la constatación de los perjuicios que han sufrido en el ejercicio de sus derechos.»

Hasta aquí los considerandos de la famosa Sentencia Marckx. Siguen luego las diecisiete declaraciones concretas en que se traduce el fallo y los siete votos particulares, singulares o conjuntos de algunos de los miembros del Tribunal, que no recojo porque su trascendencia es menor.

A esta sentencia y a su posible repercusión entre nosotros ya aludí en el «Adendum» I de la citada nota 36 de la primera entrega de estos comentarios (número 549 de esta Revista, págs. 315-6), aunque entonces no la reproduje por no alargar en demasía aquella nota.

Obsérvese que tras la reforma de 15 de mayo de 1981 nuestro Derecho se ha situado prácticamente en la línea progresiva que marca este fallo, tanto por lo que se refiere al acogimiento del principio *mater semper certa est* (cfr. nuevo art. 120-4.º, si bien en tanto no se modifique la Ley del Registro Civil cabe el desconocimiento por la madre de la filiación así determinada: art. 47 de la Ley del Registro Civil y 181 y 182 de su Reglamento) como por el establecimiento de parentesco entre la prole no matrimonial y adoptiva plena y la familia de sus progenitores o adoptantes (arts. 108, 2 y 176, 2 y los que los desarrollan en las esferas personal y patrimonial, por ejemplo: 211, 807, 931, 935, etc.), como, finalmente, por la inexistencia de discriminaciones entre las diversas clases de hijos (exceptuados los adoptivos simples), y a salvo lo que diré en el texto acerca precisamente del artículo 837, 2, donde acaso anida la única nota discordante, el último residuo discriminatorio para los hijos no matrimoniales en su variedad de adulterinos.

El texto de la sentencia lo he tomado de la obra de LINDE, ORTEGA Y SÁNCHEZ MORÓN, coordinada y prologada por GARCÍA DE ENTERRÍA, que en su día referí y he respetado la traducción que allí se ofrece a pesar de los no escasos galicismos que en ella se deslizan.

Además, esta famosa sentencia que alega el diputado Sotillo fue aducida también bajo su correcta grafía de caso «Marckx» (y no «Marcks» como disculpablemente hace la imprenta parlamentaria) por el Fiscal General del Estado en su informe emitido en la no menos interesante Sentencia de 1 de junio de 1981 dictada por el Pleno de nuestro Tribunal Constitucional resolviendo la cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Magistrado-Juez de Primera Instancia número 7 de Barcelona sobre el artículo 252. 2.º y 3.º, de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña y respecto de la que rehusó pronunciarse, como es sabido, aquel alto Tribunal por no tener repercusión, en todo caso, su decisión sobre el pleito en que se suscitó, ya que se trataba de una sucesión abierta antes de la entrada en vigor de nuestra Ley Fundamental (véase íntegra, sin perjuicio de lo que diré, en el suplemento al núm. 143 del B. O. E. del martes 16 de junio de 1981, págs. 4 a 7):

más la situación de los hijos no matrimoniales según cada una de estas categorías.

Pues bien: los artículos 837 y 840, y después los artículos 952 y 953, plantean la distinción entre los que antiguamente se llamaban hijos adul-

Aunque los supuestos fácticos no se coligen en todo su pormenor, parece ser que un causante catalán adulterinamente en vida con otra mujer y de la que tuvo un hijo, había otorgado un testamento —se alegó que en estado semicomatoso— en el que instituía heredera a su última compañera y efectuaba algún legado al vástago surgido de aquella relación, al que además había reconocido como hijo legítimo —sic— en un momento anterior. Seguramente por parte de la familia auténtica se pretendió en juicio declarativo de mayor cuantía la nulidad del susodicho testamento por fraude y por incapacidad de suceder de los demandados y la del reconocimiento del hijo y de la institución de heredera a favor de la compañera del adúltero. Planteada la cuestión de inconstitucionalidad, el alto Tribunal dio traslado de la misma al Congreso de los Diputados, al Senado, al Gobierno, al Fiscal General del Estado, al Parlamento y al Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, de los que sólo los cuatro últimos formularon alegaciones de muy recomendable lectura.

En concreto, el Fiscal General del Estado, después de suscitar una cuestión de prejudicialidad penal (principalmente por posible delito de falsedad en documento público, ya que, al parecer, el causante al ampliar su filiación en el testamento debió de calificar de esposa e hijo legítimos a la instituida y al legatario, respectivamente), solicitó para el caso de que no se estimase el anterior pedimento que se declarase *«la inconstitucionalidad del artículo 252, apartados 2 y 3, de la Compilación catalana, por ser contradictorio con los artículos 1, 14 y 39.2 de la Constitución. Esta contradicción se produce, a su juicio, porque aunque puede sostenerse que el artículo 39.2 no es norma que genere inmediatamente derechos y obligaciones, sino sólo en la medida en que sea objeto de desarrollo legislativo, en cuanto dicho artículo aplica a casos concretos el principio de igualdad que consagra el artículo 14 de la Constitución y que el artículo 1 de la misma erige en uno de los valores superiores del ordenamiento, si tiene evidentemente eficacia derogatoria frente a las leyes anteriores que se le opongan. Esto obliga a interpretar el ordenamiento sucesorio de manera adecuada a la Constitución, como respecto del Derecho belga ha ordenado el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en el llamado caso Marckx (Sentencia de 13 de junio de 1979), y, en consecuencia, a declarar inconstitucional el precepto cuestionado...»*

En sus fundamentos jurídicos, distribuidos en cuatro apartados, el alto Tribunal (del que fue ponente el Magistrado don FRANCISCO RUBIO LLORENTE) formuló unas interesantes consideraciones sumarias sobre la naturaleza de la cuestión de inconstitucionalidad y su diferencia respecto del recurso del mismo nombre (apartado 1.º), y, finalmente, tras abordar otras cuestiones de menor interés (apartados 2.º y 3.º) razonó la abstención del Tribunal por el motivo antes indicado (apartado 4.º).

De aquel primer apartado importa resaltar que para el Supremo Órgano de salvaguardia de la Constitución: *«... La cuestión de inconstitucionalidad es, como el recurso del mismo nombre, un instrumento destinado primordialmente a asegurar que la actuación del legislador se mantiene dentro de los límites establecidos por la Constitución, mediante la declaración de nulidad de las normas legales que violen esos límites. El objetivo común, la preservación de la constitucionalidad de las leyes, puede ser perseguido a través de estas dos vías procesales que presentan peculiaridades específicas, pero cuya identidad teleológica no puede ser ignorada. A diferencia del recurso, que sólo puede ser iniciado por los órganos que enumeran los artículos 161.1 (sin duda quiere decir 162.1) de la Constitución y 32 LOTC, y sólo dentro del plazo que fija el artículo 33 de la misma, la cuestión de inconstitucionalidad puede ser planteada por cualquier órgano judicial (art. 163 Constitución*

adulterinos y los que antiguamente se llamaban hijos ilegítimos, puesto que reciben un tratamiento desigual los que antiguamente se llamaban hijos adulterinos de los ilegítimos.

Quiero recordar al Gobierno una reciente Convención Europea sobre

y 35.1 LOTC), sea cual sea la fecha de entrada en vigor de la norma legal cuestionada. Esta mayor amplitud relativa de la cuestión de inconstitucionalidad no la convierte, sin embargo, ni en un instrumento procesal que quepa utilizar para transferir al Tribunal Constitucional la decisión de litigios concretos, que pueden ser resueltos sin acudir a las facultades de que este Tribunal dispone para excluir del ordenamiento las normas inconstitucionales, ni, menos aún, para buscar a través suyo una depuración abstracta del ordenamiento, que normalmente debe ser obra del legislador ordinario, y que sólo a través de una acción cuya titularidad corresponde a muy escasos órganos o partes muy cualificadas de ellos, y es ejercitable únicamente dentro de un breve plazo preclusivo, ha sido atribuida a este Tribunal. La cuestión de inconstitucionalidad no es una acción concedida para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la ley, sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la Ley y a la Constitución. La estricta aplicación del principio de jerarquía permitiría al Juez resolver el dilema en que lo situaría la eventual contradicción entre la Constitución y la Ley con la simple inaplicación de ésta, pero ELLO HUBIERA IMPLICADO SOMETER LA OBRA DEL LEGISLADOR AL CRITERIO TAL VEZ DIVERSO DE UN ELEVADO NUMERO DE ORGANOS JUDICIALES, DE DONDE PODRIA RESULTAR, ENTRE OTRAS COSAS, UN ALTO GRADO DE INSEGURIDAD JURIDICA. El constituyente ha preferido, para evitarlo, sustraer al Juez ordinario la posibilidad de inaplicar la ley que emana del legislador constituido, aunque no la de cuestionar su constitucionalidad ante este Tribunal que en cierto sentido es así, no sólo defensor de la Constitución, sino defensor también de la Ley. La defensa de la Constitución frente a las eventuales extralimitaciones de los órganos dotados de poder para crear normas de carácter general corresponde, en primer lugar, a los Jueces y Tribunales que han de negar validez a las normas reglamentarias que sean contrarias a la Constitución, inaplicándolas, y están facultados para INAPLICAR TAMBIEN INCLUSO LAS NORMAS LEGALES QUE ADOLEZCAN DEL MISMO DEFECTO, CUANDO SEAN ANTERIORES A LA CONSTITUCION. La supremacía de ésta obliga también a los Jueces y Tribunales a examinar, de oficio o a instancia de parte, la posible inconstitucionalidad de las leyes en las que en cada caso concreto hayan de apoyar sus fallos, pero en defensa, como antes se dice, de la dignidad de la ley emanada de la representación popular, el juicio adverso a que tal examen pueda eventualmente conducirlos no los faculta para dejar sin más de aplicarlas, sino sólo para cuestionarlas ante este Tribunal. La depuración continua del ordenamiento desde el punto de vista de la constitucionalidad de las leyes, y siempre a salvo la acción del propio legislador, es así resultado de una colaboración necesaria entre los órganos del poder judicial y el Tribunal constitucional, y sólo esta colaboración puede asegurar que esta labor depuradora sea eficaz y opere de manera dinámica y no puramente estática, ya que sólo por esta vía, y no por la del recurso de inconstitucionalidad, cabe tomar en consideración el efecto que la cambiante realidad social opera sobre el contenido de las normas...»

Al apartado 4.º, por su parte, corresponden estos nucleares párrafos: «... Es claro que los efectos que sobre la validez y la eficacia de las normas se derivan de su contradicción con la Constitución sólo surgen desde el momento en que se produce la contradicción misma, esto es, para las normas promulgadas con posterioridad a la Constitución, desde el momento de su entrada en vigor, y para las anteriores al texto constitucional, desde la fecha en que éste inició su vigencia

En el presente caso, y de existir efectivamente la contradicción total o parcial entre el artículo 252 de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña y

el Estatuto Jurídico de los niños nacidos fuera del matrimonio, que ha entrado en vigor después de su firma por tres países, que lleva fecha de 15 de octubre de 1975, número 85 de las Convenciones, que no ha sido

la Constitución, la derogación total o parcial de aquella norma se habría producido el día 29 de diciembre de 1978 y no podría tener repercusión alguna sobre los derechos y obligaciones nacidos con anterioridad a esa fecha, como son los que nacieron en el momento de la muerte (26 de agosto de 1975) del causante de la herencia objeto del proceso civil (artículo 657 del Código Civil), fecha a la que hay que referir también la calificación de capacidad de los herederos o legatarios (artículo 758 del Código Civil). En la medida en que el fallo del juez haya de basarse precisamente en la existencia o inexistencia de capacidad sucesoria de los designados en el testamento, ese fallo no depende, pues, en modo alguno del pronunciamiento que este Tribunal pudiera hacer sobre los efectos derogatorios que hayan de atribuirse a la probable contradicción entre la norma cuestionada y la Constitución.

COSA MUY DISTINTA ES LA INTERPRETACION QUE, UNA VEZ PROMULGADA LA CONSTITUCION, HAYA DE HACERSE DE UNA NORMA QUE EN RAZON DE SER ANTERIOR A LA CONSTITUCION PUEDE SER INAPLICADA POR EL PROPIO JUEZ SI LA CONSIDERA CONTRARIA A ELLA, pero cuya validez en el momento del nacimiento de los derechos sucesorios de las partes no puede ser cuestionada, y cuyo sentido responde a una valoración social de determinadas relaciones personales bien distinto al que subyace a los preceptos de nuestra Ley Fundamental ESA INTERPRETACION CORRESPONDE, SIN EMBARGO, AL JUEZ CIVIL Y NO A ESTE TRIBUNAL...» (todas las mayúsculas son mías).

De esta interesante sentencia que traigo a colación aquí, al socaire de su lejana conexión con otra europea aducida en el discurso parlamentario anotado por la presente, me importa destacar dos conclusiones:

— La primera que según el Tribunal Constitucional la retroactividad de nuestra Norma Fundamental, al parecer, no pasa de ser una retroactividad de tipo medio o incluso mínimo (para esta conocida distinción *vide* FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil de España*, tomo I, 3.ª ed., I.E.P., Madrid, 1955, págs. 723-4; también en *Compendio de Derecho civil*, 5.ª ed., Madrid, 1970, pág. 148), de manera que los dictados de aquélla no sólo no son aplicables a situaciones consumadas (v. gr., a particiones ya hechas), sino ni siquiera por consumir (v. gr., sucesiones abiertas pendientes de reparto). Es sin duda una solución timorata o conservadora, pero segura, de la que el propio legislador ordinario (cfr. disposición transitoria octava de la Ley de 13 de mayo de 1981) no ha osado apartarse, influido, además, sin duda, por lo dispuesto en el artículo 53.3 de la propia Constitución, en relación con el 39.2, y a pesar del artículo 14 de la misma. No es eso lo que algún autor (concretamente JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA en «Algunas consideraciones acerca de las inscripciones a favor de mujer casada después de la reforma del Código Civil», en esta misma Revista, núm. 512, correspondiente a enero-febrero de 1976, página 45 y nota 4 ter) defendió a propósito de la supresión de la licencia marital por la Ley de 2 de mayo de 1975, para la que se postuló retroactividad de tipo máximo. Sin duda, la igualación de los hijos no ha parecido cometido tan urgente o perentorio como la supresión de las restricciones a la capacidad personal, y por eso las soluciones del legislador de 13 de mayo y de nuestro Tribunal Constitucional resultan prudentes y se sitúan en la misma línea que la Sentencia Marckx que ya vimos negó, a instancias del Estado belga, todo alcance retroactivo a sus revolucionarios pronunciamientos. Pero en lo que no se puede estar de acuerdo con el Alto Tribunal es en esa sorprendente incitación final (mero *obiter* por lo demás) a que el Juez de instancia inaplique el artículo 252, 2.º y 3.º, de la Compilación catalana si considera derogado esos apartados por la Constitución, pues si para aquel Alto Organismo el precepto compilado no puede tener repercusión en el fallo, tampoco debe tenerla para el primer grado jurisdiccional. Si el Tribunal Constitucional no reconoce al principal objeto de su salvaguardia, esto es, a la Constitución, retro-

firmada por el Estado español ni se ha solicitado de esta Cámara la autorización para ratificarla, y que rogaría se tomase nota de que, tras la aprobación de esta Ley, conviene que el Estado español se adhiera, firme y posteriormente ratifique esta Convención Europea sobre el Estatuto Jurídico

actividad de tipo medio, tampoco debe sugerir que se la atribuya el Juez cuestionante. En definitiva, no se debe impetrar de los demás audacias que uno no está dispuesto a afrontar.

— La segunda conclusión que quería extraer de esta Sentencia de 1 de junio de 1981 es precisamente la necesidad de profundizar en esa llamada que formula a la inaplicación de normas preconstitucionales que los Jueces de instancia estimen derogadas por la Ley Fundamental. La cuestión ya fue abordada prolijamente en la importantísima Sentencia del Pleno del propio Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981 (*B.O.E.* Suplemento al núm. 47 de 24 de febrero del mismo año), donde se declaró (ponente: don RAFAEL GÓMEZ-FERRER MORANT) que: «Así como frente a las Leyes postconstitucionales el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación a las preconstitucionales, LOS JUECES Y TRIBUNALES deben inaplicarla si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma; o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad... «El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad —es decir, el que actúe previamente un Juez o Tribunal al que se le suscite la duda— no es un requisito para que el Tribunal Constitucional pueda enjuiciar las Leyes preconstitucionales. El enjuiciamiento de la conformidad de las Leyes con la Constitución es, por el contrario, una competencia propia del mismo que sólo excepcionalmente, en cuanto a las anteriores a la Constitución, CORRESPONDEN TAMBIÉN A LOS JUECES Y TRIBUNALES INTEGRADOS EN EL PODER JUDICIAL, los cuales al inaplicar tales Leyes no enjuician realmente la actuación del legislador —al que no le era exigible en aquel momento que se ajustase a una Constitución entonces inexistente—, sino que aplican la Constitución, que ha derogado las Leyes anteriores que se opongan a lo establecido en la misma y que —por ello— son inconstitucionales. » (A esta Sentencia le formuló un voto particular el propio Magistrado, señor RUBIO LLORENTE, en el que expone su personal opinión acerca de que son sólo los órganos del Poder Judicial los que ostentan el monopolio de la apreciación de la derogación por la Constitución de las Leyes anteriores al 29 de diciembre de 1978, sin que pueda el Alto Tribunal del que forma parte declarar la inconstitucionalidad sobrevenida de esas normas preconstitucionales). Finalmente (aunque puede verse también el fundamento jurídico 2 de la sentencia de 10 de noviembre de 1981, *B.O.E.*, suplemento al núm. 277, de 19 de noviembre de 1981) se sitúa en la misma línea y profundiza en la cuestión la no menos decisiva sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981 (*B.O.E.*, suplemento al núm. 99, de 25 del propio mes y año), en la que se afirma (Ponente: don LUIS DíEZ-PICAZO) que: «Lo anterior no significa en modo alguno que el Tribunal (Constitucional) pretenda asumir el monopolio para decidir la derogación del derecho positivo anterior por la fuerza normativa de la Constitución en cuanto norma. Esta es una cuestión que obviamente PUEDEN RESOLVER POR SI SOLOS LOS JUECES ORDINARIOS. Mas es claro también que pueden someterla a este Tribunal por la vía de los artículos 35 y siguientes de la Ley Orgánica del mismo, y si la cuestión le es propuesta al Tribunal, el Tribunal deberá resolverla, porque no deja de ser bajo uno u otro prisma una cuestión de inconstitucionalidad, ya que el artículo 35 parte de la premisa de que la solución del problema se le presenta al Juez como dudosa» ... «La diferencia —concluye— que existe entre el pronunciamiento de este Tribunal y el que puedan adoptar sobre los temas de derogación los Jueces ordinarios consiste obviamente en que, una vez que este Tribunal se ha pronunciado sobre el tema, todos los poderes del Estado deben acatamiento a su decisión, mientras que las resoluciones de los órganos ju-

dico de los niños nacidos fuera del matrimonio. Pero conviene que la firme siempre que se modifiquen estos artículos, porque si no nuestro Derecho estará en contradicción con esta Convención Europea sobre el Estatuto Jurídico de los niños nacidos fuera del matrimonio.

risdccionales surten solamente sus efectos en el caso concreto y entre las partes implicadas en tal caso concreto» (sobre la materia de estas sentencias puede consultarse LUCIANO PAREJO ALFONSO: «La Constitución y las leyes preconstitucionales. El problema de la derogación y la llamada inconstitucionalidad sobrevenida. A propósito de la jurisprudencia constitucional sobre el tema», en *R.A.P.*, núm. 94, enero-abril 1981, págs. 201 a 223, y ahora también ANTONIO CANO MATA: *Sentencias del Tribunal Constitucional sistematizadas y comentadas*, t. I, correspondiente a las del año 1981, Ed. R.D.P.-Edersa, Madrid 1982, especialmente págs. 38-39, 151-2 y 391-4). Obsérvese que en ningún momento se distinguen sectores dentro de nuestra Ley Fundamental cuya contrariedad al derecho anterior priven a éste de legitimidad; antes bien, en contra de lo que parece desprenderse del polémico artículo 53, apartados 2 y 3, de la Constitución, la rotundidad de las expresiones de los fallos constitucionales inducen a pensar que en la mente de los Magistrados de la Suprema Corte interpretativa toda la Constitución ha tenido inmediata vigencia y, por tanto, inmediata virtualidad derogatoria, aunque insisto en que se trata de una mera impresión inicial, hasta ahora, eso sí, no desmentida claramente por pronunciamientos ulteriores.

Pues bien: ante el «levantamiento de la veda» que implica la anterior doctrina ya han empezado a «caer» las primeras «piezas» del Ordenamiento preconstitucional a manos de Jueces de instancia. Así, en el *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, segunda época, número 16, correspondiente a abril de 1982, se da cuenta —págs. 537 a 540— de la Resolución del Juzgado de Primera Instancia de Sevilla número 17, de fecha 16 de diciembre de 1981, en la que se autorizaba la adopción simple de un joven de diecinueve años por parte de un sacerdote católico de cincuenta, sobre la base de este Considerando sin desperdicio alguno:

«... Considerando: Que la Constitución española de 1978, culminando el edificio jurídico de un Estado democrático y social de Derecho, ha proclamado, en su artículo 14, la igualdad de los ciudadanos ante la Ley, rechazando cualquier discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Que, congruente con su categoría de Norma fundamental, el citado texto político deroga cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en el mismo. Que, sentadas estas premisas, es evidente: A) Que el CC, ocupándose de la adopción, sitúa el artículo 172 en el ámbito de sus 'Disposiciones generales', abarcando, por ello, la forma plena y la simple, y advirtiendo que no pueden adoptar —entre otras— 'las personas a quienes su estatuto religioso prohíba el matrimonio', lo que resulta de aplicación a los ordenados *in sacris*, de conformidad al canon 1.072 del Código de Derecho Canónico. B) Que, no obstante lo expuesto, y sin perjuicio de la contemplación del citado impedimento dirimente en el ámbito religioso, es lo cierto que la Constitución acoge el principio de aconfesionalidad del Estado (art. 16, 3), y, en consecuencia, la Ley de 7 de julio de 1981 (por la que se modifica la regulación del matrimonio en el CC, y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio), contempla el matrimonio como institución única, si bien puede ser contraído ante la autoridad civil o 'en la forma religiosa legalmente prevista' (art. 49), en la que coinciden los artículos 59 y 60, también del referido Código. C) Que, coherente con esta interpretación, aparece el contenido de los artículos 46 y 47 de dicha norma, que, al enumerar a las personas que no pueden contraer matrimonio, no incluye ni tampoco alude a los sacerdotes, a diferencia de la regulación precedente que, reconociendo 'dos clases de matrimonio' (art. 42 CC), al referirse incluso al matrimonio civil, excluía a los 'ordenados *in sacris* y los profesos en una Orden religiosa ca-

Recuerdo que, estando en contradicción con la Convención, cualquier ciudadano español tendrá derecho a plantear un recurso ante el Tribunal de Estrasburgo por la inaplicación del Convenio de Roma referente a los Derechos Humanos y por los textos interpretativos jurisprudenciales y le-

nómicamente aprobada, ligados con voto de castidad, a no que unos y otros hayan obtenido la correspondiente dispensa canónica...’ (art. 83, 4), remitiéndose, en lo tocante al matrimonio canónico, a las disposiciones de la Iglesia (art. 75 CC). D) Que, siendo esto así, y no existiendo desde el Ordenamiento del Estado impedimento alguno de carácter matrimonial para las antes citadas personas, con más abundante razón entiende el Juzgador que no puede ser excluido de la posibilidad de adoptar, ya que esta institución jurídica es de distinta identidad a la del matrimonio, y se tipifica más adecuadamente en el ámbito de las relaciones paternofiliales (art. 108 CC, modificado por Ley de 13 de mayo del presente año). E) Que, finalmente, y por si los anteriores razonamientos no bastarán, se ha de volver —en una contemplación de jerarquía de normas— al texto constitucional, que, como se indicaba, DEROGA DE FORMA AUTOMÁTICA Y POR APLICACIÓN DIRECTA CUALQUIER DISPOSICIÓN PREVIA QUE SE OPONGA A LA MISMA, en este caso el apartado primero del precitado artículo 172 CC, relativo a la imposibilidad de que puedan adoptar ‘las personas a quienes su estatuto religioso prohíba el matrimonio...’, supuesto o circunstancia que, aun cuando (por omisión del legislador de alcance meramente formal), no se ha suprimido expresamente en la nueva redacción que da al mencionado precepto la Ley de 13 de mayo de 1981, ya venía recogida con anterioridad (conforme a la Ley de 4 de julio de 1970) y, por ello mismo, HA DE ENTENDERSE QUE QUEDO SIN EFECTO A PARTIR DEL PROPIO TEXTO CONSTITUCIONAL, CUYOS PRECEPTOS SON VINCULANTES Y ‘ORIGEN INMEDIATO DE DERECHOS Y OBLIGACIONES Y NO MEROS PRINCIPIOS PROGRAMÁTICOS’, COMO HA PROCLAMADO EL TC EN RESOLUCIÓN DE 15 DE JUNIO DE 1981 (precisamente la primera que he reproducido parcialmente; vuelvo a advertir que las mayúsculas también son mías aquí). Que, por todo ello, y aun cuando desde un punto de vista residual-formal no se haya expresamente mencionado por la última modificación legal la circunstancia o impedimento ahora contemplado, es evidente que —por la fecha a que se retrotrae su redacción original— perdió, como se ha indicado, toda eficacia en el contexto del Ordenamiento jurídico...»

A este auto tan valiente y humano como llamativo sólo le ha faltado recordar que una solución parecida la había adoptado ya la Dirección General de los Registros y del Notariado a partir de la Resolución de 14 de febrero de 1980, cuando declaró —antes de la aprobación de la Ley 30/1981, de 7 de julio— que había quedado inmediatamente sin vigor desde la vigencia de la Constitución y por ser contrario a ella el impedimento de orden sacro recogido en el antiguo artículo 83, 4, del CC. (Puede verse en el Anuario de la susodicha Dirección correspondiente al año 1980, Editorial Gráficas Orion, Madrid 1981, págs. 440 a 443)

De todas maneras, esta doctrina de la vigencia inmediata y casi indiscriminada de la Constitución, dado su carácter normativo y no programático —doctrina cada día más en auge; el último botón de muestra puede verse en la exposición de motivos del Real Decreto de 24 de septiembre de 1982, número 2574/82, del Ministerio de Economía y Comercio, B.O.E. núm. 247, del 15 de octubre siguiente—, y, por ende, la doctrina de su eficacia derogatoria apreciable directamente por los Tribunales de instancia, no dejan de entrañar serios riesgos. El principio de seguridad jurídica garantizado por el artículo 9.º, 3, de la propia Constitución se va a resentir en demasía. Además, se puede «politizar» exageradamente la aplicación del inmenso Ordenamiento preconstitucional, en función de cómo entienda los principios constitucionales, y en especial el de igualdad, de su artículo 14, el intérprete de turno.

Por otra parte —se me ocurre pensar—, esa democrática rebeldía normativa sugerida desde la suprema instancia interpretativo-constitucional, ¿se ha de circuns-

gislativos del propio Consejo. Esta Convención señala en su artículo 9.º la siguiente frase: 'Los derechos de los niños nacidos fuera del matrimonio en la sucesión de sus padres y de los miembros de las familias de sus padres son los mismos que si hubieran nacido dentro del matrimonio.' No existe ninguna limitación; no existe ninguna matización; todos los derechos de los niños nacidos fuera del matrimonio en la sucesión de sus padres o de las familias de sus padres son los mismos que los derechos de los niños nacidos en el matrimonio (artículo 9.º de esta Convención Europea).

Si no se modifican los textos que hoy trae el dictamen de la Comisión nos encontraremos en una flagrante contradicción con las normas europeas y con el Derecho de los demás países que han ido aplicando la Convención y las interpretaciones posteriores.

Por tanto, nosotros, que hemos mantenido esta posición en Ponencia, que la mantuvimos en Comisión y que hoy la reiteramos en el Pleno, in-

cribir sólo a los genuinos Jueces? (cf. las alusiones a «órganos del Poder Judicial» que se hacen en la sentencia de 2 de febrero de 1981 aludida), ¿o se va a poder —o deber— practicar por todos los aplicadores de las normas, en concreto —y por lo que me afecta— por funcionarios profesionales que, aun incardinados formalmente en la Administración estatal, desempeñan una labor calificadora o fedataria independiente, ajerárquica, como nos sucede a los Notarios y Registradores (a los últimos de los cuales hasta se nos ha denominado doctrinalmente con acierto «jueces territoriales»)?, ¿una partición, por ejemplo, en la que se haga aplicación, apartando al indigno, del artículo 252, 2.º y 3.º, de la Compilación de Cataluña, a cuyo desacato judicial invita el Tribunal Constitucional, debe ser denegada o suspendida por un Registrador deseoso de obedecer los artículos 14 y 39, 2, entre otros, de la Constitución?, ¿o, por el contrario, si se quiere desactivar aquel precepto compilativo, se impone en todo caso que el afectado deba recurrir a la vía del artículo 66, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria: acudir a los Tribunales de Justicia para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los títulos? Dígase lo mismo si en el documento se intenta aplicar las modernas versiones de la presunción muciana, de la auténtica *si qua mulier* o del senadoconsulto voleyano, etc. Dejo abierto el interrogante, pero medítese: A) que uno de los primeros órganos en aplicar (cf. también su Instrucción sobre matrimonio civil de 26 de diciembre de 1978) la eficacia derogatoria inmediata de la Constitución ha sido la Dirección General de los Registros y del Notariado, nuestro Centro directivo superior jerárquico; y B) que la Resolución del Magistrado-Juez de Sevilla se dictó en expediente de jurisdicción voluntaria, no contenciosa, que es a la que cierta doctrina, no precisamente minoritaria, aproxima la naturaleza del procedimiento registral.

Ciertamente sería menos problemático y comprometedor para los Jueces y demás aplicadores de la norma, y al mismo tiempo más seguro para los ciudadanos, que la inconstitucionalidad sobrevenida se declarase por un órgano centralizado, cual el Tribunal Constitucional, a semejanza de lo que ha prevalecido en Italia, o, a lo sumo, y en cada ámbito, por un Centro directivo unificador de criterios, como, para nosotros, nuestra Dirección General; pero no parece que sea ésa, hoy por hoy, la técnica operativa que va prevaleciendo. (Para la profundización en esta importante materia resulta imprescindible también la densa, aunque algo radical, obra de ENRIQUE FONSA BENLLOCH: *Estudios de Derecho de familia*, tomo I: *La Constitución y el Derecho de familia*, Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona 1981, en especial los capítulos V a XX de la Sección segunda del Estudio primero, que sería ya impertinente pretender resumir o glosar aquí.)

sistimos en que esta Ley carece de toda eficacia, carece de todo sentido de reforma si estas normas no se corrigen en este momento, porque, de lo contrario, se habrán hecho unas bonitas declaraciones de principios, pero eficacia en el momento clave, en el momento de los derechos sucesorios, no existirá. Eso es lo que nosotros reiteramos aquí, con el deseo y la esperanza de que nuestra posición pueda ser aceptada por la mayoría de la Cámara para corregir estas discriminaciones, estos posibles incumplimientos de la normativa europea sobre esta materia.»

Hasta aquí, Sotillo.

Tras una intervención para defender otras enmiendas del diputado de Socialistas de Cataluña señor Verde Aldea, intervino en defensa del texto de la Comisión el diputado de U.C.D. señor Ruiz Navarro i Gimeno, quien dijo (20):

«Señor Presidente: El turno de contestación, si Su Señoría nos lo admite, lo vamos a dividir en dos partes. Yo voy a contestar a la enmienda número 356 y 357, y mi compañera la señora Pelayo lo hará al resto de las enmiendas que se han formulado.

A mí me gustaría demostrar al señor Sotillo que lo que ha dicho, y muy bien dicho por cierto, no se puede aplicar concretamente a la enmienda 356 y, consecuentemente, y por congruencia, a la 357.

Entiendo, modestamente, que no hay discriminación aquí. El artículo 837 recoge el primer párrafo con idéntico contenido que el actual vigente, en su redacción de la Ley de 24 de abril de 1958, y partiendo de la base de que cuando no concurren descendientes, pero sí ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho (al) usufructo de la mitad de la herencia. Pues bien: el segundo párrafo, al cual se refiere concretamente la enmienda 356, establece igual extensión, es decir, que la legítima del cónyuge sobreviviente será de la mitad de la herencia 'cuando los únicos herederos forzosos que concurren con el viudo o viuda sean hijos sólo de su consorte concebido(s) constante el matrimonio de ambos'. Y sigue —porque esto es importante—: 'La cuota usufructuaria recaerá en este caso sobre el tercio de mejora, gravando el resto el tercio de libre disposición.'

Por lo pronto, este último párrafo que acabo de leer no priva de la legítima a los hijos extramatrimoniales, adulterinos podríamos decir; no les priva de la legítima. Lo que pasa es que, de suprimirse este párrafo, se atentaría al derecho del cónyuge inocente en caso de adulterio. ¿Por qué? Porque si el cónyuge sobreviviente no tiene hijos propios del ma-

(20) D.S. cit., págs. 9036 y 9037.

trimonio, o extramatrimoniales, tendría derecho, según las personas que concurran, o a la mitad o a las dos terceras partes de la herencia como cuota legal usufructuaria.

Si se elimina este artículo, entonces el cónyuge que no ha tenido hijos del matrimonio, pero concurre con los hijos del cónyuge fuera del matrimonio, constante el matrimonio, vería disminuida su cuota legal usufructuaria.

Entonces, esta enmienda, de prosperar, produciría, señoras y señores diputados, los siguientes efectos: primero, se penaría al cónyuge llamémosle inocente de un adulterio del otro cónyuge, reduciéndole su legítima usufructuaria; y segundo, con la actual redacción que se propone en el Proyecto no se discrimina a los hijos extramatrimoniales, puesto que se conserva la nuda propiedad de su legítima.

Por estas razones, señor Presidente, nos oponemos a la enmienda 356 y a la 357, que es consecuencia de la misma.»

En turno de réplica, Sotillo insistió (21):

«Dos cosas, señor Presidente: una, respecto a la intervención relativa a los artículos 837 y 840. Yo, lamentándolo mucho, tengo que concluir, de la intervención en contra de nuestras enmiendas, que, en primer lugar —naturalmente, coincido con Su Señoría—, los artículos 837 y 840 no privan de la legítima a estos hijos: faltaría más. Porque si privaran de la legítima lo que estaríamos haciendo es un precepto inconstitucional, por el artículo 39, 2, de la Constitución. Pero no se trata de legítima; se trata de una sutileza que aparece muy escondida en el texto, pero que un lector avezado en esta clase de textos sabe descubrir, y sabrá descubrir en el futuro. Insisto en que el segundo párrafo de los artículos 837 y 840 pueden dar lugar a demandas ante el Tribunal de Estrasburgo; vamos a ver, en ese supuesto, qué resultará de ese tipo de sentencias.

En segundo lugar, aquí se trata de hijos que concurren a la herencia de su padre, sin distinción de si los tuvo en el matrimonio o no.

En tercer lugar, a mí me parece que con la aplicación que se hace de los artículos 837 y 840 lo que se hace es, partiendo de la base del adulterio, y partiendo de la sanción que ese supuesto debe conllevar, se sanciona al hijo, y no al padre. Era lógico haber buscado una fórmula de sanción al testador, pero no: aquí resulta que se sanciona al hijo, al hijo adulterino que, naturalmente, tiene que cargar con el pecado que no cometió. Y eso es lo que a nosotros no nos parece correcto...»

Y, a modo de dúplica, dijo por último Ruiz Navarro (22):

(21) D.S. cit., pág. 9038.

(22) D.S. cit., pág. 9039.

«Un minuto solamente, señor Presidente. Señor Sotillo: nosotros seguimos estimando que no se perjudica a esos hijos adulterinos con el mantenimiento del párrafo segundo del artículo que nos ocupa. Lo que sucede —insisto en ello— es que en el Derecho siempre confluyen una serie de intereses que hay que jerarquizar en la protección con la norma.

Sería muy triste —por lo menos lo es para nosotros— que el cónyuge inocente de ese adulterio se viera perjudicado en su legítima por la existencia de esos hijos extramatrimoniales o adulterinos. Creo que, si bien hemos despenalizado el adulterio, de ninguna de las formas debemos establecer que el cónyuge que es inocente de ese adulterio se vea menoscabado en sus derechos por ese hecho; cuanto más —y esto es lo fundamental, insisto en ello— los hijos no se ven privados de su legítima, ¡pues no faltaba más, claro, señor Sotillo!; pero no se ven privados de ella.»

En la votación subsiguiente el texto de la Comisión obtuvo 118 votos a favor, en tanto que la enmienda socialista sólo consiguió 97 (hubo cuatro abstenciones), por lo que fue desestimada.

En el Senado el Grupo parlamentario Socialista volvió a la carga mediante la enmienda número 16, suscrita por su portavoz, don Juan José Laborda Martín, y en la que proponía la supresión del párrafo segundo del artículo 837, aduciendo escuetamente como motivación que «supone discriminar los derechos sucesorios de los hijos no matrimoniales» (23).

Tanta insistencia por fin hizo mella en los senadores ponentes, ya que en su informe propusieron la supresión del segundo párrafo del artículo 837 (así como la de todo el 840, según veremos), y su sugerencia fue secundada por la Comisión de Justicia e Interior y por el Pleno de la Segunda Cámara.

Mas de vuelta al Congreso, y sin que se produjese debate alguno, éste no aceptó la enmienda supresora del Senado y resucitó por 250 votos (24) contra diez y tres abstenciones el texto que la Cámara Baja había aprobado en primera instancia.

II. COMENTARIO

1. El párrafo primero de este artículo coincide en su letra con el íntegro contenido de su correlativo anterior, pero no así en su alcance, por-

(23) B.O.C.G. —Senado—, núm. 154 (c), 24 de febrero de 1981, pág. 43.

(24) Ese número de votos patentiza que los socialistas desistieron, en último extremo, de su visión como discriminatorio del artículo 837, 2 (y, en consecuencia, del 840), sea por convencimiento, sea por error o descuido en una votación que sabían perdida, o sea, por último, por una de esas transacciones internas o secretas a que nos tienen acostumbrados nuestros parlamentarios.

que los ascendientes que reducen el usufructo viudal a la mitad ya no son sólo, como se interpretaba mayoritariamente antes (25), los legítimos —y equiparados—, sino también los no matrimoniales y los padres y demás ascendientes del adoptante en forma plena (26).

Desde esa perspectiva mayoritaria se ha perjudicado la situación del viudo, pues aumentan las hipótesis de concurrencia en que su usufructo queda limitado a la mitad y no a los dos tercios del caudal; y, en todo caso, desde cualquier otra opinión, también se le perjudica en concurrencia, antes imposible, con los padres y demás ascendientes de los padres naturales y adoptivos plenos; en cambio, se le favorece en relación con los adoptantes simples, que ya no son legitimarios.

2. A) CONSTITUCIONALIDAD.—Pero, sin duda, el párrafo más interesante del artículo 837 C. C., por lo que encierra de novedad, es el segundo. Ya he expuesto la polémica parlamentaria que hasta casi el último momento suscitó este párrafo a propósito de su constitucionalidad, y ahora es ya de abordar esta primordial cuestión.

(25) *Vide* VALLET: *Comentarios...* cit., 1.ª ed., págs. 432-3; LACRUZ: *Op. cit.*, edición 1973, pág. 93; MANUEL ALBALADEJO GARCÍA: *Manual de Derecho de familia y sucesiones*, Bosch, Barcelona 1974, pág. 311; JAIME SANTOS BRIZ: *Derecho civil. Teoría y práctica*, t. VI, Edersa, 1979, pág. 651; MANUEL BATLLE VÁZQUEZ: «Observaciones sobre la reforma del Código Civil», en *R.G.L.J.*, 1958, t. II, pág. 451. Opiniones discrepantes que ahora ya no interesa destacar mantuvieron: JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, t. VI, vol. II, Ed. Reus, Madrid 1973, pág. 598; ALFONSO DE COSSÍO Y CORRAL y ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS, en su revisión de las *Instituciones de Derecho civil español*, de Felipe Clemente De Diego, t. III, Madrid, 1959, pág. 224, y JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO, «La cuota viudal, tras su reforma», *R.G.L.J.*, enero 1959, t. I, págs. 100 y ss. No tomaron partido: PUIG BRUTAU: *Op. cit.*, V, 3.ª, págs. 137-8; DIEGO ESPÍN CÁNOVAS: *Manual de Derecho civil español*, vol. V, 3.ª ed., Madrid 1970, ed. R.D.P., páginas 465-7, y LUIS Díez PICAZO y ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Tecnos, Madrid 1978, pág. 660.

(26) Así también lo ha reconocido, tras la reforma, VALLET, en la 2.ª edición de los *Comentarios...* de Edersa cit., pág. 467, y en su ponencia «Reforma del Código Civil en materia de sucesiones», en la *R.D.N.*, núm. 112, correspondiente a abril-junio de 1981, págs. 405-6. Parecidamente, JESÚS DELGADO ECHEVARRÍA, en «La reforma en el Derecho de sucesiones», dentro del libro colectivo *El nuevo régimen de la familia. II Filiación, patria potestad, economía del matrimonio y herencia familiar*, Cuadernos Civitas, 1981, págs. 188-190; LACRUZ, en su *Derecho de sucesiones*, ed. de 1981, cit., pág. 477, reproduce el artículo 837, 1, sin formular distinciones, aunque hay que tener en cuenta su peculiar posición sobre los ascendientes de segundo y ulterior grado por adopción —págs. 472-3—, que alcancé a recoger en el «Addendum» II de la nota 36 de la primera parte de estos «Comentarios...» (número 549 de esta Revista, pág. 317). Lo mismo cabe decir de ALBALADEJO: *Curso de Derecho civil V. Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona 1982, pág. 379, con idéntica salvedad sobre su tesis a propósito de los ascendientes por adopción plena recogida *eodem loco*, págs. 316-7.

a) *Doctrina*

Las primeras opiniones doctrinales que se han vertido al respecto de la concordancia con la Constitución del párrafo segundo del artículo 837 (y su corolario obligado, el 840) han sido, forzoso es reconocerlo, bastante conservadoras.

VALLET estima perfectamente compatibles en este punto la Ley fundamental y la ordinaria (27), lo mismo que RODRÍGUEZ ADRADOS (28);

(27) «Alguien ha dicho —escribe— que este precepto (el 837, 2) va contra la igualdad ante la Ley de todos los españoles, 'sin discriminación alguna por razón de nacimiento', declarada en el artículo 14 de la Constitución de 1978. Pero este artículo también declara la no discriminación 'por cualquier otra condición o circunstancia personal y social'; y, siempre que no se miren las cosas unilateral y monolinealmente, resulta que toda igualdad impuesta comporta y trae otras desigualdades. Y aquí vemos dos viudas que se casaron sin haber tenido antes hijo alguno, ni ellas ni su cónyuge, que no tuvieron hijos en su matrimonio, incluso cabe que a favor de cada cual testase su respectivo consorte, instituyéndola universal heredera. A ninguno de los maridos premuertos les sobrevivió ascendiente alguno. A una de estas mujeres su marido le fue fiel, y a la otra no sólo le fue infiel, sino que tuvo, o le colgaron, un hijo no matrimonial de los que hasta ahora han sido calificados de adulterinos. Pues bien: por esas circunstancias, la Ley, que reconoce a la primera viuda una cuota viudal en usufructo de dos tercios y no pone obstáculos a que sea heredera universal, en cambio, a la otra, por la 'circunstancia individual' de la infidelidad de su marido y de su consecuencia, real o colgada, la propia Ley le reduce su cuota legitimaria en usufructo de dos tercios a la mitad y no le respeta la institución de heredera universal, que será anulable si el hijo no matrimonial nació después de otorgado el testamento, o se le reducirá en dos tercios, en caso de haber ya nacido» (en «Comentarios...», 2.^a cit., pág. 468, y también en la ponencia sobre «Reforma...» cit., pág. 406).

(28) «La lucha contra estos artículos (se refiere al 837, 2, y 840), los únicos salvados del naufragio, parece que va a continuar bajo la misma línea argumental de su inconstitucionalidad. Difícilmente pueden considerarse discriminatorios, sin embargo, para los hijos no matrimoniales unos preceptos que no regulan sus derechos sucesorios ni en sí mismos ni en la situación relativa de adulterinidad, y que sólo pueden afectarles de hecho en el caso límite de haber sido instituidos por su padre en la totalidad de la herencia, sin perjuicio de la cuota usufructuaria de su consorte. El tema del artículo 837, 2 (y, por tanto, el del 840), está constituido solamente por la regulación de la cuota legal usufructuaria del cónyuge supérstite; prescindamos, pues —que ya es prescindir—, de la posibilidad de que el cónyuge hubiera sido, sin el nacimiento de estos hijos no matrimoniales, único y universal heredero *ab intestato* del causante, y limitémonos a esa cuota usufructuaria: el viudo o viuda habría tenido derecho a una cuota de la mitad de la herencia de existir ascendientes (art. 837, 1) y de los dos tercios si no los hubiera (art. 838); el nacimiento de estos hijos no matrimoniales reduciría su cuota usufructuaria al tercio (artículo 834); pues bien, ante la concurrencia de estas personas, todas igualmente inocentes, el artículo 837, 2, toma una decisión en cierto modo salomónica: ni un tercio ni dos tercios, sino, en todo caso, la mitad; solución evidentemente más moderada que la del artículo 759, 2, del Código francés, redacción de 1972, que para estos casos de concurrencia con el cónyuge engañado reduce la cuota intestada de los hijos adulterinos relativos a 'la mitad de lo que, a falta de ellos, habría sido deferido al cónyuge'» (ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS: «Los preceptos fracasados en la reforma del Código Civil», *R.D.N.*, núms. 113-114, julio-diciembre 1981, páginas 300-1).

disculpan la posible discordancia DELGADO ECHEVARRÍA (29) y LA-CRUZ (30) y hasta casi contraataca MARTÍNEZ-PIÑEIRO (31).

b) *Mi opinión*

Por mi parte, después de meditar serenamente sobre la cuestión, sin apasionamiento ni construcciones lacrimógenas (siempre reversibles), y pretendiendo realizar un mero análisis técnico y objetivo del problema, creo que se impone distinguir el caso de que se trate de una sucesión testada del caso en que estemos ante una sucesión intestada.

α) En la primera hipótesis sí creo defendible que no puede hacerse ningún reproche al artículo 837, 2, por supuesta discriminación hacia los hijos no matrimoniales (en su variedad de adulterinos, que son los contemplados por el párrafo que comento). En efecto, y partiendo de la ya pacífica concepción de la legítima como mero freno a la facultad de disponer, la de esos hijos «concebidos constante el matrimonio de causante y supérstite», pero que sólo lo son de aquél, sigue siendo la misma —dos tercios— que la de los restantes hijos igualados por el artículo 39, 2, de la Constitución, y, de acuerdo con ella, por los artículos 108, 2, y 176, 1, del Código Civil (amén de por otros muchos cuya cita sería fa-

(29) «En la elaboración parlamentaria de la Ley, estas últimas disposiciones (se refiere a los arts. 837, 2, y 840) fueron enmendadas por el Grupo parlamentario Socialista, que pedía su supresión; enmienda que prosperó en el Senado, pero que rechazó definitivamente el Congreso. Argumentaban quienes abogaban por su supresión su sentido discriminatorio en razón de filiación, opuesto, por tanto, al principio constitucional de igualdad. Aun siendo cierto que la legítima de los hijos adulterinos queda algo comprimida por el usufructo del viudo, la razón en que se apoya la norma para este caso tan particular tampoco carece de peso» (*El nuevo régimen* .. cit., pág. 191).

(30) Reproduce la opinión de DELGADO en *Derecho de sucesiones*, 1981, cit, página 477.

(31) «Si bien en este caso —el del 837, 2— se aumentan los derechos legítimos del viudo, téngase en cuenta con respecto a la legislación anterior que se le han disminuido. Antes tenía el usufructo de dos tercios (art. 838) y ahora sólo de la mitad (art. 837, pár. segundo). No parece muy justo que la consecuencia del adulterio de uno de los cónyuges sea precisamente disminuir la legítima del inocente y postergarlo, además, al hijo adulterino en caso de sucesión intestada (artículos 931 y ss.) Con ello parece que se está atenuando por el legislador la tradicional obligación civil de fidelidad entre los cónyuges, y cabe preguntarse si esta reforma es compatible con el principio constitucional de reconocimiento de la familia y su dignidad» (EDUARDO MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS: *Notas sobre las modificaciones introducidas por la Ley 11/1981 de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia sucesoria*, folleto fotocopiado y fechado en Palma de Mallorca a 1 de junio de 1981, remitido a los colegiados de Baleares como Circular número 23 por la Comisión de Cultura del Colegio Notarial de dicho archipiélago. Pido disculpas por la cita de un original todavía no editado debidamente —que yo sepa— por su autor, pero la penuria de trabajos sobre la reforma y la profundidad de contenido de dicho opúsculo, como pondré de manifiesto en más de una ocasión, espero sirvan para atenuar mi exceso).

rragosa). A ellos, pues, no les perjudica este párrafo segundo tan debatido. Lo único que hace el legislador es mencionarlos como supuesto de hecho de una concurrencia que, de producirse, favorece al supérstite, al aumentar la cuantía de la legítima de éste. De haber un perjudicado sería en todo caso el consorte infiel que ve reducida su porción disponible a la nuda propiedad de un tercio y al usufructo de un sexto de su caudal. No deja de ser una justa compensación para el cónyuge ofendido por la infidelidad. Pero, en todo caso, el artículo no discrimina, insisto, a los hijos adulterinos (pues su mera cita o alusión no supone discriminación, como no la suponen los arts. 120 ó 133, por ejemplo), y no debiera prosperar contra él, ante ningún tribunal, interno o internacional, reproche alguno de anticonstitucionalidad. Ni los hijos adulterinos, ni ningún otro, tienen derecho a una institución o legado universales por parte de su progenitor. Que esa eventualidad se vea más recortada respecto a ellos (en cuanto al usufructo de un sexto) que respecto a los restantes descendientes no representa sino una reducción de sus expectativas y la lesión —justificada, además— de expectativas no debe ser indemnizable. El artículo 837, 2 —concluyo—, es una medida suavizadora de la drástica reforma llevada a cabo por la Ley 11, pero a costa o en perjuicio única y exclusivamente del cónyuge infractor, en tanto en cuanto se ha cercenado su facultad de disposición *inter vivos* y *mortis causa*.

β) En cambio, no se debe olvidar que la legítima también tiene una importante actuación en el campo de la sucesión intestada (32), como rectificación del orden riguroso de líneas establecido en los artículos 930 y siguientes del Código Civil. No voy a entretenerme aquí en minimizar el alcance que se debe dar a la inadvertida supresión del inciso «que en todo caso corresponde al viudo en la sucesión intestada» del abolido artículo 953 C. C., porque entiendo que no habrá jurista sensato que se atreva a sustentar en ella la desaparición de los tradicionales llamamientos usufructuarios del supérstite en concurrencia —hoy— con descendientes y ascendientes en una sucesión *ab intestato*. La comparación entre las palabras iniciales de los números 2 y 3 del artículo 807 sirve —a mi juicio— para despejar cualquier duda acerca de una conclusión que ya extrajeron, sin vacilaciones, la práctica y la doctrina, desde la publicación del Código Civil, mucho antes de que el desaparecido artículo 953 fuese reformado, innecesaria pero convenientemente, por la Ley de 24 de abril de 1958. Realmente, sería revolucionario sustentar que, tras la reforma, el cónyuge viudo no tiene beneficio sucesorio alguno (distinto de la *mortis causa capio* del actual art. 1.321) en la sucesión intestada de su consorte fallecido con parientes en línea recta; revolucionario y discordante,

(32) Ya lo destacué en la nota 32 de la primera parte de estos «Comentarios . », núm. 549 de esta Revista, pág. 300.

además, con las legislaciones forales en las que siempre se ha inspirado la legítima usufructuaria del Derecho común (33).

Doy por sentado, pues, sin más circunloquios, que el cónyuge viudo recibe su legítima en la sucesión legal, aunque los primeramente llamados sean descendientes o ascendientes, con lo que, en definitiva, la legítima le llega a él a través de una delación —usufructuaria— concurrente con la de éstos: es uno de los poquísimos casos de delación material de la legítima.

Así las cosas, si los únicos parientes con derecho a suceder que deja el causante al morir son hijo(s) adulterino(s) y cónyuge supérstite, se produce una discriminación con respecto de los demás descendientes que, en igual concurrencia, sólo ven mermada su delación sucesoria en el usufructo de un tercio y no de una mitad. Que en el terreno de los principios y de las ideologías sea discutible que un hijo adulterino se anteponga en la sucesión intestada al cónyuge legítimo no lo pongo en duda, sin que yo, sin embargo, me pronuncie; pero que, aceptada la premisa, hoy legalmente incontestable, de la igualdad de los hijos (y de la indicada anteposición), aquella igualdad no se respeta si en presencia sólo de unos —los adulterinos— se atribuye al cónyuge un sexto más en usufructo que lo que se le reconoce en concurso con todos los demás descendientes (incluso, como diré, con esos mismos adulterinos, si no comparecen solos), me parece una conclusión evidente e inevitable.

A diferencia de lo que ocurría en la sucesión testamentaria, los descendientes adulterinos sí tienen en la intestada un verdadero derecho —no una mera expectativa— a la delación de todo el as hereditario, menos, claro está, la legítima usufructuaria del cónyuge, que debe ser uniforme.

Ahora bien: ¿eso quiere decir que el artículo 837, 2, es un precepto tan singular que deviene constitucional o no, en función del supuesto fáctico de que el causante de la sucesión fallezca testado o intestado? Algo

(33) Cf. artículo 34 de la Compilación de Vizcaya y Alava; 250 de la de Cataluña; 52 de la de Baleares. En Aragón es el matrimonio (art. 72 de su Compilación) el que atribuye la viudedad que se antepone o prevalece así sobre las reglas sucesorias, cualquiera que sea el tipo de sucesión. En Navarra, en cambio, se produce una situación aún más singular que la actual del Derecho común: el usufructo de fidelidad —beneficio sucesorio y no matrimonial, a diferencia de Aragón— se configura exclusivamente como una «limitación a la libertad de disponer» (cf. rúbrica del título X de la Compilación de 1 de marzo de 1973; en igual sentido, la *Recopilación privada*, Pamplona 1971, págs. 78 y ss.), sin que ningún precepto expreso la haga operar en la sucesión intestada troncal (Ley 307) o no troncal (Ley 304, que sitúa al cónyuge en quinto lugar de llamamiento), pese a lo cual no tengo noticia de que a nadie se le haya ocurrido la peregrina idea de negarle la *fealdat* al supérstite *ab intestato* (cf., *ad. ex.*, los capítulos LXX a LXII y LXXVII y LXXVIII del *Manual de Derecho civil navarro*, de FRANCISCO SALINAS QUIJADA, Ed. Aranzadi, Pamplona 1980, donde ni se imagina, claro, el problema. Aparte de que la regla *paramiento fuero vienze* —Ley 7— sustraería cualquier escrúpulo a la sana práctica hoy vivida.

así me veo forzado a concluir, pero matizando que lo decisivo no es que la sucesión sea legítima o voluntaria, porque ambas pueden concurrir respecto de una misma herencia (arts. 658, 764, 2; 912, 2, etc.), sino que lo trascendente será que en igual supuesto de hecho los descendientes de un signo reciban diferente porción que la que recibirían los de otro, y siempre sobre la base de que vean mermado un derecho cierto y no una mera esperanza: así, si en una sucesión semitestamentaria el cónyuge ha recibido su legítima usufructuaria larga del 837, 2 —y aun la porción disponible—, por testamento u otro título, será intrascendente que el resto del caudal se defiera por ley, porque, en todo caso, cualquiera que fuese su filiación, los sucesores de la línea descendente recibirían lo mismo. En cambio, si la fracción testamentaria de la herencia se empleó en beneficiar a los propios hijos o a un extraño, paréceme anticonstitucional que el cónyuge pretenda el usufructo de la mitad del caudal, en lugar del de un tercio, a costa del no deferido voluntariamente.

En algún caso especial de sucesión intestada, v.gr., la que se abriese por preterición errónea de todos o del único descendiente adulterino (artículo 814, 2, 1.º), en la que en el testamento anulado se hubiese atribuido al cónyuge —como se debía en hipótesis— beneficios superiores o iguales por lo menos al usufructo de una mitad, puede sostenerse que subsiste su legítima larga, la del 837, 2, aun en la intestada abierta a continuación, pero no por aplicación de la solución discriminatoria de aquel precepto, sino por la de la regla salvadora del último párrafo del citado 814, de manera que se podría deducir una voluntad del causante de atribuir voluntariamente —aun en caso de preterición no intencional— el usufructo más amplio que fuese posible a su consorte: en definitiva, estaríamos ante un caso de sucesión semitestamentaria de los acabados de citar, en la que la atribución voluntaria a favor del cónyuge se induce del artículo 814 *in fine*. Y siempre a salvo el que no se le deba atribuir un efecto aún menos contundente a la preterición errónea en beneficio del cónyuge, lo que será siempre un problema judicial.

Ni que decir tiene que el artículo 840, como precepto complementario o instrumental, sólo será ilegítimo si se pretende actuarlo en una hipótesis en que el precepto básico, el 837, no sea admisible.

Las conclusiones a que llego no se me escapa que pueden producir un cierto casuismo en la hipotética y hasta probable jurisprudencia constitucional —o internacional— a este respecto. Pero, hoy por hoy, no veo otra solución: suprimir totalmente el artículo 837, 2, sería conculcar la voluntad soberana de las Cortes, que quisieron compensar económicamente, con una mayor legítima, la suerte del cónyuge inocente; mantenerlo, aun en la sucesión intestada —total o parcial—, cuando atente contra el

principio de igualdad de los hijos, significaría probablemente transgredir un precepto constitucional que se impone incluso a aquella voluntad soberana (art. 9.º, 1 y 3, de la Constitución).

c) *Derecho comparado*

¿Qué sucede a este respecto en el Derecho comparado? RODRÍGUEZ ADRADOS nos ofrece unas ciertas pinceladas de los Derechos alemán, francés e italiano (34). Pero, por una parte, las soluciones de estos Ordenamientos, que en buena medida inspiraron la redacción inicial del Proyecto gubernamental —ya lo destacaré al examinar, si llega, el pago en metálico de las porciones hereditarias: arts. 841 a 847— no lograron superar el filtro de nuestro Parlamento, acaso por la necesidad de acatar éste unas exigencias constitucionales más estrictas o rigurosas que las de allende nuestras fronteras, con la única salvedad de las normas que comentó (los arts. 837, 2, y 840), por lo que puede afirmarse que soberanamente nos hemos distanciado de los modelos europeos que influyeron en los redactores iniciales; y, por otro lado, esos modelos que cita ADRADOS son todos ellos anteriores a la famosa sentencia Marckx, que, aunque no contemplase la colisión cónyuge-adulterinos, marca un hito en el Derecho europeo, y además no son los únicos, ni siquiera los más recientes, que pueden aducirse.

— Es cierto, en efecto, que el artículo 759 del Código Civil francés, reformado por la Ley de 3 de enero de 1972, dispone que «los hijos naturales cuyo padre o madre estaba, al tiempo de la concepción de aquéllos, unido por los vínculos del matrimonio con otra persona, no excluyen a ésta de la sucesión de su progenitor cuando, en defecto de dichos hijos, ella hubiese sido llamada por aplicación» de las reglas generales de la sucesión intestada (en la cual, en general, el cónyuge se sitúa todavía detrás de hermanos y sobrinos: art. 765). Y que, en el mismo caso, los citados hijos adulterinos «no recibirán, cualquiera que sea su número, más que la mitad de lo que, de no existir ellos, habría sido deferido al cónyuge según las citadas reglas de la intestada, haciéndose el cálculo línea por línea».

— Es cierto, igualmente, que en Francia, y en esa hipótesis de concurrencia adulterinos-cónyuges, éste ostenta un derecho de atribución preferencial respecto de determinados bienes (explotación agrícola, comercial, industrial, artesanal, residencias primaria y secundaria) de la sucesión (artículo 761), incluso aunque al cónyuge no le corresponda, por anteposi-

(34) *Op. cit.*, págs. 294 a 296.

ción de otros parientes en línea recta, más que el usufructo *ab intestato* —de un cuarto o de la mitad— que le reconoce el artículo 767.

Además, es posible que el causante aparte a aquellos hijos de la liquidación sucesoria mediante una atribución suficiente de bienes hecha en vida («*faculté d'apportionnement*»: arts. 762 a 763-2).

Y en la sucesión testada la legítima de los hijos adulterinos que concurren solos (o a lo sumo con otros hijos no surgidos del matrimonio) puede no ser respetada cuando se disponga de los bienes en favor del cónyuge ofendido por el adulterio: artículo 915, 1, *a contrario sensu* (35).

— Es cierto también que en la República Federal Alemana el § 1.934 *a*, 1, introducido por la Ley de 19 de agosto de 1969, que entró en vigor el 1 de julio de 1970 (36), sobre la posición jurídica de los hijos no matrimoniales, establece que a éstos (sin distinguir si son o no adulterinos) y a sus descendientes les corresponde en la herencia de su padre o de parientes paternos, en concurso con descendientes matrimoniales o con cónyuge *supérstite* del causante, en lugar de su porción hereditaria, un derecho sucesorio sustitutorio («*Erbersatzanspruch*») contra los herederos y de un montante igual al valor de su parte (se transforma, por tanto, su derecho hereditario en una pretensión dineraria similar a la de legítima —alemana—, hasta el punto de que le son aplicables muchas reglas de ésta —§ 1.934 *b*, 2— y de que en la sucesión testada el «*Erbersatzanspruch*» convierte a su derechohabiente en legitimario en cuanto a dicho sustitutivo —§ 2.338 *a*—.

Pero, por un lado, ese derecho sustitutorio corresponde también a los parientes paternos si concurren con la madre o descendientes matrimoniales de ésta a la sucesión del hijo no matrimonial (§ 1.934 *a*, 2, que guarda, pues, una reciprocidad perfecta con el párrafo primero de dicho párrafo), y, por otro, el «*Erbersatzanspruch*» no surge nunca en la sucesión de la madre en la que hijos matrimoniales y no matrimoniales están absolutamente equiparados —§ 1.934 *a*, 4—.

(También un hijo no matrimonial con edad comprendida entre los veintiuno y los veintisiete años puede exigir de su padre una compensación sucesoria anticipada en dinero —«*vorzeitigen Erbausgleich*»: § 1.934 *d*— que, una vez acordada o fijada judicialmente, les excluye, como herederos legales y como legitimarios, en la sucesión de dicho padre o de los parientes paternos —§ 1.934 *e*—, pero como esta posibilidad es independiente de que los hijos no matrimoniales, adulterinos o

(35) Los datos los extraigo de la edición manual de la DALLOZ, 24.^a ed., París 1980-81.

(36) Ojalá nuestro legislador imite de una vez esas prudentes *vacationes legis* foráneas, por lo menos para leyes sustantivas de enjundia como la que parcialmente analizo.

no, concurren con matrimoniales o con el cónyuge, no parece oportuno explayarse en ella aquí) (37).

En la sucesión testada, en cambio, la concurrencia de cónyuge e hijos adulterinos no provoca especialidad ninguna, de manera que las legítimas de aquél y éstos permanecen idénticas, consistiendo, como es sabido, en la mitad del valor de la porción hereditaria intestada (§ 2.303) (38).

— Es cierto también, por último, que en el Derecho italiano la legítima de los hijos no matrimoniales (naturales: cf. su concepto amplio, comprensivo de los adulterinos, en el art. 250 C. C.), idéntica cuantitativamente a la de los hijos matrimoniales (legítimos), puede ser satisfecha por éstos en dinero o en bienes inmuebles hereditarios, pero siempre que no se opongan. En el caso de oposición decidirá el Juez, valorando las circunstancias personales y patrimoniales (art. 573, párrafo tercero, del Codice Civile modificado por la Ley de 19 de mayo de 1975).

Pero también es verdad que la legítima del cónyuge, que en cualquier otro caso equivale, aparte otros derechos, a la mitad —en pleno dominio— del patrimonio del premuerto (art. 540), desciende a un tercio —igualmente en pleno dominio— en concurso con un solo hijo, y a un cuarto de aquel patrimonio —siempre en pleno dominio—, concurriendo con más de uno, pero sin que, en ningún caso, se discrimine para esa variación según que los hijos concurrentes sean naturales o legítimos (artículo 542), a diferencia de lo que para los adulterinos decreta nuestro artículo 837, 2.

Y aunque también en estas hipótesis de concurrencia se aplica la regla de posible conmutación dinerario-inmobiliaria, ello sucede sólo a ini-

(37) El «vorzeitigen Erbausgleich» me recuerda lejanamente la «definición» del artículo 50 de la Compilación de Baleares, aunque ésta tiene una iniciativa, una finalidad y un ámbito, subjetivo y objetivo, distintos.

(38) Referencias extraídas de la 97.ª ed. del B.G.B. de la C. H. Beck, Munich, 1980. Pueden ampliarse, p. ej., en el *Lehrbuch des Erbrechts*, de HEINRICH LANGE, continuado por KURT KUCHINKE, C. H. Beck'sche Verlagbuchhandlung, 2.ª ed., Munich 1978, págs. 190 a 210, en las dos últimas de las cuales recoge abundantísima bibliografía. Sus noticias sobre Derecho comparado (págs. 192-3) también son muy completas. En concreto, a propósito de Austria, dicen que «el Derecho austríaco ha concedido al hijo no matrimonial, que antes ostentaba la posición jurídica de un hijo matrimonial exclusivamente frente a la madre y sus parientes, un derecho sucesorio legal respecto de su padre, desde la entrada en vigor de la Ley federal de 30 de octubre de 1970, sobre la nueva ordenación de la posición jurídica del hijo no matrimonial. Este hereda, según el párrafo segundo del § 754 del A.B.G.B. n. F., como un hijo matrimonial. El derecho sucesorio del hijo no matrimonial, sin embargo, es excluido completamente, frente a los descendientes matrimoniales del causante y sus equiparados. También en concurrencia con la viuda del causante se limita el derecho sucesorio (de los hijos no matrimoniales), pues según el párrafo segundo del § 757 del A.B.G.B. la porción hereditaria de la viuda se mantiene como si no existiera el hijo no matrimonial». Repárese, no obstante, en la fecha de la reforma y en la absoluta equiparación de los hijos en la sucesión materna.

ciativa de los hijos legítimos y no del cónyuge, por donde si sólo quedan hijos naturales la conmutación resulta imposible (39).

Las porciones hereditarias *ab intestato* del cónyuge ($1/2$ ó $1/3$) tampoco se alteran porque concorra con hijos de diversas especies (art. 581).

En definitiva, el breve repaso de los Derechos europeos examinados hasta aquí nos pone de relieve que, a propósito de la colisión hijos adulterinos-cónyuge supérstite, existe discriminación clara de aquéllos en el Derecho francés; discriminación cualitativa sólo respecto de las sucesiones de línea paterna, en los Derechos alemán occidental y austríaco, y discriminación, igualmente cualitativa, sólo respecto de los hijos matrimoniales, pero no respecto del cónyuge, en el Derecho italiano.

— En cambio, en Suiza, la regulación no puede ser más igualitaria y uniforme:

El artículo 462 del Código Civil de dicha Confederación reconoce al cónyuge sobreviviente, si el difunto deja descendientes —sin más especificaciones—, el derecho a elegir, en la sucesión intestada del último, o el usufructo de una mitad (permutable por una renta anual: art. 463) o la propiedad de una cuarta parte del caudal.

Y el artículo 471, por su parte, le reconoce una legítima de todo su derecho de sucesión (*ab intestato*) en propiedad cuando concurre con herederos legales —sin discriminar aquí tampoco—, y de la mitad de ese derecho cuando el supérstite es heredero único. Además, el artículo 473, en la redacción que le ha dado la Ley federal de 25 de junio de 1976, que entró en vigor el 1 de enero de 1978 (40), autoriza a un cónyuge a dejar al sobreviviente, por disposición *mortis causa*, el usufructo de toda la parte deferida, tanto a sus hijos comunes como a los hijos de sólo el disponente concebidos durante el matrimonio, así como a los descendien-

(39) Así lo interpreta también GIUSEPPE AZZARITI en la 7.^a ed. actualizada del conocido tratado de FRANCESCO SAVERIO AZZARITI y GIOVANNI MARTÍNEZ: *Successioni per causa di morte e donazioni*, Cedam, Padua 1979, pág. 214, opinando también dicho autor que la conmutación es imposible si la legítima se la ha satisfecho el causante a sus hijos naturales a través de atribuciones testamentarias que deben ser, entonces, respetadas (pág. 216). Téngase en cuenta que el artículo 30 de la Constitución de la República italiana de 27 de diciembre de 1947 dispone, en su párrafo tercero, en una formulación más matizada que la de nuestro 39, 2, que «la Ley asegura a los hijos nacidos fuera del matrimonio toda tutela jurídica y social, compatible con los derechos de los miembros de la familia legítima», pese a lo cual también se ha puesto en duda la constitucionalidad de la conmutación dinerario-inmobiliaria en algunos casos que refiere FORCHIELLI: «Aspetti successori della riforma del diritto di famiglia», en la *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1975, página 1013, citado por G. AZZARITI, pág. 217, nota 2.

(40) Vide nota 36. Esta Ley es la que ha implantado la equiparación sucesoria absoluta de los descendientes con sólo retocar los artículos de la filiación y suprimir los escasos preceptos singulares que subsistían en el libro III, «De las sucesiones».

tes de unos y otros (¡qué acertado precepto a imitar!). La parificación, como puede apreciarse, es siempre total (41).

— En Portugal, los artículos 2.133 y 2.139 del Código Civil de 1966, en la redacción que les ha dado el Decreto-ley 496/77, de 25 de noviembre, sitúan como primera clase de sucesores *ab intestato* al cónyuge y a los hijos —sin ningún distingo—, todos los cuales se dividen la herencia por cabezas, aunque la cuota del cónyuge no puede ser nunca inferior a una cuarta parte del caudal.

Y en la sucesión testada —en la que son legitimarios el cónyuge, los descendientes y los ascendientes por el orden y según las reglas establecidas para la sucesión *ab intestato*: art. 2.157— la legítima del cónyuge y de los hijos —éstos siempre sin matizaciones—, en caso de concurso, es de dos tercios de la herencia: artículo 2.159, 1, también modificado, como el acabado de citar, por el importante Decreto-ley referido, en el que no aparece sombra discriminatoria alguna (42).

— Y, en fin, en una órbita completamente distinta de la en que me he movido hasta ahora, el § 365 del Zivilgesetzbuch (Z.G.B.) de la República Democrática Alemana de 19 de junio de 1975 (entrado en vigor el 1 de enero de 1976) dispone que son herederos legítimos del primer orden el cónyuge y los hijos —sin más— de la persona de cuya sucesión se trata, todos los cuales heredan por partes iguales, aunque el cónyuge, sin embargo, hereda al menos un cuarto del patrimonio hereditario (aparte del ajuar doméstico).

Y el parágrafo 396 norma la legítima de cónyuge e hijos (de nuevo, sin adjetivos) que, como pretensión pecuniaria, asciende a dos tercios del valor de la cuota que se habría deferido al legitimario en base a la sucesión legítima (43).

B) OTRAS OBSERVACIONES

Abandonando el problema de la constitucionalidad del párrafo segundo del artículo 837, procede continuar su exégesis en otros aspectos:

a) Sucede, en primer lugar, que si el propósito del legislador fue compensar en el plano patrimonial, y mediante el mecanismo indirecto de aumentar la legítima viudal, una lesión personal, amén de remediar algo

(41) Los datos los extraigo del ejemplar del Código Civil editado por la Cancillería federal, Berna 1978.

(42) Las citas las hago del *Código Civil português*, anotado y actualizado por JACINTO FERNANDES RODRIGUES BASTOS, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 1979.

(43) Utilizo la traducción al italiano del Z.G.B. efectuada por GABRIELE CRESPI REGHIZZI y GIORGIO DE NOVA, ed. Giuffrè, Milán, 1976

la perjudicial (para el cónyuge) ampliación que experimenta la línea recta con los parientes no matrimoniales, hay que reconocer que no fue muy consecuente en la formulación de su voluntad. Pues ciertamente la deshonra la inflige también, y casi diría que en mayor medida, el esposo/a que incurre en infidelidad fértil teniendo hijos matrimoniales o adoptivos plenos comunes: ¡y, sin embargo, en esos casos la legítima viudal se mantiene en un tercio! (cf. el adjetivo «únicos» del artículo). Dígase lo mismo si el cónyuge infiel tenía hijos de algún matrimonio anterior o no matrimoniales previos a las nupcias o adoptivos unilaterales; ¿es que acaso el adulterio se atenúa cuando ya se dispone de hijos o descendientes, matrimoniales o no?

b) Este contrasentido de la reforma me lleva a interpretarla de la manera más coherente posible, y así, si la concurrencia del viudo, sólo con hijos adulterinos, obedece a una previa renuncia a sus derechos hereditarios por parte de cualesquiera otros descendientes que excluirían la hipótesis del 837, 2, entiendo que, desaparecidos éstos de la escena (incluso por indignidad o desheredación justa), subsiste la razón que conduce a reconocerle al supérstite, como legítima, una mitad en usufructo (siempre, al menos, dentro de la sucesión testada, que es donde estimo plenamente legítima la norma) (44).

c) Igualmente, aunque el artículo 837, 2, hable sólo de «hijos», no resulta nada forzado extender su «Tatbestand» a la concurrencia exclusiva con cualesquiera descendientes surgidos de esos hijos —los adulterinos— y aunque estos últimos ya no existan.

d) En otro orden de cosas, nótese que el artículo se refiere a hijos «concebidos» extramatrimonialmente por el premuerto, y sabido es cuán ignoto y discutible es el momento de la concepción. Por aplicación analógica de los artículos 117 y 116 del Código Civil, creo que pueden considerarse «concebidos» durante el matrimonio los hijos extramatrimoniales de filiación determinada con el causante, nacidos después de los ciento ochenta días del matrimonio de éste y antes de los trescientos de su disolución por muerte (45). En algún caso será preciso esperar al parto para

(44) La cuestión me recuerda la de cuándo hay heredero único, a propósito del artículo 14, 3, de la Ley Hipotecaria y 82 de su Reglamento (hoy art. 79 tras la reforma del mismo por el Real Decreto 3215/1982, de 12 de noviembre —B.O.E. del 27 siguiente—, que, por lo demás, en nada ha afectado al presente trabajo).

(45) Y sólo por muerte (o declaración de fallecimiento). En efecto, si se disuelve por divorcio, falta el presupuesto para que el supérstite ostente legítima concurrencial (cf. arts. 85 y 834, éste —y correlativos— cuando habla de «cónyuge»). En caso de nulidad, el derecho a legítima tampoco suele surgir por ser posterior normalmente a la declaración de aquélla (art. 79). Si el hijo extramatrimonial ha sido concebido tras la separación legal de los cónyuges, y aunque se puede decir que ha sido engendrado constante el matrimonio con el supérstite, si bien, por hipótesis, no dentro de él, para que el artículo 837, 2, pueda jugar, es preciso participar de la opinión de LACRUZ (*Derecho de sucesiones* cit., 1981, pág. 476), según el cual:

conocer el alcance de los derechos legitimarios de la viuda (y, en su caso, su condición de heredera *ab intestato*). Respecto del viudo, sólo se concibe la espera si se suscita litigio acerca del carácter matrimonial o no del hijo dejado por su esposa.

«En los casos de separación, este derecho (el de legítima) compete exclusivamente al cónyuge no culpable: como dice el artículo 834, tiene derecho a la legítima viudal el cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviera por culpa del difunto. La nueva regulación del matrimonio es poco propicia a apreciar culpabilidades en la separación de los cónyuges, pero no se rechaza este concepto (véase art. 82, causa 1.ª), que se ha conservado en el artículo 834. Por tanto, el cónyuge separado por culpa del otro conserva su derecho a la legítima» (el mismo criterio, implícitamente, en su *Derecho de familia* —en colaboración con SANCHO REBULLIDA—, edición experimental, fascículo 2.º. Bosch, Barcelona 1982, pág. 222; también de modo implícito, pero en esta línea, parece situarse AGUSTÍN LUNA SERRANO, en «Matrimonio y divorcio», dentro de la obra colectiva *El nuevo régimen de la familia*, t. I, col. Cuadernos Civitas, Madrid 1982, pág. 199). Parecidamente se ha pronunciado FERNANDO F. DE BOBADILLA, en «Matrimonio; separación personal. Resumen esquemático de los principales efectos que produce la separación personal de los cónyuges», en el *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, 2.ª época, núm. 13, enero 1982, págs. 161-2, el cual, además, ante la dificultad de que los Tribunales civiles declaren culpabilidades en los procesos de separación, aconseja interpretar el artículo 834 C.C., como si dijese: «el cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o por lo menos no lo esté por culpa propia, etc.» (lo cual, a mi juicio, no resuelve el problema). Últimos representantes de esta tendencia son, hasta la fecha, Díez-PICAZO y GULLÓN: *Sistema...* cit., 2.ª ed., pág. 582; XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ: *Compendio de Derecho civil*, t. V, Derecho de sucesiones, Ed. R.D.P.-Edersa, Madrid, 1982, pág. 300; JOSÉ ANTONIO DORAL GARCÍA en su comentario al artículo 83, pág. 587, dentro de la obra colectiva coordinada por JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO: *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del libro primero del Código Civil*, Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1982, y CARMEN HERNÁNDEZ IBÁÑEZ: *La separación de hecho matrimonial*, Ed. R.P.P.-Edersa, Madrid, 1982, págs. 175 a 182 y 258 a 259, donde *iure condito* parece resignarse con la absurda distinción a este respecto entre sucesión testada e intestada.

De manera que sólo reconociendo legítima al cónyuge separado inocente y colisionando éste con adulterinos podría surgir el supuesto de hecho del artículo que comento. Pero la opinión de LACRUZ (ítem la de BOBADILLA y demás representantes de esta tendencia) se ha vertido minimizando (cf. pág. 562 de la obra del primero) el alcance del nuevo artículo 945 del Código Civil, que niega derecho sucesorio *ab intestato* al cónyuge que «estuviera separado (sin distinguir inocente o culpable) por sentencia firme o separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente». ¿Cómo reconocerle derecho a un beneficio testamentario —legítima, aquí acrecentada— a persona que carece de él *ab intestato*? El problema ya lo percibió en seguida MARTÍNEZ-PIÑEIRO (folleto citado, pág. 10), y, con referencia a la separación de hecho, apuntó su correcta solución:

«Es curioso destacar —escribe— que en estas normas no reformadas (se refiere a los arts. 834 y 835) solamente se tiene en cuenta la separación judicial, no la separación de hecho, mientras que en el nuevo artículo 945, con referencia a la sucesión intestada, se excluye al viudo cuando esté separado por sentencia firme o 'de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente'. Se va a producir una situación curiosa: el viudo separado de hecho tendrá derecho a la legítima y no, en cambio, a suceder intestado en concurrencia con hermanos del difunto. Son las consecuencias de legislar fragmentariamente. Quizá sobre la base del nuevo 945 pueda defenderse que también se pierde la legítima en el supuesto de separación de hecho. Ya veremos.»

e) ¿Qué decir, por último, si concurren herederos voluntarios, además de los adulterinos y el cónyuge? Creo que se aplicará sin problemas el artículo 837, 2, de manera que el supérstite tendría derecho a la mitad en usufructo, ya que el adjetivo «únicos» complementa y ciñe al sustan-

Pero la que ha desarrollado la cuestión con todo su pormenor y argumentado seriamente la solución a que aquí me adhiero ha sido ETELVINA VALLADARES RASCÓN, en *Nulidad, separación, divorcio. Comentarios a la Ley de reforma del matrimonio*, Ed. Civitas, S. A.; Madrid 1982, págs. 313 a 319. Dicha profesora, tras señalar la contradicción entre los artículos 834 y 945:

1.º Pone de manifiesto cuál fue la peripecia parlamentaria de este último precepto, que en el Proyecto del Gobierno rezaba solamente: «No tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviere separado por sentencia firme». Al mismo se presentó la enmienda 244 de los Socialistas de Cataluña, en la que se proponía añadir al artículo un inciso final que dijera: «... o durante un año anterior al fallecimiento del causante hubieren vivido los cónyuges separados de hecho», motivándola en que «es impensable que en semejante situación 'presuma' la Ley la voluntad del causante favorable a que su cónyuge herede antes que sus hermanos», enmienda que, defendida en el Pleno del Congreso por el señor Verde Aldea y combatida por el también diputado señor Escartín Ipiens, fue rechazada por la Cámara Baja. Fue entonces la Ponencia del Senado la que, a pesar de no habersele presentado enmiendas, dio *motu proprio* al 945 su redacción actual, que ya no se retocó en las otras instancias de la Cámara Alta ni en su retorno definitivo al Congreso.

2.º Subraya que literalmente interpretado el único llamamiento que excluye el artículo 945, es el referido en el artículo anterior, el 944, es decir, el que se efectúa al cónyuge sobreviviente *en defecto de ascendientes y descendientes*, pese a lo cual parece considerar este detalle como una imperfección técnica a la que no cabe dar mayor importancia, dado que luego la referida autora resuelve lo mismo para el caso de que el usufructo viudal se defiera al cónyuge en concurso con descendientes o ascendientes. (Además —apostillo yo—, imperfección por imperfección: también el único artículo que excluye de la legítima al cónyuge separado culpablemente es el 834 y no los 837 y 838, pese a lo cual se extiende su *ratio* a éstos; pues lo mismo debe suceder «a contrario» desde el 944 a los llamamientos concurrentes con la línea recta.), y

3.º Recuerda que parecida contradicción se producía ya en el derecho anterior entre los artículos 834 y 835, por una parte, y el 952, por otra, aunque razona que si entonces casi prevalecieron doctrinalmente aquéllos sobre éste, era dentro de un contexto jurídico en que se requería culpa para acceder a las separaciones.

Y, en fin, sentadas las anteriores premisas, concluye dicha profesora afirmando que «el cónyuge separado judicialmente o de mutuo acuerdo que conste fehacientemente pierde también su derecho a la legítima. No lo pierde, en cambio, en los casos de separación (de hecho, se entiende) impuesta unilateralmente, pero cabe aquí la desheredación cuando el testador pueda alegar alguna causa de separación basada en la infracción de los deberes conyugales».

Y apoya estas conclusiones:

a) En que, en caso de duda, debe prevalecer la ley posterior sobre la anterior, máxime cuando en la gestación de aquélla la sucesión intestada se representa para nuestros parlamentarios como una sucesión voluntaria presunta; y

b) En que el párrafo segundo del artículo 101 parece partir de la base de que el cónyuge separado no conserva sus derechos hereditarios, pues al establecer que «el derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor...» sería demasiado «atribuir al supérstite el usufructo del tercio, de la mitad o de los dos tercios de la herencia, según los casos, y, además, el derecho a seguir cobrando la pensión».

tivo «herederos», pero también a su otro calificativo, «forzosos». La *ratio* de la norma, tan extensamente explayada antes, nos conduce a la misma conclusión que se extrae de su análisis gramatical.

Ciertamente, estoy de acuerdo en que el artículo 945 debe presidir, como última *voluntas legislatoris*, la interpretación, anulatoria si es preciso, de este aspecto (concretamente, del inciso «o lo estuviere por culpa del difunto») del artículo 834, pues cabe aducir también:

a) Que desde la separación el supérstite, aun inocente, no ha contribuido *objetivamente* a la formación del patrimonio del *de cuius* ni fácilmente se sitúa en la línea de preferencias presuntas de éste.

b) Que dicho supérstite, además de la mitad de los probables gananciales hasta la separación generados, ya cuenta con una compensación teóricamente suficiente a través del artículo 97 y concordantes.

c) La culpabilidad civil que no resultase diáfana de los supuestos fácticos (ya que no del fallo judicial donde sería improcedente) en los procesos de separación (piénsese, por ejemplo, en las causas 5.ª y 6.ª del artículo 82) tendría que constatare (de modo similar al adulterio del artículo 852 *in fine*) en un proceso declarativo ordinario con las consiguientes dificultades. Aparte de que mantener esta importante consecuencia sucesoria en las separaciones provocaría crispación en no pocos de los procesos tendentes a obtenerlas, en contra de la nueva política legislativa; y

d) Se suscitarían arduos problemas en las sucesiones mixtas —testada e intestada a la vez— y que ya antes destaqué a propósito de la constitucionalidad o no del artículo 837, 2: por ejemplo, si el causante separado judicial fallece dejando cónyuge y un hijo adulterino, pero bajo un testamento en el que se limita o a designar tutor o contador o a dejar la porción disponible a una persona extraña (acaso la barragana actual), ¿su sucesión es testamentaria o *ab intestato* a los efectos que aquí interesan? Desde luego, el artículo 912 cobraría, sin motivo, una trascendencia insospechada.

En fin, en cuanto a las separaciones de hecho, concluyo lo mismo que respecto de las judiciales, es decir, la prevalencia del artículo 945, interpretado expansivamente, sobre el 834, pero siempre que se trate de una separación de hecho cualificada, o sea la basada en un «mutuo acuerdo que conste fehacientemente» (lo que debe constar fehacientemente parece que es el acuerdo recíproco, no la separación; para la fehaciencia téngase en cuenta lo dispuesto en los artículos 1.218 y 1.225-6 —pues aquí no hay problema de terceros—, aunque no sólo los documentos públicos o privados hacen fe —léase «prueban»— de un acuerdo). De no ser así, de no tratarse de una separación de hecho convenida fehacientemente, por supuesto que puede surgir la colisión de nuestro 837, 2, pues ya escribió PUIG BRUTAU (*op. cit.*, V, 3.ª, pág. 135), recordado por LACRUZ (*op. cit.*, pág. 476), que esta suerte de separación —la de hecho— «puede responder a diversas causas y no permite fundar en ella con seguridad un efecto tan importante como privar del derecho a legítima al cónyuge sobreviviente. El siguiente artículo 835 abona, por otra parte, esta interpretación, tanto más fundada si se tienen en cuenta las justas causas que para desheredar al cónyuge contiene el artículo 855».

No obstante, debo hacer una observación de derecho transitorio. Para los separados inocentes, con arreglo al sistema anterior a la Ley 30/81, entiendo que no se aplicará escuetamente la Disposición transitoria octava de la Ley 11/81, de manera que «las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley (el 8 de junio de 1981) se regirán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación» (máxime cuando las separaciones *sine culpa* sólo pudieron empezar a declararse en la práctica a partir del 1 de septiembre siguiente), sino que aquélla se deberá combinar con la más matizada Disposición transitoria duodécima del Código Civil, según la cual «... la herencia de los fallecidos después (de la entrada en vigor de dicho Cuerpo legal), sea o no con testamento, se adjudicará y repartirá

Artículo 840: «Cuando se esté en el caso previsto por el párrafo segundo del artículo 837, el cónyuge podrá exigir que el usufructo que grave la parte que reciban los hijos le sea satisfecho a elección de éstos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios.»

I. ANTECEDENTES

Ya presentaba esta redacción en el Proyecto, y su *iter* parlamentario es paralelo al del artículo 837, 2, anteriormente descrito: combatido por

con arreglo al Código; pero cumpliendo, en cuanto éste lo permita, las disposiciones testamentarias. Se respetarán, por tanto, las legítimas. » En consecuencia, y como la transitoria segunda de la Ley 30 —introducida por la Ponencia del Congreso, previa enmienda comunista—, no se refiere a esto, en tanto no se adapte la situación de separación legal (o convenida) anterior al nuevo régimen con todos sus efectos (pensión suficiente incluida), si ello es posible y en la medida en que lo sea (cuestión que no me atrevo a abordar aquí), el separado no culpable creo que conserva su legítima (incluso se le acrecienta a la mitad en concurso sólo con herederos forzosos adulterinos de su consorte: transitorias originarias primera y duodécima) tanto en la sucesión testada como en la intestada, dada la interpretación prevalente en el Derecho anterior, que, en su contexto, parecía acertada. La transitoria octava de la Ley 11 sin duda se gestó en la creencia de que con dicha Ley no desaparecía ningún legitimario del cuadro legal, sino que, antes al contrario, se incorporaban otros: lo cual ya no era exacto ni en el Proyecto del Gobierno, a la vista de la versión que proponía para el artículo 180, párrafo tercero, relativo a los parientes por adopción simple. De ahí la necesidad de resucitar en su auxilio la transitoria duodécima del Código, a fin de salvaguardar los «derechos adquiridos» de esos legitimarios «dados de baja» en las reformas, a saber, adoptante y adoptado simples y descendientes del último y cónyuge separado judicial inocente o separado de hecho en cualquier forma (aun por mutuo acuerdo que conste fehacientemente).

Ultimamente también considera «muy dudosa» la subsistencia de la cuota hereditaria forzosa a favor del cónyuge separado judicialmente —no se pronuncia sobre el caso del separado de hecho por convenio fehaciente— ENRIQUE FOSAR BENLLOCH en *Estudios de Derecho de Familia*, t. II, *La separación y el divorcio en el Derecho español vigente*, vol. 1.º, Ed. Bosch, Barcelona, 1982, pág. 83. Y finalmente una meditada consideración del problema se contiene en la profunda conferencia de JUAN BOLÁS ALFONSO «La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981», *A.A.M.N.*, t. XXV, Ed. R.D.P.-Edersa, Madrid, 1982, págs. 213 a 221, cuya postura puede resumirse en que: a) en la hipótesis de separación judicial el artículo 945 prevalece sobre el inmodificado 834, y b) en el supuesto de separación de hecho es preciso distinguir: b') *de lege ferenda*, debería darse idéntica prevalencia al precepto últimamente reformado, y b'') *de lege data* se impone admitir la subsistencia íntegra del artículo 834, fundamentalmente por: 1.º, la desestimación de la enmienda 234 del Grupo parlamentario de los Socialistas de Cataluña, dirigida contra dicho precepto, al que se pretendía hacer decir: «el cónyuge que al morir su consorte no se hallara separado, *legalmente o de hecho*, o lo estuviere por culpa del difunto, si concurre..., etc.», y 2.º, la interpretación lógica del artículo 855 *in fine* del Código Civil, según el cual: «... Para que las causas que dan lugar a la separación personal lo sean también de desheredación, es preciso que no vivan los cónyuges bajo un mismo techo», de donde se infiere que presupuesto de la desheredación (o deslegitimación) conyugal es precisamente la falta de convivencia en el hogar matrimonial; *ergo* —piensa BOLÁS— los separados de hecho conservan

los socialistas (a través de la enmienda 357, desechada por la Ponencia, Comisión y Pleno del Congreso —este último tras el debate Sotillo-Ruiz Navarro ya conocido— y a través de la enmienda senatorial número 17, motivada «por coherencia» con la presentada al artículo 837), fue suprimido por las tres instancias del Senado y repuesto definitivamente y con mayoría aplastante por la Cámara Baja.

II. COMENTARIO

MARTÍNEZ-PIÑEIRO glosa este artículo (46), primero de los que sustituyen a los antiguos integrantes de la Sección octava («De los derechos de los hijos ilegítimos») del Capítulo II del Libro III del Código Civil, con estas ideas generales:

«Al viudo se le reconoce este especial derecho de conmutación (el normal continúa rigiéndose por el artículo 839 antiguo), siendo, pues, facultad suya el utilizarlo o exigirlo ('podrá exigir'). Los hijos adulterinos

en principio su legítima suprimible sólo por voluntad del testador. Pero no me convence tampoco esta demasiado prudente opinión de mi buen amigo y metedórico Notario de Madrid. Primero, porque la desestimación de la enmienda a que alude se produjo por el motivo puramente formal de que el artículo 834 no estaba comprendido en el Proyecto del Gobierno y en todo caso la Ley 11 y sus antecedentes deben interpretarse a la luz de la Ley 30 que introdujo la *separatio sine culpa*; y segundo, porque al inciso final del artículo 855, que se perpetúa inadvertidamente desde la redacción originaria del Código a través de las versiones de 24 de abril de 1958 y 7 de julio de 1981, no hay que reconocerle tanta trascendencia: o se debe «ir a pique» junto con el inciso sobre la culpa del 834 ante el peso indiscutible del postrer artículo 945 o cabe que sea objeto de interpretaciones más armónicas como distinguir los ámbitos de la separación de hecho convenida y de la falta de convivencia *sub eodem tecto*, de manera que este presupuesto negativo de la desheredación sólo sea predicable de los separados de hecho unilateralmente o de forma bilateral no fehaciente. Así, si los esposos se han separado con los requisitos del artículo 945 *in fine*, huelga la desheredación porque mal se puede privar de un derecho (el derecho a la legítima) del que carecen; si se han separado de cualquier otro modo y se ha incumplido grave o reiteradamente por uno de ellos o los dos los deberes conyugales (por hipótesis ya se infringe el primero de los del art. 68), hasta el punto de constituir causa de separación (art. 855, 1.ª, c inciso final del mismo que ya no armonizan tampoco), entonces para que la desheredación decretada por el otro de los cónyuges surta todos sus efectos, se impone averiguar si se reanudó o no la convivencia en el mismo hogar.

Una última observación: la interpretación de LACRUZ podría, en cambio, tener más defensa en Mallorca y Menorca por el juego combinado de los artículos 45, 1, 51 y, sobre todo, 52 de su Compilación, pero la incidencia de las recientes reformas del Código Civil en los Ordenamientos forales (de inminente remodelación, además) es un tema tan descomunal que lo voy rehuendo intencionadamente en este comentario «a vuela pluma».

(46) Que según el artículo 6.º de la Ley 11/81 pasa a ser el último de la Sección séptima, «Derechos del cónyuge viudo», sección que, de este modo y conservando su enunciado anterior, gana un artículo más.

de su consorte no tendrán más alternativa que optar entre un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios; caso de no haber acuerdo deberá prevalecer la decisión judicial (art. 839, por analogía). En todo caso, el capital o los bienes hereditarios deberán entregarse al viudo en plena propiedad, ya que la *ratio* de la norma es, evidentemente, el evitar la concurrencia del viudo con los hijos adulterinos de su consorte respecto de unos mismos bienes» (47).

Por mi parte, creo que este nuevo artículo no altera la naturaleza cualitativa de la legítima viudal (48) —en un caso especial—, que continúa siendo un derecho de usufructo y en él está cifrada, si bien en orden a su pago o satisfacción el cónyuge legitimario puede exigir una conmutación que recuerda bastante la del artículo 839.

De ésta, sin embargo, se diferencia:

1.º En el titular único de la iniciativa, que en el supuesto del artículo 839, aunque se ha discutido (49), son los herederos; en tanto que en el artículo 840 lo es el cónyuge viudo.

2.º En el ámbito subjetivo: los conmutantes del artículo 839 lo son toda clase de herederos (testamentarios o *ab intestato*) y aun los legatarios, con tal que unos u otros se vean afectados por el usufructo legal del viudo (50); los afectados por la conmutación del 840 (los «conmutados» podríamos impropriamente decir) lo son únicamente los hijos (entiéndase aquí también: «y sus descendientes») que sean sólo del causante y concebidos constante su matrimonio con el supérstite; y

3.º En las posibilidades de opción: en el artículo 839 el abanico comprende o una renta vitalicia o los productos de determinados bienes o un capital en efectivo (51); en el artículo 840 las alternativas son solamente dos: o un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios, po-

(47) MARTÍNEZ-PIÑEIRO: folleto cit., pág. 11.

(48) Ni menos su naturaleza jurídica de *pars bonorum* y no *pars hereditatis*. Cf., acerca de las discusiones sobre este extremo, LACRUZ: *op. cit.*, II, ed. 1973, páginas 86-88; PUIG BRUTAU: *op. cit.*, V, 3.º, págs. 110 a 133; VALLET DE GOYTISOLO: *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*, I.N.E.J., Madrid 1974, vol. I, págs. 276 a 281; también, en «Comentarios...» cit., 1.ª ed., págs. 414 a 419.

(49) Vide un exhaustivo resumen de posiciones en VALLET: *Limitaciones...* cit., volumen I, págs. 295 a 299.

(50) VALLET: *Limitaciones...* cit., págs. 288-9. En el mismo sentido, ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS: «La conmutación del usufructo legal del cónyuge viudo», en *A.D.C.*, XVII-III, julio-septiembre 1964, págs. 583 y ss.; en contra, JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO: «Conmutación del usufructo viudal común (Análisis del artículo 838 del Código Civil)», en *R.D.N.*, XV, enero-marzo 1957, págs. 240 y ss., para quien sólo pueden conmutar los descendientes legítimos afectados en su legítima larga.

(51) Esto último, probablemente, como fruto de una defectuosa traducción de las últimas palabras de su modelo, el artículo 819 del Código Civil italiano de 1865.

sibilidades ambas que equivalen a la opción «capital en efectivo» del artículo 839 (aunque no lo entendiera así la sentencia de 28 de junio de 1962).

Además, la *ratio* entre ambos preceptos no me parece absolutamente coincidente: si en el artículo 839, junto a la lejana finalidad subjetiva de evitar el encuentro entre sucesores, en casos aislados, probablemente anti-páticos entre sí, prevalece su motivación objetiva de obviar desmembraciones antieconómicas del dominio; en el artículo 840 el factor subjetivo pasa a ser el predominante, como evidencia la limitación de la facultad conmutativa sólo frente a los descendientes adulterinos.

No obstante estas diferencias entre las dos conmutaciones, pareceme lícito traspasarle a la innovada la problemática de la pretérita a fin de decidir en qué medida le afecta a esta última y, al mismo tiempo, imaginar para la misma nuevas cuestiones. Así:

1.º ¿Puede el testador prohibirla o imponerla?

Dada la finalidad pacificadora de la nueva regla estimo que resulta tan dudoso excluirla *a priori* como las famosas cláusulas que prohíben a los sucesores litigar sobre la herencia, y aun éstas se hallarían frecuentemente mejor intencionadas (52). En cambio, sí creo posible que el testador mismo la ordene en su testamento y aun la lleve a cabo, partitivamente, en él, sin fraude (léase lesión legitimaria) para nadie, por supuesto (53).

2.º ¿Y el contador-partidor ordinario?

Excluirla no parece que pueda nunca; imponerla (o realizarla), sí, siempre que esté facultado expresamente por el *decius*; ejecutar los acuerdos de los interesados, por supuesto, pero entonces actúa más como contador-partidor electo que testamentario (54).

3.º ¿Y el contador-partidor especial del artículo 841?

Si el caso no hace tránsito al supuesto anterior, entiendo que tampoco podrá vetar la conmutación, ni siquiera imponerla o realizarla *per se*, porque, como se verá al analizar los artículos 841 a 847, las legítimas conmutables a metálico en virtud de esos preceptos son sólo las de los hijos o descendientes (nunca la del cónyuge), como descubre si no la letra

(52) En el mismo sentido, VALLET: *Comentarios...* cit., 2.ª ed., pág. 477. Cf. también la precaución del artículo 1.045 en relación con los 1.044 y 1.039, todos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(53) Véase similar cuestión dentro del 839 en VALLET: *Comentarios...*, citado, 2.ª ed., págs. 476-7, donde recoge parecidas opiniones de CÁMARA y GULLÓN.

(54) LACRUZ ha escrito certeramente, pero sin matizaciones: «No creo que pueda hacerlo (conmutar ex 840) el contador partidor que no ha sido designado por el viudo y no puede intervenir en el ejercicio de unos derechos que no le ha concedido a dicho viudo el premuerto, sino la ley» (*op. cit.*, ed. 1981, pág. 480).

del 841, sí la de los artículos 842, 843 y 847 (54 bis). El mismo criterio negativo es predicable del contador-partidor dativo del artículo 1.057, 2, a menos que obtenga la confirmación total expresa (no basta la aprobación judicial) que previene ese párrafo.

4.º Si los descendientes adulterinos fueren varios, la elección entre el dinero o el lote hereditario deberán efectuarla, si no por unanimidad, sí por mayoría; argumento: analogía con el nuevo criterio que inspira al artículo 1.057, 2 (aunque si se medita mejor, la unanimidad del artículo 1.058 o, en otro caso, la inevitable decisión judicial, anida todavía en aquel precepto, y lo único que se excluye con él son los engorrosos juicios universales).

5.º Si fueren menores o incapaces, creo que debería bastar la intervención de sus representantes legales (art. 1.060, interpretado conforme indico en la nota 155 ter de mi anterior entrega, número 550 de esta Revista, páginas 582 a 584, y, por consiguiente, exclusión hecha del defensor judicial, sometido siempre al art. 1.049 L.E.C.) para conmutar, pues la mera elección entre las dos alternativas del Código, si no un acto puramente partitivo, sí parece un acto debido (dada la iniciativa del viudo) que debe contar con la misma flexibilidad en orden a la aprobación judicial que la que inspira algunas de las hipótesis del artículo 178 del Reglamento Hipotecario, singularmente, hoy, sus párrafos 2 y 3, en orden a otros complementos de capacidad (55).

6.º ¿*Quid* si se interfirieran las dos conmutaciones, es decir, si los descendientes adulterinos son herederos, no sólo forzosos (por mejor decir, legitimarios), y deciden poner en funcionamiento el mecanismo del artículo 839, al par que el cónyuge viudo activa el del 840? Si damos prevalencia sentimental a este último precepto (56), incluso por ser más

(54 bis) En el mismo sentido, FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ: «Fichero de reflexiones y problemas prácticos», X, en *Boletín del Ilustre Colegio Nacional de Registradores*, núm. 172, octubre de 1981, pág. 1035.

(55) Con lo cual columbro aquí otra posible diferencia con respecto a la conmutación ordinaria, donde DÍEZ PICAZO ha opinado, al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1962 (*Estudios sobre la Jurisprudencia civil*, Madrid, 1969, tomo II, pág. 564), que: «tanto las facultades del padre como, en su caso, las del defensor judicial que le sustituya en la partición de la herencia son facultades puramente particionales o divisorias, y que, por consiguiente, si al efectuar la partición se altera el régimen de propiedad de bienes —lo que ocurrirá siempre que se hagan adjudicaciones de bienes en pago de deudas o que se adjudiquen inmuebles para pago de usufructo—, el convenio ya no es puramente particional y la aprobación del Juez debe recaer por imperio de lo establecido en el artículo 164». No se arguya que también es debido el pago de deudas y, sin embargo, se considera acto alienatorio, porque el pago de haberes (y el del viudo que exige la conmutación lo es) nunca se ha asimilado al pago de créditos.

(56) No sé si ésta es la opinión de VALLET (*Comentarios*, cit., 2.ª ed.) cuando nos dice que: «La opción para conmutar el artículo 839 se la confiere a los herederos; y, en cambio, el artículo 840 se la concede al cónyuge viudo. Creo, sin

singular o específico, podríamos incurrir en una cierta discriminación hacia los descendientes adulterinos, al hacerlos de peor condición que los demás herederos ordinarios, pues no podrían pretender conmutar ex artículo 839, sin exponerse a ver enervada o alterada su pretensión vía 840. Más equitativo quizá resulte que, en defecto de previsión por el testador, rijan el sano principio del *prior tempore...*, de manera que aquel de los dos polos de la conmutación que, fehacientemente, tome la iniciativa primero deje al otro expuesto a los resultados, nunca fraudulentos, de ella (57).

7.º ¿Qué se debe entender por «usufructo que grave la parte que reciban los hijos»? ¿Sólo el tercio de mejora, donde necesariamente confluyen siempre adulterinos y viudo? ¿O también la mitad del tercio libre que a este último concede el artículo 837, 2, si la correlativa nuda propiedad se ha hecho llegar voluntariamente a los descendientes? ¿O, igualmente, a la otra mitad del tercio libre que, por voluntad del causante, también les haya llegado a viudo y adulterinos en usufructo y nuda propiedad, respectivamente? (58). La referencia al artículo 837 con que comienza el 840 inclina a pensar que, como mínimo, el usufructo conmutable es todo el que se concede al viudo, en la tesitura de su exclusiva concurrencia con el fruto de la infidelidad de su cónyuge; pero la *ratio*

embargo, que una opción no excluye la otra, sino que cualquiera de ambas partes podrá ejercitar la suya, aunque el cónyuge viudo tiene limitada su iniciativa respecto del usufructo que grave la parte que reciban los hijos no matrimoniales de su consorte engendrados por éste durante el matrimonio de ambos», porque luego añade —pág. 487 también—: «Esta es la única opción que puede ejercitar el cónyuge viudo y tan sólo frente a los expresados hijos no matrimoniales de su consorte. Pero, si la ejercita (¿criterio «prior»?), pregunto yo), queda excluido que éstos puedan optar por asignarle una renta vitalicia o los productos de determinados bienes...»

(57) A otro posible caso de concurrencia de conmutaciones, ya no conflictivo, sino paralelo, alude VALLET con estas certeras palabras: «Lo expresado puede dar lugar a que, en contra de lo que se estimó excluido en el supuesto del artículo 839..., en el supuesto del artículo 840 puedan concurrir una parte del usufructo conmutada y otra no conmutada, o bien conmutada parte con una fórmula y parte con otra distinta. Ocurrirá así, con los hijos no matrimoniales del cónyuge premuerto concebidos durante el matrimonio, si concurren con herederos voluntarios a quienes corresponda la mitad del tercio de libre disposición de la herencia en la que recaiga el exceso del usufructo viudal sobre el tercio de mejora ($1/2 - 1/3 = 3/18$), y si el cónyuge viudo reclama a los hijos de su consorte, la conmutación del usufructo, en un capital o en dinero o en un lote de bienes, y si los herederos voluntarios no optaran por conmutar o si eligieran pagarlo con una renta vitalicia o los productos de determinados bienes» (Comentarios. cit., 2.ª ed., pág. 488).

(58) Donde es evidente que no puede nunca llegar la facultad conmutativa es al caso de un usufructo que grave incluso la legítima estricta mediante cautela de opción compensatoria, aceptada *post mortem* por los afectados, para los que la sobreenvenida conmutación impuesta representaría una verdadera «jugarreta» del viudo y, en cierto sentido, un *venire contra factum proprium* de éste.

subjetiva de la norma, antes expuesta (59), me da pie para ir más lejos y patrocinar la conmutabilidad del usufructo viudal sobre cualquier fracción de los tercios segundo y tercero, cuyos nudos propietarios sean los descendientes adulterinos (60).

8.º Si los tales descendientes no se avienen, ni siquiera por mayoría (v.gr., por ser uno; o por ser dos y disentir; o tres y discrepar dos y abstenerse el otro, etc.), a elegir una de las dos posibilidades que les autoriza la Ley, ¿pasará la decisión al viudo, por analogía, por ejemplo, con el artículo 822, o resolverá en todo caso el Juez? Me inclino por lo primero, aunque en muchos casos para llevar a cabo la conmutación por la modalidad (dinero o lote) elegida ahora por el viudo se necesitará la intervención judicial que supla el poco entusiasmo ejecutivo que demuestra la inhibición o la discordancia electiva de los adulterinos; y

9.º Si el dinero que se opte por entregar al viudo se hallaba en la herencia, en realidad la alternativa seleccionada fue la otra, la de lote hereditario. En todo caso, si el capital se pacta pagarlo fraccionadamente, todas las circunstancias del vínculo, así como sus garantías, se ajustarán

(59) Y que también confirma VALLET: «Lo que el artículo 840 pretende —escribe— es que el cónyuge viudo no haya de mantener relaciones permanentes —de usufructo y propiedad, o de acreedor y deudor— con los hijos extramatrimoniales que su fallecido consorte engendró durante el matrimonio de ambos. Por eso le confiere la opción para exigir un capital en efectivo con cuyo pago se finiquite toda relación entre éste y aquéllos» (*Comentarios...* cit., 2.ª ed., pág. 487).

(60) Con lo cual advierto aquí otra diferencia respecto de la conmutación ordinaria del artículo 839 del Código Civil. Para mí este precepto sólo autoriza a variar el usufructo legal del cónyuge (cfr. la expresión «su parte de usufructo» del 839 y la incardinación de este precepto), no aquel usufructo (ni, por supuesto, cualquier otra atribución) que, más allá de la legítima, le hubiera hecho llegar el causante, porque así lo exige: a) el principio de que la voluntad del *de cuius* es ley suprema de la sucesión; b) el criterio que se desprende de los artículos 820, 3.º, y 886, 1; c) la consideración —apuntada ya por MEZQUITA (*op. cit.*, págs. 240 y siguientes)— de que si no fuera así, el cónyuge viudo sería un sucesor de peor condición que cualquier otro beneficiado con un usufructo. Además la *ratio* del 839— evitar antieconómicas desmembraciones del dominio— no se puede desorbitar del marco en que se sitúa el precepto, porque, de lo contrario, toda atribución sucesoria en usufructo hecha a cualquier persona sería conmutable y aún los usufructos *inter vivos* (de la misma manera que los censos son redimibles). Así parece entenderlo también, implícitamente, VALLET: *Comentarios...* cit., 2.ª ed., pág. 474. En el caso de sucesión testada en que la legítima del viudo se le deje embebida en una atribución usufructuaria mayor y además concentrada en el goce de unos concretos bienes que le haya señalado el testador (o el contador) para su pago, la determinación de cuáles de esos bienes usufructuados se pueden conmutar «ex 839» y cuáles no (siempre que de la atribución específica no se deba deducir una voluntad del causante prohibitiva de la conversión), me recuerda la problemática similar que se plantea acerca de qué bienes se han dejado por el descendiente del 811 al ascendiente reservista en pago de su legítima (y, por tanto, *ex ministerio legis*) y qué otros *au delà* de ella, y, por consiguiente, libres de la vinculación reservataria: al equitativo criterio proporcional patrocinado allí por la mejor doctrina me remito.

a lo convenido. Para valoración del usufructo a conmutar y de los bienes a dar en cambio (y momento adecuado para ambas), véase la doctrina vertida a propósito del artículo 839 (61). Hoy, para llegar a las mismas conclusiones en punto al momento del cálculo (el de la práctica de la conmutación, en tanto en cuanto el usufructo vidual es *pars bonorum*), tenemos a nuestro favor, además, la analogía con otro precepto similar: el 847. Su criterio justo de devengo de interés legal —siempre escaso en esta época de inflación— también se hubiera podido extraer de una adecuada interpretación de los artículos 1.100 y 1.108 del Código Civil.

Reus, 17 de agosto de 1982.

JUAN MANUEL REY PORTOLÉS
Registrador de la Propiedad

(61) LACRUZ: *Op. cit.*, ed. 1973, págs. 97-8; VALLET: *Limitaciones...* cit., página 300.

N O T A S

Liquidación de cargas.

Sistema de Derecho hipotecario

I. LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y EL DERECHO HIPOTECARIO

Para mejor entender el problema de la liquidación de cargas hay que partir de la explicación de sus diferentes sistemas: el sistema de subsistencia y el sistema de purga de las cargas. Estos sistemas tratan de resolver el problema en el proceso ejecutivo cuando existen hipotecas y cargas anteriores e hipotecas y cargas posteriores al derecho que se ejecuta y que provoca la ejecución.

La evolución de este sistema fue el siguiente: DUQUE (*La liquidación de cargas en el remate de inmuebles. Escritos en homenaje a Prieto Castro*, tomo I, págs. 235 y ss.). Cuando en una ejecución ordinaria, y se emplea, dice DUQUE, el término de ejecución ordinaria la que es regulada en la L.E.C., en oposición a la ejecución especial, que es la regulada por la Ley Hipotecaria, se aprobaba el remate de un inmueble según la redacción del artículo 1.511 de la L.E.C., se imponía la liquidación de cargas del inmueble vendido. Sólo se rebajaba el precio de los censos y demás cargas perpetuas.

El artículo 1.511 de la L.E.C. distinguía dos situaciones que estaban perfectamente claras: los censos y las cargas perpetuas que se rebajaban del precio y el resto de los demás derechos y cargas que se liquidaban. Esta liquidación se notificaba a las partes y al comprador, y, notificada la liquidación, el Juez la aprobaba sin más trámites o procedía a hacer las rectificaciones pertinentes.

Es decir, si un inmueble había sido vendido en 100.000 pesetas y el capital de los censos y cargas perpetuas era de 20.000 pesetas, el comprador solamente venía obligado a pagar 80.000 pesetas, porque hay que tener en cuenta que el artículo 1.511 de la L.E.C. se refería exclusivamente a los censos y a las cargas perpetuas.

Ahora bien: si existía una finca gravada con censos y cargas perpetuas, una primera hipoteca y una segunda hipoteca, y se despachaba la ejecución a instancia del segundo acreedor hipotecario, el artículo 1.516 de la L.E.C. disponía el siguiente procedimiento: con el precio de la venta de la finca vendida se destinaba en primer lugar a cubrir el importe de las cargas perpetuas, como hemos visto en el ejemplo anterior. En segundo lugar, se pagaba al primer acreedor hipotecario y el resto del precio quedaba para el segundo acreedor hipotecario que había ejecutado la hipoteca. Y la finca hipotecada se entregaba al comprador libre de toda hipoteca, salvo los censos y las cargas perpetuas.

Pero la reforma de la Ley Hipotecaria de 1909 reguló el procedimiento judicial sumario para ejercitar sin previa cognición el título constitutivo de la hipoteca. El artículo 131 de la Ley Hipotecaria disponía que en los edictos por los que se anunciaba la subasta se hiciera constar en ellos las cargas y gravámenes anteriores o preferentes que quedaban subsistentes si las hubiere y que el rematante las aceptaba y se subrogaba en ellas.

Como se ve, aparece la existencia de dos tipos de sistemas de liquidación de cargas: el sistema de purga o liberación y el sistema de subsistencia de ellas. En el supuesto de la L.E.C., artículo 1.511, salvo los censos y las cargas perpetuas, se liquidaban todas las demás y se repartía el precio entre los acreedores por razón de su preferencia. En el supuesto del artículo 131 de la L.E.C., las cargas preferentes no se liquidan, sino que quedan subsistentes, y el comprador se subroga en ellas. El precio se entrega al primer acreedor hipotecario que ejecuta la hipoteca; si existe primera hipoteca queda subsistente y es aceptada por el comprador que subroga en ella.

La nueva regulación de la Ley Hipotecaria no quiso quedar limitada al procedimiento judicial sumario, y el artículo 133 de la Ley Hipotecaria no deja lugar a dudas que lo dispuesto en el artículo 131 de la misma Ley respecto a la subsistencia de hipotecas y demás gravámenes anteriores o preferentes al crédito del ejecutante será aplicable no sólo a la ejecución de créditos hipotecarios, sino a todos aquellos procedimientos en que se ejercite cualquier acción real o personal que produzca la venta de bienes inmuebles.

Después de este precepto, artículo 133 de la Ley Hipotecaria, la doctrina ha considerado derogado el artículo 1.516 de la L.E.C. por el 131 de la Ley Hipotecaria; en este sentido, PRIETO CASTRO. FENECH (*Derecho procesal civil* 1979, pág. 491), donde dice que la Ley Hipotecaria vigente hace entrar en colisión normas de esta Ley, artículos 131 y 133 de la L.H. y normas de la L.E.C., artículos 1.511, 1.512, 1.516, 1, y 1.519, y que esta colisión se resuelve a favor de la Ley Hipotecaria. GUASP (*La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*) señala que es evidente que con

arreglo al 133 de la Ley Hipotecaria han quedado derogadas las disposiciones de los artículos 1.516 y 1.518 de la L.E.C., y esto que parece claro es puesto en duda por algún autor y se sigue el sistema de liquidación en la práctica de algunos Juzgados aplicando el sistema de liquidación de cargas, pese al texto del artículo 133 de la Ley Hipotecaria.

La posición de DUQUE en el trabajo citado es clara. La reforma de la Ley Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 recoge en su artículo 133 la doctrina del anterior texto hipotecario de 1909, y las consecuencias son las siguientes:

1.^a Que han quedado derogados los artículos 1.516 y 1.518 de la L.E.C., así como el 1.511 de la L.E.C., en lo que se refiere a los censos y demás cargas perpetuas.

2.^a Que en los edictos en que se anuncia la subasta cuando se refieren a bienes inmuebles deberá anunciarse que los gravámenes y cargas anteriores y preferentes quedan subsistentes y que el rematante los acepta y queda subrogado en ellos. Será igualmente de aplicación el artículo 131 de la L.H. —8-10 y 13-16—. El precio obtenido en la venta se destinará al pago del crédito del actor.

II. ESTUDIO DE LOS PRINCIPIOS EXAMINADOS

Expuesta la evolución histórica de ambos sistemas, vamos a estudiar en qué consisten los principios examinados anteriormente. Los sistemas de purga o de subsistencia de cargas tratan de solucionar el problema que plantean las cargas o las hipotecas preferentes cuando se ejecutan derechos o hipotecas posteriores; en resumen, qué pasa con todos los derechos y cargas anteriores cuando es enajenada una finca por medio de un proceso de ejecución realizado sobre la base de hipotecas o derechos posteriores.

ROCA SASTRE expone así los diferentes sistemas (*Derecho hipotecario*, tomo IV, 5.^a edición, pág. 869). Con el sistema de purga la enajenación forzosa en virtud de un proceso de ejecución provoca la extinción o liberación de toda clase de cargas y derechos, ya sean anteriores y preferentes o posteriores al derecho del ejecutante, destinándose el precio de la compra al pago de todos los acreedores por el orden de su rango o preferencia jurídica.

Se supone el caso de una finca gravada con una primera hipoteca y que se ejecuta la segunda. Se convierte el derecho de la primera hipoteca en un derecho sobre el precio que se obtiene por la venta de la finca; el primer acreedor hipotecario ve su inversión de capital anulada por una

liquidación prematura; hay que tener en cuenta que la ejecución de la segunda hipoteca precipita el vencimiento de la primera y los acreedores hipotecarios solamente reciben el precio con arreglo a su rango hipotecario.

Caso contrario es el sistema de subsistencia de hipotecas anteriores o preferentes; en este caso, las hipotecas o derechos anteriores al derecho del ejecutante se mantienen firmes, o sea que subsisten como si se enajenase una finca de vendedor a comprador en una compraventa voluntaria. La ejecución forzosa es asimilada en estos casos a una compraventa ordinaria. Si el segundo acreedor hipotecario que ejercita su derecho saca la finca a subasta que se adjudica a un comprador, para el primer acreedor hipotecario es una *res inter alios acta*. Este es el sistema del artículo 131 y 133 de la Ley Hipotecaria, que, como hemos visto, ha derogado los preceptos de la L.E.C. en la materia que entraban en colisión.

Esta regla se completa con otras dos.

El artículo 227 del Reglamento Hipotecario, que considera preferente a los efectos del artículo 131 de la L.H. las cargas y gravámenes simultáneos, o sea del mismo rango que el crédito del actor.

Y otra norma complementaria es la del artículo 127 de la Ley Hipotecaria, en el caso de hipotecas vencidas tan sólo en algunos plazos del crédito garantizado, el adjudicatario puede adquirir la finca con subsistencia de la hipoteca o bien adquirirla con la purga o liberación de ésta, ya que si el comprador no adquiere la finca con la carga de la hipoteca se depositará su importe y los intereses que le correspondan para que sea pagado a los acreedores en los plazos correspondientes.

III. LIQUIDACION DE CARGAS EN LA LEY HIPOTECARIA

Hipotecas, derechos reales, cargas, gravámenes y anotaciones posteriores a la hipoteca del ejecutante.

La ejecución de una hipoteca preferente en rango produce la extinción de todas las cargas, derechos y gravámenes posteriores; además del propio crédito hipotecario que se ejecuta. El sistema de purga se produce, dice ROCA SASTRE, plenamente cuando se trata de hipotecas y derechos posteriores al que se ejecuta.

Adjudicada la finca al adquirente, la adquiere con la subsistencia de cargas y derechos preferentes a los del acreedor hipotecario que ejecuta su hipoteca, artículo 131, 8, L.H. Los acreedores hipotecarios o titulares de derechos posteriores a los del acreedor ejecutante sufren la pérdida de su derecho real o afección registrada sin perjuicio de que puedan ejer-

citar las acciones personales correspondientes; ahora bien: cómo se produce esta cancelación; hay que distinguir dos supuestos:

a) Regla general, artículo 131, 17, L.H. Aprobado el remate y la adjudicación, se ordena la cancelación de la hipoteca que garantiza el crédito y de todas las inscripciones o anotaciones posteriores a esta hipoteca; y esto se hace constar en el oportuno mandamiento judicial.

b) Artículo 233 del Reglamento Hipotecario. En el auto de adjudicación de bienes se determinan las inscripciones o anotaciones posteriores y las anteriores pospuestas al crédito del actor que hayan de cancelarse con referencia expresa al tomo, folio, número o letra. Hay que tener en cuenta que en el mandamiento que se ordene la cancelación se ha de hacer constar: que se hicieron las notificaciones del artículo 131-5, de la L.H. y que el valor de lo vendido fue igual o inferior al crédito del actor, y si hay exceso, que ha habido consignación; hay que tener en cuenta que todas estas circunstancias deben expresarse en el asiento de cancelación.

c) Todas las inscripciones o anotaciones practicadas con posterioridad a la extensión de la nota marginal a que se refiere el artículo 131 de la L.H. serán canceladas en virtud de referencia genérica. La nota marginal del artículo 131 de la L.H. hace constar que se ha expedido certificación donde se dice los censos, hipotecas, gravámenes, derechos reales y anotaciones a que están afectos los bienes y que se halla subsistente y sin cancelar la hipoteca a favor del actor.

IV. HIPOTECAS Y ANOTACIONES PREVENTIVAS DE EMBARGO

Hasta aquí hemos visto cómo se desarrolla el procedimiento de cancelación de cargas, pero nos queda por examinar el punto más difícil al poner en conflicto las anotaciones preventivas de embargo e hipotecas. Así como la hipoteca aparece como un derecho real, artículo 1.876 C.C. y 1.858, la naturaleza jurídica de las anotaciones preventivas de embargo aparecen con efectos y caracteres de derecho real más limitado, aparte de que son instituciones nacidas en el derecho procesal que pasan a ser reguladas en la Ley Hipotecaria y que tienen unas prioridades que determina el Código Civil. Vamos a examinar la anotación preventiva de embargo bajo dos puntos de vista: el del derecho procesal y el derecho hipotecario.

DERECHO PROCESAL

RAMOS MÉNDEZ (*Derecho procesal* 1980, pág. 1005). El embargo es aquella actividad ejecutiva por la que se individualizan bienes y derechos del deudor y se le sujeta a dichos bienes a un proceso de ejecución. El embargante, dice RAMOS, no tiene ningún tipo de derecho real con el embargo. Este se limita a declarar que un determinado bien ha quedado afecto y está sujeto a un *ius perseguendi* sobre dicho elemento, aunque cambie de titularidad. Ahora bien: qué ocurre cuando del embargo se toma anotación preventiva sobre bienes inmuebles; la garantía que da la anotación preventiva de embargo consiste fundamentalmente en atribuir una determinada preferencia sobre actos dispositivos y deudas contraídas con posterioridad a dicha anotación. Pero esta preferencia no se extiende a los actos anteriores del deudor, pese a no estar inscritos, y, por otra parte, la anotación preventiva de embargo no se beneficia de los artículos 32, 34 y 37 de la Ley Hipotecaria.

Para PRIETO CASTRO (*Derecho procesal civil*, II, 1969, pág. 298) el embargo sobre bienes inmuebles se realiza por medio de una anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, artículo 42, 2 y 3, L.H. Esta anotación preventiva tiene carácter constitutivo, pues crea una hipoteca judicial que otorga preferencia al derecho del anotado sobre los que puedan anotarse después; precisa este autor que quedan a salvo, no obstante, los privilegios reconocidos por el derecho material.

GUASP (*Derecho procesal civil*, I, pág. 421). La verdadera naturaleza jurídica del embargo es la de considerar a éste como un acto procesal. El derecho real tiene dos características fundamentales, y esto se da en el embargo cuando recae sobre una cosa y se puede hacer valer frente a todos. En el embargo se dan dos facultades típicas del derecho real, el *ius perseguendi*, que autoriza a hacerse con el bien, aunque su titularidad haya cambiado, y el *ius prioritaris*, que garantiza al primer embargo la prioridad de su derecho.

Lo que no puede considerarse al embargo, dice GUASP, es como un derecho real de derecho privado, o sea de naturaleza civil. El embargo es en todas sus variedades un derecho de carácter procesal, una potestad que el Juez obtiene sobre ciertos bienes. El acreedor embargante adquiere sobre los bienes un derecho real, el derecho a ser pagado en su deuda mediante la enajenación de los bienes. GUASP sitúa el embargo como un derecho real de carácter procesal. Dicho embargo es anotado preventivamente en su caso en el Registro de la Propiedad, artículo 42, 2 y 3, de la Ley Hipotecaria.

DERECHO HIPOTECARIO

Cossío (*Instituciones de Derecho hipotecario*, pág. 265) considera que, una vez anotado el embargo en el Registro el embargante adquiere sobre dichos bienes una verdadera hipoteca, en cuanto asegura la efectividad de la deuda mediante la realización del valor de los bienes embargados. Aunque de ninguna manera puede considerarse a la anotación preventiva de embargo como una hipoteca ordinaria, ya que a esto se opone el artículo 44 de la Ley Hipotecaria y 1.923 y 1.927 C.C., como veremos más adelante.

ROCA SASTRE (*ob. cit.*, pág. 485) dice que el embargo es una figura procesal y que está dirigido a asegurar la efectividad de una condena dineraria; el embargo consiste en un acto del Juez que sujeta determinados bienes del deudor a la responsabilidad del pago de su deuda, pero no basta con el acto judicial del embargo cuando se trata de bienes inmuebles; es necesario que, dada su analogía con la hipoteca ordinaria, el acto judicial que es el embargo se haga constar en el Registro de la Propiedad por medio de una anotación preventiva: art. 42, 2 y 3, L.H.

Se trata, dice este autor, de una anotación constitutiva. Al anotarse un embargo no se registra un crédito personal, es decir, no queda anotado dicho crédito, sino que lo que se anota es el embargo en sí, o sea una hipoteca de efectos especiales.

Se podrían recoger más opiniones sobre este tema, pero dada la naturaleza de este trabajo creemos que ya se pueden obtener las siguientes consecuencias:

1.º *Naturaleza del embargo*

El embargo es un acto procesal y es un acto que se realiza dentro de un procedimiento judicial. El embargante adquiere un derecho real, pero es un derecho real dentro del procedimiento y que, por lo tanto, no puede hacerse valer fuera del proceso en que se obtiene.

2.º *Naturaleza de la anotación preventiva de embargo*

Este acto procesal que es el embargo, cuando se refiere a bienes inmuebles, se hace constar por medio de una anotación preventiva en el Registro de la Propiedad. Hay una distinción ya clásica en el Derecho hipotecario entre anotaciones preventivas de publicidad y anotaciones preventivas constitutivas; la anotación preventiva de embargo es una anotación de naturaleza constitutiva, y lo que se anota en el Registro de la Propiedad es el acto procesal del embargo. Aparece así un derecho de

realización del valor del bien embargado, pero que no tiene relación con la hipoteca, ya que entre uno y otra hay diferencias esenciales, como vamos a ver.

3.º *Efectos de la anotación preventiva de embargo*

La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 dice que las anotaciones preventivas han sido creadas en sustitución de las antiguas hipotecas judiciales; es decir, el artículo 42, 2 y 3, L.H. no declara ningún derecho real ni menos convierte un derecho personal en un derecho real. El acreedor que obtiene la anotación preventiva sólo tendrá preferencia sobre los que con posterioridad a dicha anotación obtengan un derecho contra su deudor. El sistema legislativo articula así los efectos de la anotación preventiva de embargo.

- La anotación preventiva de embargo no otorga al titular de esta anotación los beneficios de la fe pública registral: artículos 32, 34 y 37 L.H.
- Los efectos de la anotación preventiva de embargo aparecen regulados en el artículo 44 L.H., cuando dice que el acreedor que obtenga anotación a su favor en los casos señalados por el artículo 42, números 2, 3 y 4, tendrá para el cobro de su crédito la preferencia establecida en el artículo 1.923 C.C.

DÍEZ PICAZO (*Fundamentos de Derecho civil. Teoría general del contrato. Las relaciones obligatorias*, 1970, pág. 757) señala que la configuración de este privilegio, el del artículo 1.923 C.C., es difícil de determinar. El punto esencial para la interpretación de este precepto radica cuando dice que los créditos anotados en el Registro de la Propiedad por embargo gozarán de preferencia sobre los bienes anotados y sólo en cuanto a los créditos posteriores. La interpretación de este precepto, dice DÍAZ PICAZO, puede entenderse de muy diferentes formas. Hecha una anotación preventiva cómo se determinan los créditos posteriores; las dos últimas palabras del artículo 1.923, 4, C.C.

Según este autor, se puede considerar que son créditos posteriores:

- Los créditos que hayan sido anotados en el Registro de la Propiedad con posterioridad al embargo anotado.
- Créditos que han nacido después de que se constituye el que es objeto de la anotación.
- Créditos cuyo nacimiento es posterior a la anotación preventiva de embargo.

Para DÍAZ PICAZO la explicación correcta del artículo 44 L.H., en relación con el 1.923 C.C., es esta última; es decir, el crédito que es anotado preventivamente en virtud de un embargo tiene preferencia en cuanto a aquellos créditos que han nacido con posterioridad a la anotación preventiva de embargo.

Hecho este análisis de la anotación preventiva de embargo, vamos a ver el problema que se plantea cuando dicha anotación entra en colisión con una hipoteca que es un derecho real perfecto y, como consecuencia, la forma en que se verifica la correspondiente cancelación de cargas.

La Resolución de 28 de septiembre de 1968. Antecedentes de hecho:

El 21 de enero de 1965 se otorga escritura pública con garantía hipotecaria; dicha escritura pública se inscribe en el Registro de la Propiedad el 22 de abril de 1965. El 9 de febrero de 1965 se decreta un embargo que se anota en el Registro de la Propiedad el 8 de abril de 1965 (A), y el 26 de febrero de 1965 se decreta otro embargo que se anota el 22 de abril de 1965 (B).

Por no haberse pagado en su momento la hipoteca, el titular del crédito hipotecario inicia el procedimiento del artículo 131 L.H. Después de librada la certificación de cargas se notifica a los titulares de los embargos; el Juzgado, teniendo en cuenta que el crédito hipotecario tenía preferencia sobre los embargos, adjudica la finca al titular del crédito hipotecario, declarando desierta la primera y segunda subasta. Y en el Auto de adjudicación de 22 de febrero de 1967 ordena la cancelación no solamente de las anotaciones posteriores a la hipoteca, sino de las anteriores a ella, y aquí reside el punto esencial de este problema. Se ordena la cancelación de las anotaciones de embargo practicadas con anterioridad a la hipoteca objeto del procedimiento, dado que se considera como preferente el crédito hipotecario, por la razón de que este crédito nació con anterioridad a las mencionadas anotaciones de embargo.

Presentado el correspondiente Auto y mandamiento de cancelación en el Registro de la Propiedad, fue calificado con la siguiente nota: «No se practica la cancelación de la anotación de embargo, letras A y B, por ser opuesto al artículo 131, 8, L.H.» La Audiencia Territorial confirmó la nota del Registrador, y la Resolución de la D.G.R.N. citada confirmó el Auto apelado y la nota del Registrador.

DOCTRINA

El texto de la R.D.G.R.N. plantea el problema de si pueden cancelarse dos anotaciones preventivas de embargo que son posteriores al crédito hipotecario en cuanto a su nacimiento, pero que han sido anotadas

en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la fecha de la inscripción de la hipoteca.

Según la Resolución citada, el artículo 131-17 L.H. establece que se ordenará la cancelación del crédito del actor y, en su caso, la de todas las inscripciones o anotaciones posteriores a dicha inscripción del actor. Permitiendo, además, el artículo 233 del R.H. que en el Auto de adjudicación de bienes se puedan cancelar las inscripciones o anotaciones anteriores y pospuestas al crédito del actor; pero esto deberá hacerse conforme a las normas que establece el artículo 44 de la L.H. y 1.923 del C.C. en el procedimiento hábil para tales cancelaciones y posposiciones.

Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo, en orden a la interpretación del artículo 1.923, 4, del C.C., que no es el orden de ingreso de los embargos en el Registro de la Propiedad, sino la fecha de los respectivos créditos, lo que determina la preferencia para el cobro de los embargos. Pero esta solución e interpretación del 1.923, 4, del C.C. hay que ponerla en relación con las correspondientes normas procesales; de donde se desprende que el procedimiento de apremio no es apto para resolver un problema de preferencia de créditos; y que esto debe hacerse en virtud de una tercería y por el procedimiento declarativo correspondiente.

La Resolución citada señala la capacidad del Registrador para calificar esta cuestión según el artículo 99 del R.H., ya que la calificación afecta no sólo a la competencia del Juzgado o Tribunal, sino a la congruencia del mandato en el procedimiento o juicio que se hubiera dictado.

AMORÓS (*R.C.D.I.*, núm. 470, págs. 161 y ss.) señaló cómo la L.H. no se refiere directamente a la extinción de los derechos posteriores y sí sólo a su cancelación: art. 131-17 L.H. Porque la L.H. contempla el problema en el orden puramente formal o del Registro de la Propiedad y no se refiere a supuestos de derecho civil.

Para la cancelación de cargas la L.H. considera como preferentes los derechos inscritos con anterioridad o simultáneamente. El artículo 131-8 de la Ley Hipotecaria dice que las cargas y gravámenes anteriores y preferentes al crédito del actor quedan subsistentes y que el adquirente las acepta y se subroga en ellas. Y el artículo 131-17, de la L.H., cuando dice que se dictará Auto ordenando la cancelación de la hipoteca que garantiza el crédito del actor, y en su caso todas las inscripciones o anotaciones posteriores a la inscripción de aquélla, supone la cancelación de los derechos inscritos con posterioridad a la hipoteca. Para la L.H. cargas no preferentes son las cargas posteriores; la preferencia se deriva de la prioridad formal o registral.

En la L.H. el sistema de liquidación de cargas aparece claro; sólo subsisten las cargas preferentes y las simultáneas que también se consi-

deran preferentes: art. 227 del R.H. En la L.H., preferencia equivale a prioridad registral.

El problema surge cuando se plantea una colisión entre derecho civil e hipotecario sobre prioridad registral. Cuando la prioridad registral en materia de cargas (art. 131, 8, L.H.) se relaciona con la prioridad de derecho civil (art. 44 L.H. y 1.923, 4, C.C.), como ocurrió en los supuestos de hecho de la Resolución citada. El Auto judicial que adjudica la finca ejecutada ordena la cancelación de todas las inscripciones o anotaciones posteriores a la hipoteca del actor (art. 131, 17, L.H.). Pero no ordena la cancelación de las inscripciones o anotaciones que siendo posteriores al crédito hipotecario sean preferentes según el Registro de la Propiedad. El procedimiento judicial sumario no puede decidir sobre cuestiones de preferencias entre créditos según el derecho civil. Esto sólo se podrá obtener en una tercería de mejor derecho y dentro del juicio declarativo correspondiente.

Hay que tener en cuenta, como dice AMORÓS, que el informe del Juez venía a poner de relieve el coste social que tenía que hacer el titular del crédito hipotecario que iniciaba el procedimiento judicial sumario para entablar un nuevo proceso declarativo. Y en este caso, dentro del procedimiento judicial sumario, se determinaba la preferencia entre créditos, al amparo de los artículos 32, 34 y 37 de la L.H. y 1.923 y 1.027 del C.C. Pero el hecho es que esto no cabía hacerlo, como hemos visto, dentro del procedimiento judicial sumario, según los criterios de la R.D.G.N. de 28 de septiembre de 1978.

IPIENS (*Anotaciones de embargo e hipotecas. Anales A. M. Notariado*, tomo XVIII) considera acertado el criterio de la doctrina de hacer una distinción entre preferencia civil y entre preferencia hipotecaria; la primera se determina con arreglo a derecho civil y se hace en el juicio declarativo que corresponda. La preferencia hipotecaria se resuelve con arreglo a los principios de prioridad y legitimación registral. Por eso, en el procedimiento de apremio, el Juez ha de atenerse al rango hipotecario, y si ha de haber alteraciones de rango ya no es competente el Juez ante quien se entabla el apremio, sino que ha de hacerse en el procedimiento que corresponda.

Como consecuencia de esto, las cargas anteriores o preferentes subsisten, salvo que se haya interpuesto tercería de mejor derecho. Las cargas preferentes según el Registro se cancelarán cuando haya sentencia firme en un proceso de tercería de mejor derecho; en el procedimiento de apremio no cabe hacer, como hemos visto, este tipo de declaraciones. Esta exposición se completa con la S.T.S. de 14 de diciembre de 1968, que declara lo siguiente: «Considerando que aunque la anotación preventiva de embargo implica la constitución de un derecho real de realización de

valor al servicio de la garantía del pago de una deuda dineraria y viene a ser como una hipoteca judicial, sin embargo, sólo otorga rango preferente sobre los actos dispositivos celebrados y sobre los créditos contraídos con posterioridad a la fecha de la propia anotación y no en cuanto a los actos de disposición, ni tampoco sobre los créditos anteriores de carácter preferente al del embargo anotado; consiguientemente, el favorecido por la anotación no goza, respecto a tales actos, de los beneficios protectores de la fe pública registral, que otorgan los artículos 32, 34 y 37 de la L.H., y sólo se antepone, en absoluto, a los títulos otorgados con posterioridad a ella, pero sin que prevalezca sobre los actos dispositivos otorgados anteriormente, aunque no estén inscritos, ni atribuye por sí solo rango preferente al crédito objeto de la anotación respecto de los créditos o negocios obligaciones preferentes.»

RICARDO EGEA
Registrador de la Propiedad

Notas sobre la vivienda habitual de la familia

(En turno de rectificación)

SUMARIO: I *El hogar familiar y la sociedad de gananciales. Examen del artículo 1.357, párrafo 2.º, del Código Civil, en relación con el artículo 1.354. Efectos de la ganancialidad adquirida.*—II. *El hogar familiar y el tráfico jurídico. El artículo 1.320 del Código Civil:* A) Su espíritu. B) Su ámbito objetivo. ¿Qué es vivienda familiar? C) Actos a los que se aplica: 1. Constitución de arrendamientos.—2. Usufructos.—3. Hipotecas.—4. Servidumbres.—5. Derechos de uso y habitación.—6. Agrupaciones y segregaciones.—7. Enajenación de la nuda propiedad con reserva del derecho de usufructo.—8. Cesión de la propiedad con reserva del arrendamiento.—9. Hipoteca en garantía del precio aplazado.—10. Disposición de participaciones indivisas.—11. Derecho de superficie.—D) El consentimiento y la autorización judicial supletoria. E) El párrafo 2.º del artículo 1.320: 1. ¿Quién ha de hacer la manifestación?—2. Su contenido.—3. El error o la falsedad.—4. La buena fe.—5. La protección del adquirente.—6. La manifestación en relación con el otorgamiento de la Escritura y su inscripción en el Registro de la Propiedad.

En las dos ocasiones en que brevemente he tratado de este nuevo concepto que supone la vivienda familiar habitual (1) creí correcto desarrollar un sistema que hoy se me antoja complejo en demasía y que, entre otras cosas, llevaba consigo un consejo o recomendación más o menos velada acerca de la necesidad de dar acceso al Registro de la Propiedad de dos datos que entendí especialmente relevantes: 1.º, su carácter de vivienda habitual de la familia; y 2.º, su posible ganancialidad parcial al amparo de lo prevenido en los artículos 1.354 y 1.357.

El tiempo transcurrido desde la reforma y las distintas opiniones vertidas por la doctrina sobre este punto me obligan a revisar aquellas pri-

(1) *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 166, marzo 1981, página 259. *Reflexiones y problemas prácticos inmobiliarios* (Jaén, 1981, pág. 277).

meras y apresuradas ideas y a plantear la cuestión de muy diferente modo.

Los dos fundamentales aspectos que desde el punto de vista inmobiliario interesan del nuevo sistema son, a mi parecer, los siguientes:

- El examen de la naturaleza privativa o ganancial de la vivienda familiar.
- Y el estudio de las normas y cauces ordenadores de su tráfico.

I. EL HOGAR FAMILIAR Y LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

En el régimen de la sociedad legal de gananciales la vivienda habitual de la familia puede encontrarse en alguna de las siguientes situaciones:

1.º Vivienda familiar que por las reglas generales del C.C. (artículo 1.347) tiene un originario carácter ganancial (ej.: la adquirida a título oneroso constante matrimonio y a costa del caudal común).

2.º Vivienda familiar que por las mismas reglas generales del Código (art. 1.346) tiene carácter privativo de origen (ej.: la adquirida por herencia o legado por cualquiera de los cónyuges).

3.º Vivienda familiar que por las referidas reglas generales de nuestro C.C. (arts. 1.344, 1.346 y 1.354) tiene naturaleza en parte privativa y en parte ganancial (pro indiviso ordinario entre la sociedad y cualquiera de los cónyuges).

4.º Y, por último, vivienda familiar originariamente privativa, que adquiere con posterioridad, y en razón a su cualidad de tal vivienda, hogar de la familia, naturaleza ganancial.

Es este último el caso que plantea perfiles de mayor interés; y se produce en el supuesto previsto en el artículo 1.357, párrafo segundo.

La regla general es que los bienes comprados a plazos por cualquiera de los cónyuges antes de comenzar la sociedad son privativos, pese a que la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial (artículo 1.357, pár. primero). De este régimen se exceptúa la vivienda familiar, a la cual se aplicará lo dispuesto en el artículo 1.354, es decir, que sobre ella quedará constituido un proindiviso entre el consorte o consortes y la sociedad conyugal, en proporción al valor de las aportaciones respectivas.

¿Tiene acceso al Registro de la Propiedad esta ganancialidad adquirida *a posteriori*? Aunque no como seguro, en otro lugar acabé optando

por inclinarme hacia la posibilidad de tal constancia, que en cierto modo da también como posible MÁRQUEZ MUÑOZ (2).

Es preciso denunciar ahora el sinnúmero de problemas que tal sistema puede implicar:

1.º El acceso al Registro de la ganancialidad adquirida puede ser solicitado:

- Por ambos cónyuges de común acuerdo.
- Por el consorte titular registral de la vivienda.
- Por el cónyuge no titular.

Si esto último no parece admisible y no existe ni tan siquiera arbitrado un remedio subsidiario para suplir la negativa del titular, los otros dos supuestos tampoco están exentos de dudas, pues ambos aparecen contradichos por el artículo 1.355 (conversión en gananciales de unos bienes privativos); en cuanto al primero, porque no estamos aquí ante bienes adquiridos «constante matrimonio»; y para el segundo, porque falta el «común acuerdo» que dicho precepto exige.

2.º Otro grave inconveniente es el que resulta del propio mecanismo adquisitivo.

Cuando adquiere un soltero (viudo, separado judicialmente o separado de bienes) la inscripción, si es que se practicó, sólo pudo hacerse a su nombre. La posterior ganancialidad está condicionada a los siguientes presupuestos:

- que se establezca un régimen de sociedad de gananciales;
- que se ocupe la vivienda por la familia y con habitualidad;
- y que alguno de los plazos pendientes se satisfaga con fondos comunes.

Esta tríada de elementos presenta, con grado creciente de la primera a la última, serias dificultades en orden a su demostración.

3.º El pro indiviso que predica el artículo 1.357, párrafo segundo, carece obviamente de fijeza y es por esencia variable. Conforme se vayan pagando plazos con aportaciones gananciales o privativas habrá que ir rectificando las respectivas cuotas de propiedad. Si los plazos son numerosos (lo que hoy cada día es más frecuente) los reajustes habrán de ser tantos cuantos sean éstos.

(2) JOSÉ MÁRQUEZ MUÑOZ: «Resumen de algunas normas del Código Civil», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 180, junio de 1982, página 527.

Si civilmente ello ya resulta complejo, desde el punto de vista registral hay que añadir a ese calificativo los de: gravoso y molesto; sin olvidar la enorme inseguridad que se introduce en el normal tráfico inmobiliario.

4.º Por último, la ganancialidad adquirida tiene, al menos a mi juicio, un acontecimiento que le pone fin. Si la vivienda deja de ser en un determinado momento la habitual de la familia, han de restituirse las cosas a su estado primitivo y quedar, por tanto, reintegrado el inmueble en el patrimonio peculiar de su titular, todo ello, naturalmente, sin perjuicio de los oportunos reembolsos que haya de hacer dicho cónyuge a la sociedad por razón de las aportaciones salidas del acervo de ésta.

Nueva inseguridad, nuevas rectificaciones y nuevos gastos.

La conclusión no resulta ni mucho menos segura. Rechazar un camino no supone encontrar automáticamente otro libre de obstáculos.

Decidiéndose que la ganancialidad no accede al Registro, y si se considera que éste nunca debe ser discordante de la realidad extrahipotecaria, habremos de colegir que la norma del artículo 1.357, párrafo segundo, no está concebida para el tráfico ni civil ni registral, con la importante y hasta cierto punto sorprendente consecuencia de la inaplicabilidad de los artículos 1.376, 1.377 y 1.378 del C.C. (sólo se aplicará el artículo 1.320, y ello en tanto en cuanto la vivienda familiar mantenga su carácter de habitual de la familia).

La posible ganancialidad sobrevenida de la vivienda familiar no opera, entonces, de momento.

Es esclarecedora al respecto la lectura de las *Notas de urgencia sobre algunos aspectos de la reforma de 1982 del Código Civil* (Comisión de Estudios del Colegio Nacional de Registradores, 5 de junio de 1981, página 10), en las que se dice:

«El artículo 1.357, 2, que determina la ‘ganancialización’ parcial de la vivienda familiar, hay que entender que es una norma para la liquidación en su día de la sociedad de gananciales y no una norma para el tráfico. Si así no fuera se daría el absurdo de que los cambios de domicilio familiar irían convirtiendo en parcialmente gananciales todos los pisos adquiridos a plazos antes del nacimiento de la sociedad de gananciales y pagados después de este nacimiento, según fueran siendo ocupados por la familia, con lo cual se desbordaría la finalidad de la Reforma; si lo que éste pretende es evitar que el cónyuge propietario deje en la calle al otro mediante la enajenación a sus espaldas de la vivienda familiar, ya tenemos para impedirlo el artículo 1.320; y si lo que se quiere es proteger al viudo o viuda (suponiendo

que la disolución se produce por muerte) contra los herederos del otro cónyuge basta que se considere parcialmente ganancial, en su caso, en la liquidación de la sociedad, el piso que en ese momento sea hogar familiar sin necesidad de ir afectando todos los pisos que vaya ocupando la familia, sin más resultado práctico que evitar la administración unilateral (la disposición unilateral ya está impedida, como decimos, por el art. 1.320) por el cónyuge adquirente.»

Para TOMÁS GIMÉNEZ DUART (3) esta es la única manera razonable de interpretar el precepto.

El artículo 1.354 (en relación con el 1.357, pár. segundo) no es posible aplicarlo en sus consecuencias inmediatas, sino en su faceta liquidatoria.

Durante la vigencia de la sociedad el régimen de la vivienda familiar comprada a plazos antes de su comienzo quedará atendido a las normas generales sobre los bienes privativos sin más modalizaciones que la contenida en el artículo 1.320, según se ha dicho.

A pesar de todo ello, y como quiera que el mundo práctico del derecho exige examinar todas las consecuencias, hasta las más remotas, que la adopción de una determinada tesis comporta; habrá que reconocer que la que vengo exponiendo plantea un nuevo desafío interpretativo.

En efecto, siendo el artículo 1.357, 2, norma para la liquidación, ello significa que su plena operatividad se alcanza al disolverse la sociedad de gananciales, y llegados a este punto, ¿qué ha de suceder disuelta la sociedad pero aún no realizadas las pertinentes adjudicaciones? ¿Puede el viudo o viuda enajenar libremente la vivienda que, siendo habitual hasta el fallecimiento de su consorte, fue adquirida a plazos antes de comenzar la sociedad conyugal?

El obstáculo no está, entonces, en el artículo 1.320 (pues al enajenar el viudo la vivienda ya no es la habitual de la familia), sino en las normas reguladoras de la disposición de bienes gananciales, que en la parte correspondiente deberían ser aplicables, en principio, a la vivienda que ganó tal carácter.

No obstante la posibilidad de arbitrar soluciones teóricas, lo cierto es que en la práctica poner freno a las enajenaciones de referencia exige en el Registrador calificador un más que extraordinario esfuerzo indagador, obligándole a determinar:

(3) «Los bienes privativos y gananciales tras la Reforma de 13 de mayo de 1981», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 548, enero-febrero 1982.

- Si el que hoy vende adquirió antes de comenzar la sociedad conyugal (si A compró viudo, contrajo matrimonio, y nuevamente viudo vende, la dificultad de fijación de este primer punto es casi insuperable).
- Que se constituyó una sociedad de gananciales (si A compró soltero, se casó en régimen de separación de bienes, y vende ahora viudo, la inaplicabilidad del art. 1.357, párrafo segundo, es obvia).
- Que cuando ésta comenzó quedaban plazos por pagar (la posibilidad de anticipación de plazos y la no constancia de los mismos en el Registro suponen nuevas dificultades).
- Que se pagaron durante la misma, y siendo ya vivienda habitual (no parece que la ocupación de la vivienda familiar tenga efectos retroactivos, por lo que respecto de aquellos plazos que, aun con fondos comunes, fueron satisfechos constante la sociedad, pero antes de que la vivienda fuese la habitual de la familia, la norma de aplicación debe ser la del artículo 1.357, párrafo primero, y no la del segundo. Aunque todo ello haya que darlo siempre con las naturales reservas).
- Y, en fin, que se destinó a última vivienda habitual. Las anteriores que dejaron de ser tales recuperan su —nunca perdido— carácter privativo, como en otro lugar he indicado.

Si a toda esta sarta de inconvenientes unimos que antes de la liquidación y adjudicación no puede conocerse con exactitud cuál sea la parte que corresponde a la sociedad y cuál la del cónyuge; la conclusión más congruente no ha de ser otra que la de estimar que puede el cónyuge por sí solo disponer de la vivienda que fue habitual:

- 1.º Porque ya no lo es.
- 2.º Porque no cabrá (caso de disolución por muerte) recurrir al consentimiento de su esposo.
- 3.º Y porque su posible ganancialidad parcial no puede conocerse hasta que concluyan las operaciones liquidatorias.

Resulta, a la postre, que el artículo 1.357, 2, no es aplicable sino en el último instante del proceso disolutorio, y ello casi equivale a pregonar su inutilidad, por cuanto hemos acabado por convertirlo en un puro y simple reembolso, siendo así que para esa finalidad ya contábamos con su párrafo primero.

A pesar de todo, creo que esa conclusión desalentadora no es correcta; el artículo 1.357, 2, cumple una finalidad que sin su existencia no podría alcanzarse. Así:

- Si la vivienda familiar última existe al emprenderse las operaciones liquidatorias los interesados pueden y deben aplicar respecto de ella el artículo 1.354 y, por tanto, proceder a adjudicársela de acuerdo con su carácter parcialmente ganancial.
- Si ya no existe por haber dispuesto de ella el cónyuge titular (en el caso visto; es decir, disuelta la sociedad, pero aún no liquidada) podrá, en mi opinión, el otro cónyuge o sus herederos solicitar la inclusión en el haber de la sociedad del «importe actualizado del valor que tenía la parte ganancial del bien cuando éste se enajenó» (en analogía con lo prevenido en el art. 1.396, 2); y aquí justamente radica la diferencia con el simple reembolso cuya cuantía es fijada en «el importe actualizado de las cantidades pagadas por la sociedad» (art. 1.397, párrafo tercero).

II. EL HOGAR FAMILIAR Y EL TRAFICO JURIDICO

Dice el artículo 1.320 del C.C.: «Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial.»

Se ha convenido con unanimidad en que el precepto es aplicable a toda clase de regímenes matrimoniales (gananciales, separación y participación) y que ciñe su ámbito a los actos de disposición *inter vivos* (4).

A) EL ESPÍRITU DE LA NORMA

Es fácil observar cómo es general la coincidencia doctrinal a la hora de fijar el espíritu que animó a los redactores del artículo 1.320. En el lenguaje llano de LACRUZ BERDEJO (5) se trata de evitar que un cónyuge pueda por sí solo dejar al otro en la calle. En igual sentido, MARTÍNEZ CALCERRADA (6).

(4) En cuanto a su aplicabilidad en las zonas forales, véase TOMÁS GIMÉNEZ DUART: «La organización económica del matrimonio tras la Reforma de 13 de mayo de 1981», en *Revista de Derecho Notarial*, núms. 113 y 114 (julio-diciembre 1981), páginas 99 y ss.

(5) J. L. LACRUZ BERDEJO: «La reforma del Derecho de familia», en *Jornadas Hispalenses sobre la Reforma*, Sevilla, 1982, pág. 104.

(6) LUIS MARTÍNEZ CALDERADA: *El nuevo Derecho de familia*, tomo I, 2.ª edición, Madrid, 1981, pág. 117.

No ha faltado quien, como GARRIDO CERDÁ (7), junto a esta *ratio* genérica, haya encontrado para el precepto otra fundamentación: la de constituir una garantía de la efectividad de lo preceptuado en el artículo 70 del C.C. (fijación de común acuerdo del domicilio conyugal).

B) AMBITO OBJETIVO. ¿QUÉ ES VIVIENDA FAMILIAR?

De la dicción del párrafo primero del artículo 1.320 (vivienda habitual de la familia) se desprenden los tres elementos de indispensable concurrencia para que el hogar pueda ser calificado de familiar:

- debe de tratarse de una edificación habitable;
- ocupada de hecho y con habitualidad;
- y habitada por la familia.

1.º Por no constituir viviendas, AVILA (8) excluye los solares, locales de negocios, fábricas, etc., y ALBALADEJO (9), los garajes. Añade LACRUZ que la destinada exclusivamente al ejercicio de una profesión tampoco es vivienda.

2.º Por faltar el requisito de la habitualidad, los citados autores dejan fuera de su ámbito las denominadas segundas residencias o, como dice GIMÉNEZ DUART (10), las viviendas de recreo en general.

Debe tenerse en cuenta que el requisito de la habitualidad es algo que mira al presente y al futuro aún más que al pasado. No hay fijado un tiempo mínimo de ocupación de la vivienda para estimarla habitual. Tan habitual será la ocupada desde hace muchos años como la habitada recientemente. Incluso cabría pensar si entra o no en la categoría de referencia aquella vivienda aún no ocupada (por razón de estar en construcción o reparación), pero ya destinada por la familia para constituir su hogar habitual. LACRUZ (11) se muestra contrario al supuesto de vivienda adquirida para instalar la residencia, pero aún no ocupada.

(7) EMILIO GARRIDO CERDÁ: «Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro», en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 115, enero-marzo 1982, pág. 106.

(8) PEDRO AVILA ALVAREZ: «El régimen económico matrimonial en la reforma del Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 547, noviembre-diciembre 1981, pág. 1381.

(9) MANUEL ALBALADEJO: *Curso de Derecho Civil*, tomo IV, Zaragoza, 1982, página 155.

(10) *Revista de Derecho Notarial*, cit., pág. 87.

(11) J. L. LACRUZ BERDEJO y F. DE A. SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho Civil*, IV: *Derecho de Familia*, Barcelona, 1982, pág. 300.

3.º El último elemento por examinar es el aspecto familiar. De lo dicho en el anterior apartado se desprende que lo preponderante, más que el concepto de familia, es el de cónyuges. El viudo no está necesitado de recurrir a la autorización judicial supletoria para enajenar su vivienda privativa, aunque sea la ocupada habitualmente por su familia. La vivienda ha de ser, pues, la de los cónyuges, y, por ello, podrían estimarse excluidas de su ámbito aquellas viviendas que de ordinario, en diferente localidad, los hijos, quizá con más habitualidad que el hogar paterno, ocupan por razón de sus estudios o trabajo, y ello incluso aunque la madre o el padre conviviesen con ellos temporadas más o menos prolongadas (12).

No se me escapa que esta reducción por asimilación de la vivienda-hogar a la de los cónyuges puede despertar serias suspicacias. Máxime teniendo en cuenta que nuestro C.C. (arts. 1.320 y 1.357) utiliza expresamente el término familia.

Posiblemente por ello, ALBALADEJO (13) apunta que la aplicación del artículo 1.320 ha de extenderse tanto a los muebles de uso ordinario de la familia contemplada en su conjunto como de algunos de sus miembros en particular: así, el dormitorio de soltera de una hija.

Pero reparemos en que la extensión que predica el citado autor lo es sólo para los «muebles», y que no han faltado ya autores que, como SANTOS BRIZ (14) o LACRUZ, se muestran radicalmente contrarios a ella.

El interés prevalentemente protegido es entonces el del cónyuge no titular, aunque por vía de consecuencia o utilidad colateral se proteja al colectivo de la familia (15).

Se deduce ello:

- de los antecedentes del Derecho comparado;
- de la misma *ratio* de la norma de nuestro Código Civil;
- del hecho de que el consentimiento para la disposición quede con exclusividad atribuido al cónyuge sin dar intervención alguna, que por otro lado sería harto engorrosa, a los demás miembros de la familia.

Resumiendo, y descendiendo al terreno práctico, veamos los posibles casos que pueden ofrecerse:

(12) En contra de esta exclusión LACRUZ.

(13) *Ob cit.*, nota en pág. 154.

(14) JAIME SANTOS BRIZ: *Derecho Civil*, tomo V, Madrid, 1982, pág. 122.

(15) Dice JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS que la norma del artículo 1.320 protege inmediatamente al otro cónyuge... y mediatamente a la familia .. (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XVIII, vol. 1.º, 2.ª ed., pág. 126).

- Vivienda ocupada por los dos cónyuges. No hay duda de que es la habitual de la familia.
- Vivienda ocupada por uno solo de los esposos.

ALBALADEJO y LACRUZ la excluyen. Por su parte, AVILA matiza que si por alejamiento voluntario de uno de los cónyuges continúa el otro ocupando por sí solo la vivienda, ésta debe merecer la condición de familiar.

Esta precisión nos complica las cosas y nos obliga a considerar otra serie de supuestos:

- Separación de hecho por mutuo acuerdo de los esposos, ocupando cada uno una vivienda. ¿Son familiares las dos? ¿Sólo la ocupada anteriormente por ambos, si uno permanece en ella? ¿Acaso la ocupada por el cónyuge que queda con los hijos? ¿No lo es ninguna?
- Abandono. ¿Es familiar la vivienda abandonada? ¿Lo es la nueva ocupada por el cónyuge que se fue? ¿Lo son ambas? ¿No lo es ninguna?
- Y aunque no sea el caso más frecuente no podemos olvidar, por último, el del cónyuge expulsado de su hogar o constreñido a abandonarlo por los malos tratos físicos o psíquicos recibidos del otro. ¿Es familiar la nueva vivienda que ocupe aquel cónyuge? ¿Lo es la habitada por el que ejerció la violencia? ¿No lo es ninguna? ¿Lo son las dos?

Esta casuística, añadida a la alternativa de quién sea el cónyuge titular privativo de la vivienda, llevaría a una interminable lista de problemas, y por ello casi parece preferible, aun reconociendo que puede dar lugar a determinadas situaciones de desequilibrio y desprotección, aceptar la tesis simplificadora que, como antes apuntaba, sostenían los maestros ALBALADEJO y LACRUZ (16): disgregada la pareja, no cabe ya hablar de vivienda habitual.

C) ACTOS A LOS QUE SE APLICA

La norma habla de «disponer de los derechos sobre la vivienda».

Cuando menos, hay que convenir en que —como dice LACRUZ— no queda expresada con ello la total intención del legislador.

(16) En igual sentido, J. L. DE LOS MOZOS: *Ob. cit.*, pág. 130.

Por amplia y poco técnica, la expresión disponer de los derechos no puede estimarse afortunada, y ya ha ocasionado numerosas dudas, habiéndose al respecto formulado una triple interpretación.

- Equivale a disposición de los bienes mismos. En un primer momento he sostenido esta tesis, mas creo que debe ser hoy abandonada, pues con ella se limitan arbitrariamente los términos de la norma y deja a la larga sin cumplir el objetivo último que se persigue (estaría excluido el arriendo que no implicase la facultad de disposición; v.gr.: el arriendo por temporada).
- Disposición de los derechos, cualesquiera que sean éstos.
- Disposición de aquellos derechos que impliquen la pérdida de la facultad de ocupar la vivienda por el grupo familiar.

En la doctrina parecen haber hecho fortuna estas dos últimas orientaciones, que con la sola finalidad de permitir cómodas remisiones a ellas llamaré tesis literalista y tesis finalista, respectivamente.

Se adscribe a la primera AVILA (17), para el que están necesitados de consentimiento la transmisión aun con reserva del usufructo o del derecho de arrendamiento y la constitución del de hipoteca; en tanto que parecen militar en la segunda LACRUZ, DE LOS MOZOS y ALBALADEJO. Para este último (18), de la exigencia de consentimiento se excluyen la transmisión de nuda propiedad con reserva de usufructo o la venta bajo condición de un presumible traslado del domicilio habitual.

Otros autores, sin mostrar una línea tan uniforme, se limitan a enumerar una serie de actos precisados de consentimiento, elaborando otra de dispensados de tal requisito.

Creo que, aunque no para el punto de vista de la elaboración doctrinal, sí para el práctico, es útil una enumeración de tal índole; en esa idea, y con referencia sólo a los casos que mayores dudas ofrecen, cabe citar:

1.º *Constitución de arrendamientos*

Hay una práctica unanimidad en la doctrina sobre la necesidad de consentimiento del cónyuge no titular (LACRUZ, ALBALADEJO, SANTOS BRIZ, MARTÍNEZ CALCERRADA, GIMÉNEZ DUART, etc.).

(17) *Loc. cit.*, pág. 1380.

(18) *Ob cit.*, pág. 156.

Igual estado de opinión se aprecia en cuanto a la cesión o renuncia al arriendo, si era éste el derecho por virtud del cual se ocupaba la vivienda.

Admite LACRUZ como excepcional el arriendo parcial de aquellas habitaciones que no se utilicen por la familia.

2.º *Constitución de usufructo*

La constitución de un derecho de usufructo está comprendida en la disposición de derechos a que alude el artículo 1.320, y precisará, por ello, del consentimiento del cónyuge no titular de la vivienda, a menos que dicho usufructo se constituya precisamente a su favor.

La renuncia o cesión del usufructo son actos que también deberán ser consentidos, salvo que el nudo propietario o cesionario, respectivamente, resulte ser el otro cónyuge.

3.º *Constitución de hipoteca*

Es un acto necesitado de consentimiento. Así, AVILA, ALBALADEJO, GIMÉNEZ DUART (19) y VÁZQUEZ IRUZUBIETA (20).

Este último autor incluye por analogía la constitución de un derecho de anticresis.

A mí, que desde luego acepto aquella general tesis, no deja de causarme perplejidad el comprobar cómo no se admite la constitución de una hipoteca sobre la vivienda hoy hogar familiar y que al ejecutarse ya no lo es, y deba indudablemente permitirse la constitución de tal gravamen sobre la vivienda que no es hogar familiar en ese momento inicial, pero sí en el de la ejecución.

4.º *Servidumbres*

La constitución de servidumbres voluntarias pasivas —dice VÁZQUEZ IRUZUBIETA— está sujeta a la prestación de consentimiento.

Matizando esa afirmación, y en sintonía con la tesis finalista, cabría entender innecesario aquel consentimiento en aquellos casos en que la entidad de la servidumbre fuese tal que no afectase al disfrute de la vivienda por la familia. Otro tanto sería dable opinar respecto de la renuncia a las servidumbres de que disfrutase la vivienda.

(19) *Revista de Derecho Notarial*, cit., pág. 88.

(20) *Régimen económico del matrimonio*, Madrid, 1982, pág. 62.

Aludiendo a un caso concreto, AVILA considera incluida en el artículo 1.320 la constitución de una servidumbre de paso.

5.º *Derechos de uso y habitación*

Su evidente analogía con el usufructo obliga a estimarlos incluidos en la exigencia general de consentimiento (LACRUZ, VÁZQUEZ IRUZUBIETA y DE LOS MOZOS).

6.º *Agrupaciones, segregaciones, divisiones y agregaciones*

GIMÉNEZ DUART los considera dispensados de consentimiento. Los mismos argumentos que en materia de gananciales se manejan de ordinario respecto de este tipo de operaciones dan la razón al autor citado.

7.º *Enajenación de la nuda propiedad con reserva de usufructo*

Su posibilidad sin necesidad del consentimiento prevenido en el artículo 1.320 es defendida, entre otros, por LACRUZ, ALBALADEJO, DE LOS MOZOS, SANTOS BRIZ y GARRIDO CERDÁ. En contra se manifiestan AVILA, como ya sabemos, y GIMÉNEZ DUART.

Sin embargo, entre los partidarios de su viabilidad hay que hacer una diferenciación. Y así, mientras de la lectura de ALBALADEJO se trasluce que lo admitido es que el cónyuge disponente se reserve para sí el usufructo, LACRUZ acaba exigiendo el que la reserva lo sea «en provecho del cónyuge sobreviviente y de la familia entonces convivente». GIMÉNEZ DUART califica de excesivamente complicado este especial tipo de usufructo. Los casos que en mi opinión se presentan como posibles son los siguientes:

- Reserva del usufructo a favor de ambos cónyuges. Resulta la más aceptable, en cuanto que con ella se respeta el espíritu de la Ley.
(Sobre la posibilidad jurídica de esta reserva, y a su favor, ver *R.C.D.I.*, núm. 535, noviembre-diciembre 1979, páginas 1318 y siguiente.)
- Reserva del usufructo a favor de ambos cónyuges, pero con carácter sucesivo. También en mi opinión queda salvada la finalidad de la norma, pues se asegura, aun para el futuro, un título jurídico de habitabilidad para el cónyuge no titular.
- Reserva del usufructo a favor sólo del consorte disponente.

Haber disposición de derechos, la hay, y por tanto la letra del artículo 1.320 resulta violada; pero no olvidemos que igual acontece en los otros dos casos. ¿Queda igualmente vulnerado su espíritu? Creo que no. Con la expresada reserva, el cónyuge disponente conserva —junto a otras— la facultad de habitar la vivienda enajenada y, por tanto, no deja a su consorte «en la calle».

Sólo un pero que apuntar, y que es el que parece preocupar a algunos autores. Fallecido el usufructuario, queda su consorte sin derecho alguno. ¿Es esto contrario a la idiosincracia del nuevo sistema? Yo estimo, sinceramente, que no, pues si hay unanimidad en afirmar que el artículo 1.320 no limita en modo alguno los actos *mortis causa*, es decir, que si el titular de la vivienda la puede legar a un extraño, es claro que la protección del otro cónyuge está pensada para un tiempo determinado: la vida del propio titular de la vivienda. Más allá de ese momento la Ley no le protege, como no sea en materia de ganancialidad, tal y como predicen los conocidos artículos 1.354, en relación con el párrafo segundo del artículo 1.357.

En conclusión, la enajenación de la nuda propiedad con reserva para el cónyuge enajenante del derecho de usufructo está dispensada de consentimiento.

A su favor, a más de lo dicho, es de resaltar el dato del carácter eminentemente familiar que de ordinario suele rodear a los negocios del tipo del examinado; y abundando, añadir que el argumento contrario de AVILA (perjuicio al cónyuge no titular por imposibilidad de aplicación del número 4 del art. 1.406 C.C.) da como bueno el que este artículo se refiere a bienes privativos, entendiendo yo, con GARRIDO CERDÁ, que se ciñe con exclusividad a los gananciales, que son los únicos que se incluyen en el inventario de la sociedad.

8.º *Cesión de la propiedad con reserva del derecho de arrendamiento*

AVILA, LACRUZ y GARRIDO CERDÁ afirman que la operación de referencia, al suponer una merma en la entidad del derecho en virtud del cual se disfruta la vivienda, está necesitada de consentimiento.

Suscribo esa tesis en razón a que se trata de una dualidad de negocios: la cesión del dominio y la constitución del arrendamiento; y es indudable que para el primero es preciso aquel consentimiento.

9.º *Hipoteca en garantía del precio aplazado*

El caso es el del marido o mujer que adquieren con carácter privativo, y por compra, una vivienda destinada a ser la habitual de la familia. El precio se aplaza en parte y se garantiza éste con hipoteca.

¿Ha de prestarse el consentimiento previsto en el artículo 1.320? LACRUZ sostiene que no es necesario, porque la vivienda adquirida, pero aún no ocupada —recordémoslo—, no le merece la condición de habitual de la familia.

Yo, que comparto la solución, encuentro que su fundamento no es otro que el mismo que inspira el supuesto similar caso de ser ganancial lo adquirido, es decir, que compra e hipoteca en garantía del precio en ella aplazado; son dos negocios conexos y pertenecen a la unidad de un mecanismo adquisitivo. Estamos, pues, ante un supuesto, peculiar, desde luego, pero frecuentísimo, de «adquisición»; y sabemos que el artículo 1.320 se refiere exclusivamente a la «disposición de derechos».

10. *Disposición de parte indivisa de finca*

Tanto si el transferente es titular de la totalidad y ahora transmite parte, como si lo es sólo de la participación que enajena, entiendo que el consentimiento del otro cónyuge es inexcusable.

Un caso práctico puede poner de manifiesto lo justificado de esta exigencia: el de las denominadas «partes determinadas de casa». Se trata de porciones indivisas de casa que tienen concreción de uso a unas dependencias con carácter exclusivo (cámaras y alcobas) y a otras de modo compartido (patios, zaguanes, escaleras, azoteas, etc.). En el fondo no es sino una propiedad horizontal *sui generis* que aparece al exterior como un condominio romano.

11. *Constitución de un derecho de superficie*

DE LOS MOZOS (21) lo entiende incluido en el término «disposición de derechos», y por ello necesitado de consentimiento. Por mi parte, y puesto que la concesión de un derecho de superficie no se presenta fatalmente como atentatoria de la estabilidad e integridad del hogar familiar, no creo fácil que respecto de él pueda formularse una regla absolutamente general.

(21) *Ob cit.*, pág. 129.

De todo lo anteriormente consignado se deduce que mi opinión, siguiendo la de la generalidad, se acerca en gran medida a la tesis que denominé finalista; y desde esta perspectiva sí que es criticable, como ya dije, la dicción del artículo 1.320, que se presenta como rigurosa en extremo, pero que bien puede quedar corregida si su fórmula se interpreta atendiendo «fundamentalmente» a su espíritu y finalidad, que es, a fin de cuentas, lo que «manda» el artículo 3.º, 1, del C.C.. y por donde parece discurrir el cauce de la corriente doctrinal mayoritaria.

D) EL CONSENTIMIENTO Y LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL SUPLETORIA

a) *Consentimiento*

Aunque en puridad doctrinal no puede darse al consentimiento del cónyuge no titular igual entidad que al consentimiento conyugal al que aluden los artículos 1.376 y 1.377, debido a que en este último el que consiente es partícipe en el bien que se administra o de que se dispone, en tanto que en el otro, como dice LACRUZ, se trata de un «asentimiento», dado por quien no es parte en el acto dispositivo; lo cierto es que sus consecuencias prácticas vienen a ser las mismas: su falta provoca la anulabilidad prevista en el artículo 1.322.

Tres cuestiones cabe plantearse respecto de este «asentimiento»: 1.º Si ha de ser específico. 2.º Si ha de ser especial; y 3.º Si ha de ser coetáneo al negocio de disposición.

1.º Por específico me refiero a si ha de ser consentimiento «para disponer de la vivienda familiar» o si, por el contrario, cabe arbitrarlo o entenderlo subsumido en otras fórmulas concebidas en términos generales, como en el otorgado para enajenar bienes gananciales.

GARRIDO CERDÁ apunta que el consentimiento a que se refiere el artículo 1.320 no puede considerarse embebido en el consentimiento general para disponer de gananciales.

Pero conviene examinar caso por caso a fin de confirmar o no la afirmación —mejor, negación— del autor citado.

- Vivienda privativa.—Parece en principio claro que el cónyuge titular no podrá enajenarla valiéndose del consentimiento previo y general que para «disponer de los gananciales» le hubiese otorgado el otro consorte.
- Vivienda ganancial.

¿Hay un consentimiento para la disposición de gananciales y otro diferente para la disposición de la vivienda habitual?

La impresión es que sí:

- Su objeto es distinto: uno versa sobre gananciales y el otro alcanza aún a los privativos.
- También lo es su finalidad: en uno, la protección del acervo común; en otro, el aseguramiento para la familia de un techo bajo el que habitar.
- El artículo 1.320, párrafo primero, al precisar que su régimen se aplica «aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges», permite colegir que este especial asentimiento también opera tratándose de bienes comunes.
- En fin, el artículo 1.320, párrafo segundo, refuerza todo lo dicho al referirse específicamente «al carácter de la vivienda».

Cabe entonces, en principio, dar la razón a GARRIDO CERDÁ y, llevando la cuestión a su aspecto práctico, concluir:

- Que si un cónyuge enajena la vivienda familiar, sea ésta privativa o ganancial, haciendo uso del consentimiento general que, para disponer de gananciales, le tenía otorgado su consorte, el acto seguirá siendo anulable conforme a los artículos 1.320 y 1.322.
- Que si el esposo no titular comparece en la escritura o la ratifica con posterioridad, aunque en su intervención (por tratarse de vivienda ganancial) exprese que presta el consentimiento prevenido en el artículo 1.377, el acto será válido e inatacable, por cuanto debió conocer que la vivienda enajenada era la familiar y consintió o ratificó el negocio en su totalidad.

2.º ¿Ha de ser el asentimiento especial para cada caso concreto? GARRIDO CERDÁ así lo entiende (el derecho establecido en el art. 70 es, en su opinión, irrenunciable). A mi juicio, y porque, como dice LACRUZ, «la protección que presta el artículo 1.320 puede ser renunciada» (sin olvidar, además, que se admite, como después veremos, un consentimiento preventivo), no es precisa esa concreción; y sería de recibo el consentimiento dado para disponer de la vivienda familiar, cualquiera que ésta fuese.

3.º ¿El asentimiento ha de ser coetáneo con el acto dispositivo?

El mismo LACRUZ apunta que puede ser prestado preventivamente, e incluso en forma irrevocable, en capítulos.

MÁRQUEZ MUÑOZ (22) acepta, por su parte, en analogía con lo que ocurre tratándose de bienes gananciales, tanto el consentimiento anticipado como la ratificación posterior.

— En el artículo 1.322 puede encontrar su más justificado asien-
to esta línea interpretativa.

b) *La autorización judicial*

No obteniéndose el consentimiento del otro cónyuge, la disposición de los derechos sobre la vivienda habitual requerirá «en su caso, autorización judicial» (art. 1.320).

En cuanto al procedimiento para obtenerla, SANTOS BRIZ y DE LOS MOZOS señalan que será el de los actos de jurisdicción voluntaria (Disposición transitoria décima de la Ley de 13 de mayo de 1981). VÁZQUEZ IRUZUBIETA se inclina por el juicio declarativo ordinario de mayor cuantía.

Respecto de los supuestos en que procede, hay que reconocer que el precepto no ha puesto las cosas fáciles, al emplear una locución tan ambigua como es la de «en su caso».

Inducido por su literalidad, yo entendí, en un primer momento, que ese «en su caso» aludía a una doble circunstancia.

Primero.—Que aquel a quien se pida el consentimiento lo niegue o esté impedido para darlo (arts. 1.376 y 1.377).

Segundo.—Que el acto a realizar sea de los que admiten la autorización judicial supletoria, es decir, que sea uno a título oneroso.

ALBALADEJO, por el contrario, nos ofrece desmenuzados los siguientes supuestos:

- Vivienda privativa. Tanto si el negocio es oneroso como si es lucrativo cabe la autorización judicial supletoria (id. LA-CRUZ).
- Vivienda ganancial. La autorización judicial sólo procede si el acto es oneroso, no si fuese gratuito.

Lo cierto es que esta tesis, que acabaré aceptando, y que goza en su pro los argumentos que luego señalaré, tiene por compensación en su contra el avenirse mal con la mecánica de la autorización judicial, en la que media una información sumaria cuyo objeto es proporcionar al Juez los elementos necesarios que le pongan de manifiesto la conveniencia o necesidad del acto pretendido.

(22) *Loc. cit.*, pág. 525.

Para salvar este escollo dice VÁZQUEZ IRUZUBIETA (23) que «nunca la decisión judicial debe llegar al extremo de catalogar la conveniencia o inconveniencia del negocio propuesto» y sí sólo «lo relativo al mantenimiento de la calidad de vida de la familia».

Acaso la clave la dé GIMÉNEZ DUART (24), que aunque acaba por rendirse ante el criterio de la utilidad, señala que la solución debería depender en principio del régimen del bien: en viviendas gananciales el Juez ponderaría la utilidad o conveniencia; en viviendas privativas se impondría el criterio de la ausencia de peligro (así, si se tuviese ya prevista otra vivienda para habitar).

Como ya anuncié, la tesis de que en viviendas privativas es posible la autorización judicial supletoria, aun en los actos gratuitos, cuenta a su favor con un importante bagaje de argumentos:

- El artículo 1.320 habla en general de «disponer», sin precisar que el acto sea oneroso o gratuito.
- El artículo 1.322, en su párrafo segundo, determina la nulidad radical por falta de consentimiento conyugal para los actos a título gratuito, pero sólo cuando tengan por objeto «bienes comunes».
- Ningún bien del acervo común debe perderse sin utilidad alguna por la sola voluntad de uno de los cónyuges, y para ello no cabe ni el recurso a la autoridad judicial. Esto, que es regla de oro tratándose de gananciales, no puede ser de aplicación a bienes privativos.

Las anteriores constituyen razones más que suficientes para que, abandonando mis primeras opiniones, termine por acoger una tesis que tiene por abanderados a dos autores de tanta cualificación y que cada día cala en mayor medida en el ánimo de los juristas.

E) EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 1.320

En él se dice, como sabemos, que «la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe» (25).

Las interrogantes que suscita la norma pueden resumirse en las siguientes:

(23) *Ob. cit.*, pág. 63.

(24) *Loc. cit.* en nota 3, al pie de pág. 87.

(25) Una demoledora crítica a este párrafo puede verse en J. L. DE LOS MOZOS (*ob. cit.*, pág. 131), quien llega a la conclusión de que el legislador ha querido decir «tercer adquirente» y no adquirente.

¿Quién ha de hacer esa manifestación?

¿Cuál ha de ser su contenido?

¿Qué significa que sea errónea o falsa?

¿En qué consiste la buena fe del adquirente?

¿Qué incardinación tiene la manifestación de referencia en el tráfico jurídico?; y ¿en qué medida queda protegido el adquirente?

Uno.—Del texto del precepto se deduce que la manifestación ha de ser formulada por el transferente.

Una declaración similar que proviniese del adquirente no parece de relevancia, pues ni reforzaría su buena fe, que *a priori* se le presume, ni salvaría su mala fe, si ésta llegase a quedar demostrada.

¿Cabe la manifestación hecha por apoderado? ¿Qué efectos tendrá entonces?

Si el poderdante declaró en el poder no ser la vivienda cuya enajenación autoriza la habitual de su familia, o si facultó al apoderado para hacer igual declaración, no hay problema.

En otro caso, la solución parece muy otra, pues quien delegó sus facultades no pudo presuponer que necesariamente el negocio a realizar estaba con ello hábil y completo. Si el apoderado observa la falta de algún requisito debe gestionar, en todo caso, su subsanación, sin rebasar los estrictos límites de su poder.

Por otra parte, como dicen AVILA y GARRIDO CERDÁ, la manifestación ha de ser explícita, no bastando con que el vendedor señale como domicilio en la comparecencia otro diferente a la vivienda enajenada. A mi juicio, cabría sobreentender la manifestación si el transferente afirmase estar la vivienda arrendada a un tercero al que notificó o notifica ahora, a los efectos del ejercicio de los derechos de preferente adquisición.

Dos.—La manifestación ha de versar, como apunta la norma, «sobre el carácter de la vivienda», es decir, sobre el punto de si la enajenada es o no la habitualmente ocupada por la familia.

Tres.—El error o la falsedad en la manifestación.

Apenas si suscita dudas la eventualidad de que el transferente haga una declaración falsa acerca del carácter de la vivienda que transmite; sin embargo, el supuesto de error ha motivado mayor polémica.

GIMÉNEZ DUART se pregunta si puede alguien ignorar cuál es su domicilio, y de ello se hace también eco GARRIDO CERDÁ.

LACRUZ, que recoge esta interrogante, buscando una explicación a las palabras del Código, sugiere que la manifestación es errónea, porque «hace equivocarse al adquirente».

Yo entiendo que cabe perfectamente un error en la manifestación, pues si en el punto B) del anterior apartado I he reflejado las numerosas dudas expresadas a la hora de definir con exactitud lo que sea la vivienda ha-

bitual familiar, dudas en algún caso resueltas contradictoriamente por autores de enorme prestigio, con mucho mayor motivo debe admitirse que el transferente abrigue estas vacilaciones y emita una errónea declaración.

Nadie puede ignorar cuál es su domicilio efectivo, pero sí si éste constituye o no la vivienda habitual de la familia a que se refiere el artículo 1.320 (casos de separación de hecho, viviendas de los hijos estudiantes, segundas residencias que no son tales, etc.).

Cuatro.—La buena fe.

GIMÉNEZ DUART distingue entre la buena fe y la no buena fe.

Para él se da la primera cuando se emplea una diligencia más o menos amplia, según los casos (pareciendo cifrarla en el previo examen de la cosa), o, al menos, una conducta excusable.

La no buena fe supone, según sus palabras, tanto el dolo (mala fe) como la simple negligencia.

El adquirente de buena fe, concluye, estará siempre protegido; en cambio, contra el de «no buena fe» (doloso o negligente) prosperará la acción de anulabilidad contenida en el artículo 1.322.

En mi opinión, muy cercana a la del citado autor, hay buena fe cuando se despliega una diligencia suficiente, la cual puede consistir tanto en el previo examen de la cosa como en la obtención de la manifestación del transferente relativa al carácter no habitual de la vivienda.

Tan de buena fe es el accipiente que se cerciora mediante visita de que la vivienda que va a adquirir no es la familiar, como el que obliga a su transmitente a que le realice igual declaración negativa.

Así parece que debe entenderse el párrafo segundo del artículo 1.320: el error o la falsedad en la manifestación sobre el carácter de la vivienda, aunque sean luego demostrados, no perjudicarán al adquirente que ignore aquel carácter y hubiese confiado en la referida manifestación (buena fe).

Cinco.—La protección del adquirente se obtiene por simple conclusión de los postulados anteriores:

- El adquirente de buena fe queda siempre protegido, exista o no manifestación de su transferente.
- El adquirente que obtenga de su transmitente la declaración de no ser la enajenada vivienda familiar queda igualmente protegido, salvo que se pruebe que conocía o debió conocer aquel carácter.
- Por último, el adquirente de mala fe no queda amparado ni aun en el caso de haberse formulado en el negocio la manifestación negativa a que se refiere el párrafo segundo del artículo 1.320.

El subadquirente que reúna las condiciones del artículo 34 de la Ley Hipotecaria será en todo caso mantenido en su adquisición, «aunque se anule la de su otorgante».

Queda por precisar si todo adquirente de buena fe está protegido o sólo los que lo sean a título oneroso. GIMÉNEZ DUART señala que la protección del tráfico jurídico no se extiende nunca al adquirente a título gratuito y, en consecuencia, se adscribe a la última y restrictiva opción.

En verdad que resulta fuerte aceptar que el cónyuge no titular quede privado de su acción de anulabilidad en un negocio gratuito, pero lo cierto y verdad es:

- Que el artículo 1.320 no distingue ni exige en ningún caso una transmisión onerosa.
- Que el excluir de la protección a los adquirentes gratuitos nos llevaría a una nueva casuística, al tener que examinar por separado las donaciones simples, las con causa onerosa, las remuneratorias, las con cargas, las publicitarias, etc.
- Que la exigencia de un título oneroso de adquisición queda referida en nuestras leyes a los subadquirentes y no a los primeros adquirentes (art. 34 L.H.).
- Y que el artículo 1.320 mira a la estabilidad de los negocios en general, frente a una limitación de muy difícil cumplimiento, por descansar en supuestos meramente fácticos.

Aunque no sea una cuestión ni mucho menos indubitada, estimo yo que la protección procede concederla a todo adquirente oneroso o gratuito (nos evita con ello el complejo problema de decidir la onerosidad o no de ciertos negocios, singularmente algunos tipos de hipotecas).

Seis.—El último punto a considerar es el de si la manifestación de no constituir la enajenada la vivienda habitual del transferente es de consignación necesaria en toda escritura de «disposición de derechos»; y asimismo si tal declaración es indispensable para acceder al título a los libros del Registro de la Propiedad.

A favor de tal exigencia, AVILA y GARRIDO CERDÁ (26). En contra, LACRUZ, para quien no existe tal deber, que, en su caso, hubiera debido la Ley imponer de modo expreso; y en parecido sentido, GIMÉNEZ DUART, para el que lo único que cabe es que el Notario autorizante del título haga expresamente la advertencia del contenido del artículo 1.320 del Código Civil.

(26) Llega más lejos CANO TELLO, que exige la comparecencia del cónyuge no titular en el instrumento, a fin de hacer aquella manifestación.

La tesis de AVILA y GARRIDO, que en otro tiempo también ha sido la mía, tiene en su abono el dato de que el Registro rechaza, por lo general, los actos anulables, y la disposición de una vivienda sin el oportuno consentimiento puede incurrir en anulabilidad. Como dice GARRIDO, es algo parecido a la existencia de una relación arrendaticia, y en estos casos debe hacerse constar que la vivienda está libre de arrendamientos.

Creo, no obstante, que gozan de mayor peso las razones favorables a los postulados defendidos por LACRUZ y GIMÉNEZ DUART.

- La protección del adquirente se basa en normas exclusivamente civiles. Un negocio en el que no exista manifestación puede ser inatacable (caso de adquirente de buena fe o de no ser la enajenada la vivienda habitual de la familia), en tanto que otro en el que aquélla se haya producido puede verse afecto de anulabilidad (caso de mala fe en el adquirente).
- La circunstancia de ser o no la enajenada la vivienda habitual de la familia es un dato puramente fáctico. Ni hay un Registro de viviendas familiares ni existe base jurídica en aquella naturaleza, al contrario de lo que ocurre con los bienes gananciales o privativos.
- La manifestación de circunstancias negativas (caso de los arrendamientos) es algo en cierto modo excepcional y sólo exigible cuando la Ley lo impone de modo terminante.

En resumen:

- El Notario autorizante debe instruir a los otorgantes, en los casos que proceda, del contenido y alcance del artículo 1.320 del Código Civil.
- La manifestación negativa será consignada en el instrumento si las partes lo solicitan, bien por mutuo acuerdo voluntario, bien por imposición del adquirente instruido oportunamente por el fedatario.
- La falta de manifestación no es defecto que impida la inscripción del documento. No puede invocarse al sostener una calificación desfavorable ninguna norma o doctrina legal que la sustente, y esto es algo esencial al principio de calificación.

Pero afirmar ello sin más es tanto como desconocer el procedimiento de elaboración del documento público, en el que se desarrolla por parte del Notario una previa actividad de acumulación de datos tendente a

conseguir la más completa información con base a la cual el instrumento ante él otorgado reunirá, en la medida de lo posible, todas las condiciones de validez y eficacia.

Precisamente en esa fase preliminar, y porque el fedatario no ignora, no puede ignorar, la disposición del artículo 1.320 y la sanción de anulabilidad del artículo 1.322, será normal el que por éste se inquiera del transferente en los casos que proceda si la vivienda que se propone transmitir es la familiar. Obteniendo respuesta afirmativa, recabará la prestación del oportuno consentimiento; caso de negativa, se cuenta ya, obviamente, con una manifestación que el Notario, si quiere, y subrayo este matiz voluntarista, puede reflejar en el instrumento. La posterior lectura y firma de aquél supondrá la aceptación y ratificación por las partes de todo su contenido, dentro del cual irá comprendida la manifestación de referencia.

En resumen, la declaración negativa acerca del carácter de la vivienda aparecerá de ordinario, y es deseable que así sea, en las escrituras públicas de disposición de derechos, bien debido a la propia mecánica de su otorgamiento o bien a la expresa solicitud o imposición de las partes; pero su ausencia no tacha al instrumento de defecto alguno ni notarial ni, desde luego, registral.

Una última cuestión: ¿deben recogerse en los asientos del Registro las menciones que acerca del carácter familiar de la vivienda se contengan en los títulos presentados a inscripción?

La solución, que debe ser la negativa, está fundamentada:

- en el ya señalado carácter de simple hecho del dato consignado, así como en su también apuntada extraordinaria mutabilidad;
- y en que aquella constancia registral ocasionaría insalvables e injustificados perjuicios para la buena fe de los futuros adquirentes.

NOTA FINAL

Ya en prensa estas «Notas», el *Boletín Oficial del Estado* de 27 de noviembre de 1982 publica el Real Decreto 3215/1982, de 12 de noviembre, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario. En sus normas se contienen dos preceptos que afectan directamente a algunas de las conclusiones extraídas en las referidas notas.

I

Artículo 91. 1. Cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio para la inscripción del acto de disposición que recaiga sobre el inmueble que constituya la vivienda habitual de la familia, deberá constar el consentimiento del otro cónyuge a no ser que se justificare que no tiene tal carácter o que el disponente lo manifestare así.

2. El posterior destino a vivienda familiar de la comprada a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad no alterará la inscripción a favor de éste, si bien en las notas marginales en las que se hagan constar con posterioridad los pagos a cuenta del precio aplazado, se especificará el carácter ganancial o privativo del dinero entregado.

3. La determinación de la cuota indivisa de la vivienda familiar habitual que haya de tener carácter ganancial, en aplicación del artículo 1.357, 2, del Código Civil, requerirá el consentimiento de ambos cónyuges, y se practicará mediante nota marginal.

A) En su número 1 el precepto viene a dar la razón a las tesis de AVILA y GARRIDO: para la inscripción es necesaria la manifestación negativa del disponente acerca de no ser la enajenada la vivienda habitual de la familia.

Pero en la redacción de este número 1 se aprecia una importante omisión y una, no menos grave, incorrección terminológica.

La omisión es la de no prever el posible recurso a la autorización judicial supletoria; y la incorrecta terminología radica en el empleo de la expresión «acto de disposición que recaiga sobre inmueble», siendo así que el artículo 1.320 del Código Civil a lo que se refiere es a «disponer de los derechos». (El R.H. excluiría de su ámbito los arrendamientos, que en el Código quedan, desde luego, comprendidos.)

Debe, además, denunciarse que no se explican, y ni tan siquiera doctrinalmente son vislumbrables, los medios por los que pueda «justificarse» que la vivienda transmitida no tiene el carácter de habitual de la familia.

De lo que no parece haber duda es que este artículo 91, como consecuencia hipotecaria que es del artículo 1.320 del Código Civil, debe sufrir la misma interpretación que este último, y, por tanto, y pese a su aparente amplitud («acto de disposición»), vale para el todo lo consignado en el apartado II, C, de las precedentes «notas» en orden a los actos

a los que es de aplicación. No otra cosa han de significar las palabras que el preámbulo del Real Decreto modificativo dedica a esta materia cuando dice que se ha pretendido, «mediante ciertas normas limitativas, que el Registro *coadyuve a la defensa y conservación* del hogar familiar, a que tienden varios de los nuevos preceptos» del Código Civil.

B) El número 2, en su primer inciso, acaba por confirmar, en cierta medida, el postulado de que la norma del artículo 1.357, 2, del Código Civil no es automática y tiene una aplicación más de futuro que de presente.

Su segundo inciso (reflejo registral de los pagos a cuenta) ocasiona mayores problemas. ¿Contiene un mandato?; es decir, ¿se suspenderá la práctica de la nota marginal si no se especifica la naturaleza privativa o ganancial del dinero entregado? Yo entiendo que no, que la nota puede ser extendida sin esa especificación:

1.º Porque al practicar la nota se carece de datos que revelen el carácter de habitual de la vivienda en cuestión (está inscrita como privativa y adquirida antes del nacimiento de la sociedad).

2.º Porque, en general, en la adquisición de bienes dentro del régimen matrimonial no se exige dicha especificación (el art. 94 del nuevo Reglamento Hipotecario es el más claro exponente de ello).

3.º Y porque la exigencia especificadora que se comenta se aviene mal con la posibilidad de que la carta de pago del precio aplazado sea otorgada unilateralmente por el acreedor (vendedor) sin intervención alguna del adquirente. Habría, entonces, que requerir una instancia separada que fuese suscrita por el comprador.

Por último, concluir apuntando que en el concepto «especificar» utilizado por la norma caben tanto la justificación plena de la procedencia del dinero entregado como la simple alegación de tal procedencia.

C) El nuevo artículo 91, en su número 3, permite, en contra de la orientación que yo he defendido en las anteriores «notas», la constitución del pro indiviso recogido en el artículo 1.357, 2, del Código, aun antes de la liquidación de la sociedad conyugal, exigiendo para ello el consentimiento de ambos cónyuges.

Tres precisiones:

1.ª La posibilidad que viabiliza ese número 3 parece que sólo será aplicable cuando se haya satisfecho el total precio aplazado; lo que resulta razonable en cuanto que evita así los futuros y numerosos reajustes que en otro caso habría que realizar.

2.ª Cuando la determinación del pro indiviso no guarde la debida proporcionalidad con el origen del dinero entregado (deben ser necesaria-

mente privativas las fracciones pagadas por el cónyuge titular antes del comienzo de la sociedad y las satisfechas después con dinero justificadamente peculiar) estaremos ya en presencia de una transmisión entre cónyuges con las consecuencias de toda índole —especialmente fiscales— que a ello comporta.

Hay más: si uno de los esposos desea esa constancia del pro indiviso y el otro se resiste, ¿cabe algún recurso supletorio? No hay de momento contestación a esta pregunta.

3.^a La última precisión es la referencia a la irreversibilidad o no del pro indiviso para el caso de que con posterioridad deje de ser la vivienda la habitual de la familia.

Parece que mediando nuevamente el consentimiento de ambos consortes cabrá acceder a ello, reponiendo las cosas a su primitivo estado. La duda está en si aportándose la pertinente justificación podría por sí solo el cónyuge titular primitivo de la vivienda conseguir igual resultado.

II

Artículo 144, 5. Cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio, si el bien embargado de pertenencia exclusiva de uno de los cónyuges constituye la vivienda habitual de la familia, deberá constar que la demanda se ha dirigido contra el cónyuge titular y se ha notificado el embargo al otro cónyuge.

Este artículo, que en apariencia se presenta como un congruente desarrollo del 91, 1, viene a la postre a desdecir la bondad del sistema que se ha tratado de instaurar.

En efecto: apareciendo en el Registro inscrita la vivienda a nombre de un soltero, y presentándose un mandamiento de embargo contra la misma, como éste no exprese otra cosa que el estar dirigida la demanda contra el titular registral, sin constatar la circunstancia de su estado civil (lo permite así la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de agosto de 1919), el embargo será, desde luego, anotable.

Si en el mandamiento se especificare que el demandado es hoy casado, ¿debe entonces ser rechazado sin más? Si así sucede, al acreedor le quedan abiertas dos salidas:

1.^a Alegar que no es la embargada la vivienda habitual de la familia de su deudor. ¿Pero acaso tiene esta alegación fuerza alguna? No olvidemos que tanto el Código Civil como el Reglamento Hipotecario la refie-

ren siempre al «disponente». Podría también intentar recabar del deudor ejecutado la manifestación de tal circunstancia negativa, lo que en el cada día más frecuente, caso de rebeldía de rebeldía de éste, resulta notoriamente imposible.

2.^a Pedir que se notifique el embargo al consorte del deudor, al cual se le pondrá en aviso de algo que puede ser no le interese ni afecte en lo más mínimo (si la vivienda no fuese la habitual).

Y no concluyen aquí los problemas porque habrá que decidir si bastará con notificar a la persona que el acreedor designe como cónyuge de su deudor, o si, por el contrario, será preciso que por aquél se acredite esta circunstancia (con certificación del Registro Civil), a fin de que la notificación esté siempre correctamente dirigida.

Ante tales interrogantes no resueltas, y, sobre todo, ante un sistema originador de perjudiciales dilaciones en el aseguramiento de los créditos, no es aventurado predecir la decantación práctica hacia soluciones más sencillas y seguras, y la que yo propongo consiste en estimar que todo embargo recayente sobre bienes privativos es anotable a no ser que el demandado (o su cónyuge) haya invocado en la traba el carácter de vivienda habitual de la familia concurrente en la que se pretende embargar, y en este caso es cuando debe ser inexcusablemente cumplido el artículo 144, 5 (notificación al consorte no titular). La norma, podría concluirse, más que al Registrador va dirigida al Juez que conozca de los autos.

FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ

VIDA JURIDICA

Las aguas en el Registro de la Propiedad*

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *El agua, un bien inscribible.*—III. *Sus diversos asientos registrales:* A) Inscripción de las aguas privadas: a) Como finca independiente o principal. b) Como cualidad o elemento integrante de un predio. c) Como derecho de una finca sobre aguas de otra. B) Inscripción de aprovechamientos de aguas públicas: a) Adquiridos por concesión. b) Adquiridos por prescripción. C) Inscripción de comunidades de aguas: a) Comunidad de aguas privadas. b) Comunidad de aguas públicas.—IV. *El Registro en las grandes zonas regables:* A) Las actuaciones del IRYDA. B) Garantías registrales en esta materia. C) El trasvase Tajo-Segura.—V. *Las nuevas orientaciones:* A) La reforma de la Ley de Aguas. B) El papel futuro del Registro de la Propiedad en las aguas.

I. INTRODUCCION

Los frecuentísimos asientos sobre aguas que, en sus distintas modalidades, aparecen en los Registros de la Propiedad de toda España, y especialmente en Canarias, Levante y Sureste peninsular, demuestran bien a las claras que el gran arraigo de la institución registral en esta materia responde a necesidades vivamente sentidas.

Cuando nuestros agricultores, hombres resistentes por naturaleza a toda formalidad y apáticos siempre al papeleo, pero poseedores de un finísimo sentido jurídico práctico, acuden con cuidada presteza a inscribir sus derechos de riego, protegiéndolos en los folios registrales, es porque consideran que merece la pena hacerlo así para ponerse a salvo de pleitos y disgustos. Venimos constatando esta realidad a lo largo de veinte años de experiencia profesional, tres de los cuales lo han sido como titular del Registro de Totana, en el corazón de la provincia de

(*) Comunicación al I Congreso Nacional del Derecho de Aguas de Murcia, año 1982.

Murcia, para cuyos naranjos y limoneros el agua es oro, y como tal se inscribe siempre. Bien acierta nuestro refrán al decirnos que «algo tendrá el agua cuando la bendicen»; la bendición radica aquí en la invaluable seguridad jurídica que se adquiere con la inscripción registral.

Leyendo a JOAQUÍN COSTA, el paladín regeneracionista, cuya política hidráulica tenía como primer punto programático la construcción de canales para riegos, podemos ver cómo consideraba básico al Registro para saciar la sed de crédito de la agricultura española. De la obtención de este crédito deriva COSTA grandiosas consecuencias: «Se recobrará la independencia y libertad; se acometerán grandes plantaciones; se horadarán las capas de la corteza terrestre; se establecerán en abundancia máquinas hidráulicas» (1).

Si la defensa de la seguridad jurídica y la posibilidad de obtener créditos, conformando el aspecto que podríamos llamar privado, ya justificarían suficientemente el papel del Registro de la Propiedad, con mayor razón habrá que acudir a él si se piensa en la enorme importancia vital del agua que, por ser necesaria a toda la sociedad, requiere un ineludible tratamiento público (2). Los planeamientos hidráulicos pueden encontrar en los asientos registrales no sólo la publicidad conveniente, sino las necesarias garantías que aseguren el cumplimiento de sus obligaciones por los particulares afectados, lo mismo que se viene haciendo ya con total éxito en los planes urbanísticos y las actuaciones agrarias de carácter social (3).

Al plantearse el tema de la revisión de nuestra centenaria Ley de Aguas, creemos que el Registro de la Propiedad, que ha venido pres-

(1) JOAQUÍN COSTA: *La reorganización del Notariado, del Registro de la Propiedad y de la Administración de Justicia*, Madrid, 1890. Citado por ANTONIO PAU PEDRÓN en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 547, noviembre-diciembre 1980, pág. 1525.

(2) «Thales de Mileto, uno de los siete sabios de Grecia, citado por Séneca en el libro 3 de sus *Questiões naturales*, en el capítulo 2 dixo que el agua era principio de todas las cosas. Fueron deste mismo sentir Empédocles y Hesiodoro. Quisieron algunos que su nombre lo dicesse a entender: Aqua, es lo mismo dizen que *a qua*. Como si dixeramos, de la qual se hizieron todas las cosas. Plinio en el libro 31 de su *Natural Historia* dize que el elemento agua es vida de los campos, pues sin él todos serían estériles e infecundos, por él viven los árboles y demás plantas, y, lo que es más, todos los animales.»

No hemos podido resistir la tentación de traer aquí estas poco jurídicas, pero sí clásicas, citas con las que el doctor ALFONSO LIMÓN MONTERO, ilustre hijo de Puertollano y Catedrático de Vísperas en la Muy Ilustre y Docta Universidad de Alcalá de Henares, inicia su libro *Espejo cristalino de las aguas de España*, editado por dicha Universidad en 1697. Las hemos tomado de la edición facsímil realizada en 1979 por iniciativa del Instituto Geológico y Minero de España para conmemorar el centenario de la Ley de Aguas.

(3) Hemos tratado extensamente este tema en nuestra tesis doctoral «El Registro de la Propiedad y la legislación social agraria». Editada por el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España. Madrid, año 1977.

tando hasta ahora impagables servicios a la regulación jurídica de esta materia, debe también estar presente a la hora de las nuevas orientaciones. Si valió para proteger la propiedad de las aguas privadas y el disfrute de los aprovechamientos especiales de las públicas, también puede valer, y mucho, para asegurar no sólo los efectos civiles de las nuevas concesiones, sino también para reforzar los aspectos precisos de las futuras planificaciones. Tanto si se consideran los aprovechamientos como propiedad limitada del agua o como simples concesiones administrativas, siempre supondrán un contenido jurídico y económico y podrán tener cabida y adecuada conformación dentro de la normativa hipotecaria.

El trasvase Tajo-Segura va a plantear cuestiones nuevas, no sólo técnicas, sino jurídicas, que será preciso resolver. La nueva ordenación y las explotaciones agrarias resultantes deben ingresar en el Registro por imperativo de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, clarificándose a la vez la titularidad de las aguas que rieguen las fincas adjudicadas. Así, esta gran obra podrá quedar mejor protegida apoyándose en los asientos registrales.

Por último, la conservación de los recursos naturales constituye actualmente una preocupación universal, pues la humanidad, a medida que va creciendo, consume bienes que la Naturaleza no podrá seguir suministrándole de modo ilimitado. El tema del mejor aprovechamiento y conservación de los recursos hidrológicos es tan sugestivo como amplísimo, aunque aquí más bien sería objeto de otra clase de registros, por tratarse de materias que entran en el Derecho administrativo.

El Registro de la Propiedad lleva más de un siglo, desde la primitiva Ley Hipotecaria de 1861, recogiendo en su seno todo un eficaz sistema protector de los derechos sobre las aguas. Si este sistema puede parecer individualista en alguno de sus supuestos no es culpa de la normativa hipotecaria, sino consecuencia del reflejo de la básica regulación civil y administrativa de la materia. Si éstas cambiasen, el Registro podría servir igualmente a las nuevas tendencias.

Por ello, para dar una idea más completa, merece que fijemos la atención primero en lo que ha supuesto hasta ahora nuestra legislación hipotecaria, dando su esquema actual. Pero también habremos de contemplar las indudables posibilidades que pueden encontrarse en el Registro para ordenar y proteger el uso y aprovechamiento racionales del agua, esencial para el equilibrio ecológico.

II. EL AGUA, UN BIEN INSCRIBIBLE

Si el Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles (4), para admitir que las aguas sean inscribibles deben tener en principio la doble condición de ser inmuebles y ser susceptibles de apropiación.

En cuanto a esto último, como distingue ROCA SASTRE (5), no todas las aguas entran en el comercio de los hombres: las comunes, como el alta mar, son *res extra commercium*, y al no ser susceptibles de propiedad privada tampoco serán inscribibles. Las aguas de dominio privado, según la legislación vigente, sí están en el comercio y son perfectamente inscribibles. Las públicas, como los ríos o corrientes, tienen carácter mixto, pues en principio pueden ser de dominio y uso general y, por tanto, no inscribibles; pero si llegan a ser objeto de aprovechamientos especiales sí pueden inscribirse en el Registro de la Propiedad.

Sobre si las aguas constituyen un verdadero inmueble, la cuestión sería más que dudosa si sólo se aceptase la concepción estricta de finca como trozo de tierra delimitado. Pero junto a esta idea ha prevalecido la de las llamadas fincas especiales, capaces de abrir un folio registral en el que conste su historial jurídico, perfectamente admitidas por las Leyes, la Jurisprudencia (6) y la doctrina (7).

Según el número 8 del artículo 334 del Código Civil, las aguas vivas o estancadas tienen la consideración de bienes inmuebles; pueden ser objeto de dominio privado y se admite el aprovechamiento especial de las públicas en los casos y términos señalados por los artículos 408 y siguientes del propio Código, la Ley de Aguas y demás normas aplicables tanto civiles como administrativas.

En consecuencia, y de acuerdo con esta regulación básica, la legislación hipotecaria acepta la inscripción de las aguas en el Registro de la Propiedad como verdadera finca independiente en los casos de los aprovechamientos de aguas públicas y en las aguas privadas cuando se inscriben con separación de la finca que ocuparen o en que nacieren.

(4) Artículo 1.º de la Ley Hipotecaria.

(5) *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1979, tomo III, pág. 444

(6) Las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de noviembre de 1955 y 3 de febrero de 1959 admiten que las aguas de dominio privado pueden tener acceso al Registro como entidad independiente con la consideración de bienes inmuebles, según el artículo 334-8.º del Código Civil.

(7) Ver ROCA SASTRE: *Ob. cit.*, tomo II, pág. 423, y el trabajo «Un caso de propiedad compleja: el agua. Aspectos de su tratamiento registral», de JOSÉ MANUEL y FRANCISCO-JAVIER DÍE LAMANA, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 455, pág. 297.

según puede verse en los artículos 69 y 71 del Reglamento Hipotecario (8). Las aguas inscritas llegan a adquirir tal virtualidad propia que abren y siguen su folio.

La Ley Hipotecaria permite la hipoteca de los derechos de aguas en los números 5 y 6 del artículo 107, así como las concesiones administrativas de canales. Y el artículo 108 contiene un trato específico al decir que «no se podrán hipotecar las servidumbres, a menos que se hipotequen juntamente con el predio dominante, exceptuándose, en todo caso, la de aguas, la cual podrá ser hipotecada».

III. SUS DIVERSOS ASIENTOS REGISTRALES

Para exponer en croquis la legislación hipotecaria, y dando por conocidos los conceptos sustantivos que al respecto establecen el Código Civil y la Ley de Aguas, distinguiremos los asientos de las aguas privadas, los de aprovechamientos de las públicas y la inscripción de comunidades de cada una de ellas.

A) INSCRIPCIÓN DE LAS AGUAS PRIVADAS

Estas pueden ser objeto de inscripción bien de modo independiente y separado de la finca en que se encuentran o bien como cualidad de ella; cabe también la situación de servidumbre real para aprovechar aguas de finca ajena.

a) *Como finca independiente o principal.*—Siguiendo en líneas generales el artículo 71 del Reglamento Hipotecario, diremos que las aguas de dominio privado que conforme al número 8 del artículo 334 del Código Civil tengan la consideración de bienes inmuebles podrán constituir una finca independiente e inscribirse con separación de aquella que ocuparen o en que nacieren.

Serán títulos bastantes para verificar la inscripción los normales establecidos en la legislación hipotecaria, y el asiento contendrá las circunstancias generales para identificar los titulares, la extensión del derecho y la delimitación de las aguas, según exigen el artículo 9.º de la Ley Hipotecaria con el 51 de su Reglamento, en cuanto sean aplicables;

(8) Se estudia el agua como finca registral especial en *Comentarios a la legislación hipotecaria*, de BENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Granada, 1969, tomo I, página 710.

(9) Puede verse ampliamente esta materia en ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo III, págs. 445 y ss., y en la obra de CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE citada en la nota anterior, tomo IV, págs. 487 y ss.

como circunstancias específicas se expresarán de modo técnico la naturaleza de las aguas y su destino, la figura del perímetro de las mismas, la situación del agua bien en relación a los cuatro puntos cardinales, bien respecto a la finca o terrenos que las rodean o en que nazcan y cuantas circunstancias contribuyan a individualizar las aguas en cada caso. Según la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de febrero de 1959, una vez suficientemente determinadas así las aguas como entidad hipotecaria propia, no es preciso describir la finca en donde nacen, pues no lo exige en modo alguno el artículo 71 del Reglamento Hipotecario.

b) *Como cualidad o elemento integrante de un predio.*—Es el supuesto previsto en el párrafo segundo del citado artículo 71, al decir que «podrá hacerse constar la existencia de las aguas en la inscripción de la finca de que formen parte, como una cualidad de la misma».

A diferencia del apartado anterior, donde el agua como tal abre folio por sí sola, aquí se inscribe en el de la finca en la que nace o donde se encuentra, como parte integrante de la misma y dentro de su propia descripción física.

Puede ocurrir que al inmatricularse la finca ya conste la existencia del agua de carácter privado en la descripción de la misma que se contenga en el título correspondiente, en cuyo caso ingresan en el Registro a la vez la titularidad dominical sobre la tierra y sobre el agua, manifestándose en una primera inscripción única comprensiva de ambos derechos.

De no ser así, cuando en una finca existan aguas no inscritas o, mejor dicho, cuya existencia no figure en la inscripción dominical de aquélla, el párrafo quinto del repetido artículo 71 del Reglamento Hipotecario concede al dueño la posibilidad de hacer constar la existencia de tales aguas en el folio registral correspondiente a la finca mediante una nueva inscripción que podrá obtenerse por acta notarial de presencia o por descripción de las aguas en los títulos referentes al inmueble.

c) *Como derecho de una finca sobre aguas de otra.*—Según el artículo 13 de la Ley Hipotecaria, las servidumbres reales pueden hacerse constar en la inscripción del predio dominante como cualidad del mismo; pero para que tales derechos limitativos surtan efectos contra terceros será preciso que consten en la inscripción de la finca o derecho sobre que recaigan.

Esta norma genérica se traduce fielmente al párrafo tercero del artículo 71 del Reglamento, donde se establece que el derecho de las fincas a beneficiarse de aguas situadas fuera de ellas, aunque puede hacerse constar en la inscripción de las fincas dominantes como una cualidad de las mismas, no surtirá efectos respecto de terceros mientras no conste

en la inscripción de la finca sirviente que las contenga o bien en la propia inscripción independiente del agua, si la hubiere.

La calificación de servidumbre predial en este caso no alberga duda alguna, de acuerdo con el artículo 530 del Código Civil, y así lo entendió la Resolución de 24 de marzo de 1922 al sentar que el derecho inscrito a favor del dueño del predio beneficiado adopta las líneas generales de una servidumbre activa o mejor de un derecho subjetivamente real, cuya contrapartida debe hacerse en la inscripción de las aguas o fincas para que surta efectos contra terceros.

B) INSCRIPCIÓN DE APROVECHAMIENTOS DE AGUAS PÚBLICAS

La normativa hipotecaria, siguiendo al artículo 409 del Código Civil, señala los requisitos y documentos precisos para inscribir estos aprovechamientos según tengan su origen en la concesión administrativa o en la prescripción.

a) *Adquiridos por concesión*.—Las concesiones administrativas en general, en cuanto recaen sobre bienes inmuebles, son inscribibles, según el artículo 31 del Reglamento Hipotecario, mediante escritura pública o bien por el título administrativo en que se otorgan.

Las inscripciones de aprovechamientos de aguas públicas se pueden practicar como una pertenencia o cualidad de la finca ya inmatriculada en que se utiliza el aprovechamiento o bien abriendo folio registral nuevo, como hoja independiente. En cualquier caso, según determina el artículo 69 del mismo Reglamento, al documento en que se contenga la correspondiente resolución o acuerdo administrativo deberá acompañarse certificado en el que conste que el aprovechamiento se ha inscrito previamente en el Registro administrativo organizado por el Real Decreto de 12 de abril de 1901 y que ha sido desenvuelto por otras disposiciones posteriores, especialmente por la Orden de 24 de julio de 1963. Si no se acompaña la citada certificación sólo podrá tomarse anotación preventiva que, al ser por defecto subsanable, tiene una duración de sesenta días desde su fecha, aunque podrá prorrogarse hasta ciento ochenta días, según el artículo 96 de la Ley Hipotecaria.

b) *Adquiridos por prescripción* (10).—Los aprovechamientos que se adquieren, de acuerdo con el artículo 409 del Código Civil, por prescripción de veinte años son inscribibles en el mismo modo que los an-

(10) Aparte las obras generales de Derecho Administrativo puede verse «Prescripción de las aguas públicas», tesis doctoral, de FERNANDO FUENTES BODELÓN, editada por la Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1972. En el aspecto registral, ROCA SASTRE: *Ob cit*, tomo III, pág. 456, y CAMY en sus *Comentarios...*, tomo IV, pág. 519.

teriores. Sin embargo, el documento que acredita la posesión y disfrute de las aguas a título dominical por el tiempo preciso es el acta de notoriedad regulada en el artículo 70 del Reglamento Hipotecario.

A requerimiento de la persona interesada, el Notario hábil se constituirá en el lugar del aprovechamiento y consignará, según su apreciación directa y de las manifestaciones del requirente y las de dos testigos al menos, vecinos y propietarios, las siguientes circunstancias: punto donde se verifica la toma de aguas y situación del mismo; cauce de donde derivan éstas; volumen del agua aprovechable; horas, minutos y días en que se utilice el derecho; objeto o destino del aprovechamiento; altura del salto, si lo hubiere, y tiempo que el interesado llevare en posesión en concepto de dueño, determinando el día de su comienzo, a ser posible. Por edictos se cita a quienes se consideren perjudicados para que puedan comparecer ante el Notario y justificar sus derechos, debiendo suspenderse la tramitación del acta si se hubiere interpuesto demanda ante los Tribunales. El Notario practicará estas diligencias y las pruebas que estime convenientes para comprobar los hechos y dará por terminada el acta, haciendo constar si a su juicio están suficientemente acreditados. En caso afirmativo, la copia total autorizada del acta de notoriedad será título suficiente para que se extienda anotación preventiva en el Registro de la Propiedad y se pueda iniciar, después de practicada ésta, el expediente administrativo.

Por Decreto de 17 de marzo de 1959 se reformó la regla 7.^a de este artículo 70 del Reglamento Hipotecario, en el sentido de que esta anotación preventiva caducará a los cuatro años y no a los sesenta días, como era antes. Y esto es porque si para los aprovechamientos por concesión el corto plazo antes visto es lógico, dado que se trata de un simple defecto fácilmente subsanable, en el caso de la prescripción era materialmente imposible que en tan pocos días se ultimase el expediente y se pudiera practicar la inscripción en el Registro administrativo. Según dice LA RICA (11), en los aprovechamientos ganados por prescripción, la inscripción en el Registro administrativo ha de ser forzosamente posterior a la práctica de la anotación preventiva en el de la Propiedad y no puede calificarse ésta de suspensión por defecto subsanable, sino como anotación especial que se convierte en inscripción definitiva cuando se cumple el requisito de la registración administrativa. Por ello se adoptó el plazo de cuatro años, que normalmente es suficiente para concluir el expediente administrativo y practicar la inscripción en el Registro especial.

(11) RAMÓN DE LA RICA ARENAL: *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, editado por el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, Madrid, 1959, pág. 73.

C) INSCRIPCIÓN DE COMUNIDADES DE AGUAS

a) *Comunidad de aguas privadas*.—En algunas regiones españolas, particularmente en Canarias y el Sureste peninsular, donde el agua para riego tiene excepcional relevancia, se dan peculiaridades muy características. Se trata de comunidades de aguas privadas de gran importancia que corresponden a una multitud de partícipes, regidos por ordenanzas de gran sabor consuetudinario, que ya reconoció la Ley de Aguas (12).

Entre las varias opiniones sobre la naturaleza jurídica de estos aprovechamientos, nos parece preferible la de ROCA SASTRE (13), que las considera comunidades por cuotas, con negociabilidad de éstas, pero sin acción de división ni derecho de retracto, por recaer sobre cosa indivisible. En ésta se distingue el objeto en sí, o sea el aprovechamiento global (gruesa), y las cuotas o participaciones indivisas (turnos), fijados bajo módulos determinados de tiempo y de cabida.

La Ley de 27 de diciembre de 1956 vino a reconocer personalidad jurídica a las agrupaciones de propietarios de aguas privadas constituidas o a constituir en Canarias, conocidos con los nombres de heredades, heredamientos de aguas, dulas, acequias, comunidades u otros semejantes (14). Según su artículo 5.º, en el Registro de la Propiedad se practicará una inscripción extensa o principal del volumen total de aguas en el Registro correspondiente al lugar en que aquéllas nazcan o se alumbran, o su parte principal, sin perjuicio de que cada dueño o partícipe

(12) En Totana (Murcia) pudimos ver una interesante documentación de los heredamientos de riego de la zona, remontándose algunas actas al año 1519. En el libro *Apuntes para la historia de Totana y Aledo*, de JOSÉ MARÍA MUNUERA Y ABADÍA, impreso en Totana en 1916, se contienen las cuestiones de los riegos y el agua de estos pueblos en sus páginas 573 y ss. Allí se dice que «hasta principios del siglo xvi fue este Ayuntamiento dueño único de las corrientes de Colomé, Tirieza, Patalache y Balsa Vieja, así como todas las demás fuentes de este término municipal. Por concesiones, mercedes y donaciones fueron perdiendo su carácter de Propios, de tal suerte que al principiarse el siglo xix todas las aguas de aquellas corrientes pertenecían a particulares». Y en la *Memoria y presupuesto para la ejecución de obras para aumentar el caudal de los heredamientos de Patalache y de Colomé y Tirieza*, de BERNARDINO ROLANDI PIERA, se dice que el agua tiene importancia capital en la Región Levantina..., no ya para el riego de las feraces tierras que por todas partes abundan, sino para su consumo personal; por esto, cuando a raíz de la Reconquista se establecieron en esta zona los antepasados de los actuales propietarios de aguas, ligaron éstas con los predios a regar y nacieron de manera natural los «Heredamientos de aguas».

(13) *Ob. cit.*, tomo III, pág. 450.

(14) Sobre este punto ha escrito MARCOS GUIMERÁ PERAZA: «Heredamientos y comunidades de aguas en Canarias», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, año 1953, págs. 489 y ss. También en *Anuario del Derecho Civil*, 1963, páginas 423 y ss., ha publicado su trabajo «Auxilios a los aprovechamientos de aguas en Canarias y otras cuestiones», en el que estudia la Ley de 24 de diciembre de 1962.

pueda inscribir como finca independiente suya las aguas y cuotas que le pertenezcan en los bienes de uso común; cada miembro dispondrá libremente de sus aguas, aunque sujetándose a las reglas que estatutariamente se adopten para el mejor aprovechamiento del caudal. Por la Disposición adicional primera, esta Ley era extensible a cualesquiera otras figuras jurídicas de tipo similar que hayan de desenvolver su actividad en cualquier otra parte del territorio nacional.

En la reforma del Reglamento Hipotecario de 1959 se recogieron estas normas, plasmándose en los cuatro últimos párrafos de su artículo 71. Su finalidad era evitar la confusión que podría surgir en el Registro si se incluyeran en un solo folio todas las participaciones y sus posteriores transmisiones, que podrían llegar a ser numerosísimas en el caso frecuente de divisiones hereditarias. De otro modo hubiera resultado complicado averiguar la auténtica titularidad de la finca, siendo difícil seguir con claridad su historial hipotecario.

De la misma manera que se hace en las comunidades de pisos dentro de un edificio, en la llamada propiedad horizontal, se abre un folio principal y a su lado una pluralidad de folios registrales independientes para cada una de las cuotas.

De acuerdo con estos planteamientos, los nuevos párrafos del artículo 71 del Reglamento Hipotecario regulan estas inscripciones del siguiente modo:

«Las aguas privadas pertenecientes a heredades, heredamientos, dulas, acequias u otras comunidades análogas se inscribirán en el Registro de la Propiedad correspondiente al lugar en que nazcan o se alumbren aquéllas o su parte principal, a favor de la entidad correspondiente. En la inscripción se harán constar, además de las circunstancias generales que sean aplicables: el volumen del caudal; los elementos inmobiliarios indivisibles y accesorios de uso común, como los terrenos en que nazcan las aguas, galerías, pozos, maquinarias, estanques, canales y arquillas de distribución; número de participaciones o fracciones en que se divide el caudal; las normas o principios básicos de organización y régimen, y los pactos que modifiquen el contenido o ejercicio de los derechos reales a que la inscripción se refiera. En los demás Registros, Ayuntamientos o Secciones se practicarán las oportunas inscripciones de referencia.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, cada partícipe o comunero podrá inscribir a su nombre como finca independiente o, en su caso, en el folio de la finca que disfrute del riego, la cuota o cuotas que le correspondan en el agua y demás bienes afectos a la misma con referencia a la inscripción principal.

Sin embargo, deberá abrirse siempre folio especial cuando se inscri-

ban las sucesivas transmisiones de cuotas o la constitución de derechos reales sobre las mismas.

Se extenderán, en todo caso, las notas marginales de referencia.»

b) *Comunidad de aguas públicas*.—Los dos últimos párrafos del artículo 69 del Reglamento Hipotecario, añadidos también en la reforma de 1959, regulan la inscripción de los aprovechamientos colectivos de aguas públicas, sean por concesión o adquiridos por prescripción.

Se deben hacer en favor de la correspondiente comunidad de regantes a que se refieren el artículo 228 de la Ley de Aguas y la Orden de 6 de agosto de 1963. La inscripción se verificará en el Registro de la Propiedad a que corresponda la toma de aguas en el cauce público y en ella se hará constar, además de las circunstancias generales aplicables, los datos del aprovechamiento, su regulación interna, las tandas, turnos u horas en que se divida la comunidad; las obras de toma de aguas y las principales y accesorias de conducción y distribución. Bajo el mismo número, y en sucesivos asientos, se consignarán los derechos o cuotas de los distintos partícipes, mediante certificaciones expedidas en relación a los antecedentes que obren en la comunidad con los requisitos legales. En los folios de las fincas que disfruten del riego se inscribirá también el derecho en virtud de los mismos documentos, extendiéndose las oportunas notas de referencia.

Esta regulación está inspirada en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de marzo de 1922, y especialmente la de 8 de noviembre de 1955. Según ellas, la inscripción básica sólo puede practicarse a favor de la comunidad de regantes, y mientras tanto no podrán inscribir los partícipes su derecho particular respecto a las fincas beneficiadas; lo contrario sería introducir confusión en los libros registrales y equivaldría a permitir que uno de los comuneros por sí solo hiciera constar en el Registro el cómputo del riego y la división del caudal a su arbitrio, con independencia de los derechos de los demás. Según la última Resolución citada, a continuación de la inscripción primordial, y bajo el mismo número, podrán inscribirse los derechos individuales o cuotas de los partícipes.

Como hace notar LA RICA (15), en este punto se marca una diferencia importante entre el régimen registral de los aprovechamientos de aguas públicas y los de aguas privadas. En los primeros, las inscripciones de los derechos de los partícipes van a la misma hoja en que se haya inscrito el aprovechamiento total, en tanto que en los segundos esos derechos se inscriben como fincas nuevas bajo número y en hoja dife-

(15) *Ob. cit.*, pág. 75.

rente. Pueden parangonarse las comunidades de aguas públicas con las inscripciones de bienes pro indiviso, mientras que las de aguas privadas, con los pisos en la propiedad horizontal, inscritos con separación de la inscripción matriz del edificio total.

IV. EL REGISTRO EN LOS GRANDES REGADIOS

A) LAS ACTUACIONES DEL IRYDA

La Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973 señala como una de las actuaciones principales del Estado, en este ámbito específico, el mejor aprovechamiento y conservación de los recursos naturales en aguas y tierras, y para llevarla a cabo se podrá encomendar al Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario la transformación económico-social, por razones de interés nacional, de grandes zonas determinadas por decreto, mediante la realización de las obras que requiera dicho aprovechamiento de las tierras y las aguas (arts. 3.º y 5.º de la Ley citada).

Estas obras de transformación en regadío, antes conocidas por el apelativo genérico de «Colonización», se han venido realizando en base a la Ley de 21 de abril de 1949, sobre colonización y distribución de la propiedad en zonas regables, que, con algunas modificaciones posteriores, ha sido recogida en el texto actual de la citada Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973. En ésta se regulan las actuaciones que se lleven a cabo por el Instituto en las grandes zonas regables dominadas por obras hidráulicas construidas o auxiliadas por el Estado.

No hemos de estudiar ahora el régimen jurídico especial de las tierras transformadas por el riego, ya que nos saldríamos del tema (16). Aquí sólo interesa resaltar que en las zonas regables pueden existir tres tipos de tierras: las tierras en exceso o expropiables, que, una vez transformadas, se inscriben con su cualidad de riego en favor de los empresarios a quienes se adjudiquen; las tierras en reserva, por carácter familiar, cuyas aguas también se inscriben por ser públicas igualmente, y, por último, las exceptuadas que ya fueran de riego, cuyas inscripciones registrales respecto al agua permanecen con el carácter que tuvieron, público o privado.

(16) Puede verse al respecto nuestro libro, citado en la pág 3, págs. 117 y siguientes.

B) GARANTÍAS REGISTRALES EN ESTA MATERIA

La legislación de Reforma y Desarrollo Agrario considera esencial la colaboración del Registro de la Propiedad para conseguir la transformación en riego de grandes zonas y conservar el régimen jurídico para el que fueron pensados los lotes que se adjudican.

Esta colaboración se concreta en tres momentos sucesivos:

1.º Al adquirir el Instituto las tierras a transformar, sea de modo voluntario o por expropiación, la inscripción en el Registro es inexcusable (arts. 20 de la L.R.D.A. y 42 a 47 de la Ley del Patrimonio del Estado).

2.º Durante la transformación, desde el Decreto declaratorio del interés nacional hasta que se determinen las fincas afectadas en las grandes zonas respectivas, hay un período de incertidumbre jurídica al limitarse en algún modo las facultades dispositivas de la propiedad privada; por ello se debe procurar la mayor publicidad, para evitar sorpresas desagradables a terceros adquirentes. En consecuencia, se ordena a los Registradores que hagan constar la existencia de la transformación en curso, tanto en las notas de los títulos referentes a las fincas afectadas como en las certificaciones que se expidan relativas a estas fincas. Es también importante hipotecariamente la constancia registral de la carga real o afección a que quedan sujetas las fincas reservadas en las zonas regables, para pagar las cantidades invertidas por el Instituto en las obras y que determina el artículo 77 de la L.R.D.A.

3.º Al adjudicarse en propiedad las fincas resultantes de la transformación en regadío, los títulos se entregan a los nuevos dueños, ya inscritos en el Registro de la Propiedad (art. 34 L.R.D.A.), con la constancia del derecho a riego, como es natural.

La obligatoriedad de la inscripción de las fincas regadas no es sólo inicial, sino para los actos sucesivos. Así se desprende del número 3 del artículo 28 de la misma Ley, el cual exige que los cambios de titularidad de estos inmuebles se realicen en escritura pública que deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad. La explotación transmitida, sigue diciendo el precepto, continuará sujeta a las prescripciones de la Ley.

Esto supone que en manos del Registrador, con su calificación, se pone una vez más el medio para tratar de evitar que se deshaga una realización costosa y de importancia social indudable.

Lástima que, como pasa en la concentración parcelaria, no se haya decidido la Ley a imponer una inscripción constitutiva; con una simple

inscripción obligatoria, sin señalarse las consecuencias de su omisión, queda abierta incluso la posibilidad del documento privado al transmitir; en cuanto se liquiden del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y se realicen mutaciones en el Catastro de Rústica sin las exigencias legales, el desaguizado podría producirse.

¿Por qué no ha de tener valor constitutivo en estos casos tan justificados y especiales la inscripción en el Registro? Ya hubo un intento en este sentido en el Proyecto remitido a las Cortes de la que luego fue Ley de Colonización de Zonas Regables de 21 de abril de 1949. En la Disposición final quinta de dicho Proyecto se encomendaba a los Ministros de Justicia y Agricultura la preparación de las medidas adecuadas «para la implantación del sistema de título real e inscripción registral constitutiva y obligatoria respecto de todas las unidades parcelarias establecidas en zonas regables».

Esta disposición, que inoportunamente mezclaba la inscripción constitutiva con la cuestión del título «real» (el ideal de Joaquín Costa, tomado del sistema hipotecario australiano), fue objeto de una enmienda en contra, que acabó triunfando. He aquí de qué modo se perdió una ocasión que pudo haber sido un valioso eslabón inicial en este ideal de exigir el valor constitutivo en las inscripciones de estos actos, tan fundamental para conseguir y conservar las realizaciones sociales de la agricultura y mucho más en el campo de los regadíos. La simple inscripción «obligatoria» ha demostrado sobradamente que no alcanza las metas deseables, pues no ofrece resortes efectivos para casos de incumplimiento de los deberes sociales del propietario (17).

C) EL TRASVASE TAJO-SEGURA

Como es materia bien conocida, a efectos de nuestro trabajo nos limitaremos a decir, a título de presentación, que, según la Ley de 19 de junio de 1971, se trata de trasvasar las aguas de una cuenca a otra, de acuerdo con las directrices que fueron trazadas en su día por el III Plan de Desarrollo, según las cuales se pretendía la transformación de 33.000 hectáreas de nuevos regadíos y la mejora de 89.000 hectáreas más de regadío infradotado.

(17) JESÚS LÓPEZ MEDEL, en su libro *El Registro de la Propiedad como servicio público*, tesis doctoral, Madrid, 1959, págs. 176 a 180, relata cómo ocurrieron estos escarceos prelegislativos y muestra su desencanto por el fracaso del intento. En el mismo sentido, ver JAIME MONTERO y GARCÍA DE VALDIVIA en su trabajo «Modernas orientaciones de la colonización agraria en España», editado por el Instituto en *Estudios*, núm. 21, año 1951, pág. 57.

Desde el punto de vista jurídico, y especialmente el registral, se van a presentar las mismas o parecidas cuestiones que genéricamente afectan a todas las transformaciones en regadío y las correspondientes ordenaciones de la explotación agraria tal como se contemplan en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario.

Como cuestión peculiar hemos de señalar que, dado que las fincas con regadíos ya existentes lo son en gran parte con aguas subterráneas, obtenidas por perforaciones y a costa del propietario, tienen un carácter privado que, naturalmente, debe ser respetado. Por eso, en principio, estas grandes obras no suponen alteración de las inscripciones registrales existentes, produciéndose, en cambio, los nuevos asientos que se refieren a los también nuevos regadíos públicos. Sin embargo, la solución que es irreproachable de acuerdo con la legislación vigente no tendría una total justificación si se piensa que las aguas regadas procedentes de las grandes obras hidráulicas tienen un importante papel en la realimentación de los acuíferos o embalses subterráneos, al filtrarse desde las fincas colindantes unas aguas que así pasan, con todas las bendiciones legales, de públicas a privadas (18). Aquí estarían justificadas las limitaciones a estos caudales suplementarios que suponen una auténtica plusvalía para las fincas sitas en la zona que no han contribuido a la mejora y se enriquecen sin causa a costa de la nueva situación.

Del mismo modo que en los Planes de Badajoz, Jaén, Los Monegros y tantos otros también se ha encomendado al IRYDA la realización de la parte agrícola y, por tanto, la jurídica, en la implantación o transformación de los regadíos resultantes del trasvase. Para ello, de acuerdo con su Ley orgánica, ya se han empezado a publicar los decretos declarando la utilidad pública de la ordenación de explotaciones agrarias afectadas, para que alcancen, de acuerdo con sus nuevos cultivos de regadío, las dimensiones suficientes y características económicas adecuadas en orden a su estructura, capitalización y organización empresarial. En consecuencia, se declaran de interés nacional la puesta en riego y la redistribución de la propiedad rústica en las distintas zonas, cuyas delimitaciones se realizan en cada decreto.

Esto lleva consigo la sujeción a planes generales de transformación, según la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, con los efectos consiguientes, y en especial la nueva ordenación agronómica y jurídica de estos regadíos.

Las nuevas explotaciones ingresan en el Registro de la Propiedad, que las protegerá de todo intento disgregador y clarificará por completo

(18) Sobre este punto puede verse el libro *Aguas subterráneas*, de ANDRÉS MURCIA VIUDAS, 4.ª ed., Madrid, 1976. Edición del Ministerio de Agricultura.

el régimen jurídico de las aguas que las rieguen. He aquí cómo, de acuerdo con la Ley, la gran obra del trasvase podrá conservarse mejor apoyándose en los asientos registrales.

V. LAS NUEVAS ORIENTACIONES

A) LA REFORMA DE LA LEY DE AGUAS

El hecho de que la Ley de Aguas haya superado el centenario de su vigencia, en contraste con la mutabilidad que es casi normal en las disposiciones administrativas, demuestra que fue redactada con acierto, elevando a categoría legal una normativa realmente vivida, con fuertes raíces consuetudinarias y sociológicas. Esto explica su vigencia hasta la actualidad.

Sin embargo, la disminución progresiva de los caudales como consecuencia del aumento de población y las cada vez más crecientes necesidades industriales imponen una regulación más estricta respecto a las aguas en general, y especialmente en cuanto a las subterráneas (19) y los llamados aprovechamientos especiales de aguas públicas.

La escasez del agua, la necesidad de su mejor aprovechamiento, el problema de la contaminación industrial y las nuevas técnicas de desalinización y prospección, junto con algunas tendencias doctrinales que abogan por la consideración pública de las aguas (20), van abriendo el camino a los intentos de nueva regulación de la materia.

Conocemos dos borradores de anteproyectos, uno de aguas subterráneas, procedente de la Dirección General de Minas, y otro de aguas en general, elaborado por una ponencia en la Dirección General de Obras Hidráulicas. En los aspectos que nos interesan diremos que mientras el

(19) Por varias disposiciones se ha limitado la facultad de hacer prospecciones, concedida por los artículos 22 a 24 de la Ley de Aguas. Podemos señalar entre ellas:

— Ley de 24 de diciembre de 1962 sobre aprovechamientos en Canarias, con su Reglamento de 14 de enero de 1965.

— Ley 2/1969, de 11 de febrero, que prohíbe el alumbramiento y captación en las zonas del Guadalquivir que se señalan.

— Ley de 30 de junio de 1969, en igual sentido en Mallorca

— Decreto-ley 3/1973, de 5 de abril, en zonas de Almería

(20) Pueden verse: JORDANA DE POZAS: «El Derecho español de aguas y la oportunidad de su revisión», Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1962. SEBASTIÁN MARTÍN RETORTILLO: «Sobre la reforma de la Ley de Aguas», en el libro *Aguas públicas y obras hidráulicas*, Biblioteca Tecnos, Madrid, 1966, pág. 151; en igual sentido, lecciones explicadas por él en el Curso de Derecho Agrario, a multicopista. CASTRO FARIÑAS: *La nueva Ley de Aguas*, Santa Cruz de Tenerife, 1957.

primer borrador mantiene la distinción entre aguas públicas y privadas, el de Obras Públicas sienta de entrada que el agua es patrimonio inalienable e imprescriptible de la nación y, con la sola excepción de los manantiales destinados a abastecimiento de poblaciones, que se declaran del dominio público de las corporaciones locales, todas las demás aguas, sean superficiales o subterráneas, pertenecen al dominio público del Estado, sin que dicho carácter público se pierda nunca ni en ningún caso (21).

Sin embargo, no se suprimen por completo los derechos sobre las aguas que ahora se consideran privadas, sino que se propugna el cambio de la titularidad dominical, atemperando su uso a las necesidades reales señaladas por la Administración, la cual ejercerá la facultad de modulación, fijando las características registrales del aprovechamiento. Expresamente se aclara en el preámbulo que la declaración de que el agua es pública no supone una expoliación de los derechos ya existentes constituidos al amparo de la legislación vigente; se respeta su contenido económico, cambiando tan sólo su naturaleza jurídica, pues los titulares pasan de propietarios a concesionarios. Se trata de compatibilizar los actuales intereses generales de la comunidad con situaciones arraigadas que, aun debiendo ser respetadas, no pueden formularse en nuestros días con los caracteres absolutos que tuvieron en épocas pasadas.

Hasta aquí, cómo explican los redactores del anteproyecto su idea. Veamos cómo puede repercutir la reforma en la sistemática hipotecaria.

B) EL FUTURO PAPEL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN LAS AGUAS

Hemos visto cómo el Registro de la Propiedad ha estado siempre a tono con las necesidades de cada época respecto a la regulación de las

(21) Aun sin querernos salir de la materia especial hipotecaria, que es la que pretendemos estudiar, la verdad es que este criterio publicista a ultranza nos parece exagerado. Una cosa es que el agua, por su sentido social, sea objeto de limitaciones en su propiedad y otra que se borre tan radicalmente toda relación privada. Es un bien para los hombres y no para que se lo engulla el Estado despiadadamente.

El criterio que se pretende seguir nos hace recordar el artículo 27 de la Constitución de Querétaro de 1917, que impuso Zapata a México tras una revolución triunfante. Allí se decía que «la propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro del territorio nacional corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares». Claro que esto fue sólo un programa, pero que no ha tenido realidad ni se aplica actualmente en el sistema mejicano, liberal y semicapitalista.

Ni siquiera tampoco llegó a tanto la Declaración de Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado o Constitución soviética de 10 de julio de 1918, también dada por Lenin tras la revolución rusa. En su artículo 3.º se declara la propiedad nacional únicamente de «las aguas de interés público nacional», pero no de las demás.

aguas y hasta, lo hemos apuntado, ha sabido a veces anticiparse a la norma legal para recoger en sus libros la realidad palpitante, satisfaciendo las necesidades e intereses de nuestros agricultores regantes.

No puede pensarse sólo en un Registro situado en «cancerbero» de una arriscada concepción privatista de la propiedad del agua, como alguien ha dicho impremeditada y peyorativamente. Muy al contrario, nuestra tesis mantiene la idea de que precisamente contando con las nuevas realidades técnicas las aguas que se consigan por perforaciones o trasvases, incluso con su tinte más o menos público, han de encontrar siempre poso definitivo en el derecho a un aprovechamiento concreto para regar una tierra o una huerta, que son el pan familiar de nuestros agricultores. Y éstos duermen más tranquilos cuando tienen regulado su riego en derechos netamente determinados en asientos registrales.

De los dos anteproyectos que hemos citado, el que pudiéramos llamar de Minas silencia por completo la cuestión y no aborda el tema registral.

En cambio, la comisión redactora del anteproyecto de Obras Públicas entiende que debe procederse a constatar todos los aprovechamientos «mediante el empleo de técnicas catastrales o registrales que permitan su exacta determinación y conocimiento».

El modo en que se hace en el texto es bastante borroso y además induce a una lamentable confusión entre las funciones del Registro de la Propiedad y el administrativo. Así, se declara, sin remilgos ni miramientos doctrinales, constitutiva la inscripción de todos los aprovechamientos de aguas en los Registros especiales establecidos por el Real Decreto de 1 de abril de 1901. Después enlaza dicha inscripción administrativa, aunque dándole consideración de previa, con la del Registro de la Propiedad.

En consecuencia, dice su proyectado artículo 109, los Registradores de la Propiedad no podrán inscribir, modificar o cancelar ninguna inscripción relativa a un aprovechamiento, sin que por el Ministerio de Obras Públicas (hoy habría que añadirle «y Urbanismo») se hubiera dictado la resolución oportuna. Y, apurando más, parece como si en el anteproyecto se quisieran trabar de modo inseparable ambos Registros, el administrativo y el jurídico inmobiliario, al decir que, adoptado cualquier tipo de resolución sobre un aprovechamiento de aguas, se comunicará por el Ministerio al Registro de la Propiedad que corresponda para la debida constancia.

Como se ve, el precepto es bastante impreciso y deja en nebulosa las distintas funciones de ambos Registros, que no tienen por qué mezclarse indeterminadamente.

Consideramos preciso clarificar las diferencias entre los Registros de la Propiedad y el administrativo de aprovechamientos de aguas, por sus diversas funciones. El primero compete al Derecho privado y es de contenido civilista; el segundo es administrativo o de control. Como dice el dictamen del Consejo de Estado de 7 de junio de 1950, «ambos Registros y sus normas rectoras se mueven en ámbitos diferentes: las normas que rigen el Registro de la Propiedad son reglas de índole general y que consagran el valor de la inscripción hipotecaria como título civil; y las del Registro administrativo de aguas señalan las especiales consecuencias de la inscripción en el mismo a los simples efectos de obrar administrativamente». Y en otro dictamen de 5 de marzo de 1954 se sienta que «el argumento de la inscripción de preferencia del riego en el Registro de la Propiedad hace que el citado derecho logre carácter de derecho real, el cual no puede ser destruido más que por la vía judicial..., ya que la protección jurisdiccional de los asientos del Registro de la Propiedad, que se proclama como uno de los soportes de la Institución en el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, no presenta excepción en nuestro Derecho cuando se trata de materias que atañen a la Administración pública».

Las funciones puramente preventivas o declarativas del Registro administrativo vienen determinadas por los dictámenes del citado Centro consultivo de 2 de febrero de 1953 y 27 de abril de 1967: «A diferencia de los Registros de la Propiedad, que miran y atañen a la protección de los derechos privados subjetivos de los particulares, el registro de aprovechamientos tiende fundamentalmente a proporcionar a la Administración unas medidas cautelares con el fin de impedir la doble concesión.» Y el Tribunal Supremo, con criterio uniforme y reiterado, ha recordado «que la inscripción en el Registro de aprovechamientos no da derechos por sí misma, sirviendo sólo de aseguramiento de lo adquirido», y que «las inscripciones no otorgan derechos, sino que garantizan tan sólo los que arrancan del título en que se fundan (sentencias de 14 de noviembre de 1920 y 22 de julio de 1956).

Por el contrario, la inscripción del agua en el Registro de la Propiedad sí protege, pues, a todos los efectos legales, los derechos inscritos en el Registro se presume que existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo, según dispone el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, y tal asiento produce todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud por los Tribunales.

Hecha esta disquisición aclaratoria, que consideramos necesaria, terminamos diciendo que cualesquiera que sean los criterios que al fin prevalezcan en la anunciada reforma de la Ley de Aguas que se prepara, las aguas privadas o públicas, adquiridas por los títulos clásicos o sólo

por concesión, siempre tendrán un contenido patrimonial y social digno de protección jurídica y sólo podrá ser el Registro de la Propiedad la institución adecuada e insustituible para lograrla.

En cuanto a los regadíos del trasvase Tajo-Segura, ingresarán en el Registro de la Propiedad, en el modo que antes explicamos, no tan sólo como garantía de los particulares, sino más bien para seguridad de que ha de perpetuarse en lo jurídico la obra hecha.

Con ello, una vez más quedará en claro que nuestro Registro será no odioso «cancerbero» de particulares, sino pieza básica en la obtención y conservación de realizaciones sociales. Tal como está vale para defender en el futuro la conservación del agua, elemento esencial en la Naturaleza. Insistimos: sean públicas o privadas, los agricultores prefieren las aguas inscritas, sin ninguna duda; y la sociedad, también, por supuesto.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Madrid, marzo de 1982.

JURISPRUDENCIA

I. Resoluciones y sentencias

II. Sentencias del Tribunal Supremo

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
JOSÉ QUESADA SEGURA y
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITOS.—AUN PRESCINDIENDO DE LOS TITULOS QUE APORTA EL REIVINDICANTE, ES UN DATO DE CAPITAL IMPORTANCIA EL TENER INSCRITAS LAS FINCAS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD, CON EL CONSIGUIENTE FAVOR LEGAL DE LA PRESUNCION DEL ARTICULO 38 DE LA LEY HIPOTECARIA SEGUN DECLARACION DE LA SALA DE INSTANCIA (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1980).

Hechos.—Don Antonio Luis P. M. formuló demanda contra don Julio P. M. sobre acción reivindicatoria alegando que el demandado detenta y ocupa totalmente las fincas que se describen, negándose a desalojarlas, por lo que suplica se dicte sentencia por la que se declare que el actor es propietario de tales fincas y, en su consecuencia, se condene al demandado a que le entregue las mismas.

El demandado se opone negando que el actor sea dueño de las fincas, no siendo tampoco él mero detentador.

El Juez de Primera Instancia de Aguilar de la Frontera dictó sentencia estimando en lo fundamental la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla.

El demandado interpone recurso de casación por infracción de los artículos 348 y 349 del Código Civil, por aplicación indebida, al no haber acreditado el actor la propiedad que reivindica, y por error de derecho o error de hecho en la apreciación de las pruebas.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Carlos de la Vega Benayas, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

Considerando que en los fundamentos de las dos sentencias de instancia —ambas contestes— se dice con absoluta claridad que el actor —hoy

recurrido—, con los medios de prueba por él propuestos, justificó los tres requisitos que, implícitos en el artículo trescientos cuarenta y ocho del Código Civil, ha señalado la doctrina de esta Sala, es decir, el dominio de las dos fincas que reivindica, la identidad de las mismas y su posesión por el demandado, a lo que añade la sentencia recurrida que, aun prescindiendo de los títulos que aporta el reivindicante, se da un dato de capital importancia, cual es el de tener aquél inscritas las fincas en el Registro de la Propiedad, con el consiguiente favor legal de la presunción del artículo treinta y ocho de la Ley Hipotecaria, que no ha sido desvirtuado por la prueba practicada a instancias del demandado que hoy recurre.

Considerando que frente a tal conclusión opone el recurrente, en su motivo primero, al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la denuncia de infracción de los artículos trescientos cuarenta y ocho y trescientos cuarenta y nueve del Código Civil, indebidamente aplicados, si bien luego, en el breve desarrollo del motivo simplemente se dice que el actor no ha probado los requisitos de la acción reivindicatoria ni ha justificado la veracidad y justeza del título que presenta, con lo cual se incide evidentemente en desenfoque, ya que, como dice reiterada jurisprudencia (Sentencias de veintiséis de enero de mil novecientos sesenta y seis, dieciséis de mayo de mil novecientos sesenta y seis, veintiséis de junio de mil novecientos sesenta y ocho, etc.), es función propia del Tribunal sentenciador la de fijar los hechos fundamentales de su resolución como consecuencia de la apreciación de los medios de prueba aportados, fijación a la que ha de estarse mientras no se demuestre que al hacerla se incurrió en error de hecho o de derecho, y ello por la vía del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como ya, por otra parte, y para la fase previa de admisión del recurso, indica el número noveno del artículo mil setecientos veintinueve de la citada ley, al sancionar con la inadmisión al recurso que se refiera a la apreciación de las pruebas, salvo que se siga la vía del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos, y como esto no se hizo así es clara la necesidad de rechazar el motivo, ya que, además, no basta el simple alegato de la aplicación indebida de los artículos trescientos cuarenta y ocho y trescientos cuarenta y nueve del Código Civil, sino que de acuerdo con lo dicho, habría de ponerse de manifiesto, según el sentido de ese modo de infracción, que el hecho básico del pleito no encajaba en el supuesto de hecho de las normas que se citan, atribuyendo esa desarmonía al error del juzgador y, naturalmente, demostrándolo por la vía adecuada.

Considerando que si bien el recurrente, en el motivo segundo, elige la vía del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal, lo hace de un modo tan impreciso y ambiguo que también es forzoso desestimarlos, dado que después de aludir sin precisión a unos documentos sumariales, termina por acusar a la sentencia de comisión «no sólo de error de hecho, sino de todo derecho», sin indicar de modo taxativo cuál sea la clase del error por el que se decide y en el que incide la sentencia recurrida, lo cual, evidentemente, constituye, como se ha dicho, causa de desestimación según reiterada doctrina de esta Sala, la cual indica que el número séptimo del artículo mil seiscientos noventa

y dos de la ley prevé dos clases de errores diferenciados: el error de derecho, que afecta a la valoración probatoria, para cuya viabilidad es preciso que el juzgador de instancia tenga que sujetarse a una norma preestablecida referente a la prueba y que ésta se haya violado, con inexcusable citación de la norma infringida, y el error de hecho, referido a una apreciación sobre la existencia del hecho, patentizado mediante documento o acta auténtica que demuestre la evidente equivocación del juzgador; errores que no deben ser involucrados o mezclados, sino expuestos separadamente —o de modo único si sólo se denuncia uno—, bien en el mismo motivo o en motivos separados, cosa que el recurrente no hace, contra la prohibición del artículo mil setecientos veinte de la Ley Procesal y que impide a esta Sala realizar la revisión y crítica en que la casación consiste.

SERVIDUMBRE IMPUESTA SOBRE FUNDO INDIVISO: COMO LA CONCESION HECHA SOLAMENTE POR ALGUNOS DE LOS COPROPIETARIOS DETERMINA QUE QUEDE EN SUSPENSO HASTA QUE LA OTORGUEN LOS QUE FALTEN (ART. 597 DEL CODIGO CIVIL), ESTO ES APLICABLE AL CASO DE CONSTITUCION EN REPRESENTACION DE UNA COPROPIETARIA MENOR DE EDAD SIN FACULTADES PARA REPRESENTARLA, POR LO QUE LA RATIFICACION POSTERIOR DE ELLA CUANDO LLEGO A LA MAYORIA DE EDAD DETERMINA LA EFICACIA DE LA SERVIDUMBRE.—NEGOCIO PENDIENTE DE RATIFICACION: NO ES PROPIAMENTE INEXISTENTE, SINO UN ACTO SOMETIDO A UNA CONDICTIO IURIS. LOS EFECTOS DE LA RATIFICACION SON RETROACTIVOS ENTRE LAS PARTES, NO AFECTANDO A TERCEROS.—CUANDO LOS SIGNOS DE SERVIDUMBRE SON OSTENSIBLES E INDUBITADOS, TIENEN UNA PUBLICIDAD EQUIVALENTE A LA INSCRIPCION (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1980).

Hechos.—La comunidad de propietarios de un edificio promovió demanda contra don Alberto y don Manuel T. M., alegando que éstos han edificado sin respetar las distancias de luces y vistas, suplicando se dicte sentencia declarando la inexistencia de servidumbres de luces y vistas entre las fincas colindantes de actores y demandados y, en consecuencia, se condene a los demandados a que tapien totalmente cuantos huecos o ventanas existen en el edificio de su propiedad en la pared lindante de ambos predios o, en último término, a que los reduzcan a la forma característica y dimensiones que prefijan los artículos 581 y 582 del Código Civil.

Los demandados se oponen alegando que por documento privado se había constituido servidumbre a su favor por los anteriores propietarios de la finca colindante de los actores, habiendo ratificado uno de ellos, cuando llegó a la mayor edad, la citada servidumbre constituida por su padre y confirmada por unos defensores judiciales de la misma. Formuló reconvencción solicitando se declare existente y legalmente constituida la servidumbre de luces y vistas que grava la finca propiedad de la actora, como predio sirviente, en favor de la finca propiedad de los demandados,

que es predio dominante respecto de aquélla, condenando a la demandada a estar y pasar por todas las declaraciones de la reconvencción y otorgar cuantos documentos fueren necesarios para la inscripción registral de la servidumbre de luces y vistas existentes.

El Juez de Primera Instancia número 10 de los de Madrid dictó sentencia desestimando totalmente la demanda y estimando la reconvencción.

Interpuesto recurso de apelación por la comunidad actora, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid confirmó la sentencia del Juzgado.

La parte actora interpone recurso de casación, interesando los motivos 2.º, 4.º y 5.º, únicos que superaron la fase de admisión y que, respectivamente, se fundan en: error de derecho en la apreciación de la prueba y violación del artículo 1.281, en relación con los 1.225 y 1.218, del Código Civil, dado que los documentos privados hacen prueba contra los contratantes de las declaraciones en ellos contenidos; infracción de los artículos 6, párrafo 1.º, y 1.261, 1.310 y 1.311, todos ellos del Código Civil, aduciendo como títulos constitutivos de la servidumbre los documentos que no pueden ser confirmados ni ratificados por el documento que contiene la supuesta declaración unilateral de voluntad de una de las copropietarias cuando llegó a su mayoría de edad; violación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pues los documentos privados constitutivos de la servidumbre son en este caso actos nulos inhábiles para constituir tal gravamen y no afectan a los adquirentes con buena fe.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

Considerando que en cuanto al segundo de los motivos, formulado al amparo del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por pretendido error de derecho en la apreciación de la prueba, a causa de alegada violación del artículo mil doscientos ochenta y uno, en relación con los mil doscientos veinticinco y mil doscientos dieciocho del Código Civil, al entender el recurrente que reconociendo la sentencia recurrida, en su considerando cuarto, que el título inicial examinado —se refiere al documento privado de veintiocho de junio de mil novecientos sesenta y seis— es ratificado en documentos privados, fechados el ocho de marzo de mil novecientos sesenta y siete (folio setenta y cinco) y el catorce de enero de mil novecientos setenta y cuatro (folio setenta y seis), en el primero de los cuales los ya mencionados don Apolonio y sus hijos, Luis, Rafael, Carlos y María del Carmen, ésta representada por los nominados defensores judiciales don Carlos S. H. y don Rafael A. R., ratifican la servidumbre de luces y vistas que grava la casa número seis de la calle de Pérez-Herrera, a que se contrae la litis entablada, esa declaración fáctica atribuye a don Carlos S. H. y a don Rafael A. R. la condición de nominados defensores judiciales de la menor sin tener en cuenta que se trata de una mera autonomía, sin fundamento en actuaciones judiciales y sin base en la prueba documental obrante en autos, la inconsistencia de tal motivo, y su consiguiente desestimación, surge solamente de tener en cuenta que con dicha afirmación efectuada por la Sala sentenciadora de instancia en manera alguna se viola el artículo mil doscientos ochenta y uno, en relación con los mil doscientos veinticinco y mil doscientos dieciocho, del Código Civil,

puesto que, bajo un aspecto, con ello no se alteran, en modo alguno, los términos del contrato en cuestión, ni se altera la intención contractual, sino simplemente se pone de manifiesto lo realmente ocurrido en el orden contractual, con reconocimiento de lo constatado en documentos privados, que mediante su reconocimiento legal, aceptado en el presente caso, tienen el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes, con el efecto, también aceptado en la resolución impugnada, de su prueba contra tercero del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste, así como contra los contratantes y sus causahabientes en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros; y bajo otro aspecto, porque lo en realidad planteado en el motivo examinado no es un simple problema de error de derecho, con base en los relacionados artículos, merecedor de amparo por el número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil planteado, sino de índole sustantiva de pretendida infracción del artículo ciento sesenta y cinco del Código Civil, expresamente citado en el desarrollo de tal motivo, cuyo cauce adecuado no es el determinado por dicho número séptimo, sino por el primero del mencionado artículo mil seiscientos noventa y dos, no planteado al respecto

Considerando que a igual solución desestimatoria es de llegar en lo que afecta al motivo cuarto, alegado, al amparo del número primero del invocado artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por pretendida infracción, por violación, de los artículos seis-uno, mil doscientos sesenta y uno, mil trescientos diez y mil trescientos once del Código Civil, porque, en apreciación de la parte recurrente, al no haber comparecido en el presente caso en los contratos privados de veintiocho de julio de mil novecientos sesenta y seis y ocho de marzo de mil novecientos sesenta y siete la menor María del Carmen, actuando por ella su padre don Apolonio en el primero de dichos documentos y dos supuestos defensores judiciales en el segundo, se trata de actos jurídicos documentados nulos, de conformidad con los preceptos legales invocados como sustento del motivo examinado, sin posibilidad de ratificación ni confirmación, por lo que entiende no tiene valor la sanación pretendida por los recurridos mediante el consentimiento prestado por dicha María del Carmen ya alcanzada la mayoría de edad, en documento por ella suscrito el catorce de enero de mil novecientos setenta y cuatro, porque si bien es cierto, como expone dicha parte recurrente, que el contrato celebrado a nombre de otro, por quien no tenga su representación, tiene vicio de nulidad, por faltar el consentimiento de la persona para quien se contrata, según tiene declarado esta Sala en Sentencias, entre otras, de catorce de diciembre de mil novecientos cuarenta, siete de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro y veintinueve de enero de mil novecientos cuarenta y cinco, sin embargo, cuando, cual en el presente caso ha ocurrido, esa persona lo ratifica, como esta ratificación hace aparecer con posterioridad el elemento esencial que faltaba, y al consentir se subsana esa falta de representación, se considera entonces el contrato o, en general, el negocio jurídico, como válido y eficaz, por admitirlo los artículos mil doscientos cincuenta y nueve, mil trescientos trece y el párrafo segundo del artículo mil setecientos veintisiete del Código Civil, con la consecuencia de que el negocio concluido en nombre de una determinada persona sin poder de representación de ésta, o con extralimitación de

poder, pueda ser ratificado por la persona a cuyo nombre se otorgó, dado que esa posibilidad de ratificación imprime un carácter especial al negocio en que la representación interviene, haciendo de él no un acto propiamente inexistente, sino un negocio jurídico en estado de suspensión subordinado a una *condictio juris*, de tal modo que, en definitiva, si la ratificación se produce, se considera el negocio como válido y eficaz desde el principio y en contra del representado, al purificarse según el conocido brocardo *ratihabitio mandato comparatur* (Sentencias, además de otras, de catorce de diciembre de mil novecientos cuarenta, siete de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro, cinco de abril de mil novecientos cincuenta, dieciséis de abril de mil novecientos cincuenta y dos, veintisiete de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho y trece de diciembre de mil novecientos sesenta y cinco), aunque con la salvedad de que los efectos retroactivos del negocio lo hayan de ser sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos en el interin por terceros (Sentencia de esta Sala de veinticinco de junio de mil novecientos cuarenta y seis), o sea, afectando sólo a las partes en el contrato, pero no a los terceros a quienes la ley reconozca un derecho dependiente de la consumación de éste (Sentencia de esta Sala de dos de julio de mil novecientos cincuenta), evento de tal perjuicio de tercero no apreciado en el presente caso, desde el momento en que las luces y vistas cuestionadas ya existían cuando los demandantes adquirieron la finca que ahora pretenden libre de tales gravámenes, y no habían obtenido declaración alguna a su favor de su inexistencia, porque, de una parte, la no constancia en el Registro de la Propiedad de esos gravámenes a favor del predio dominante lo único que supondría es su no constatación registral, pero no impedimento a la posibilidad de su realidad, y, de otra parte, su no indicación en las escrituras públicas otorgadas a favor de los integrantes de la comunidad demandante en la finca ahora considerada predio sirviente en una simple manifestación destruible por prueba en contrario, y mayormente en cuanto afecta a alguno de los miembros de tal comunidad que concertaron dichos gravámenes con los demandados, y a los que traen causa adquisitiva de aquéllos.

Considerando que, aparte de lo expuesto, es de tener en cuenta que la desestimación del examinado motivo cuarto siempre vendría determinado por el contenido de lo normado en el artículo quinientos noventa y siete del Código Civil, según el cual si ciertamente para imponer una servidumbre sobre un fundo indiviso se necesita el consentimiento de todos los propietarios, no obstante, la concesión hecha solamente por algunos —que sería en el presente caso el supuesto de que faltase la de la referida María del Carmen— determinaría no que cesaren en absoluto los efectos de dicha concesión, sino solamente que quedaba en suspenso hasta que la otorgasen los que faltasen —o sea, en este caso, la mencionada María del Carmen—, y siempre sobre la base de que la concesión dada por algunos de los copropietarios separadamente de los otros obligaba a los concedentes y a sus sucesores, aunque lo sean a título particular, a no impedir el ejercicio del derecho concedido, que es precisamente la situación ahora producida, en cuanto que de los partícipes de la comunidad demandante, unos —los hermanos don Carlos, doña María del Carmen y don Rafael— han prestado separadamente el consentimiento a la existencia de tales luces y vistas—, según viene establecido en el precedente considerando,

y otros —los hermanos don José María, don Alfonso y don Fernando—, su titularidad proviene sobre la finca que se designa gravada por consecuencia de la venta que les fue efectuada por don Apolinar S. H. y su hijo don Luis S. A., en veintinueve de diciembre de mil novecientos setenta y dos, y, por tanto, con vinculación a aquéllos al no poder impedir el ejercicio del derecho concedido, conforme dispone el párrafo último de dicho artículo quinientos noventa y siete, por su carácter de sucesores a título particular de los transmitentes a su favor que habían concedido la mencionada servidumbre de luces y vistas en cuestión a los demandados don Alberto y don Manuel Thous Mochales.

Considerando que tampoco es de acoger el motivo quinto, que, como el anterior, ampara el recurrente en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por pretendida violación del artículo treinta y cuatro de la vigente Ley Hipotecaria, al entender que habiendo adquirido, por vínculo jurídico de compraventa, los hermanos don José, don Alfonso y don Fernando L. V., la nave que ocupa la totalidad de la planta baja de la casa número seis de la calle Pérez Herrera, integrada en la comunidad de propietarios actora, en la que le corresponde un coeficiente del sesenta por ciento, con consiguiente inscripción registral, que, a su vez, existía también precedentemente en los adquirentes, no les afectaba el contenido de los relacionados documentos privados de mil novecientos sesenta y seis y mil novecientos sesenta y siete, como tampoco el de ratificación de mil novecientos setenta y cuatro, al existir a favor de aquellos adquirentes la protección registral que les depara el artículo treinta y cuatro de la Ley Hipotecaria, en cuanto entiende la parte recurrente les protegía el principio de buena fe que da vida a aquél, porque, como ya expresa la sentencia recurrida, tanto en sus razonamientos como en los que acepta de la sentencia de primera instancia, y según tiene declarado esta Sala en Sentencias de veintinueve de diciembre de mil novecientos setenta y treinta de diciembre de mil novecientos setenta y cinco, siempre que los signos de servidumbre sean ostensibles e indubitados, como sucede en el supuesto ahora contemplado, en que se trata nada menos que de veintiocho huecos abiertos en la pared de la casa de Fernández Oviedo, número once, pretendido predio dominante, lindante con la casa número seis de la calle Pérez Herrera, pretendido predio sirviente, esa apariencia exterior, existente con anterioridad a la indicada adquisición, e inscripción registral efectuada a favor de los meritados hermanos don José, don Alfonso y don Fernando L. V., le atribuye una publicidad equivalente a la inscripción, y desprovee, en consecuencia, de apoyo a la protección registral, con el carácter de tercero hipotecario, alegada por aquéllos, puesto que aun cuando el párrafo primero del artículo trece y el artículo treinta y ocho de la Ley Hipotecaria exijan la inscripción en la oficina inmobiliaria correspondiente de los derechos limitativos del dominio para que puedan gozar de los beneficios de la fe pública registral, no están facultados para invocar la cualidad de terceros a estos fines quienes adquieren bienes gravados con servidumbre de cuya existencia, con signos ostensibles, como los de luces y vistas, no se pueda dudar, aun cuando no hubieran tenido acceso al Registro.

NOTA.—En esta sentencia destaca su doctrina sobre la ratificación del negocio y también sobre la publicidad de los signos de servidumbre ostensibles e indubitados respecto a terceros.

En cuanto a la *ratificación* del negocio jurídico, esta sentencia entiende que, aunque los que actuaron como representantes de una menor de edad no tuviesen facultades, el negocio puede ser ratificado por la interesada cuando llegue a la mayor edad, pues con la ratificación se hace aparecer el elemento esencial que faltaba, es decir, el consentimiento de un contratante. Desde esta perspectiva es muy interesante la calificación del negocio pendiente de ratificación no como acto propiamente inexistente, sino como negocio en estado de suspensión subordinado a una *condictio iuris*. Todo esto es muy acertado, como también lo es la referencia a las Sentencias de 25 de junio de 1946 y de 2 de julio de 1950, en el sentido de que la eficacia retroactiva de la ratificación sólo afecta a las partes contratantes y no a los terceros.

Lo que ya no se comprende bien es cómo después de aceptar esta doctrina sobre la limitada eficacia retroactiva de la ratificación, se diga que en este caso no se aprecia perjuicio de tercero. A nuestro modo de ver, existen unos terceros que adquirieron en el ínterin y que son terceros en el sentido civil del concepto, pues ahora no entramos en el concepto de terceros hipotecarios, que es distinta cuestión, de la que luego nos ocuparemos a propósito de la publicidad de los signos aparentes, pero que no afecta al problema de la ratificación. ¿Cómo se puede decir que no hay perjuicio de tercero por la ratificación «porque las luces y vistas cuestionadas ya existían cuando los demandantes adquirieron la finca que ahora pretenden libre de tales gravámenes»? Se podrá decir que los «signos de servidumbre existían», pero a efectos de ratificación, y siguiendo el hilo de la doctrina del Tribunal Supremo, hay que decir que antes de la adquisición del tercero lo único que existía era un «negocio de constitución de servidumbre» pendiente de la *condictio iuris* en que consiste la ratificación. Esto quiere decir que la ratificación ulterior no podía tener efecto retroactivo en perjuicio de estos terceros que adquirieron cuando la ratificación todavía no se había producido. De todo esto nosotros deducimos que se sigue «formalmente» en esta sentencia la doctrina de las citadas Sentencias de 25 de junio de 1946 y de 2 de julio de 1950, pero que «a la hora de la verdad», es decir, al aplicar esa doctrina al caso concreto, no se ha tenido en cuenta que existen esos terceros a los que no podía perjudicar la eficacia retroactiva de la ratificación. Al aludir la sentencia a los «signos aparentes» mezcla el problema de la eficacia de la ratificación, con el problema de la publicidad de los signos de servidumbre, que nada tiene que ver con aquél, pues la publicidad hay que plantearla respecto a una servidumbre ya constituida por título o por prescripción, y no a una servidumbre pendiente de ratificación y, por tanto, de constitución.

Entrando ya en la cuestión de la publicidad de los «signos de servidumbre», la presente sentencia no hace más que confirmar una reiteradísima doctrina del Tribunal Supremo, que arranca de una época muy anterior a la vigente Ley Hipotecaria. Así, NÚÑEZ LAGOS cita las Sentencias de 11 de enero de 1895 (sobre un acueducto), 7 de febrero de 1896 (signo aparente y ostensible puesto por el que fue dueño común de dos fincas contiguas), 5 de abril de 1898 (luces y vistas ostensibles), 31 de marzo de 1902 (luces y vistas ostensibles), 12 de octubre de 1904 (vertiente de agua de tejado), 14 de octubre de 1905 (sobre un cauce), 17 de noviembre de 1911 (existencia inequívoca de un signo ostensible y perma-

nente puesto por el antiguo dueño común de dos fincas), 13 de enero de 1913 (emplazamiento de una presa o azud). Más recientemente, cabe destacar, entre otras muchas, la de 21 de diciembre de 1970 (luces y vistas), 30 de diciembre de 1975 (luces y vistas), 29 de mayo de 1979 (también luces y vistas).

La presente sentencia no hace más que recoger este tópico reiteradísimo de que la publicidad resultante de estos signos de servidumbre ostensibles e indubitados es equivalente a la publicidad de la inscripción registral. Es muy difícil luchar contra este tópico, aunque lo consideramos totalmente nocivo para un buen sistema hipotecario que quiera denominarse «moderno», pues está muy arraigado en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Nos vamos a limitar aquí a hacer una serie de puntualizaciones:

1.^a En cuanto al *ámbito* de este «tópico», es decir, de esta doctrina sobre la publicidad de los signos aparentes, hay que señalar que no se refiere a cualquier supuesto de servidumbre aparente, pues la jurisprudencia insiste en que ha de tratarse de «*signo ostensible, indubitado, inequívoco*». En la presente sentencia se habla de «nada menos que de veintiocho huecos». Claro que desde mi perspectiva, lo importante no es el aspecto cuantitativo del signo, ni siquiera su aspecto cualitativo, sino el carácter de publicidad imperfecta que tienen unos meros signos externos desde el punto de vista jurídico, sobre todo teniendo en cuenta que, a otros efectos, como, por ejemplo, para el cómputo de la prescripción, el Tribunal Supremo no les concede valor (así en luces y vistas), exigiendo la existencia de un acto obstativo. Por otra parte, para que se aplique el «tópico», hay que insistir en algo que ya hemos dicho más arriba, y es que la servidumbre ha de estar constituida por título o por prescripción o por el medio del artículo 541 del Código Civil, cosa que no puede predicarse de un negocio pendiente de ratificación.

2.^a En cuanto al *fundamento* del tópico, nos interesa destacarlo, pues pone más al descubierto lo erróneo de su admisión. La doctrina acepta la interesante explicación dada por NÚÑEZ LAGOS, que se concreta en los siguientes párrafos: «El principio de publicidad impide alegar ignorancia de lo inscrito, que por esto perjudica siempre a tercero. Fuera del Registro también actúa el principio de publicidad, porque la «evidencia hace inexcusable la ignorancia». Cuando una servidumbre es ostensible y pública por signos externos, objetivos, materiales y evidentes, no puede ser desconocida por el tercero y, por tanto, le perjudica como si estuviera inscrita. No es problema de conocimiento efectivo. Aunque demostrara el tercero su absoluta ignorancia, le perjudicaría la carga extrarregistral». Y más adelante: «Examinando toda esta jurisprudencia del Tribunal Supremo se pueden apreciar dos cosas: primero, se centra el problema en los conceptos de publicidad y carga oculta, y no en el principio de buena fe; segundo, no se trata de que el tercero *de facto* conozca e ignore la existencia de la servidumbre (principio de buena fe), sino de que por lo ostensible y público de la servidumbre o derecho, no pueda alegar ignorancia excusable (principio de publicidad)». El Tribunal Supremo sigue el principio *de internis non iudicat*.

Este fundamento se ve muy claro también en la presente sentencia, pues se da la circunstancia de que los recurrentes alegan violación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y concretamente del requisito de la

buena fe. La sentencia, en lugar de ocuparse de la prueba acerca de la buena o mala fe, que, por cierto, la hubiera puesto en aprieto, al existir la presunción de buena fe, no dice nada de que los terceros conocieran la servidumbre en el caso concreto a través de los signos, sino que aplica ese principio de ostensible publicidad de los signos, sin preocuparse del requisito de la buena fe y del conocimiento efectivo.

De todo esto cabría deducir dos cosas: 1.ª Que para quienes interpretan la «publicidad del Registro de la Propiedad» en relación con el requisito de la buena fe (tesis monista del tercero; todo es en el sistema hipotecario, art. 34), les debería extrañar que para la «publicidad rudimentaria de los signos externos» fuera indiferente la llamada buena fe (léase «conocimiento»), y, en cambio, para la «publicidad registral» fuera un requisito esencial del sistema. 2.ª Que para quienes interpretan que el artículo 32 y el 13 de la Ley Hipotecaria se basan simplemente en los principios de prioridad e inoponibilidad, sin referencia específica a la llamada «buena fe» (el tópico de la denominación), ha de servir de argumento esta jurisprudencia acerca de la eficacia automática de la «publicidad».

3.ª En cuanto a la *crítica* del tópico, entresacamos ahora unas frases que dijimos en esta misma Revista hace más de diez años, con ocasión de un comentario de la citada Sentencia de 21 de diciembre de 1970: «Extraña esta tesis equiparando la publicidad registral y la incipiente publicidad de signos materiales externos, como si estuviéramos en las primeras épocas de la historia de la publicidad inmobiliaria». «Creo que la reiterada doctrina jurisprudencial es una doctrina construida para 'andar por casa', en el sentido de que sirve para los frecuentes casos de transmisiones operadas entre vecinos o personas que por una u otra conexión con el lugar de situación de la finca han tenido claramente posibilidad de conocer todos los signos y circunstancias físicas que rodean al inmueble. Pero para ciertos casos de compras que antes se han indicado (subastas públicas, residentes en distinto lugar, etc.), en que se trata de 'andar fuera de casa', la doctrina jurisprudencial conviene que sea matizada, en lugar de ser elevada a principio inflexible, y conviene también que no sea generalizada.» «Y es que las ventanas se abren para que se pueda ver el exterior desde ellas y no para que los que viven en lugares distantes tengan que ver necesariamente dichas ventanas.» Y ahora añadimos: «y mucho menos para que puedan interpretar que esas ventanas constituyen jurídicamente servidumbre y no unos signos de mera tolerancia o de carácter personal, etc.».

Además, la doctrina jurisprudencial no es conforme con la Ley Hipotecaria ni con el propio Código Civil. El artículo 606 del Código dice: «Los títulos de dominio o de otros derechos reales que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero». El artículo 608 del mismo (tan recordado por HERMIDA LINARES) establece: «Para determinar los títulos sujetos a inscripción o anotación, la forma, efectos y extinción de las mismas, la manera de llevar el Registro y el valor de los asientos de sus libros, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria». Pues bien, de ningún precepto de la Ley Hipotecaria se desprende que cuando la servidumbre sea aparente queda exceptuada de inscripción. Así, en el artículo 2, se consideran títulos sujetos a inscripción los de constitución, reconocimiento, transmisión, modificación o extensión de «servidumbres». En el artículo 13, párrafo primero, se

dice: «Los derechos reales limitativos, los de garantía y, en general, cualquiera carga o limitación del dominio o de los derechos reales, para que surtan efectos contra terceros deberán constar en la inscripción de la finca o derecho sobre que recaigan». El artículo 32 reitera lo dispuesto en el artículo 606 del Código Civil. Y, sobre todo, está el artículo 225 de la Ley Hipotecaria, tan olvidado por los autores que siguen la tesis monista de ROCA SASTRE sobre el tercero, y que dice lo siguiente: «La libertad o gravamen de los bienes inmuebles o derechos reales sólo podrán acreditarse en perjuicio de tercero por certificación del Registro». Este precepto no sólo favorece la tesis dualista del tercero, de la que ahora no nos ocupamos, sino que favorece la tesis de la publicidad registral frente a la idea de «publicidad por signos externos» que patrocina esta jurisprudencia.

Por tanto, nosotros entendemos que esta reiterada doctrina jurisprudencial no se adapta a la ley y debería ser rectificada para adaptarse a los preceptos mencionados. Pero reconocemos que el tópico existente, fomentado por los propios autores hipotecaristas (—!), es muy difícil de superar.

BUENA FE DEL TERCERO.—SERVIDUMBRE DE PASO NO INSCRITA, RESULTANTE DE DOCUMENTO PRIVADO Y DE LOS ARTICULOS DEL REGLAMENTO DE UNA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS Y DE LOS ACTOS PROPIOS DE ESTA.—NO SE TRATA DE UNA MERA TOLERANCIA NI DERECHO PERSONAL—OBSERVACIONES EN RELACION CON LOS ARTICULOS 606 DEL CODIGO CIVIL Y 32 DE LA LEY HIPOTECARIA (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1980)

Hechos.—El presidente de la comunidad de propietarios de una Colonia formuló demanda sobre acción negatoria de servidumbre contra don Manuel B. D. y la entidad «J., S. A.», alegando que en las escrituras de venta de los diferentes pisos que forman la Colonia se manifiesta que se hallan libres de toda carga, a pesar de lo cual en la finca colindante, propiedad de la entidad demandada, con motivo de la construcción de un edificio que se estaba llevando a cabo, el contratista de las obras procedió a derribar parte de la tapia que cierra la finca abriendo en ella dos huecos para el paso de camiones y maquinaria de obras y entrada de personal; y que se requirió al contratista para que suspendiera el paso de camiones, maquinaria y personal, y contestó que había servidumbre de paso por las calles por donde pasan los camiones y personal. Por ello, la parte actora suplica se dicte sentencia condenando a que se reconozca que la finca donde radica la Colonia no está afectada a ninguna servidumbre; que el contenido de los artículos 15 y 16 del Reglamento de la comunidad de propiedad constituye sólo el otorgamiento de una mera tolerancia, y a satisfacer a la actora los daños y perjuicios ocasionados en los elementos de la misma.

La parte demandada se opone alegando que existía servidumbre de paso y desagüe de conducción de aguas fecales, pactada con el primitivo propietario, y a fin de que las servidumbres quedasen legalmente establecidas para los adquirentes de las viviendas, se detallaron en el Regla-

mento de la comunidad, y todos los compradores han tenido conocimiento en el momento de la compra y en el del otorgamiento de su escritura pública, de la existencia de ambas servidumbres de paso y desagüe.

El Juez de Primera Instancia de Santander número uno dictó sentencia estimando sólo parcialmente la demanda, condenando a los demandados a abonar a la actora los daños y perjuicios ocasionados.

Interpuesto recurso de apelación por la actora, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos confirmó la sentencia del Juzgado.

La comunidad demandante interpone recurso de casación por los siguientes motivos: 1.º Violación del artículo 606 del Código Civil, toda vez que la sentencia recurrida proclama que un documento privado puede perjudicar a terceros registrales de buena fe. 2.º Violación del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, inaplicable por la sentencia recurrida, al proclamar que un documento privado no inscrito en el Registro puede perjudicar a un tercero. 3.º Violación de la doctrina jurisprudencial reiterada interpretativa de los artículos 537 y 539 del Código Civil, pues no pudiendo ser título constitutivo de la servidumbre el documento privado, el único título podría ser el contenido de los artículos 15 y 16 del Reglamento de régimen interior de la comunidad; pero dada la presunción legal de la libertad de los predios, la jurisprudencia establece el principio de interpretación restrictiva en esta materia, no pudiendo conceptuarse el derecho de paso como de carácter real, sino estrictamente personal. 4.º Violación del artículo 543 del Código Civil, inaplicable por la sentencia, al admitir que el propietario del predio dominante pueda hacer más gravosa la servidumbre, dado que no es real, sino personal. 5.º Violación del artículo 1.281 del Código Civil. 6.º Violación del artículo 1.230 del mismo Código, pues la sentencia recurrida establece que una escritura pública de compraventa pueda ser desvirtuada por lo pactado en un documento privado.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José María Gómez de la Bárcena, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

Considerando que la cuestión planteada en el proceso a que puso término la sentencia recurrida, se reduce a determinar si sobre las fincas integradas en la comunidad actora pesa o no una servidumbre de paso, cuya existencia la accionante niega, al entender que ni en los títulos dominicales de las partes ni en las inscripciones registrales aparece gravamen o carga de tipo real alguno, ni tampoco la supuesta servidumbre puede derivarse del contenido de los artículos quince y dieciséis del Reglamento de la comunidad demandante, por lo que en su demanda, ejercitando la correspondiente acción negatoria de servidumbre, pretende obtener una sentencia, por la que se establezca que la finca o fincas donde radica la denominada Colonia del Mar no está afecta por ninguna servidumbre de paso, que los precitados artículos sólo constituyen el otorgamiento de una mera tolerancia de paso por el terreno de tal Colonia, en favor exclusivo de doña Carmen y doña Rosario D. L. y de don Alvaro C. C., en caso de construir éste en fincas inmediatas, y se condene a los interpellados a indemnizar a la actora los daños y perjuicios ocasionados en los elementos de la Colonia y los que pudieran ocasionar en lo sucesivo, a fijar en trámite de ejecución de sentencia, y al pago de las costas procesales; pretensiones declarativas y de condena a las que los condenados se opusieron, aduciendo la existencia de la servidumbre de

paso de contrario negada, la que, a su juicio, deriva de un documento privado suscrito, en fecha diecisiete de marzo de mil novecientos sesenta y siete, entre el entonces propietario de las fincas, del que la demandante trae causa, don Alvaro C. C. y los dueños de las adquiridas por la segunda de las demandadas, Japsa, S. A., servidumbre posteriormente transcrita, en unión de la de desagüe —cuya existencia la actora no niega—, en los precitados artículos reglamentarios, documentación que, a su entender, constituye un título adquisitivo claro que debe justificar la íntegra desestimación de la demanda.

Considerando que ante las contrarias posiciones adoptadas por las partes, la sentencia de la Sala que se impugna, viene a estimar la tesis de los demandados, absolviendo de los pedimentos declarativos y condenando por los conceptos indemnizatorios postulados, resolución con la que los codemandados se aquietan, y es en los considerandos segundo y tercero donde examina, tanto el documento privado aludido, como los artículos de los Estatutos que se dejan citados, en conexión con los actos propios de la comunidad actora, para llegar a la conclusión, por vía interpretativa y por la de valoración de los actos propios de la accionante, de la existencia de la servidumbre de paso, por estos últimos negada, porque tanto en el documento privado como en los Estatutos se contemplan dos servidumbres, una de desagüe, que la actora, como dueña del predio dominante, no sólo no discute, sino que expresamente admite y ejerce, y otra de paso, que es la que niega, como titular del predio sirviente, con lo que viene a vulnerar la interpretación, tanto lógica como sistemática, del contrato de diecisiete de marzo de mil novecientos sesenta y siete, trasladado a los Estatutos comunitarios, concluyendo que si se admite la existencia de la servidumbre de desagüe, no puede negarse la de paso, aduciendo que no se trata de una mera tolerancia a favor exclusivo de los hermanos D. L., con carácter personal, sino de una servidumbre real, establecida entre predios y entre los anteriores titulares de los mismos, de los que aquí contendientes traen causa.

Considerando que en los motivos primero y segundo del recurso, amparados ambos en el ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción de ley y doctrina legal concordante, por violación, en el sentido de no aplicación, de los artículos seiscientos seis del Código Civil y treinta y dos de la Ley Hipotecaria, expresando al desarrollar tales motivos que en la sentencia recurrida se proclama que un documento privado no inscrito puede perjudicar a terceros registrales de buena fe, documento que, a su juicio, sólo podía vincular a sus suscriptores, pero en ningún caso a quienes adquirieron sus viviendas y elementos comunes libres de toda carga o gravamen, salvo las derivadas del Reglamento de Régimen Interior, documento privado que al no tener acceso al Registro de la Propiedad, no podía perjudicarles; motivos que han de perecer por una doble razón, de un lado, porque lo que el recurrente pretende es atacar por inadecuada vía la apreciación que en la instancia se hace de unos elementos probatorios, lo que sólo es dable por la del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal, y de otro, porque tal tesis sería admisible si la existencia de la servidumbre se hubiera fundamentado «única y exclusivamente» en el documento privado cuestionado, pero no cuando tal documento, al que se da valor de antecedente, se conjuga en

unión de normas estatutarias y de los actos propios de la comunidad accionante, aparte de que en todo caso, el principio de buena fe determina que cuando exista la circunstancia de hecho o jurídica —en este caso, la escritura de división reveladora de gravamen— es inoperante el que no exista inscripción registral.

Considerando que los precedentes razonamientos son válidos para el rechazo del motivo tercero, que amparado en el mismo ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Adjettiva, denuncia la infracción por violación, en su sentido positivo, de los artículos quinientos treinta y siete y quinientos treinta y nueve del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que cita, insistiendo de nuevo en que «el único título que puede amparar las pretensiones de la parte demandada, en orden a la existencia de la servidumbre que invocan, es el contenido de los artículos quince y dieciséis del Reglamento de Régimen Interior», Reglamento que la sentencia combatida examina y valora, si bien la recurrente estima que al interpretarlo lo ha hecho en forma exhaustiva, cuando la jurisprudencia que cita establece que tal interpretación ha de ser restrictiva, tesis o argumentación que no puede ser admitida, ya que en la sentencia impugnada se examina la literalidad del contenido de los tales artículos, haciendo una exégesis comparativa de las dos servidumbres que aquéllos contemplan, a lo que se adiciona una conducta de la demandante notoriamente distinta, cuando pretende ejercer unos derechos como titular de un predio dominante, manteniendo en tal supuesto la existencia de la servidumbre que se establece en las normas estatutarias, en lo que se refiere a la de desagüe, en tanto la niega, respecto de la de paso, cuando tiene la condición de predio sirviente, a más de que con su reiterada invocación de que se trata de una servidumbre simplemente personal establecida sólo en favor de los hermanos D. L., cuando en la sentencia se la califica de real, lo que pretende es hacer supuesto de la cuestión, entendiendo que su criterio debe prevalecer sobre el del juzgador, lo que según reiterada jurisprudencia no es dable admitir.

Considerando que con la invocación del ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Rituaria Civil, se denuncia en el motivo cuarto la infracción, en concepto de violación, por inaplicación, del artículo quinientos cuarenta y tres del Código Civil, por entender la recurrente, al desarrollarlo, que la sentencia recurrida admite que el propietario del predio dominante puede hacer más gravosa la servidumbre, desde el momento en que al ser mayor el número indeterminado de personas que utilizarían el paso, una vez construidos los nuevos edificios que habrían de integrar el predio dominante, notoriamente se agravaría la servidumbre, lo que terminantemente prohíbe la citada norma sustantiva; pero tal motivo ha de perecer asimismo dado que lo que trata de combatirse, por vía inadecuada, es algo que la sentencia recurrida proclama, que no es otra cosa que a tal derecho de utilización del paso no solamente son acreedores los constituyentes de la servidumbre, sino también aquellos que traen causa de ellos, lo que no significa, como el recurrente aduce, una agravación de la servidumbre, sino el ejercicio por parte de los titulares del predio dominante del derecho al paso por el predio sirviente, al igual que acaece en lo referente a la servidumbre de desagüe, por los actuales titulares de la Colonia del Mar y de los que en lo sucesivo adquieran la propiedad de los pisos o locales en la misma integrados.

Considerando que por el cauce del tan repetido número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil se articula el motivo quinto, en el que se dice que la Sala de instancia incide en la infracción, por el concepto de violación, del artículo mil doscientos ochenta y uno del Código Civil, al entender que los términos del contrato de diecisiete de marzo de mil novecientos sesenta y siete son claros, a su juicio, en el sentido de que de su simple lectura se deduce que los únicos a los que se confiere el derecho del paso es a los hermanos D. L.; pero el perecimiento del motivo ya se argumentó al rechazar el tercero, a más de que al contener el precepto que se dice vinculado dos párrafos distintos, no se especifica en el desarrollo del motivo cuál de ellos se estima violado, conforme tiene reiteradamente declarado esta Sala, al referirse a supuestos hermenéuticos distintos, y al querer el recurrente, con sus alegatos, hacer primar su subjetivo criterio sobre el más objetivo del Tribunal de instancia.

Considerando que el sexto y último motivo se articula por la vía del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos, denunciando el error de derecho en la apreciación de la prueba, con violación del artículo mil doscientos treinta del Código Civil, en sentido positivo, expresando en su desarrollo que la Sala de instancia «llega a la conclusión de que el título constitutivo de la servidumbre de paso que termina reconociendo a favor de los demandados, a través de la interpretación del contrato aportado a los autos suscrito entre la representación de don Alvaro C. C. y los hermanos D. L.», pero que tal apreciación incide en error de derecho, al prescindir de lo establecido en el artículo que dice violado, en cuanto establece que un documento público, como la escritura de compraventa otorgada a favor de los integrantes de la comunidad de propietarios, puede ser desvirtuado por un documento privado, cuya fecha y autenticidad no «hemos reconocido siquiera», cuando tal precepto lo veda en forma expresa; pero el motivo ha de ser igualmente rechazado, visto que la sentencia impugnada no atiende exclusivamente a la eficacia vinculatoria de tal documento, sino que llega a estimar la existencia de la servidumbre de paso, en consideración también a los actos propios de la comunidad accionante, extremo no combatido adecuadamente en ninguno de los motivos formulados, y al contenido de la normativa estatutaria.

COMENTARIO.—En esta sentencia se trata del problema de la buena fe del tercero del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, cuyo texto, coincidente con el del artículo 606 del Código Civil, dice lo siguiente: «Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero».

La doctrina de los autores se encuentra muy dividida respecto a si el tercero del artículo 32, es decir, el que se enfrenta con títulos no inscritos, debe o no tener el requisito de la buena fe.

La presente sentencia no se plantea este problema, sino que alude a la buena fe sobre la base propuesta por el recurrente, que partía de que era un tercero de buena fe. Por tanto, no es una sentencia que se encare directamente con la discusión planteada entre los autores, ya que se dicta bajo la orientación señalada por el propio recurrente. No puede olvidarse tampoco que la sentencia apunta la cuestión de la buena fe algo como «de

pasada», al emplear la expresión «aparte de que», si bien creemos que no estamos tampoco ante un *obiter dictum*.

En realidad, en la sentencia hay tres ideas a propósito del artículo 32 de la Ley Hipotecaria y del 606 del Código Civil: 1.ª Un mero documento privado relativo a una servidumbre no sería suficiente para perjudicar a tercero. Así se desprende de la frase de la sentencia en que se dice que «la tesis del recurrente (acerca de que un documento privado no puede perjudicar al tercero que inscribe) sería admisible si la existencia de la servidumbre se hubiera fundamentado 'única y exclusivamente' en el documento privado cuestionado». 2.ª Cuando existen *actos propios* del tercero respecto a la existencia de la servidumbre, no cabe alegar los artículos 32 de la Ley y 606 del Código. 3.ª Aparte de ello y en todo caso, el principio de la buena fe determina que cuando exista la circunstancia de hecho o jurídica —en este caso, la escritura de división reveladora de gravamen— es inoperante el que no exista la inscripción registral.

Antes de entrar directamente en el problema que plantea la doctrina acerca de la buena fe del tercero del artículo 32, conviene decir algo a propósito de las expresiones utilizadas por la sentencia. Por un lado, alude a «la circunstancia de hecho reveladora del gravamen». Esto sí que constituye un *obiter dictum* sin valor alguno, pues el supuesto de la sentencia nada tiene que ver con la revelación del gravamen a través de circunstancias de hecho. Para esos casos no vale la cita de la presente sentencia, sino que hay que estar a toda la jurisprudencia existente sobre la publicidad de los signos de servidumbre ostensibles, indubitados y aparentes, que afectan a tercero, aunque no consten inscritos en el Registro. Nos parece importante deslindar esta sentencia de dicha jurisprudencia, porque la interpretación que hay que dar a esa jurisprudencia no tiene que ver con el problema de la buena fe del tercero, sino que se funda en la fuerza de la cognoscibilidad que da esa publicidad por signos externos ostensibles, independientemente de si el tercero ha conocido o visto o no tales signos. Como dice NÚÑEZ LAGOS, se trata de un problema de publicidad y no de buena fe. Por tanto, la alusión de la presente sentencia a la buena fe respecto a *circunstancias de hecho reveladoras de gravamen* constituye un clarísimo *obiter dictum* que en nada afecta a la doctrina jurisprudencial existente sobre los signos ostensibles de servidumbre, acerca de lo cual nos ocupamos en otro comentario.

En cambio, mayor interés puede tener la alusión de la sentencia a la buena fe en relación con «circunstancias jurídicas reveladoras del gravamen —en este caso, la escritura de división en la que consta el mismo—». En este punto conviene hacer unas puntualizaciones: 1.ª Por un lado, ya hemos visto que la propia sentencia considera totalmente irrelevante, a efectos del artículo 32 de la ley, la existencia de un mero documento privado, lo cual consideramos muy importante recalcar. 2.ª En segundo lugar, la circunstancia jurídica del gravamen revelada por la escritura de división tampoco es por sí misma suficiente, pues la sentencia apunta también la existencia de «actos propios» del tercero. Esta referencia a los actos propios la estimamos esencial, de tal modo que entendemos no estará permitido en el futuro aludir a esta sentencia olvidando ese detalle fundamental, ni extrapolar la doctrina de la misma a supuestos en que no existan tales «actos propios». Con tales actos, el tercero asume o ratifica tácitamente el gravamen, y entonces sí que cabe decir aquello de-

que no estamos ante un verdadero «tercero», ya que si se ratifica o asume el derecho, pasa a tener la condición de «parte» respecto a ese gravamen no inscrito. Y si pasa a ser «parte», la exclusión del artículo 32 de la Ley Hipotecaria se debería más que a la falta de buena fe del tercero, a la falta de «concepto mismo de tercero».

A propósito de esto, cabe traer a colación la explicación que da NÚÑEZ LAGOS de la antigua jurisprudencia del artículo 13 de la Ley Hipotecaria (que, como se sabe, es un precepto concordante con el art. 32), para así comprobar que no estamos propiamente ante un problema de «conocimiento» del tercero, sino de «consentimiento o actos propios del mismo». Dice NÚÑEZ LAGOS: «Derechos reales ocultos (censos, hipotecas, alguna servidumbre). La Ley Hipotecaria precisamente fue un antiséptico contra ellos. No perjudican a tercero inscrito. ¿Y si el tercero conoció la existencia de esas cargas ocultas? Para el Tribunal Supremo no basta el mero conocimiento. En vez de conocimiento, se trata de asentimiento. Es indispensable que 'el conocimiento se revele evidentemente .. por actos que haya realizado el mismo supuesto tercero' (23 de marzo de 1906); 'por actos propios del adquirente o hechos cuya significación no pueda desconocerse, demostrativos de su asentimiento .., pues no consta que el tercero haya realizado acto alguno que implique su reconocimiento (del gravamen), como tampoco lo implica la noticia más o menos vaga o exacta que pudiera tener del hecho del gravamen al adquirir la finca' (Sentencia de 23 de septiembre de 1897); los derechos de pastos como no ostensibles sobre la finca, 'sin que resulten de las propias inscripciones, donde en su caso deberían constar, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley Hipotecaria, no perjudican a tercero' (Sentencia de 28 de junio de 1897); no basta probar que fueron comunicadas al tercero las cargas; es preciso que el tercero abandone su situación pasiva, actúe por actos propios inequívocos demostrativos de su asentimiento (Sentencias del Tribunal Supremo de 29 y 30 de septiembre de 1897, 13 de mayo de 1903, 24 de noviembre de 1915, etc.). Y en nota añade: «La nueva Ley de 1946, en su artículo 13, no exige el requisito de la buena fe. Hay que entender que para el artículo 13 nuevo está íntegramente vigente esta jurisprudencia anterior a 1946».

Pues bien, en nuestra opinión, aunque la presente sentencia alude a la buena fe en relación con el artículo 32, hemos visto que añade el requisito de los «actos propios», que significa un importante aditamento de la cuestión del «mero conocimiento».

Dicho todo esto a propósito de las declaraciones de la sentencia, conviene ahora detenerse en el problema general de si el artículo 32 de la Ley Hipotecaria y el 606 del Código Civil exigen o no la buena fe del tercero.

Como cuestión previa al planteamiento del problema, hay que denunciar la existencia del «tópico de la buena fe». Existe la tentación en este tipo de cuestiones de dejarse llevar por la «demagogia jurídica», a base de utilizar conceptos que calan a primera vista en cualquier persona, pero que sometidos a tratamiento científico serio pueden no dejar ver el bosque. Por un lado, estamos ante el «tópico de la denominación». La buena fe es un principio general del Derecho, pero es algo que se siente más que se define, y además, puestos a encontrar sus acepciones, aparte de la honradez en el modo de proceder, existen varias que hay que aplicar según los casos, apareciendo, por otro lado, una serie de instituciones ju-

rídicas que nada tienen que ver con la «buena fe-desconocimiento» por estar basadas en principios de seguridad jurídica (así, los trámites procesales, la caducidad, la prescripción extraordinaria, etc.), y en las que la inserción de esa «buena fe-desconocimiento» supondría una contradicción *in terminis* ¿Por qué empeñarse en exigir en el artículo 32 la «buena fe-desconocimiento», cuando ese precepto no alude a la buena fe, ni mucho menos a la acepción del «desconocimiento»? Deberíamos empezar por preguntarnos no si en el artículo 32 se exige la «buena fe», sino si se exige cierto «desconocimiento» por parte del tercero o no. Téngase en cuenta que existe otra acepción más importante de la buena fe, y es la «buena fe-falta de fraude», que es la que, en mi opinión, debe preponderar a efectos del artículo 32.

Además del «tópico de la denominación» (o sea, partir de que se llama «buena fe» el desconocimiento, olvidando otras acepciones), existe el «tópico de la buena fe» como algo relacionado con la Ética, que ningún jurista debe olvidar. He dicho antes que esto constituye «demagogia jurídica», y el intérprete debe evitarlo. Por eso, no nos valen las afirmaciones de aquellos autores, que sin ninguna argumentación, pretenden apoyarse en supuestos planteamientos éticos.

En mi opinión, a efectos del artículo 32, la exigencia de la buena fe tiene que significar excluir el fraude y cualquier complicidad en el mismo, sin calificar para nada el problema del conocimiento del adquirente. Es la buena fe del artículo 37, número 4.º, de la Ley Hipotecaria y no la buena fe del artículo 34. Los artículos 13, 32 y 37 de la Ley Hipotecaria responden al principio de inoponibilidad de lo no inscrito frente a lo inscrito; en cambio, los artículos 34 y 36 son excepcionales y no cabe extender su ámbito más allá de lo que los mismos establecen. El artículo 34 es una excepción del artículo 33 y se refiere a la patología del negocio jurídico: la nulidad. La inscripción no la convalida, salvo respecto al tercero, que *desconoce* la inexactitud y reúne los demás requisitos del artículo 34. En cuanto al artículo 36, también es un precepto excepcional, pues contempla la colisión entre el dueño por prescripción y el titular registral, y ante ese supuesto exige —acertadamente o no— que en el tercero se den los requisitos del artículo 34 y, además, una buena fe especial (diligencia en el conocimiento) y que no consienta la posesión del que ha prescrito.

Nada de esto tiene que ver con el supuesto de los artículos 13 y 32 de la Ley Hipotecaria y 606 del Código Civil, que se refieren simplemente a la colisión de titulares, teniendo preferencia el que primero inscribe. Aquí no debe desempeñar ningún papel el requisito del «conocimiento» o «desconocimiento». Lo que interesa únicamente, para salvar el principio general de Derecho de la buena fe, es sancionar la complicidad en el fraude, conforme a la analogía del artículo 37-4.º de la Ley. Obsérvese que el artículo 37 es una reproducción del artículo 32, salvo que en lugar de referirse a la colisión de «títulos», hace referencia a la colisión entre «acciones» y «titulares».

Por otro lado, la buena fe del tercero del artículo 32 ha de basarse en el contenido del Registro, no en el contenido de situaciones personales o cuasipersonales (*ius ad rem*) al margen del Registro. El artículo 225 de la Ley Hipotecaria es clarísimo y no ha sido tenido en cuenta por la doctrina: «La libertad o gravamen de los bienes inmuebles o derechos reales sólo podrán acreditarse en perjuicio de tercero por certificación del

Registro». Este *tercero* del artículo 225 es el tercero de los artículos 13 y 32, cuya «buena fe-desconocimiento» parte exclusivamente de lo que dice el Registro, porque así resulta del sistema hipotecario español. En cambio, aunque no lo exija el precepto, *por razones éticas y conforme a los principios generales del Derecho*, y la analogía del artículo 37-4.º, hay que exigir que no sea de mala fe en el sentido de «complicidad en el fraude». El simple conocimiento de situaciones personales o cuasipersonales no supone mala fe. Así se desprende del artículo 37-4.º, cuando señala que el «simple conocimiento de haberse aplazado el pago del precio no implicará, por sí solo, complicidad en el fraude». Luego, el «simple conocimiento» de ciertas situaciones de eficacia imprecisa al margen del Registro tampoco debería implicar, por sí solo, mala fe.

Considero esenciales las observaciones de LA RICA y de TIRSO CARRETERO acerca del problema de la buena fe.

LA RICA, jurista de los pies a la cabeza, ya advirtió que «el requisito de la buena fe, en los sistemas de inscripción, es patentemente un arma de doble filo, que ha de manejarse con exquisito tacto. Un paso de más reduce el valor de los asientos a una simple formalidad que no vale la pena, y un paso de menos puede convertir al Registro en el auténtico burladero, que celestinee al fraude». Y más adelante añade: «La buena fe que al titular inscrito debe exigirse es lisa y llanamente una buena fe de tráfico, una falta de intención dolosa, una carencia de ánimo fraudulento». Por todo ello, entiende que el tercero del artículo 32 no requiere la buena fe de los artículos 34 y 36.

TIRSO CARRETERO, quizá el hipotecarista que más ha profundizado en el problema que plantea el artículo 32 de la Ley Hipotecaria y 606 del Código Civil, entiende que este «tercero latino no requiere la buena fe en el sentido de desconocimiento de la anterior transmisión». «Cuando se trata de fundamentar los efectos protectores de la inscripción en el caso de la doble enajenación, en todos los sistemas cabe hacer referencia a la confianza en la apariencia, a la buena fe en las transacciones, etc.; pero en ningún sistema es la buena fe requisito de la protección; en los germánicos por el juego de la inscripción constitutiva, y en los latinos porque hay una constante opinión general de que el único dolo excluyente de la protección es el fraudulento. ¿Por qué una tercera postura en nuestro sistema?»

Y en otro lugar, al hacer la crítica de la doctrina «sentimentalista» sobre la buena fe, señala lo siguiente: «Creemos que si la doctrina dominante española tuviese razón, Alemania, Francia, Italia, etc., tendrían montado su Derecho inmobiliario sobre una colosal injusticia. Tanto la inscripción constitutiva del B.G.B. como los preceptos estableciendo la inoponibilidad de lo no inscrito o transcrito de las legislaciones latinas y suramericanas serían contrarios a la ética y al derecho natural. Por reducción al absurdo, la verdad jurídica (*inventio*) que buscamos tiene que ser necesariamente otra. No es posible que todas las normas jurídicas sobre formalidades de los negocios, tasa de pruebas o de excepciones, negocios abstractos, prescripción, caducidad, procedimientos sumarios, Registros, etc., se opongan a la moral. No es bueno que precipitadas e incompletas apreciaciones éticas o filosóficas impidan valorar o enjuiciar aquellas instituciones jurídicas que buscan la coordinación de la justicia y la seguridad». Y más adelante: «Ninguna cadena es más fuerte que su esla-

bón más débil, y silencian cautelosamente los enemigos de la inoponibilidad absoluta, sin consideración al estado psicológico del tercero, que al exigir el requisito extrarregistral de la buena fe, la contienda judicial tiene entre los fuertes eslabones de la escritura pública y la inscripción registral, y disimulado entre ellos, un eslabón inseguro, blando, casi de cartón: la prueba libre, incluso testifical, de la buena o mala fe del tercero».

Tiene toda la razón TIRSO CARRETERO cuando dice que en ningún sistema de Derecho comparado se exige al titular inscrito (tercero del art. 32) la buena fe en el sentido de «desconocimiento». Así, en Alemania, el supuesto *paralelo* —aunque no equivalente, claro está— a nuestro artículo 32 es el concepto de inscripción constitutiva. Pues bien, el titular que inscribe no queda perjudicado por lo no inscrito. No hay en Alemania rastro del requisito de la buena fe, porque como la inscripción es constitutiva, aunque se demostrara que el titular que inscribió *conocía* una situación no inscrita, ello no le afectaría, dado que no es un «derecho real existente» el derivado de esa situación no inscrita. Sólo en el supuesto equivalente al de nuestro artículo 34 (el problema de las nulidades) entra en juego el requisito de la buena fe como desconocimiento de la inexactitud. En España no hay, por regla general, inscripción constitutiva, pero hay un tercero —el del artículo 32 y sus concordantes— al que no le afecta lo no inscrito, de modo diferente, pero similar en planteamiento y con cierto paralelismo a la dualidad de situaciones que admite el Derecho alemán. Y en los sistemas latinos, que siguen el principio de inoponibilidad, tampoco se requiere la buena fe del tercero, pues en tales sistemas no existe el equivalente a nuestro artículo 34 —lo cual constituye una imperfección de esos sistemas—, sino únicamente el supuesto de nuestro artículo 32, apoyándose de modo exclusivo en la prioridad registral, sin entrar en el difícil problema de los efectos del «conocimiento» o «desconocimiento» de ciertas situaciones no registradas. Lo único que la doctrina de los autores de esos países ha interpretado es que no exista «fraude» por parte del tercero. Pero ya hemos dicho que una cosa es la «buena fe-falta de fraude», cuya exigencia es ineludible por razones éticas (aquí sí que puede actuar la Ética dada la gravedad del fraude), y otra muy distinta la «buena fe-desconocimiento». Como se ha dicho gráficamente, el Registro no puede ser una colección de actas de espíritus seráficos.

Por tanto, lo que ocurre en España a propósito de la doctrina dominante es insólito en comparación con los demás sistemas de Derecho comparado. ¿Es que España es diferente? Nosotros creemos que no, pero la doctrina de la «buena fe-desconocimiento» parece llegar a la conclusión de que sí es diferente.

Para ayudar en la lucha contra el tópico sentimentalista que se ha creado alrededor de la buena fe, aparte de recomendar la lectura detenida de los escritos de NÚÑEZ LAGOS, LA RICA, TIRSO CARRETERO, GÓMEZ GÓMEZ, etcétera, y el estudio detenido del Derecho comparado, me permitiré exponer las siguientes consideraciones como resumen y conclusión de todo lo dicho anteriormente:

1.ª El artículo 34 de la Ley Hipotecaria es un precepto excepcional en nuestro sistema; constituye la excepción de la excepción. El artículo 32 y sus concordantes es la regla en Derecho Hipotecario. La excepción de ese artículo 32 es el 33, según el cual, «la inscripción no convalida los actos y contratos nulos». Y la excepción de ese artículo 33 está en el

artículo 34, pues según éste, la inscripción sí convalida esos contratos nulos respecto a un tercero de muy especiales características, entre ellas la «buena fe-desconocimiento». Por tanto, me muestro decidido partidario de la llamada tesis dualista del tercero, en el sentido de que el tercero del artículo 32 (la regla) no tiene por qué exigir los mismos requisitos del artículo 34 (la excepción).

2.ª El artículo 36 de la Ley Hipotecaria es todavía más excepcional que el artículo 34, pues se ocupa de las relaciones entre la prescripción y Registro, exigiendo al tercero una buena fe especial (diligencia), además de los requisitos del artículo 34. Por tanto, un precepto tan excepcional como el 36, que es una excepción o aditamento de requisitos respecto al artículo 34, no puede servir para extender su ámbito más allá del de la prescripción, y de ningún modo para invadir el campo normal de los artículos 13 y 32 de la Ley Hipotecaria y 606 del Código Civil.

3.ª El artículo 32 y sus concordantes se ocupan del principio de inoponibilidad, no del de fe pública (limitado al supuesto patológico de las nulidades, a que se refieren el art. 34 y sus concordantes), siendo aquel principio paralelo —en su planteamiento, no en sus efectos— al de inscripción constitutiva germánica e idéntico al de inoponibilidad de los sistemas latinos, ninguno de los cuales exige el requisito del desconocimiento (o sea, la llamada por algunos «buena fe»).

4.ª Para evitar posibles fraudes y para evitar que el Registro de la Propiedad pueda servir de «burladero» a los desaprensivos, en lugar de «castillo» para los diligentes, hay que exigir como requisito de protección del tercero del artículo 32, el requisito de que «no sea cómplice en el fraude». Aquí sí que actúa la Ética, según hemos dicho antes, pero en lugar de hacer llamamientos imprecisos y sentimentalistas a la Moral, es mejor basarse en la analogía que proporciona el artículo 37.4.º de la Ley Hipotecaria y los preceptos concordantes del Código Civil (que se refieren indistintamente al adquirente y al subadquirente, a pesar del empeño de ROCA SASTRE). El artículo 37 de la Ley Hipotecaria contempla un supuesto similar al del artículo 32, sólo que se refiere a las «acciones» y no a los «títulos». En cambio, nada tiene que ver con el artículo 34, a menos que se confunda la nulidad (campo propio del art. 34) con otras causas de ineficacia muy diferentes en sus efectos respecto a terceros (revocación, rescisión, etc.).

5.ª Los artículos 13 y 32 de la Ley Hipotecaria han de ponerse en relación con el 225 de la misma, que es un precepto esencial para la tesis dualista del tercero, según el cual, el tercero (el del art. 13) no puede quedar perjudicado por cargas o gravámenes que no resulten de la certificación registral, salvo los signos ostensibles e indubitados de servidumbre, conforme a la discutible interpretación del Tribunal Supremo, que comentamos en otro lugar.

6.ª Las situaciones que implican «derechos personales» no pueden afectar a la buena fe del tercero. Este puede conocerlos, pero como sabe que sus efectos son personales, no se puede decir que tenga mala fe, ya que lo que conoce es que sus efectos no le pueden perjudicar por ser exclusivamente personales. Sólo si hay fraude y es cómplice en el mismo, cabe alegar su mala fe. Así se desprende del artículo 37 de la Ley, según el cual, el mero conocimiento de haberse aplazado el pago del precio, que incluso consta en el Registro, conforme al artículo 10 de la Ley, no im-

plicará por sí solo complicidad en el fraude. Y es que estamos ante relaciones meramente obligacionales, que por esencia no pueden afectar a tercero.

7.^a Una parte de la doctrina ha interpretado el párrafo 2.º del artículo 1.473 del Código Civil relativo a la doble venta, como un supuesto de *ius ad rem*, en el sentido de que el comprador que no inscribe, no ostenta un derecho real perfecto, sino una mera vocación o llamada al derecho real respecto a terceros (recuérdese la Exposición de Motivos de la Ley de 1861). Pues bien, desde esta perspectiva se explica perfectamente que no se exija al comprador que inscribe el requisito del desconocimiento de la venta no inscrita, que como situación de *ius ad rem*, no tiene eficacia frente a él. Insistimos en que es diferente el caso de complicidad en el fraude.

8.^a Cuando el tercero ha realizado «actos propios» que revelen un «asentimiento expreso o tácito» en relación con situaciones no inscritas, éstas le deben afectar, pero no porque lo imponga el requisito de la buena fe, sino porque al haber realizado esos «actos propios», ha pasado de ser «tercero» a ser «parte» en la situación no inscrita, y en tal caso, no cabe alegar el artículo 32.

9.^a Por último, piénsese el lío tan tremendo que se produciría si en supuestos de concurso de acreedores, suspensión de pagos o quiebra, se pretendiera introducir el requisito del «desconocimiento» para que los acreedores pudieran tener un determinado orden dentro del conjunto. Unos conocerían algunos aspectos de la previa actuación del deudor, otros conocerían diferentes aspectos, introduciéndose un elemento de valoración impreciso y perturbador que iría contra la esencia misma de la clasificación y graduación de créditos. Pues bien, si se acepta esto respecto al concurso, estamos ya a un paso del artículo 32, pues el supuesto que contempla este precepto es precisamente el de prioridad o prelación de titulares a través del criterio seguro de la inscripción, y tenemos que apostillar una vez más: «siempre que no haya nulidad —artículos 33 y 34— y siempre que no haya fraude —analogía del artículo 37».

¿Habré incurrido en causa de excomunión por defender estas ideas?

J. M. G. G.

II. DERECHOS REALES

DIVISION MATERIAL DE COSA COMUN: HABIENDOSE DECIDIDO EN LA INSTANCIA QUE CABE LA DIVISION MATERIAL, SEGUN DICTAMEN PERICIAL, NO CABE ALEGAR EN CASACION LA NORMATIVA DE LAS UNIDADES MINIMAS DE CULTIVO NI DE LA LEY DEL SUELO, POR TRATARSE DE UNA CUESTION NUEVA Y. ADEMAS, PORQUE LOS PRECEPTOS DE CARACTER ADMINISTRATIVO NO AFECTAN A LA DIVISION JUDICIAL DE COSA COMUN SEGUN EL CODIGO CIVIL.—CALIFICACION DE LA FINCA COMO URBANA, NO RUSTICA (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1980).

Hechos—Don Juan R. P. y don Jaime E. S. interponen demanda contra don Juan M. E., exponiendo que los actores, junto con el demandado,

eran copropietarios de una pieza de tierra de perímetro trapezoidal sito en término de Villafranca, partida Clot Ferrán, de superficie noventa y ocho áreas, sesenta centiáreas, lindante con la carretera de Barcelona, perteneciendo siete décimas partes indivisas a los actores y las restantes tres décimas partes al demandado, suplicando se dicte sentencia declarando haber lugar a la división material de la finca, ya que en este caso cabía tal división, por tratarse de una pieza de terreno perfectamente divisible sin menoscabo ni pérdida para ninguno de los condóminos. No obstante, para el caso de que, por las razones que fueren, o por el resultado de la prueba, no fuere posible la división, se debería adjudicar a uno de los condueños indemnizando a los demás, y de ocurrir así se procedería a la venta y reparto del precio.

El demandado se opone por varias razones, entre ellas, que la división propuesta por los actores no es adecuada, por ser aplicable el artículo 401 del Código Civil en relación con el artículo 406 del mismo, y además, la finca tiene en la realidad mayor superficie que la que señalan los actores, a pesar de basarse en el título inscrito. En tal sentido, formulan demanda reconvenzional con objeto de que se inste previamente la inscripción del exceso de cabida de la finca.

El Juez de Primera Instancia de Villafranca del Penedés estimó la demanda declarando que se proceda a la división material de la finca descrita en la demanda, no habiendo lugar a la demanda reconvenzional.

La parte demandada interpone recurso de apelación, y la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona dictó sentencia confirmando la sentencia del Juzgado.

El demandado interpone recurso de casación por infracción de ley por los siguientes motivos: 1.º Por violación (dada su no aplicación) del párrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley de 15 de julio de 1954 sobre unidades mínimas de cultivo, en relación con la Orden de 27 de mayo de 1958. 2.º Por violación (no aplicación) del artículo 401 del Código Civil, en relación con el artículo 2.º de la Ley de 15 de julio de 1954. 3.º Por violación (no aplicación) del artículo 404 del Código Civil. 4.º Por error de derecho en la apreciación de la prueba, con violación de artículo 1.218, párrafos 1.º y 2.º, del Código Civil. 5.º Por error de Derecho en la apreciación de la prueba, con violación del artículo 1.218 del Código Civil, en relación con los artículos 64, 68, 47 y 9 de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 (normativa sobre superficie mínima de las parcelas en zona industrial). 6.º Por violación de las normas administrativas contenidas en los artículos 64, 68, 47 y 9, apartado 2-d), de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

Considerando que la cuestión litigiosa debatida en la fase alegatoria de la litis de que dimana este recurso radica sustancialmente en el ejercicio de la llamada *actio communi dividundo* instada por los demandantes, actuales recurridos, solicitando, en primer lugar, la división del inmueble que tienen en comunidad de dominio con el demandado, actual recurrente, y como peticiones subsidiarias la adjudicación a uno de ellos, abonando a los demás su cuota en dinero en caso de resultar aquél indivisible o desmerecer mucho por su división, y, en su último

lugar, en caso de no ser posible ninguna de las dos primeras peticiones, adjudicarlo a un tercero, distribuyéndose entre los condóminos el precio resultante; la sentencia de primer grado, aceptada íntegramente por la recurrida, estimó la demanda en su primera petición, atendiendo a una división material del inmueble, principalmente según dictamen pericial practicado para mejor proveer, y frente a esa situación fáctica que recoge la sentencia de primer grado, el recurso tiene un primer motivo, así como los cinco siguientes, en el que los recurrentes discurren sobre cuestión no debatida en el juicio, cual es la consideración urbanística, o desde el punto de vista de la legislación, sobre unidades mínimas de cultivo del inmueble en comunidad; todo lo que implica traer una cuestión nueva a este recurso extraordinario, con la consecuencia de su inadmisión, y en este momento de desestimación, a tenor de lo dispuesto en el artículo mil setecientos veintinueve, número cinco, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que las Leyes del Suelo y de Unidades Mínimas de Cultivo, que se citan profusamente en el escrito de recurso, se refieren a cuestiones no debatidas en el pleito, como puede fácilmente comprobarse con la lectura de los escritos de la fase alegatoria.

Considerando que aparte de la anterior consideración de carácter general, afectante a todo el desarrollo del recurso, una consideración particular de cada motivo conduce al mismo resultado desestimatorio; así, en cuanto al primero de los motivos, que se alega al amparo del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al estimarse violado por inaplicación el párrafo uno del artículo dos de la Ley de quince de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro sobre unidades mínimas de cultivo, en relación con la Orden de veintisiete de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho, prescindiendo ahora de que dicha Ley está derogada por el Decreto de doce de enero de mil novecientos setenta y tres, que aprobó el texto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, el recurrente parte de un supuesto fáctico no reconocido en la sentencia recurrida, cual es el de que se trata de un inmueble calificado por el Juez *a quo* de finca rústica, lo que trata de derivar de la frase del segundo de los considerandos, aceptado como los demás por la sentencia recurrida, que habla de «tierra de cultivo de secano», pero omite que en la apreciación conjunta de la prueba el mismo juzgador de una forma reiterada se refiere a la zona industrial en que está situada la finca, frente a una carretera nacional, con una parte construida, a cuyo aprovechamiento también se alude, así como a sus posibilidades de edificación; todo lo que, evidentemente, excluye la calificación que el recurrente atribuye a la sentencia recurrida de ser finca rústica la que es objeto litigioso, y, en consecuencia, improcedente la aplicación, aunque estuviera vigente de la legislación sobre unidades mínimas de cultivo, que se alega como infringida; para lo cual el recurrente hace por su cuenta una apreciación de la prueba distinta de la que resulta de la instancia, y sin tener en cuenta, además, que la reiterada doctrina de esta Sala establece (Sentencias, entre otras, de veinticinco de noviembre de mil novecientos treinta y dos, doce de diciembre de mil novecientos cuarenta y nueve y nueve y veintiocho de noviembre de mil novecientos cincuenta y siete) que la determinación de la indivisibilidad, inservibilidad o desmerecimiento de la cosa a dividir es *quaestio facti*, de la exclusiva apreciación de la Sala sentenciadora.

Considerando que lo expuesto conduce a la desestimación del motivo primero, así como también a la del segundo, en el que, al amparo del mismo número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal Civil, se alega la violación del artículo cuatrocientos uno del Código Civil, en relación con el artículo dos de la Ley de quince de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro, en cuanto que acceder a este motivo implicaría desvirtuar la apreciación de la prueba verificada por la sentencia recurrida, que decidió, con base en una prueba pericial practicada para mejor proveer, la posibilidad de ser dividida la finca o inmueble en comunidad sin que resulte inservible o desmerezca en cuanto a su destino; transformándola en tres lotes formados en atención a la vía con que limita, atendiendo al posible aprovechamiento de la parte construida y la posibilidad de edificación de los tres lotes o solares resultantes, sin tener que constituir servidumbres de paso y con salida cada lote a camino público; todo lo que pone de relieve claramente que al proceder como lo hizo la sentencia recurrida no infringió el artículo cuatrocientos uno del Código Civil, y sin que tuviera motivos para aplicar el precepto que se cita de la derogada Ley de Unidades Mínimas de Cultivo, máxime cuando de las Sentencias de esta Sala de treinta y uno de enero de mil novecientos cincuenta y siete y veintinueve de marzo de mil novecientos sesenta y ocho se deduce, como doctrina a observar en casos como el ahora contemplado, que los preceptos del Código Civil relativos a la división de la común no están modificados o limitados por preceptos de carácter administrativo, y menos cuando no se han debatido en la litis civil los supuestos de hecho necesarios para la aplicación de tales preceptos no civiles, punto respecto del cual nada significa el informe obrante al folio cincuenta y cuatro de los autos, invocado por el recurrente, del que se deduce, a lo más, hechos no alegados por las partes, como es la calificación urbanística del inmueble en litigio ni debatidos, y en el que se expresa una opinión acerca de los preceptos de derecho aplicables a la subdivisión, opinión que desde luego no vincula a los Tribunales, que en ningún caso puede admitirse soliciten informes a autoridades administrativas acerca de las normas del ordenamiento español, aplicables a cuestiones *sub judice*, lo que no ocurrió en el supuesto objeto de este recurso.

Considerando que el motivo tercero del recurso, también al amparo del artículo mil seiscientos noventa y dos, número uno, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega como infringido en concepto de violación el artículo cuatrocientos cuatro del Código Civil, al establecer que «cuando la cosa fuere esencialmente indivisible y los condueños no convinieren en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio», motivo que ha de tener la misma suerte desestimatoria, ya que para esgrimirlo el recurrente parte del hecho de que la cosa fuere esencialmente indivisible, hecho básico que no es declarado por la sentencia recurrida, sino al contrario, es decir, que se trata de un inmueble que admite una división racional en tres partes, en proporcionalidad a los derechos de cada condómino y las circunstancias que concurren en el inmueble; conclusión a la que llegó el Tribunal *a quo*, que ha de ser admitida por no haberse formulado impugnación de los hechos por el cauce procesal adecuado para este recurso extraordinario.

Considerando que los motivos cuarto y quinto alegan, al amparo del número siete del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de En-

juiciamiento Civil, error de derecho en la apreciación de la prueba, el primero de ellos por violación del artículo mil doscientos dieciocho, párrafos uno y dos del Código Civil, y el segundo por violación del mismo artículo en relación con los artículos sesenta y cuatro, sesenta y ocho, cuarenta y siete y noventa de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de doce de mayo de mil novecientos cincuenta y seis; motivos que han de ser igualmente desestimados, ya que, como se ha razonado, el documento obrante al folio cincuenta y cuatro de los autos se refiere a una calificación urbanística del inmueble en comunidad que no ha sido objeto de debate, y que, aunque lo hubiera sido, no puede decirse que suplante, modifique o reforme la legislación civil sustantiva aplicable en las cuestiones debatidas en la litis, y además el mismo documento alude a un criterio acerca de la aplicación de determinados preceptos administrativos a la subdivisión del inmueble que no se acomodan a los hechos que el Tribunal *a quo* declaró probados y que en modo alguno puede considerarse, como al parecer sostiene el recurrente, vinculante para los Tribunales civiles; y en cuanto al documento obrante al folio setenta y siete de los autos, es de observar que al invocarlo el recurrente se manifiesta en contradicción con lo sostenido en el motivo primero, en cuanto de dicho documento resulta que el inmueble litigioso se halla en zona industrial; pero es que, en definitiva, reiterando lo dicho, no se ha discutido la calificación urbanística del terreno en la litis y tampoco resulta contradictorio lo acordado en la sentencia impugnada con lo que prevé tal documento, al referirse éste a la posibilidad de edificación sobre el inmueble, lo mismo que hace la sentencia recurrida al admitir el tercer considerando de los de la sentencia del Juzgado, y al referirse, por último, a una superficie del terreno que ha resultado inexacta según las pruebas periciales que fueron apreciadas en la instancia y que, por tanto, no revela desacuerdo alguno de la sentencia de primer grado.

Considerando que el sexto de los motivos de este recurso, formulado subsidiariamente respecto de los cuarto y quinto, aduce, al amparo del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción en concepto de violación de los artículos sesenta y cuatro, sesenta y ocho, cuarenta y siete y nueve, apartado dos, *d*). de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de doce de mayo de mil novecientos cincuenta y seis, sosteniendo que el Tribunal *a quo* hizo caso omiso de la existencia de las normas administrativas citadas, con lo que resultan infringidas por violación; conclusión que es inaceptable en cuanto que en la instancia no se ha desatendido la legislación administrativa, sino que no se ha aplicado, por referirse a cuestiones no planteadas en la fase alegatoria del pleito, única apta para el planteamiento de las cuestiones a debatir, sin que en modo alguno pueda mantenerse, como pretende el recurrente, que cuestiones suscitadas en el escrito de conclusiones de la parte demandada puedan considerarse oportunamente alegadas y objeto propio de debate y de resolución judicial, todo lo que, y abundando en lo expuesto en los precedentes considerandos, conduce a la desestimación de este motivo, y con él, a la de la totalidad del recurso.

NOTA.—Sin tiempo para hacer un comentario de esta sentencia, simplemente queremos destacar la importancia de la misma para quienes mantenemos que los efectos de la normativa de la Ley del Suelo, a propósito de la división o parcelación de terrenos, son únicamente administrativos

(recuérdese el art. 94 de la vigente Ley del Suelo, cuando dice que «es ilegal a efectos urbanísticos...»), y no afectan al problema de la validez de los actos civiles de división o segregación sin licencia municipal o sin adaptarse a los preceptos administrativos. Sobre esta cuestión, mi opinión está recogida en el artículo publicado en el número 3 de la *Revista Jurídica de Cataluña*, titulado «El Registro de la Propiedad y el Urbanismo en la Ley del Parlamento de Cataluña» de 18 de noviembre de 1981. Algo parecido ocurre respecto a las divisiones que infrinjan las unidades mínimas de cultivo en fincas rústicas, si bien en este caso el efecto de tal infracción es simplemente permitir el retracto de colindantes previsto en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, sin producirse la nulidad de tal división, sino todo lo contrario.

La presente sentencia permite confirmar esta orientación, pues es bien significativa al decir que los preceptos administrativos sobre unidades mínimas no afectan a los del Código Civil sobre división de cosa común, citando además, en el mismo sentido, las Sentencias de 31 de enero de 1957 y 29 de marzo de 1968.

J. M. G. G.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

PARA QUE PUEDA APRECIARSE LA RESOLUCION DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA POR FALTA DE PAGO DEL PRECIO, ES PRECISO EL PREVIO REQUERIMIENTO (SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—Para que pueda apreciarse la resolución del contrato de compraventa se precisa no solamente el estado de incumplimiento contractual derivado de falta de pago del precio convenido, que contempla genéricamente el artículo 1.124 del Código Civil, sino singularmente la situación de previo requerimiento, judicialmente o por acta notarial, al comprador que exige el artículo 1.504 del referido cuerpo legal sustantivo, específicamente aplicable en materia de resolución de contrato de compraventa por causa de falta de pago del precio en el tiempo convenido, aun cuando para tal evento se hubiese estipulado sanción resolutoria contractual, en razón a que, como tiene reiteradamente declarado esta Sala, para que el pacto comisorio opere, en relación con venta de bienes inmuebles, se precisa la práctica del citado requerimiento a que alude el artículo 1.504 del Código Civil, pues que este artículo es expresivo de una particularidad especialmente establecida al respecto, al tratarse de una disposición especial ante la que debe ceder la de carácter general que contempla el artículo 1.124 del Código Civil.

EL DEUDOR NO PUEDE SER CONDENADO AL PAGO DE INTERESES CUANDO NO ESTA CONCRETADA LA CANTIDAD ADEUDADA (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—La incertidumbre e iliquidez de la cantidad adeudada es incompatible con la declaración de mora del deudor, el cual no puede ser condenado al pago de intereses en tal concepto cuando la concreción de la cantidad por satisfacer precisa de la promoción de un juicio sobre tal extremo; doctrina inspirada en el principio *in illiquidis non fit mora*.

CARACTER CONSENSUAL DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA (SENTENCIA DE 9 DE JUNIO DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—La entrega de la cosa vendida es un requisito para la consumación del contrato, pero no para su perfección; la perfección del contrato se produce, visto el tenor del artículo 1.450 del Código, con el simple convenio sobre la cosa objeto del mismo y el precio, «aunque ni la una ni lo otro se hubieren entregado», entregas de cosa y precio que presuponen, como reiteradamente esta Sala tiene declarado, la fase de consumación del contrato, pero no la de su perfección, de ahí el carácter consensual del contrato de compraventa.

PROPIEDAD HORIZONTAL: EL PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD ACTUA COMO ORGANO DEL ENTE COMUNITARIO (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—La actuación representativa del presidente de la comunidad de propietarios, colocada por su naturaleza en una zona intermedia entre la representación orgánica y la puramente voluntaria, «lleva implícita la de todos los titulares en juicio y fuera de él», y en ese sentido no ostenta una representación en sentido técnico, sino que actúa como un órgano del ente comunitario, sustituyendo con su voluntad individual la social común, con la posibilidad de considerar lo realizado por el presidente no como hecho «en nombre de la comunidad», sino como si ésta misma fuera quien lo hubiese realizado, sin perjuicio de la relación interna que medie entre dicho presidente y la junta de propietarios, a quienes deberá responder de su gestión.

CONSTRUCCION EXTRALIMITADA: CONSTITUYE UNA EXCEPCION A LA REGLA «SUPERFITIAE SOLO CEDIT» (SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1981)

Doctrina de la sentencia.—Las llamadas «construcciones extralimitadas» están carentes de regulación específica en nuestro sistema, pues si en tiempos se estimó aplicable la norma del artículo 361, modernamente

se ha negado esta aplicabilidad, con base en los resultados injustos a que podría conducir la opción del propietario en pro de la adquisición de la construcción, si éste supone un valor desproporcionadamente superior al de la parte de terreno invadido.

Esta tendencia, que da lugar a la denominada *accesión invertida* o *inversa*, acogida por la generalidad de la doctrina científica, ha tenido incluso su consagración positiva en algunos códigos civiles extranjeros: así, el alemán establece que si el propietario de una finca, en la construcción de un edificio invade los linderos del vecino, sin dolo ni culpa grave, éste tiene que tolerar la construcción extralimitada, añadiendo que el vecino invadido tiene derecho a una renta en dinero; el suizo, concede al constructor, si el propietario del terreno no se opuso en tiempo hábil desde que tuvo conocimiento, el derecho a pedir el mantenimiento de lo construido, como un derecho real, o a la adquisición del terreno, previo pago de una indemnización; el italiano y el portugués, dan soluciones en el mismo sentido.

La doctrina es acogida, en lo esencial, por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, con directriz que se inicia a partir de la Sentencia de 30 de junio de 1923, siendo desarrollada sistemáticamente por la de 31 de mayo de 1949, confirmada con la de 17 de junio de 1961; para su aplicación se requiere que se trate de una construcción que invade parcialmente el terreno colindante ajeno, realizada de buena fe, a la que el propietario no se haya opuesto, pues con la oposición se hubieran evitado las posteriores consecuencias, y resultando un todo indivisible, porque la posibilidad de división evitaría el problema; exigencias que deberán observarse estrictamente, justo porque su aplicación es en nuestro sistema una excepción a la regla general en la materia de *superflitiae solo cedit*, recogida en el artículo 361 del Código Civil, que es sustituida por la de *accessorium cedit principali*, atribuyendo la calidad de principal a lo construido cuando su importancia y valor supera al de la parte del suelo (o subsuelo) invadido.

Según la doctrina que se termina de exponer, cuando en la construcción se produce el fenómeno de la extralimitación parcial que da lugar al fenómeno de la accesión invertida, la adquisición de la propiedad del terreno invadido por el edificante, lleva consigo, como contraprestación, no sólo el abono del precio del terreno ocupado, a la manera como sucede en el caso del artículo 361 del Código, si el propietario opta por esta solución, sino también al de la indemnización reparadora de los daños y perjuicios que *además* se le hubiesen ocasionado al dueño de éste.

CONCEPTO DE LA CLAUSULA PENAL (SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—La cláusula penal es una obligación accesoria, generalmente pecuniaria, a cargo del deudor y en favor del acreedor, que sanciona el incumplimiento, o cumplimiento irregular, de la obligación contractual, a la vez que valora anticipadamente los perjuicios que dicho incumplimiento pueda ocasionar al acreedor.

No cabe confundir la obligación con cláusula penal con la obligación alternativa, a la que se refiere el artículo 1.131 del Código Civil, toda vez

que en la obligación con cláusula penal el deudor debe la prestación objeto de la obligación principal, única que el acreedor tiene derecho a exigir, mientras que en la obligación alternativa, el cumplimiento puede recaer sobre una de entre varias prestaciones.

NO ES NECESARIO NOMBRAR DEFENSOR DE LOS MENORES CUANDO ESTEN EN BAJO LA PROTECCION JUDICIAL

LOS TITULARES DE UN DERECHO DE INDEMNIZACION BASAN SU DERECHO NO EN SER HEREDEROS DE LA VICTIMA, SINO EN SER PERJUDICADOS POR SU FALLECIMIENTO (SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 1981).

Hechos.—En un accidente automovilístico resultó muerta una señora. Su viudo, en nombre propio y en el de sus hijos, demanda a las compañías de seguros, que son condenadas a indemnizar.

Doctrina de la sentencia.—La función de protección del menor desamparado que no puede ser representado por su padre o madre en el supuesto que prevé el artículo 165, es decir, por tener intereses opuestos, no es necesaria cuando el menor se halla bajo la protección judicial, como ocurre en el caso ahora contemplado, donde se trata de fijar las indemnizaciones a percibir por los menores de edad, pues aunque sea su padre, como representante legal, el que haya de recibirlas, al ser éstas determinadas por los Tribunales en cantidad fija, queda el padre privado de todo arbitrio o facultad para perjudicar a sus hijos, señalando otras sumas inferiores en su propio beneficio.

Los titulares de indemnización fundamentan su derecho no en ser herederos de su madre y esposa, sino en ser perjudicados por su fallecimiento, y siendo así, no se considera el derecho de indemnización como ingresado en la herencia de la víctima a efectos de su transmisión, y sí, en cambio, se reconoce a favor de los más próximos parientes una acción de indemnización nacida del hecho de la muerte, derecho originario para cuyo ejercicio no necesitan demostrar que son herederos del fallecido, porque se entiende que no llegó a formar parte del caudal relicto y, por tanto, no fue transmitido a sus herederos, o en todo caso se impone en estos supuestos considerar en los reclamantes una doble cualidad: como perjudicados *jure proprio* y como herederos de la víctima.

NO PUEDEN EJERCITARSE SIMULTANEAMENTE LA ACCION QUE NACE DE UN NEGOCIO JURIDICO Y LA ACCION CAMBIARIA (SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—Si bien no cabe identificar la acción cambiaria con la acción ejecutiva y es posible el ejercicio de la primera en un proceso ordinario, ya que no toda acción nacida del título valor ha de revestir necesariamente el segundo carácter, tampoco cabe desconocer que a pesar de que un mismo sujeto pueda al propio tiempo ser acreedor en el contrato subyacente y titular de un derecho cambiario cuando la obligación causal ha sido incorporada a la letra, tal duplicidad de acciones

determinada por la distinción que la doctrina mercantilista establece entre negocio fundamental y negocio cartular, no comporta la posibilidad de un ejercicio simultáneo de ambas, pues del párrafo tercero del artículo 1.170 del Código Civil se desprende que quedará en suspenso la acción derivada de la obligación primitiva en el caso de que haya sido ejercitada la cambiaria.

La acción declarativa contra el aceptante requiere que se halle viva y no prescrita, y puesto que la deducida en juicio ordinario es también cambiaria y, por tanto, sometida a su normativa específica, le afecta el plazo de prescripción trienal a contar desde el vencimiento, con arreglo a lo ordenado en el artículo 900 del Código de Comercio, modalidad de extinción que según hace notar la doctrina, alcanza a todas las acciones nacidas de la letra, sean directas o regresivas, ejecutivas u ordinarias, e incluso a las de enriquecimiento.

VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL; SU TRANSMISION A TITULO ONEROSO ES VALIDA CIVILMENTE (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—En el cuarto de los motivos se denuncia la violación de los artículos 102 y 145 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial, especificando la recurrente al desarrollarlo, que las tales viviendas son, de acuerdo con los citados preceptos reglamentarios, intransmisibles por contrato oneroso, mientras no cambie su régimen o sean descalificadas, y por ello la venta entre las partes concertadas es nula de pleno derecho. Como esta Sala tiene reiteradamente declarado en procesos si no idénticos, sí análogos al que nos ocupa, el contrato entre las partes celebrado no es nulo de pleno derecho, sino que es perfectamente válido civilmente, al ser el acto realizado conforme a la libertad de contratación proclamado por el artículo 1.255 del Código Civil, sin que la violación de los preceptos administrativos que se dicen cometidos pueda producir otra consecuencia que la puesta en marcha de los mecanismos correctores reglamentariamente establecidos, con la secuela de la pérdida de los beneficios obtenidos y reintegros, como consecuencia de la descalificación de la vivienda.

NO ES CONFORME A DERECHO LA DENOMINACION «HISTORICA UNION GENERAL DE TRABAJADORES». POR SIMILITUD CON OTRA ASOCIACION SINDICAL YA REGISTRADA (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1981).

Hechos.—Habiendo adquirido ya personalidad jurídica la asociación sindical «Unión General de Trabajadores», se presentaron en el Ministerio de Relaciones Sindicales los estatutos de otra asociación, denominada «Histórica Unión General de Trabajadores», a cuya existencia se opone el Ministerio Fiscal y la U.G.T. El Supremo casa la sentencia de instancia y declara no conforme a derecho la central fundada por los «históricos».

Doctrina de la sentencia.—El postulado cardinal de la libertad asociativa no excluye el establecimiento de condiciones o requisitos por parte

del ordenamiento jurídico, a fin de que al sindicato pueda tenersele como nacido del procedente ejercicio de tal derecho.

Atendida la protección que merecen las personas jurídicas, se hace preciso identificarlas mediante un nombre que las singularice y distinga, y en tal sentido en el ámbito de las actividades mercantiles e industriales rige un principio de novedad que impide adoptar razón social idéntica a la de otra compañía preexistente, de cualquier clase que sea. Toda la ordenación legal proclama la insoslayable exigencia de diferenciar en cuanto fuere preciso, mediante denominación propia, el ente creado en lícito uso de la autonomía de la voluntad, evitando confusiones que puedan originar trastornos de diversa índole a figuras o entes colectivos preexistentes; si para determinar la concurrencia de similitud fonética, en circunstancias que pueda provocar error o perplejidad en el trabajador medio, ha de atenderse, como es obligado, a la completa denominación de ambas asociaciones sindicales, no se oculta a una correcta valoración crítica que el núcleo de uno y otro nombre en el caso debatido lo constituye la relevante locución que desplaza a todo otro elemento apelativo, «Unión General de Trabajadores», tan difundida en los medios sociales y sindicales del país con aceptación harto definitoria, y es manifiesto que la utilización de esos tres vocablos en la misma disposición y sin otra variante que la anteposición del adjetivo «histórica», no elimina la identidad literal de lo que es propiamente sustantivo, originando confusión en los sectores laborales.

LA BUENA FE IMPLICA EL ATENIMIENTO A LAS CONSECUENCIAS QUE TODO ACTO PUEDE PROVOCAR (SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—No hay que olvidar el instrumento jurídico que el legislador, al reformar el Título Preliminar del Código Civil, proporcionó a los Jueces y Tribunales para que introdujeran en la solución de los litigios un principio fundamental del Derecho como es el de la buena fe en sentido objetivo (art. 7.1.º del Código Civil), es decir, el de una norma que en su profundo sentido obliga a la exigencia, en el ejercicio de los derechos, de una conducta ética significada por los valores de la honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y atención a las consecuencias que todo acto consciente y libre pueda provocar en el ámbito de la confianza ajena, exigencia que es aplicable en la esfera procesal, donde el Juez, árbitro de un conflicto de intereses, pero también de un combate leal entre servidores del Derecho y de la justicia, debe vigilar para impedir que al socaire de tecnicismos o habilidades se mermen las justas proporciones en el reconocimiento y declaración de los derechos en pugna.

EN UNA DIVISION DE COMUNIDAD EN LA QUE SON PARTICIPES MENORES. NO ES NECESARIO EL NOMBRAMIENTO DE DEFENSOR JUDICIAL (SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 1981).

Hechos.—Tres hermanos formaron una sociedad civil para explotar unas industrias de cerámica. Aportaron a aquélla diversos bienes inmuebles.

Fallecido uno de los socios, la viuda, en nombre propio y en el de sus hijos menores renunció a su participación en la sociedad, a cambio de una compensación en metálico. Una vez alcanzada la mayoría de edad, uno de los hijos demanda la nulidad de tal convención. No prosperó su acción.

Doctrina de la sentencia.—Tratándose de un acto de división de la comunidad existente y no de un acto de enajenación de la parte de un comunero en la que existían bienes inmuebles, en que interviene la viuda en nombre de sus hijos menores, no existen intereses contrapuestos que exijan el nombramiento de un defensor judicial.

Debe reputarse que se aplicó debidamente el artículo 1.060 del Código, puesto que los hijos menores estuvieron representados en la división por la madre, a quien correspondía la patria potestad, con la consiguiente representación en el ejercicio de todas las acciones que pudieran redundar en provecho de aquéllos, no siendo, por tanto, necesaria la intervención ni la aprobación judicial.

COMENTARIO.—Para rechazar la pretensión del actor, el Supremo aplica el artículo 1.708 del Código Civil, que remite a las reglas de las herencias el caso de la partición entre socios. De ahí que declare debidamente aplicado el artículo 1.060 del propio Código. Una solución excesivamente técnica y legalista y que no contempla la auténtica materialidad del caso. Una cosa es la división real entre todos los socios del patrimonio de una sociedad y otra distinta que la sociedad siga existiendo, prácticamente a todos los efectos, y que se le dé una cantidad en metálico a los herederos de un socio a cambio de su renuncia. Esta última figura se encuadra claramente en el concepto de enajenación, y como tal le sería aplicable el artículo 164 del Código, con su exigencia de autorización judicial para la enajenación.

En el conflicto de intereses que surge entre la seguridad del tráfico jurídico y la protección de unos menores, el Supremo se inclina gravemente por el primero a costa de lesionar los intereses de los segundos. Parece que habría aquí que recordar al Alto Tribunal su propia y recientísima doctrina: «Los servidores del Derecho y de la justicia deben velar para impedir que al socaire de tecnicismos o habilidades se mermen las justas proporciones en la declaración de los derechos en pugna».

NO CONSTITUYE UNA LIMITACION AL DERECHO DE DOMINIO EL REQUISITO DE LA AUTORIZACION ADMINISTRATIVA PARA CONSTRUIR SEGUN PROYECTO (SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1981).

Hechos.—Una constructora levantó un edificio, pero sin incluir en el tejado del mismo ciertos elementos de fibrocemento que figuraban en el proyecto. Posteriormente vendió los pisos, y una vez constituida la junta de propietarios, ésta demanda a la constructora, solicitando indemnización por no haber construido conforme al proyecto. No prosperó la demanda.

Doctrina de la sentencia.—No constituye una limitación al derecho de dominio el requisito de la autorización administrativa para construir según proyecto, salvo lo dispuesto en ese y otros aspectos en el régimen legal

sobre viviendas protegidas, por lo que el dueño o propietario del inmueble, constructor y promotor a la vez, puede introducir, de acuerdo con la *lex artis* del orden arquitectónico y con el director técnico, las modificaciones en la obra que estime oportunas, en tanto en cuanto la obra sea de su exclusiva propiedad y no esté ligado con tercero o persona alguna por un convenio o contrato de venta presente o futura que le limite o imponga condiciones o requisitos expresa o tácitamente pactados, de tal suerte que su infracción o la del principio de buena fe, faculte al interesado para exigir su debido cumplimiento, de acuerdo con la doctrina general de las obligaciones y contratos.

DEBE CONSIDERARSE RECIBIDA LA DECLARACION DEL OPTANTE EJERCITANDO LA OPCION CUANDO NO LLEGUE A CONOCIMIENTO DEL CONCEDENTE POR CAUSA A EL IMPUTABLE (SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1981).

Doctrina de la sentencia—Reiterada es la doctrina jurisprudencial de esta Sala en el sentido de que en el contrato de opción su perfección depende de modo exclusivo de la aceptación del optante, que realizada dentro del plazo establecido, constriñe al oferente al cumplimiento y fija definitivamente las recíprocas obligaciones que sobre esa base han de ser posteriormente exigidas, pero no precisamente en el plazo establecido que es únicamente atinente a la necesidad de formalizar la aceptación durante su transcurso, si bien tal declaración de voluntad del optante tiene carácter recepticio, lo que quiere decir que ha de ser notificada al concedente durante la vigencia del plazo opcional, a fin de ser conocida por este último, pero bien entendido que lo que con la notificación se pretende es tan sólo el conocimiento del oferente, pero no su conformidad con la declaración de compra del optante, debiendo considerarse recibida tal declaración, aun en el supuesto de falta de recepción del documento que así la contenga, cuando no estaba en la potestad del optante, y sí del destinatario oferente, el conseguir obtener tal conocimiento, como ocurre en el caso de que fuera emitida oportunamente la declaración por el optante y no llegó a conocimiento del concedente por causas exclusivamente a él imputables.

EL PRESTAMO ES LA BASE FUNDAMENTAL DE LA VENTA «A CARTA DE GRACIA» (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—La venta a carta de gracia o *empenyament*, tomando su origen del pacto de retroventa *pactum de retrovendo*, y que adquirió fisonomía propia y especial, distanciándose bastante del carácter que tenía en el Derecho romano, del que procede, precisamente nació a falta de una organización hipotecaria, siendo una hábil forma de aseguramiento, que simplemente consistía en un pacto por el cual el vendedor

se reserva el derecho de recuperar la cosa vendida con devolución del precio y gastos, contribuyendo a su desarrollo el que se avenía con la forma patrimonial de los bienes, permitiendo al propietario del patrimonio mediante *empenyament* obtener dinero cediendo fincas con la esperanza de recuperarlas, y con aquel dinero atender al pago de obligaciones, y generando así en muchos casos un singular modo de adquirir préstamos, como lo da a entender, tanto el nombre de venta a carta de gracia, originador de una venta pendiente del vendedor, y la denominación de *empenyament*, por evidenciarse en la experiencia práctica que muchas de esas enajenaciones significaban en realidad una prenda disfrazada de compraventa, con lo que no cabe sino reconocer que el préstamo es, en esencia, la base fundamentadora de la compraventa a carta de gracia o *empenyament*, definida en el artículo 326 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, como el derecho de redimir que el vendedor se reserva para adquirir lo vendido por el precio mismo de la venta, con caducidad al extinguirse el plazo estipulado, que no podrá exceder de treinta años, o al fallecer el vendedor si se hubiera pactado por la vida de éste, y que de no haberse estipulado plazo o ser éste indefinido, caducará a los treinta años a contar desde la fecha del contrato, y, por consiguiente, que la compraventa de tal naturaleza no se desvirtúa en su esencia y carácter jurídico por tener su causa sustentadora en un préstamo, puesto que éste, en definitiva, es lo que le da vida y la configura, sin que, en consecuencia, pueda revelar causa falsa, sino, por el contrario, lo que en realidad se consideró por los contratantes.

**OBLIGACIONES RECIPROCAS: EL CRITERIO HISTORICO SOBRE EL
«IUS VARIANDI» NO HA PASADO AL ORDENAMIENTO VIGENTE
(SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1981).**

Doctrina de la sentencia—Al regular los efectos de las obligaciones bilaterales, concretamente la hipótesis de que habiendo cumplido uno de los obligados, el otro no realiza la prestación, dispone el artículo 1.124 del Código Civil que el acreedor podrá exigir que se imponga al deudor el cumplimiento o bien optar por la resolución del vínculo; y por lo que atañe al denominado *ius variandi* o posibilidad de instar el cumplimiento después de haber optado por la resolución, o viceversa, la solución del Derecho histórico, traducida en el principio *electa una via non datur recursus ad alterum*, y acogida por el *Digesto: nec posse, si commissoriam elegit, postea variare*, no ha pasado al ordenamiento vigente, pues el párrafo 2.º, proposición 2.ª, de aquel precepto faculta para pedir la resolución aun después de haber elegido el cumplimiento cuando éste resultare imposible, norma en cuya aplicación tiene declarado la jurisprudencia que si bien el ejercicio simultáneo de ambas acciones viene descartado por razones lógicas dada su esencial contradicción, nada se opone, por el contrario, a que se utilicen de forma alternativa, dejando, por tanto, la elección a voluntad del demandado, o subsidiaria, y como tal con la preferencia señalada por el demandante.

EL ARTICULO 1.214 DEL CODIGO CIVIL HA DE ENTENDERSE SIN PERJUICIO DEL EXAMEN AISLADO DE CADA CASO (SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—Si, en términos generales y como el artículo 1.214 del Código sustantivo tiene establecido, es al actor a quien incumbe la obligación de probar los hechos normalmente constitutivos de su pretensión, o necesarios para que nazca la acción que ejercita, y al demandado la de los impeditivos o extintivos de la relación jurídica en litigio, ello ha de entenderse sin perjuicio siempre del examen aislado de cada caso a los fines de analizar los factores que se ofrezcan, para deducir por ellos cuál es el hecho determinante de la constitución del derecho que se pide o la extinción que la origina.

ENVIADA UNA MERCANCIA A «PORTES DEBIDOS», ES COMPETENTE EL JUEZ DEL DOMICILIO DEL VENDEDOR (SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—Se ejercita una acción personal derivada de un contrato de compraventa mercantil de una mercancía (embarcación deportiva) que se envió y fue recibida por el comprador, apareciendo en la factura que dicho envío lo fue a «portes debidos», lo cual, de acuerdo con la constante doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, es suficiente para atribuir la competencia discutida, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.171 y 1.500 del Código Civil, en relación con la regla primera del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento, al Juez del lugar en que radica el domicilio del vendedor.

EL EJERCICIO DE LA ACCION EJECUTIVA EN UN ACCIDENTE DE TRAFICO INTERRUMPE LA PRESCRIPCION DE LA ACCION ORDINARIA (SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—Aun sin desconocer que de un mismo suceso dañoso en el campo viario pueden nacer dos acciones con notas específicas que las diversifican, pues mientras que la ejecutiva tiene naturaleza marcadamente objetiva, con motivos de oposición tasados, limitación cuantitativa en las cifras de indemnización posible, exclusión de daños en las cosas y legitimación del asegurador obligatorio como sujeto pasivo de la pretensión de condena, por el contrario, la acción ordinaria se apoya en la normativa de la culpa extracontractual (composición culpabilista, aunque atenuada por las nuevas orientaciones jurisprudenciales), carece de limitaciones en el *quantum* y no margina especie alguna de quebranto patrimonial, además de que se dirige contra el autor del acto dañoso y el asegurador voluntario, no ha dejado de señalarse que los dos procesos se interferirían de seguirse simultáneamente, pues en ambos puede suscitarse la cuestión de la culpa exclusiva de la víctima con la consiguiente

posibilidad de decisiones contradictorias, por lo que ha de entenderse que el ejercicio de la acción ejecutiva impide el de la ordinaria a los efectos de la iniciación del cómputo de ésta, según el artículo 1.969 del Código Civil, o que la utilización de la primera tiene valor interruptivo del curso de la prescripción de la segunda, con arreglo al artículo 1.963.

EN EL CONCEPTO DE DOLO SE COMPRENDE LA RETICENCIA DEL QUE NO ADVIERTE DEBIDAMENTE (SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—En el concepto de dolo que da el artículo 1.269 del Código Civil, no sólo se comprende la insidia directa e inductora de la conducta errónea del otro contratante, sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte debidamente a la otra parte, poniéndola en la misma situación invalidante de su consentimiento, o como decían las Partidas (Partida 7, 15, 1), «de manera que non se puede ome guardar del engaño», lo que pugna con el deber de informar exigible por la buena fe.

La noción del dolo carga su acento, en cualquiera de sus formas, en la conducta insidiosa del agente, en la maquinación o astucia activa o pasiva, por acción o por omisión, del que induce al otro a contratar, no en el error inducido de éste, independientemente de que esta situación psicológica se dé o no en él, dadas las diferencias y consecuencias distintas entre los dos vicios del consentimiento, error y dolo; en ese sentido, la maquinación insidiosa es independiente de la actitud de la parte afectada, porque no se puede ni se debe premiar la mala fe ínsita en el dolo, como si el Derecho debiera ser más el protector de los astutos que el defensor de los confiados.

ACTUARAN LOS TRIBUNALES ORDINARIOS EN LOS CASOS DUDOSOS DE COMPETENCIA (SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—A los Tribunales especiales les está atribuido el conocimiento de las contiendas judiciales en los casos tan sólo en que claramente concurren los requisitos específicos y determinantes, según la ley, de su actuación, pues en los demás, incluso en los que ofrezcan duda, actuarán los Tribunales ordinarios, máxime cuando se ventilan exclusivamente derechos privados.

J. Q. S.

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

DESAHUCIO.—NO PUEDE ADMITIRSE LA IMPUGNACION DE LA CALIFICACION DEL ARRENDAMIENTO EN ESTE PROCEDIMIENTO (SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 1980).

El usufructuario de la finca cedió ésta en arrendamiento a los demandados por cuatro años, siendo el aprovechamiento ganadero el principal de la finca. El propietario hizo saber al arrendatario, fallecido el usufructuario, que el arrendamiento se extinguiría el 30 de septiembre de 1977. Como no abandonasen la finca los arrendatarios, se les requirió notarialmente sin que éstos atendieran tal requerimiento, por lo que se les demandó ante el Juzgado de Plasencia, que estimó la demanda respecto a algunos demandados y no respecto a otros, por no considerarlos arrendatarios, desestimando la apelación la Audiencia de Cáceres.

No prospera la revisión. En cuanto a la calificación del arrendamiento no procede admitir la impugnación porque este recurso no es una tercera instancia, en la que el recurrente pueda sustituir el criterio del Juez por el suyo propio. Las diferencias de cabida y de linderos no afectan a la identificación de la finca, debiendo primar el contenido del Registro sobre el del Catastro. La efectividad de las liquidaciones de las mejoras a realizar en la finca no afectan a la *causa petendi* del actor, ya que esas liquidaciones habrían de efectuarse en el momento del establecimiento al modo de los artículos 1600 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que en la sentencia recurrida no existe un reconocimiento del contrato en la forma que el recurrente pretende, ni mucho menos de prestaciones y mejoras indemnizables.

DESAHUCIO.—SI EL ARRENDATARIO NO SATISFACE LOS PLAZOS DE RENTA QUE VENZAN DURANTE LA SUSTANCIACION DEL LITIGIO, SE LE TENDRA POR DESISTIDO DEL RECURSO (SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1980).

No habiendo satisfecho el aparcero la contraprestación en frutos ni abandonado la finca, se solicita el desahucio ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Palencia, que lo concedió, confirmándolo la Audiencia de Valladolid.

El recurso de revisión no tiene éxito. Según consta en la sentencia recurrida, los demandados habían satisfecho la renta del año 1977-78, pero no la del año 1978-79, por lo que es de aplicar el número 3 del artículo 54 del Reglamento de 1959, a cuyo tenor si el arrendatario no satisface los plazos de renta que venzan durante la sustanciación del litigio, se le tendrá por desistido del recurso, que fue la decisión que se adoptó, declarando firme la sentencia apelada, desestimándose así los dos motivos del recurso interpuesto, que se fundaban en el pago de las rentas vencidas sin justificar el incumplimiento de la que específicamente le imponía la ley para poder plantear la apelación anterior, referente no a las rentas vencidas, sino a las que venzan durante la sustanciación del pleito.

RETRACTO.—NINGUN PRECEPTO DE LA LEGISLACION ARRENDATICA ESTABLECE UNA PRESUNCION LEGAL DE CONOCIMIENTO DE LA TRANSMISION, SIN QUE PUEDA FUNDARSE ESE CONOCIMIENTO EN HIPOTESIS O DEDUCCIONES (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1980).

Se pretende el retracto de la finca arrendada en cuanto a las porciones cultivadas por los actores, consignando, por ignorar el precio de venta, el resultante de capitalizar al dos y medio por ciento el importe en numerario de la renta contractual vigente ante el Juzgado número 2 de Ponferrada, que desestimó la demanda, pero la Audiencia de Valladolid revocó la sentencia anterior, estimando los argumentos de los actores.

No prospera el recurso de revisión. Ni la certificación del Registro de la Propiedad ni la del acto de conciliación prueban que los actores tuvieron conocimiento de la venta con anterioridad al momento que la sentencia recurrida afirma, no contradiciéndola, ya que lo que aparece es que el conocimiento de los retrayentes lo es con base en deducciones, interpretaciones e hipótesis que no pueden servir, según reiterada jurisprudencia, para fundar un recurso de casación, alegando incluso los recurrentes que los arrendatarios pudieron conocer la transmisión por su constancia en el Registro antes del acto de conciliación, posibilidad contraria a lo que debe ser la realidad del mismo, que es lo exigido por el artículo 16 del Reglamento de Arrendamientos. Ningún precepto de la legislación arrendaticia establece una presunción legal para el conocimiento de la venta, como pretenden los recurrentes, con base en pruebas cuya valoración hecha por la sentencia recurrida pretenden cambiar aquéllos por su peculiar apreciación. Los documentos auténticos que, según los recurrentes, prueban que los retrayentes no eran cultivadores directos y personales, no han sido aportados hasta el recurso y su admisión en este trámite hubiera supuesto la indefensión de la otra parte.

RETRACTO.—NO ES NECESARIO QUE SE DETERMINE A PRIORI LA PARTICIPACION EN EL RETRACTO DE CADA VENDEDOR CONJUNTO DADO QUE SE DERIVA DE LA RESPECTIVA PORCION VENDIDA (SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1980).

Los aparceros pretenden el retracto de la finca vendida ante el Juzgado de Vilafranca del Penedés, que lo admite, confirmándolo la Audiencia de Barcelona.

No prospera la revisión ejercitada ante el Tribunal Supremo. La no unanimidad de los colonos para que los otros cultivadores puedan ejercer el retracto es una cuestión de hecho cuya apreciación es de la incumbencia del Juez de instancia, que sólo puede ser destruida por la prueba del error sufrido en la fijación judicial del hecho, pero no por simples y personales argumentos de la parte. De la sentencia recurrida se deduce que el tercer aparcero no contesta al requerimiento notarial por no intere-

sarle el retracto, y ante la actitud pasiva de éste fue ejercitada por los otros dos, de donde resulta la incorrección de afirmar que dicho colono no tuviera oportunidad para actuar de acuerdo con los otros colonos requirientes en la acción de retracto. No es necesario, según la legislación arrendaticia, que se determine *a priori* la proporción en el retracto de cada vendedor conjunto, dado que ello se deriva de la porción respectiva vendida, por lo que si la consignación hecha por los retrayentes no guarda exacta proporción numérica con el número de jornales que cultiva cada uno, y ello no puede afectar a la eficacia del retracto ni al derecho del que vende forzosamente, que lo ve cumplido mediante la participación del total valor y le es indiferente la distribución del importe dinerario que aquéllos consignaron. Los preceptos fiscales —Impuesto de Sucesiones que se alega no fue satisfecho por los retrayentes herederos de los primitivos colonos— no pueden servir de fundamento para la casación, aunque lo sea para otras instancias administrativas.

RETRACTO.—EN EL MOMENTO DE LA TRANSMISION DE LA NUDA PROPIEDAD, EL CAUSANTE DE LOS ACTORES NO ERA ARRENDATARIO DE LA FINCA, OSTENTANDO TAL CUALIDAD SU PADRE, QUE, COMO HERMANO DE LA ARRENDADORA, ERA TITULAR DE UNA LOCACION EXCLUIDA DE LA LEGISLACION ESPECIAL SOBRE LA MATERIA (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1980).

Se solicita el retracto por los arrendatarios ante el Juzgado de Peñaranda de Bracamonte, que dio lugar al mismo, revocándolo la Audiencia Territorial.

No tiene éxito el recurso de revisión. En el momento de llevarse a efecto la transmisión de la nuda propiedad de la finca rústica objeto de la acción retractual, el causante de los actores no era arrendatario de dicha finca, ostentando tal cualidad su padre, que, como hermano de la arrendadora-enajenante, era titular de una locación excluida de la legislación especial sobre la materia y, por ende, carente de la acción para retraer que la legislación arrendaticia establece a favor de los arrendatarios. No se justifica más que el pago de la renta del último año, sin existir justificantes de haber satisfecho antes renta alguna. La certificación de la Cámara Oficial Agraria de que la vida activa como labrador del padre del recurrente acabó en 1966 no justifica que éste fuera arrendatario a partir de esa fecha, tanto más cuanto que el pago de las rentas sólo se prueba a partir de 1969. La equivocación de la sentencia recurrida, que dice que el requisito de no ser propietario de más de cien hectáreas en secano o de diez en regadío, ha de darse al ejercer la acción y no en la transmisión que originó el nacimiento de dicho derecho y que es lo lógico, no puede desvirtuar el fallo de la sentencia recurrida, siendo reiterada la jurisprudencia de esta Sala, que dice que no procede la casación en todos aquellos casos en que, aun cometida en los fundamentos del fallo alguna infracción legal, tiene ésta base para mantenerse por otras razones jurídicas.

RETRACTO.—NO PUEDE ADMITIRSE EL EJERCICIO DEL RETRACTO CUANDO EL DEMANDANTE NO TIENE EL CARACTER DE ARRENDATARIO AL EJERCITAR LA ACCION POR HABER TRANSCURRIDO EL PLAZO CONTRACTUAL SIN HABER SOLICITADO LA PRORROGA LEGAL (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1980).

La finca arrendada es adjudicada a la Hacienda Pública por débitos del arrendador, y después vendida por ésta a un tercero, por lo que el colono ejercita la acción de retracto ante el Juzgado de Coria. El adquirente alegó que el contrato se había extinguido cuando adquirió la finca Hacienda por subasta, sin que el Abogado del Estado le reconociera como tal colono, no habiendo pagado renta alguna desde 1972 ni al anterior propietario ni a la Hacienda. El Juez desestimó la demanda, confirmando la Audiencia de Cáceres.

No ha lugar a la revisión el Alto Tribunal. Transcurrido el plazo contractual y no ejercitado el derecho a la segunda prórroga por el recurrente, no puede admitirse el ejercicio del retracto, ya que no tenía el demandante el carácter de arrendatario de la finca en cuestión, dado que el contrato quedó extinguido en 1975 por aplicación de la normativa sancionada en el número 1 del artículo 24 del Reglamento de Arrendamientos, en concordancia con el epígrafe a), número 1, del artículo 9, y números 1, 4 y 5 del artículo 10 del citado Reglamento. No puede admitirse la subsistencia del vínculo arrendaticio en tanto no se sancione judicialmente su resolución, ya que esta doctrina no tiene valor cuando el arrendamiento se ha extinguido *ope legis*, ya que una cosa es la existencia de causas que facultan al arrendador para que el vínculo arrendaticio no persista, y otra la cesación automática de sus efectos por disponerlo preceptivamente la Ley, sin posibilidad de reconducciones tácitas, ya que el arrendamiento se extingue por ministerio de la Ley. Por otra parte, el cauce adecuado para apreciar novaciones de un contrato que sirva de soporte para el retracto tiene adecuado planteamiento y oportuna resolución en el juicio en que se plantea, tanto por ser esencia del debate, cuanto porque entablada una acción, los principios de buena fe y de economía procesal así lo exigen.

DESAHUCIO.—NO PROCEDE PORQUE A PESAR DE LO QUE DIGAN LOS CONTRATANTES, LA DURACION MINIMA DE LOS ARRENDAMIENTOS HA DE SER LA QUE ESTABLECE LA LEY POR TRATARSE DE NORMAS IMPERATIVAS LAS ESTABLECIDAS EN LA LEGISLACION ESPECIAL ARRENDATICA SUSTRAIDAS A LA VOLUNTAD DE LOS CONTRATANTES (SENTENCIA DE 1 DE NOVIEMBRE DE 1980).

Se demanda ante el Juzgado número 1 de Cáceres el desahucio de la finca por extinción del contrato, por haber vencido con creces el plazo del mismo, según el actor. El Juez estima la excepción de inadecuación del procedimiento, y sin entrar en el fondo de la litis desestimó la demanda. La Audiencia de Cáceres revocó, en parte, la sentencia anterior y absolvió al demandado.

No triunfa el recurso de revisión. Las normas relativas a los Arrendamientos Rústicos sujetos a la legislación especial son imperativas y no admiten pacto en contrario de los contratantes, según el artículo 1 del Reglamento, y las cláusulas *contra legem* se tienen por no puestas, por lo que es evidente que si de duración del arrendamiento se trata, las notas de imperatividad e inderogabilidad se traducen en la exigencia de aplicar, pese a lo estipulado, lo prevenido en los artículos 9 y siguientes de tal normativa, que preceptúan que los contratantes han de ajustarse a los plazos mínimos señalados, que son en este caso de seis años, con derecho de prorrogar el arrendamiento por otro periodo igual, siempre que su decisión sea notificada al otro en los términos del artículo 10, requisito constitutivo y como tal de inexcusable observancia, sin cuyo cumplimiento el arrendador puede dar por finalizado el contrato. Concertado el arrendamiento en 1966, se extinguió en 1972, por lo que el convenio hecho en 1973, ampliándolo por dos años y elevando la renta, no es una prolongación del primitivo, sino la creación *ex novo* de una situación locativa independiente, cuya duración ha de sujetarse al plazo mínimo del citado artículo 9, sin embargo de lo acordado por los intervinientes, pues en lo tocante a ese lapso temporal no puede operar el principio de la autonomía de la voluntad del derecho general de las obligaciones, poco acorde con la finalidad de esta legislación especial, cuyas previsiones sobre duración mínima serían fácilmente defraudadas, sin más que calificar al segundo y sucesivos contratos de ampliación o prórroga del originario con incremento de renta. No se puede alegar la interpretación literal del nuevo contrato, ya que las normas arrendaticias son de *ius cogens* y no admiten pacto en contra. En el nuevo contrato no ha transcurrido el plazo mínimo de seis años, prescrito por la legislación especial.

DESAHUCIO.—HABIENDO MEDIADO EL PREAVISO EN FORMA LEGAL PARA LA RESOLUCION DEL CONTRATO Y NO CONCURRIENDO NINGUNA CAUSA DE PRORROGA LEGAL NI VOLUNTARIA, PROCEDE EL DESAHUCIO (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1980).

Fueron cedidas las fincas en masovería-aparcería en 1953. En 1974 se comunica la resolución del contrato por el aparcero, en cuanto a unas, continuando respecto a otras. El actor en 1976, mediante requerimiento notarial, solicita de aquél el desalojo y abandono de las fincas, que no aceptado da lugar a la demanda ante el Juzgado de Manresa, que concede el desahucio, confirmando la Audiencia de Barcelona.

El recurso de revisión no triunfa. El actor puede actuar tanto en su nombre como en el de su hermano con el poder concedido por éste, confiriendo poderes a los procuradores, tanto más cuanto que el demandado ha reconocido dentro y fuera de la litis la personalidad del actor, por lo que no puede impugnarlo ahora. El contrato de aparcería no es uno de opción, confirmando la Sala en la sentencia recurrida que habiendo mediado el preaviso en forma legal para su resolución no concurre ninguna causa de prórroga legal o voluntaria, por lo que procede el desahucio.

RETRACTO.—PROCEDE RESPECTO A LA FINCA PRIMERA Y NO EN CUANTO A LA SEGUNDA, POR NO TENER EL CARACTER DE RUSTICA. LA SENTENCIA RECURRIDA LO ADMITE EN CUANTO A UNA FINCA UNITARIA, QUE NO ERA EL CONCEPTO EN QUE LAS POSEIA EL RETRAYENTE (SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1980).

Vendidas las fincas arrendadas sin notificarlo al arrendatario, éste interpone demanda de retracto ante el Juzgado de Carballo. Tanto éste como la Audiencia de La Coruña admiten el mismo.

El recurso de revisión es estimado en parte. La sentencia recurrida da lugar al retracto no con relación a las fincas una y dos del hecho primero de la demanda, no como fincas independientes, tal como lo había pedido el retrayente, sino como finca unitaria, como la adquirió el demandado retraído. Concedido así el retracto respecto a una finca unitaria y no con relación a fincas independientes, que según los aspectos fácticos de la demanda era lo real, se produce la situación de incongruencia alegada en el motivo primero del recurso, pues se ha alterado el objeto de la pretensión arrendaticia, ya que hay que considerarlas como lo considera el retrayente y no el propietario arrendador-vendedor o el comprador, que si produce efecto en cuanto a la transmisión del dominio, no sucede igual en lo que afecta al arrendamiento, pues, en caso contrario, se alterarían los derechos del arrendatario por la exclusiva voluntad del arrendador, alterando la descripción de las fincas. También es de acoger el motivo segundo, pues la cosa juzgada entre este juicio y otro de desahucio anterior se da en el aspecto subjetivo, pero no en el objetivo, ya que los fines perseguidos son distintos entre uno y otro, además de la circunstancia indicada de la distinta consideración de las fincas, unitaria o independientes, como hemos visto. El valor superior al duplo de las de su naturaleza, no existe el carácter de finca rústica necesaria para la viabilidad del retracto en lo que afecta a la finca primera, aceptando en cuanto a ella los razonamientos de la sentencia recurrida y desestimándolos respecto a la finca segunda, dada su proximidad a la carretera, a que alude el número 3.º del artículo 2.º del Reglamento de Arrendamientos, sin perjuicio de que no sean colindantes con ella, ya que «próximo» no quiere decir que tenga contacto directo con ella, sino que esté cercano, lo que es de apreciar en ella, ya que está a 55 metros de la carretera. El precio asignado a la finca retraída ha de ser el que proporcionalmente le corresponda en relación al precio total fijado en la escritura, en conjunción con otras fincas.

RESOLUCION—EXISTE MALA FE POR PARTE DE UNO DE LOS ARRENDATARIOS PARA LA NOTIFICACION DEL DERECHO A LA PRORROGA, POR LO QUE PROCEDE LA RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1980).

En 1971 se cedió en arrendamiento una finca por la usufructuaria de la misma a varias personas por un plazo de seis años, cediéndose por otro documento de la misma fecha otros predios excluidos del contrato ante-

rior, por el mismo plazo. En 1977, al haber vencido el plazo y no haber notificado su deseo de prórroga los arrendatarios, se inició el procedimiento para la resolución del arriendo ante el Juzgado de Ecija, que admitió la demanda, desestimando la reconvencción de los demandados y declarando el desalojo de todas las fincas arrendadas en ambos contratos, confirmándolo la Audiencia de Sevilla.

No ha lugar a la revisión. La actitud de uno de los arrendatarios, en su nombre y en el de los otros, de desplazarse a otra población distinta a Ecija para ejercitar su derecho de prórroga del contrato ante el Notario de ésta, significa mala fe por su parte, ya que aunque la arrendadora era vecina de Sevilla, se fijó un domicilio en Ecija para el cumplimiento del contrato, y en ella vive también el nudo propietario, estando situada también en su término la finca, así como el domicilio de los arrendatarios. Este acto es ineficaz para dar vida a la prórroga contractual, por lo que el Juez estimó la existencia de mala fe en esta conducta declarando vencidos ambos contratos.

C. R. R.

LIBROS

BAZ IZQUIERDO, F.: *Derecho inmobiliario e hipotecario inglés y su comparación con el sistema inmobiliario español*. Editorial Revista de Derecho Privado, 1980.

Quizá tenga muchísima razón DÍEZ PICAZO cuando en el prólogo de esta obra habla del conocimiento epidérmico del Derecho francés, italiano, alemán, suizo o portugués por parte de los juristas españoles dedicados a la materia inmobiliaria, pero que se convierte en auténtico misterio cuando se refiere al mundo del *common law*. Cada vez me convenzo más, pues cuando más me miro internamente, más ignorante me veo del Derecho inglés. Y es que los ingleses creo que en su trayectoria de influencia se propusieron tres grandes cosas: que todos juguemos al tenis, que todos bebamos *whisky* y que todos hablemos inglés. De su Derecho no creo que han hablado nunca como modélico para ser exportado. Verdaderamente que estos demócratas, que imponen su autoridad mundial a cañonazos, han logrado que casi todos juguemos al tenis gracias al «milagro» SANTANA, aunque yo lo haga de una forma peculiar que me hace sudar más: yo juego al tercer bote. El beber *whisky* es cosa que he tenido que aceptar por razones médicas de circulación y tensión, aunque me interesaría conocer la participación médica en la importación de esa destilación, que tiene los mismos resultados que nuestro ibérico juego de las siete y media: o te pasas o no llegas. El hablar inglés es cosa de honor, quiero decir el resistirse a utilizar ese idioma. El que una cosa se diga de una forma y se escriba de otra es una hipocresía muy en la línea de demócrata de lo inglés. Nada me importa sentirme en sus dominios idiomáticos como un semoviente que se guía por señas, pues el caso es resistirse a balbucear algo que se parezca a su lengua, lo mismo que JARDIEL PONCELA se murió sin que su repulsa hacia lo inglés permitiera su salvación a base de penicilina.

Si ignoro el idioma, si juego al tenis en la forma dicha y si el *whisky* viene impuesto por prescripción facultativa, es evidente que en orden a su Derecho me encuentro en inferioridad de condiciones. Pero eso no quiere decir que no tenga curiosidad de cómo estos sujetos, que dejaron nacer en su tierra a sir ROBERT RICHARD TORRENS, solucionan esos problemas que el Derecho inmobiliario o hipotecario encierra. Por eso insistí mucho en que se comprase para la biblioteca del Colegio el libro que ahora recensiono y que tomé en exclusiva con esta finalidad. Y aquí estoy frente a él ofreciendo al lector una primera sensación de perplejidad, al leer en la «nota preliminar» del autor que el sistema hipotecario inglés supone un estudio extenso y complejo y que es «indócil cualquier intento poco sólido de exponer y analizar sus instituciones». Pero la nota todavía es más patética, quizá para que luego se valore más la labor investigadora

de su autor, al decir que ni la sistemática inglesa se asemeja en nada a la que es habitual entre nosotros y que su léxico difiere totalmente del que estamos acostumbrados. Esto debe ser algo parecido a llevar el coche europeo a Inglaterra y pretender circular por la derecha, como los cristianos. Menos mal que el autor aclara que la obra no tiene ninguna conexión con los géneros policíacos o de misterio a que la Agatha nos tiene tan acostumbrados, pero resulta desalentador saber que los rasgos fundamentales de este Derecho son los siguientes: 1) Respeto y devoción por la tradición jurídico histórica. 2) Técnica jurídica muy pobre y deficiente. 3) Predilección por el negocio fiduciario. 4) Preferencia de la justicia sobre la seguridad. 5) No tiene aliciente intelectual.

Cuando uno mira con respeto y tolerancia, frente al desprecio y la ignorancia con que ellos nos corresponden, el sistema inglés y sus caracteres, no puede menos de reaccionar y pensar que nuestro sistema ha sido y es modelo de muchos otros, y el inglés se cierra en ese aislamiento que el concepto de isla nos proporciona la geografía, y es que si no hay técnica, si la fiducia refleja el eterno problema de la hipocresía y si la seguridad no se impone sobre la decisión judicial, este sistema es como el de sus medidas y pesos: a extinguir.

La obra —y ya es hora de que nos metamos en materia— ofrece en su estructura cuatro capítulos, y dentro de ellos diversas partes, y está confeccionada por su autor con indudable habilidad para el lector: existe una síntesis que resume y comenta los aspectos más salientes de las instituciones y otra más amplia en la que se estudian con integridad. La síntesis facilita nuestra labor de recensión, aunque para el que quiera adentrarse en la institución sea necesaria la segunda parte. Distinguimos las partes en que se divide la obra.

A. DERECHO DE COSAS: CONCEPTOS BÁSICOS

Arrancar de unos conceptos básicos se me antoja que es esencial, y, sobre todo, cuando éstos se refieren a la propiedad, la posesión, el dominio, la propiedad personal, la real y el concepto del inmueble. Hay que desmitificar la idea latina de que «el territorio es de la Corona» y de que todo lo preside el «Dios salve a la Reina o al Rey», porque los ingleses, aun en su simplicidad jurídica, tienen conceptos como los apuntados, limitándose en ciertos casos a una enumeración de los bienes inmuebles, sin que ofrezcan una definición de finca ni distingan si es rústica o urbana.

Sobre esta propiedad funciona el crédito y la garantía que los sostiene, y así se admiten los tres tipos de garantía: la hipoteca (con transmisión de propiedad al acreedor), la prenda (adquiere el acreedor la posesión) y el derecho de retención, con dos variantes en forma de privilegios.

B. EL DERECHO INMOBILIARIO INGLÉS

Es importante, siguiendo al autor, aclarar dos conceptos que sirven de estructura interna y externa del Derecho inglés. De una parte, está el *Derecho común* (el *common law*), que es un Ordenamiento constituido por costumbres forales de ámbito local a las que la acción integradora de la jurisdicción real, de origen medieval, dio expresión y valores comunes.

Este Derecho sirvió de soporte a la implantación de un nuevo sistema de normas, la Equidad, cuya génesis fue, a un tiempo, respuesta política y jurídica a las insuficiencias advertidas en aquél, ya desde el siglo XIII, y a su incapacidad para superarlas con sus propios medios.

Esta distinción, ciertamente importante, permite hablar de un Derecho inmobiliario en ambos Derechos: el común y el de equidad. El feudalismo normando domina el primero con su lema de que la Corona es la titular exclusiva del único dominio inmobiliario, al que conceptualmente no se le reconocen límites, y la aplicación universal del sistema de «tenencias» feudales y «pertenencias». Da miedo hablar de feudalismo en pleno siglo XX con el telón de fondo continental de la Revolución francesa.

La rigidez e inflexibilidad estructural de las instituciones inmobiliarias del Derecho común, motivada en gran parte por el carácter de piedra angular de la posesión feudal de inmuebles y el agobio producido por las opresoras cargas feudales a quienes detentaban la tierra, actuaron como causas desencadenantes de una vasta y prolongada operación de reforma del sistema inmobiliario inglés que fue protagonizada por la jurisdicción de la Equidad. Así surgió la «cesión fiduciaria» y la institución de la «pertenencia equitativa». Igualmente se estudian por el autor los temas de la propiedad vinculada (vinculación estricta y fideicomisos para venta), así como la simplificación del Derecho inmobiliario sustantivo con ciertas medidas y la simplificación de la contratación inmobiliaria.

C. DERECHOS REALES INMOBILIARIOS, MODALIDADES Y RÉGIMEN JURÍDICO

Se hace necesario enlazar esta materia con el final incompleto de la anterior, en el que se dice por el autor que «la piedra angular de la reforma inmobiliaria, a través de cuyo cauce ha de discurrir el futuro caudal de la contratación inmobiliaria del país, es el Registro de Títulos». Parte este Registro de los caracteres siguientes: es de inscripción obligatoria en todas las pertenencias, se ajusta al sistema del folio real y lo registrado es inatacable, salvo excepciones tasadas. Tiene, por último, un amplio valor informativo que abarca a la mayoría de las cargas inmobiliarias existentes, aunque no a su totalidad. Todo ello arranca del año 1925, en el que se produce la reforma que introduce flexibilidad en el *common law*.

Esta parte de la obra es la más extensa y en ella el autor va estudiando las diferentes figuras que pueden cobijarse bajo el concepto de derechos reales inmobiliarios: la pertenencia plena absoluta en posesión, las figuras de la vinculación y el fideicomiso para venta dentro del Derecho inmobiliario, los poderes equitativos, los derechos reales limitadamente heredables, el usufructo de la pertenencia, los derechos futuros, la comunidad o cotitularidad de derechos, los arrendamientos reales, los derechos personales (autorizaciones o licencias), servidumbres de uso y disfrute, pactos y rentas censales, etc. Todo ello tiene un remate que desemboca en el estudio del tráfico jurídico de todos estos derechos en su posible conexión con la institución registral. Es aquí donde el autor, partiendo de la distinción entre transmisiones *inter vivos* y *mortis causa*, estudia la estructura registral en su doble proyección de Registro de Cargas y Registro de Títulos.

D. EL SISTEMA HIPOTECARIO INGLÉS

Esta parte de la obra, que cierra la publicación, está destinada al examen de la garantía real y sus formas, y especialmente la figura de la hipoteca en su evolución, clases, elementos, transmisión, derechos, prelación, extinción y liquidación. Al comienzo señalamos la existencia de un prólogo, una nota preliminar, y ahora añadimos que existe una bibliografía y un índice sumarial.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

CLAVERO, BARTOLOMÉ: *El Código y el Fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea*. Madrid, 1982, 174 págs.

Cualquier escrito de BARTOLOMÉ CLAVERO despierta de inmediato mi interés, por varias razones. En primer lugar, porque antes de su lectura sé que será un profundo esfuerzo por plantear problemas muy centrales de la Historia del Derecho —es decir, de la Historia y del Derecho—. En segundo lugar, porque estará ligado al estudio de las cuestiones que le ocupan desde hace años en torno a las transformaciones desde el antiguo régimen a la época liberal —o sea, engarzado en una línea de investigación de interés, cultivada con asiduidad y constancia—. Por último, sus planteamientos, servidos por datos copiosos, van a sugerir renovados estudios y brillantes sugerencias para el futuro. No son sus textos mera descripción de leyes u otras fuentes jurídicas, aisladas, desarraigadas de la realidad circundante, como tantas veces ocurre en nuestro campo de especialización. Y conste que mi personal amistad hacia él no me ciega en absoluto en la positiva valoración de su obra —tal vez es ésta, la lectura de su *Mayorazgo en Castilla*, Madrid, 1974, la que originó mi relación e intercambio de ideas con el autor.

Conocía ya, en buena parte, las páginas que ahora aparecen en forma de libro, algunas porque estaban publicadas, otras por habérmelas enviado el autor. Me serví de ellas, y ahora, con ocasión de esta publicación, me permitiré algunas observaciones acerca del conjunto. En su primer apartado presenta los fueros en la España contemporánea: de la reacción antiliberal al federalismo vergonzante. El sistema liberal es, nos dice, desde un primer momento, antiforal: sus Constituciones prescinden, repudian los fueros históricos, aun cuando la de Cádiz de 1812 pueda recurrir a ellos en su preámbulo para resaltar una continuidad que, sin duda, no existe. Más bien son los movimientos carlistas quienes defienden los fueros en un primer momento, si bien más tarde empezaran a interesarse por las cuestiones forales —desde una perspectiva civil— amplios sectores liberales; en conexión con la codificación civil aparecen resistencias a la unidad, basadas en situaciones, agrarias primordialmente, que defienden intereses contrarios a las regulaciones del proyecto de Código. En la restauración se alcanza un estado unitario —se dejan ideas federales de años antes— que permite los derechos forales en el campo civil no en favor

de «parlamentos regionales, sino de los intereses menos controlados del caciquismo rentista» (pág. 9). Sólo desde una perspectiva vasca, la afirmación foral significaba, además, una resistencia frente al estado liberal. En la segunda República también Cataluña entraría por esta vía y su Parlamento legisla sobre sus relaciones agrarias, contra su régimen tradicional: un Estado de autonomía se mostraba contrario a la simbiosis anterior del Estado centralizado, con aceptación de un Derecho foral subsistente en sectores civiles principalmente. La época de Franco, con su conexión a este modelo, anunciaría y realizaría la codificación de los derechos forales en el tronco común del Derecho civil. En la Constitución actual aparecen ambos temas, derechos forales y autonomías —foralidades les llama—, que CLAVERO analiza con cuidado. En el inicio, pues, una matizada presentación de problemas.

Retoma estas cuestiones en su segundo apartado: «Historia jurídica y Código político sobre los derechos forales y la Constitución». Las numerosas referencias de la Constitución vigente a la historia, le hace pensar que tal vez los historiadores del Derecho tienen algo que decir sobre el presente —llega a ironizar sobre si no seremos ahora constitucionalistas—. En todo caso, un buen entendimiento de los problemas forales debe basarse en la historia; el autor la traza con rasgos generales, nítidos... Desde el Código Civil hasta nuestros días, la solución de la última República, en donde los parlamentos empezaron a regular en un sentido nuevo las instituciones forales, y hoy, cuando también pueden hacerlo las comunidades autónomas... Las aportaciones de CLAVERO son clarificadoras, pero todo este largo proceso no acabaremos de entenderlo hasta que se escriba en forma más concreta y profunda sobre la cuestión foral de mediados del XIX; si descubrimos las piezas clave para el mantenimiento de esta conservación —foros, rabassas u otros sectores—, es posible que lleguemos a la conclusión de que hoy la mayoría de aquellos intereses ha desaparecido con la evolución social y económica existente al cabo de cien años, y las compilaciones forales representen precisamente el capítulo final de aquellas realidades.

Sus siguientes páginas se destinan a la revolución científica y servidumbre histórica. De nuevo la historia frente a las nuevas situaciones, ahora en un sector concreto y esencial, la unificación de medidas. Estudia los esfuerzos de JORGE JUAN o de BURRIEL en este camino —con el deseo de establecer unas medidas españolas, mediante una decisión política—. Esta tarea que emprende la ciencia en el XVIII y XIX, tenía unas repercusiones importantísimas: la principal, la creación de un mercado más amplio, más fluido... CLAVERO destaca las implicaciones que podían tener estas medidas convencionales, iguales, en un mundo con diferentes medidas para diferentes hombres, según expresión de W. KULA. Y lo conduce a su tema, relacionándolo con los diferentes fueros, frente a la idea más científica de un Código; la codificación se presenta como un método científico, incluso matemático, que se opone al acervo desmedido de las leyes históricas. Estaba dificultada por la variedad de fueros, privilegios y excepciones, incluso dentro del pensamiento ilustrado de MELÉNDEZ VALDÉS o de FORNER. La recopilación significaría un mayor atenuamiento a la historia y un reconocimiento de la variedad, mientras el Código un intento constituyente —el análisis de las ideas de FLORANES o CAMPOMANES le sirve de materia para expresar estas ideas—. La etapa liberal, con sus constituciones y có-

digos, representa la razón y la unidad... Quizá en estas matizadas precisiones, que no puedo exponer, existe una excesiva atención hacia la forma de las leyes: recopilación *versus* Código, unidad frente a variedad, racionalidad frente a historia... Más bien creo que las diversas formas de presentarse el Derecho no guardan una correlación tan estrecha con sus contenidos; las recopilaciones son instrumentos de la monarquía absoluta para que se conozca y se apliquen sus normas —como lo fue la obra de JUSTINIANO—. En los códigos está más claro: los déspotas ilustrados buscaron en los códigos, impulsados por el iusracionalismo protestante, establecer su racionalidad para salvar el mundo feudal, mientras que los liberales los usaron para transformar aquellas situaciones. Ambos son productos de racionalismo, que pudo ser, según los casos, reformador o revolucionario. Por todo ello, entiendo que las formas de presentarse el Derecho tienen un papel adjetivo frente a los contenidos —hoy los juristas siguen utilizando más una recopilación, como es el *Aranzadi*, que los mismos códigos—. Otra cosa es que se presenten como «científicos» para facilitar su aceptación y su legitimación para el cambio... En todo caso, tiene razón el autor al señalar que la unificación de medidas y la de leyes están ligadas y ambas recurren a la ciencia como apoyo —su finalidad es, sin duda, una mayor integración del mercado—. Y también quede claro al lector que CLAVERO cuando se refiere a las formas también está analizando contenidos.

La mayor parte del libro está formado por su artículo, aparecido en *Agricultura y sociedad* (16 [1980], 27-69, y 18 [1981], 65-100), acerca de «Foros y rabassas. Los censos agrarios ante la revolución española», que es, sin duda, el mejor y casi único planteamiento general que tenemos de los censos en el siglo XIX. Su análisis se concreta en una panorámica del sentido que tienen los censos y su conservación en los años del liberalismo. Su descripción, con referencias a su carácter redimible o perpetuo, así como la posibilidad de constituir los censatarios, a la vez, nuevos censos —casos de Galicia y Cataluña con subforos y rabassas—, inician su exposición de los censos en el antiguo régimen. Después su suerte dentro de la legislación liberal, en que se conservan por reputarse dentro del dominio solariego o territorial..., o se facilita su desaparición mediante redención... No es posible seguir todas sus precisiones sobre la materia, que, en definitiva, vienen a concluir que los censos, al menos algunos de ellos, no suponían restos feudales en el XIX, sino que seguían siendo utilizados como formas de explotación de la tierra, insertas en el nuevo sistema. En el futuro habrá que desarrollar los planteamientos de CLAVERO en un análisis pormenorizado de la situación real de los censos, su extensión y su rentabilidad, su mantenimiento o su redención; habrá que centrarse en determinadas comarcas o zonas homogéneas e intentar mostrar aquella última etapa de subsistencia de los censos, hoy desaparecidos prácticamente, pero hasta no hace mucho algunos de ellos conservados. Tal vez, los primeros que empiezan a desaparecer son los consignativos —sustituidos por préstamos e hipotecas—; después, los enfitéuticos en zonas donde sólo existía un nivel censual, como Valencia, y, por fin, foros y rabassas, en último término, por su mayor complejidad, al permitir establecimientos de censos sobre censo, sobre el dominio útil, con que una solución favorable a quien detentaba la tierra hubiera favorecido a campesinos... En fin, son demasiado complejas estas cuestiones para

tratarlas en esta reseña. El estudio de los censos todavía llenará muchas páginas antes que entendamos su virtualidad y su ocaso; CLAVERO, sin duda, ha señalado pautas imprescindibles para su comprensión y empezar a recoger los datos para su análisis definitivo. .

Al fin del libro, en un apéndice recoge de nuevo el tema de la historia y la Constitución, en especial las nacionalidades y autonomías. Unas delimitaciones acerca del Estado y la nación y sobre el desdoblamiento de una nación en conjuntos autonómicos, que tienen una identidad histórica y la buscan consolidar a través de la historia. A esta luz plantea la modulación de las historias particulares —locales, regionales, nacionales...— en un ámbito más reducido, que se inserta en un conjunto más amplio: en concreto, historia de Cataluña o de Galicia en conexión con la historia de España. Y también algunos problemas de la Constitución vigente y las autonomías... Me detendré unos instantes en el tema anterior, ya que creo poder hacer algunas puntualizaciones. El autor plantea muy bien el sentido de la historiografía como un robustecimiento del sujeto o ámbito que describe. Hace notar asimismo que hoy las historias menores se presentan como una afirmación de círculos menores frente a la historia de España —es clara la enorme proliferación que las historias particulares están logrando en este momento—. Desde un punto de vista metodológico y científico, creo que el ámbito de estudio de la historia no está predeterminado en ningún momento —según los temas que se abordan puede estudiarse desde una ciudad a un continente—. En general, la agrupación de las fuentes en los archivos o su mayor o menor número es importante a este efecto —los medievalistas suelen abarcar más campos, mayor extensión geográfica y mayor duración cronológica por la limitación de sus fuentes y su publicación generalizada—. Por ello depende del buen criterio del investigador determinar su alcance a la hora de plantear las cuestiones: deberá contar con sus fuerzas para la recogida de fuentes y el nivel más o menos detallado con que quiera analizarlas, pero sobre todo, atinar en orden a que el marco y la profundidad de análisis responda a las hipótesis que pretenda plantear —si sólo quiere ver leyes es fácil que pueda abarcar incluso comparaciones con otros países de Europa, pero si pretende entrar en la práctica real tendrá que limitar mucho sus pretensiones—. No hay ámbitos definidos previamente, sólo el trabajo proyectado los define —otra cosa es que existan unas costumbres o rutinas científicas o unos intereses concretos suyos o del entorno, que les lleve a determinados enfoques—. El límite último, una historia universal, es siempre casi imposible, incluso escribir historia de Europa sólo es asequible con la participación de numerosos especialistas —aunque cada vez se impulsa más, por la aparición de las instituciones europeas—. Cuando los niveles o conjuntos menores se desarrollan, se constituyen en punta de la investigación y el conjunto sólo puede desarrollarse a partir de ellos. ¿Acaso la última obra de BRAUDEL no es excepcional? Sólo un hombre de su talla y una bibliografía como la europea permite ampliar hasta este extremo el ámbito de la historia...

MARIANO PESET

COSTANZA, MARÍA: *Il contratto atipico*. Milano, Giuffrè, 1981.

«Reconocer», como dice MANN, es una de las características del hombre: en lo nuevo reconoce a lo antiguo que pervive o renace con distinto nombre; en lo singular o individual, lo típico. Y los juristas, con su mentalidad profundamente conservadora, que les impide abandonar la tierra firme, en atención a las exigencias objetivas de certeza de la norma que regula la vida social, acuden al instrumento de la tipificación para adecuar la ley a aquellos supuestos propios de específicas situaciones jurídicas reguladas en forma fragmentaria o simplemente no reguladas, englobándolas así en esquemas establecidos de cuyo encuadre pueda alcanzarse una consistencia prenormativa.

«Tipo» es vocablo procedente de la lógica, dogmática que establece principios y líneas estructurales de los que se extraen consecuencias. Nació para obviar las insuficiencias del concepto general abstracto y pasó a ser común a todas las ciencias, en especial las naturales y sociales y, con ciertas dificultades, al Derecho. En muchas ocasiones se identifica a «modelo» y lo atípico se ofrece como expresivo de anormalidad, en sus aspectos técnico o ideológico. La contraposición tipo-concepto se destaca en forma fundamental: mientras el primero representa el esfuerzo de aproximación a un fenómeno vivo, el segundo es el resultado de una operación gnoseológica tendente a definir con una abstracción la esencia de la situación considerada. En aquél, la intuición desempeña un papel fundamental, pues es la vía utilizada para determinar los datos más característicos del cuadro complejo, jamás enunciabiles en términos generales con plena seguridad y la debida concreción. El concepto, en cambio, se encuadra en un proceso de subsunción y puede ser descrito, contrastando con el tipo que se acomoda más holgadamente a uno de reconducción y cuya descripción es normalmente imposible. El concepto es cerrado; el tipo, abierto. Ello no obstante, en ciertas vivencias pueden ser perfectamente homónimos.

En la disciplina jurídica, el tipo es introducido por JELLINEK, del que arrancan consideraciones como las de SAUER, WOLF o RADBRUCH, y se incluye en tratados de metodología tan solventes como los de LARENZ o ENGISCH. El tipo es recibido por nombres prestigiosos de toda Europa: SEIFFERT, SOHLUEP, KAUFMANN, STRAHE, ZIPPELIUS, entre los alemanes; abundan los franceses y algunos suizos, e Italia cuenta, aparte el precioso catecismo de GIORGIO DE NOVA: *Il Tipo Contrattuale*, con nombres tan ilustres como MESSINEO, FERRI, SACCO, GIORGIANNI, GAZZONI, GERARDINI, ROMANELLI, SPADA, BUONOCUORE, ASTOLFI, DI MAJO, ABBADESSA, MORELLO. La relación sería casi ilimitada.

Aunque la actuación del tipo se extiende a muchos campos, entre ellos el constitucional, penal y tributario, es, sin embargo, en las esferas de la privatística, sobre todo las relativas a sociedades y contratos, donde las pontificaciones dogmáticas se han prodigado con mayor generosidad tratando de desvelar nebulosas y ofrecer líneas, figuras y dimensiones. Las leyes, ciertamente, nos muestran tipos, aunque sólo los ideales, los representativos más del deber ser que del ser; pero no los regulan, ya que normalmente sólo ofrecen definiciones que en forma alguna pueden consi-

derarse excluyentes del método tipológico, el cual, por su elasticidad, pasa a ser un valioso instrumento en las operaciones de calificación y subsunción de supuestos de hecho poco adaptables, en especial los considerados «límite», o sea, aquellos cuyos elementos característicos carecen de fisonomía determinada.

Ciertamente, como expresa SACCO, el contrato estrictamente típico, aquel al que sólo son aplicables las normas generales del contrato, jamás ha aparecido ante un Juzgado o Tribunal. A todos se les aplican, de hecho, normativas de otros contratos especiales sobre la base de procedimientos interpretativos o aproximativos. De ahí las operaciones hermenéuticas, no siempre precisamente definibles ni separables cronológica y funcionalmente, que se denominan interpretación, que determinan notas características; calificación, o sea, toma en consideración de ciertos datos a efectos de encuadre, y subsunción o reconducción a uno o varios ejemplos legales considerados tipo, cuya disciplina se estima ser la procedente. Se trata de un hábito mental, una inercia permanente, plasmación de la perspectiva metodológica del jurista práctico, el que ordena sistemáticamente materias informes a las que impone el cuño de la numismática: el metal pasa a ser moneda.

La calificación es el momento revelador. Se plantea, en ocasiones, en términos de causa, en especial de causa objetiva; en otras, se atiende al objeto y, en muchas ocasiones, a los elementos esenciales o circunstancias indispensables para la existencia o validez de un negocio. Todas ellas son perspectivas sujetas a debate permanente y cada una es considerada insuficiente. En relación con todas o con alguna, se formula el método tipológico.

En la esfera privatística hay que distinguir el contrato atípico del innominado. En el Derecho romano clásico no se conoce la figura general del contrato; sólo aparecen los contratos singulares dotados de *nomen* y *actio*, pero esta rigidez se va atenuando al dar eficacia a convenciones que *transcunt ad nomen contractus*. En base a ellas, en la época bizantina, se elabora la figura del contrato innominado y el *nomen* pasa a ser una simple etiqueta no siempre coincidente con el contenido y expresiva, normalmente, de una regulación específica, mientras que el contrato innominado es el no catalogado en los modelos legales. Los códigos modernos no recogen el «tipo». Más bien, empobreciéndolo, lo transforman en concepto, pero la doctrina intensifica el examen y su estudio adquiere considerable dimensión, en especial con motivo de la estandarización de ciertos contratos y de los análisis de las repercusiones en el mundo del Derecho de los desenvolvimientos económico-sociales, que han producido en Francia nombres tan ilustres como los de CARBONNIER o DABIN. En el marco de la *common law* tampoco puede hablarse estrictamente del fenómeno de tipización, pero el uso de los *implied terms* en procesos de considerable generalidad conduce a consecuencias no distantes.

El nacimiento de un tipo requiere la consolidación de una praxis, con su complejo formulario. Su evolución, paralela a la dinámica de la vida, es constante. La ampara la llamada autonomía de la voluntad y resalta ordinariamente en materias de sustancia económica, tendiendo a eludir normas cogentes o prohibiciones o a adaptar viejas instituciones a los ímpetus de necesidades incontenibles. El legislador las recoge a considerable distancia temporal, actitud de super-prudencia. Y materias como

las de crédito, usura, gestión, agencia, o la particularísima contratación colectiva, laboral o mercantil masificada, muestran remansos amplios y profundos para la navegación dogmática.

MARÍA COSTANZA trata de dar a la materia que estudia un enfoque invertido, examinando la contratación desde el ángulo de la atipicidad, y limitada, pues parece imponer la verja negocial, alejando la institucional. Además, y como es natural, se centra en la legislación italiana, propia de uno de los frágiles estados nacionales que ahogan la unidad de amplias zonas de nuestro mundo o la universalidad jurídica y hacen recordar el lamento de IHERING, ya en 1852, apuntando el proceso de degeneración del Derecho, que al nacionalizarse había perdido su consideración de ciencia universal. Pero pese a todo ello, el estudio de nuestra autora abarca una infinidad de instituciones y se hace interesante en el mundo jurídico occidental de base romanista que sobrevive a todas las miopías políticas. Aún constata que el excelente Código Civil italiano de 1942, a diferencia de los anteriores, no se limita a señalar que los contratos sin denominación quedan sometidos a las reglas generales, sino que sólo les concede tutela jurídica en cuanto puedan ser considerados socialmente útiles, concepto éste de naturaleza ideológica propio de la época en que el texto se redactó y que hay que interpretar ampliamente refiriéndolo a las nociones vigentes, aunque siempre variantes, de orden público y buenas costumbres, e incluso acudir al enfoque constitucional, frecuentemente más literario que palpable. Y no olvida que deben considerarse constitucionales, normas internas, tratados como los de la CEE o la CEEA, lo que le conduce al examen de casos prácticos sumamente curiosos, como los procedentes del *know-how* y sus efectos en Alemania y Francia. La profundidad y elegancia del libro invitan a meditar, en las pausas de lectura, sobre la perfección alcanzada por este monumento extraordinario que es el Derecho occidental, ante el que palidecen la arquitectura egipcia o la escultura helénica. O en la Europa ingrata y despilfarradora que todavía vive de los tesoros pasados.

Penetrando en sectores concretos, en los que es posible la actuación de la autonomía de la voluntad, señala que en los institutos familiares y sucesorios parece reinar, en principio, la rígida tipicidad. Pese a ello, cierta autonomía puede deducirse principalmente en los primeros, en especial los no relacionados con el *status* o los de contenido meramente patrimonial.

En los negocios unilaterales *inter vivos* procede a una previa delimitación que configura la categoría. Distingue entre los que se agotan en la esfera del autor, los que influyen en la de los terceros, pero son rechazables expresa o tácitamente por éstos, y las denominadas promesas unilaterales en su más estricto sentido. Para la sección primera procede al examen de los emblemáticos institutos de la renuncia y la revocación con sus concretas manifestaciones de la remisión de deudas, la renuncia unilateral o abandono de una posición subjetiva activa, la renuncia del copropietario o los titulares de ciertos derechos reales: parece que por sus efectos, posibles o reales sobre patrimonios ajenos, deben ser objeto de estricta regulación legal, no admitiendo atipicidad. En el segundo sector, en el que deben figurar, a título ejemplar, la donación por razón de matrimonio y la constitución unilateral de hipoteca, tampoco parece caber el juego de la autonomía. En cuanto a las promesas, aun recordando que el

Código italiano determina que sólo son admisibles en los casos y dentro de los límites legales jamás ha de olvidarse el alto potencial de atipicidad implícito o inmanente en todas ellas.

Por lo que al campo societario se refiere, la doctrina tradicional es partidaria de la tipicidad más estricta. Se habla de interés de terceros, del carácter institucional de los entes colectivos, la prevalencia de lo institucional frente a lo contractual, la limitación de responsabilidad y otros conceptos que, ciertamente, imponen respeto. Pero frente a ello señala nuestra autora cómo la jurisprudencia italiana admite a figuras tan difusas, constituidas en el extranjero, como «Anstalt» o sociedades fiduciarias, y aun las tendencias al reconocimiento del carácter empresarial de sociedades de objeto estrictamente deportivo.

Las figuras que tienen acoplada limitación de responsabilidad, aun no siendo tipos elásticos, permiten cierta posibilidad de adaptación no sólo en la elección del esquema, sino en particularidades no esenciales de contenido. Y la flexibilidad es mucho mayor en la sociedad simple, general, civil o colectiva, que excluyen la citada limitación. Anotemos que ello puede constatarse no sólo en Italia, en la clásica obra de PAOLO SPADA sobre la tipicidad de las sociedades, sino aun en nuestra patria repasando cuidadosamente el tomo primero del *Derecho de sociedades*, de GIRÓN, o el profundo estudio de FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA. Muchas comunidades empresariales son simples sociedades atípicas.

Penetrando en el cuartel de los derechos reales, nos recuerda COSTANZA que el *numerus clausus* aparece con la Revolución francesa y con el propósito de liberar la propiedad de las infinitas modalidades de gravámenes a que se hallaba sujeta. Se planteó como el *pendant* de la libertad alcanzada por los comerciantes con la supresión de los gremios. Pero con el tiempo, el *numerus clausus* ha pasado a ser dique, que impide creación y desarrollo de figuras que la vida va imponiendo. Derecho de superficie, resurrección de la enfiteusis, derechos personales de goce, limitaciones de utilización o destino, propiedad horizontal, multipropiedad o urbanizaciones con estatutos no lejanos de los que regulan las personas jurídicas, conjunto de limitaciones y servicios recíprocos y otras mil hacen que en estos momentos el derecho real haya dejado de ser considerado como un dogma monolítico y el *numerus clausus* de muy discutible utilidad, pese a la simplificación que supone para los Registros Territoriales. Mediante las servidumbres atípicas se ha abierto una inmensa brecha en el *numerus clausus*, institución en plena crisis, como la distinción de derechos reales y personales, perfectamente sustituible por la de derechos de registrabilidad regulada, en vías de regulación y registración innecesaria. Reglamentación más adecuada para normas de segundo grado, más fácilmente adaptables a la dinámica social.

Finalmente, nuestra autora penetra en el campo de la legislación especial, aquella que se compila en *corpus* extraños a los clásicos, códigos sectoriales que pasan a ser ejes de verdaderos microcosmos jurídicos: arrendamientos, mundo laboral, contratación estandarizada. Leyes especiales que se distancian de la general, que pasa a tener un simple valor residual, y cuyo proceso de tipicidad va mucho más allá del problema de los tipos y alcanza hasta la esfera del concepto del contrato, que vacía de su contenido clásico.

No es posible penetrar en el examen detallado de las cláusulas de uso, de las conductas de los operadores económicos, de las condiciones generales del contrato, de los actos pilotados de los problemas resultantes de la contratación laboral colectiva, fenómeno que derrumba conceptos clásicos, como los de representación y libertad, que trasciende del Derecho privado, y aun de cómo éste resulta elaborado no sólo por el Estado, tan magnificado, sino por cuerpos intermedios que parecen readquirir su papel en la historia, abriendo un renacimiento feudal en forma de sindicatos de trabajadores o empresarios o de grandes multinacionales. Las páginas de MARÍA COSTANZA pasan a ser absorbentes, subrayan nuevas perspectivas, apuntan a un mundo que amanece entre brumas y parece como si con un Derecho aferrado a una perspectiva ptolemeica se asistiera a una alteración coperniquiana, algo similar a lo que ocurrió al Derecho quirritario cuando, al contacto con pueblos extraños, engendró el *ius gentium*, que le desplazó de trono y púrpura. Hay estudios tan endebles que a su término se ha dicho que hacen sonreír a una estatua. El recensionado ensombrece el rostro del más curtido Rigoletto.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

ESCOBAR FORNOS, I.: *Introducción al Derecho inmobiliario nicaragüense*. Nicaragua, 1979.

Particularmente, me siento vinculado con mi obligada recensión de este libro, pues al que leyerde debo advertirle que el prologuista del mismo soy yo. Lo traigo, igualmente, a recensión porque es un libro publicado en la etapa «sandinista», y eso ya tiene importancia como fenómeno sociopolítico, aparte del contenido jurídico que la obra lleva consigo. El libro ha tenido sus peripecias y ha llegado un poco tarde a mis manos, por eso esta recensión sale, como algunos trenes, con retraso.

A mí, la democracia, si es inglesa, me parece una hipocresía, y si es española, una ordinariez. Yo no he sido nunca demócrata, pero sí, como decía ORTEGA Y GASSET, liberal, liberal de derechas, pero liberal. Una de las muchas manifestaciones de esta forma mía de pensar y ser es el haber hecho un prólogo en una obra que se publica en una crítica situación del país nicaragüense. Es mi tercer prólogo y eso en una obra de Derecho inmobiliario viene a ser una bonita coincidencia, casi, casi, como aquella letra de una conocida zarzuela española que decía: «Yo soy el rata primero, y yo el segundo... , y yo el tercero».

Pero dejemos el prólogo y vayamos a la obra y a su autor. El autor, gran amigo mío, creo que es digno de un párrafo especial. En las dos etapas que le ha tocado vivir en su país, al que sigue arraigado, en ninguna de ellas ha dejado de ser un jurista por encima de todo, y esto es admirable porque fuera o al margen del «tinte» legislativo que la normativa puede tener hay algo que está por encima de todo ello, que es la «ciencia jurídica», en la cual militan los grandes juristas, como es Iván ESCOBAR FORNOS. Gracias Iván por ese escrito dirigido al honorable señor Director Nacional de los Registros de tu país invocando la legislación española y la

cita de mi persona, en ese proyecto de reforma en el que estáis metidos para sacar adelante vuestra legislación hipotecaria.

Creo que la obra, independientemente de su división en capítulos, permite una disección estilo cirujano para descubrir en ella tres grandes partes: lo que podríamos llamar conceptos generalizadores y sistemas, el sistema propio de Nicaragua y la exposición de los principios hipotecarios. Esta estructura, que aceptamos para su exposición, simplifica un poco el contenido y hace más fácil al lector lo que el mismo busca. La obra va precedida de un índice general; el prólogo; la dedicatoria a la esposa e hijos del autor, para quienes envió un cordial saludo; un código de abreviaturas; una relación de sentencias y consultas utilizadas; un índice de disposiciones de Derecho que se citan, otro de materias y otro de autores, y el que quiera asomarse a la publicación verá que IVÁN, además de saber escribir, sabe consultar y utilizar la bibliografía.

A. CONCEPTOS Y SISTEMAS

Los grandes temas que aborda el autor son todos aquellos que clásicamente van exponiéndose en los grandes tratados de Derecho hipotecario, y de los cuales habría que ocuparse con cierta quietud para ofrecer al estudioso las razones que tuvieron todos aquellos autores del pasado siglo para marcarnos unas pautas. IVÁN es un hombre apegado al conceptualismo y a la rigidez expositiva, lo cual no le priva de tener los pies en ese suelo volcánico de su nación. De ahí que afronte los temas del Derecho hipotecario (que para él y para muchos es inmobiliario registral, aunque yo haya desertado de esa denominación), el concepto, el ámbito, los fines y las denominaciones. Igualmente, se ajusta a las líneas cartesianas de lo que debe entenderse por publicidad y su evolución histórica, que refleja, en última instancia, en el Derecho nicaragüense. Respeta toda la teoría de la autonomía de la disciplina y enfoca la problemática de su relación con las distintas ramas del Derecho, incluyendo en el mismo el «constitucional», que hasta ahora sólo había sido apuntado por algún autor. Yo creo que esto de las relaciones —más o menos pacíficas— entre las distintas ramas del Derecho es algo que habría que comprender en un superior problema que ofrece lo que se ha denominado «ordenamiento jurídico». Todo el conjunto de normas deben estar relacionadas y, lo que es más importante, coordinadas para que podamos hablar con cierta seriedad de la observancia del principio de legalidad. El «irse por las ramas» ha sido una afición muy destacada del campo administrativista, que ha considerado que el único Derecho aplicable es el administrativo, entendiéndolo que todo el ordenamiento jurídico tiene ese carácter, cuando no es cierto.

Los esquemas que IVÁN ofrece de los distintos sistemas hipotecarios son un producto de una observación y estudio que le sirven para su comparación con el vigente en Nicaragua. El sistema francés, el alemán, el suizo, el australiano y el español forman el pórtico donde va a entrar el de Nicaragua en sus semejanzas y diferencias con unos y otros.

B. SISTEMA DE NICARAGUA

En el espacio que nosotros dedicamos a esta materia se incluyen por el autor unos puntos importantes referidos a las bases sobre las que se

apoya y a un examen minucioso de la problemática de los asientos registrales (inscripciones, anotaciones, notas y cancelaciones); de la finca, como eje del sistema, y sus modificaciones; de los conflictos que la posesión plantea frente al Registro, y del acceso de fincas al Registro mediante su inmatriculación. Da auténtico placer, a los que hemos podido ver «en directo» los Registros de Nicaragua, cómo y hasta qué punto el sistema español ha dejado en ellos sus huellas, pero lo curioso es descubrir cómo en algunos puntos «nos han mejorado». Causa asombro, pero también mucha satisfacción.

C. PRINCIPIOS HIPOTECARIOS

Entiendo que aunque el autor ha explicado el funcionamiento de los diferentes sistemas a base de los principios que los rigen, es evidente que en la última parte de su obra la destine a un examen ya más minucioso de los principios hipotecarios (publicidad, rogación, inscripción, legalidad, especialidad, tracto sucesivo, prioridad, etc.), en donde aparte del concepto, los requisitos y la proyección de cada principio, se examinan las diferentes cuestiones planteadas en «el Derecho común hipotecario» (valga la expresión) y su reflejo en la legislación nicaragüense.

Termina esta parte con un capítulo dedicado a la organización del Registro y los proyectos que el autor ofrece para cierta uniformidad, modernización y puesta al día de la técnica registral.

Debo concluir esta recensión con cierta confesión sentimental frente al lector, pues, a pesar de mi objetividad en el ofrecimiento sintético de la publicación, parece que se me «ve la oreja» de la amistad. No quiero que esta recensión se confunda con una «compensación» a lo mucho que Nicaragua ofreció en su momento a la delegación española que les visitó, pues una cosa es el agradecimiento que todos los componentes de aquella alegre aventura tenemos y ofrecemos, y otra es el reconocimiento de unos valores que la publicación lleva consigo. Yo a IVÁN le aprecio, y él sabe cómo, pero si su obra no valiese la pena, la hubiese metido en esa vía muerta del rincón de la biblioteca y ahí hubiese quedado olvidada. Entiendo que su aportación es seria, profunda, digna y de categoría para ser tenida en cuenta en ese constante diálogo que la «comunidad registral» mantiene con los países latinos.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *El nuevo régimen del planeamiento urbanístico*. Editorial Civitas, 1982.

Este nuevo libro de JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ viene a comentar el Decreto-ley de 16 de octubre de 1981, que intenta dar solución a la situación de tránsito que la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana planteó para que los planes generales de ordenación se adaptasen a la misma.

Es un libro que he leído con cierta prisa, pues lo necesitaba para la puesta al día del mío, que estaba a punto de salir en ayuda del opositor.

Es libro, de otra parte, que he leído con cierta curiosidad, pues casi simultáneamente a su aparición se «puso en pantalla» uno de los muchos episodios de un programa que dirigía o presentaba una artista española apellidada Maura. Creo que coincidieron ese día la esposa del Presidente del Gobierno vasco (el lendakari) y un urbanista con el apellido Mangada. Por supuesto, no voy a referir el coloquio, que daría mucho tema y comentario, pero sí fijarme en unas ideas del último citado, que consideraba que la ciudad debería estar sucia, con ropa colgando y muchas pintadas en las paredes, pues «una ciudad limpia no tiene lenguaje». Yo no recuerdo si la entrevista se la hacían porque había cesado o le habían cesado en el Ayuntamiento, o porque le había fichado el Ayuntamiento para completar ese plan de ordenación en el plazo que la Ley del Suelo había concedido a las Corporaciones locales. No sé la causa, pero sí me llamó mucho la atención su idea y vino a excitar mi curiosidad por leer el libro de GONZÁLEZ PÉREZ a ver si en el mismo se decía algo de todo esto, y, claro está, no dice nada. Que la ciudad limpia no tenga lenguaje y que la sucia sí lo tenga, me parece una figura retórica equivocada, pues si en vez de lenguajes utilizásemos olores notaríamos que la sucia huele y la limpia no. Quizá por eso el artículo 3 de Real Decreto, que comenta GONZÁLEZ PÉREZ, hable de respetar los límites de densidad que establece la Ley del Suelo. Claro que en esos límites de densidad pueden estar incluidos los gamberrros, los aficionados a las pintadas, los incultos, los que desconocen la estética, etc. Tengo que rechazar, por razones higiénicas, que lo sucio equivalga a lo urbano, como rechazo, por razones obvias, que para ser intelectual sea preciso ser de izquierdas.

Una de las disposiciones transitorias de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (creo que es la primera) daba un plazo para que las Entidades locales remitiesen a los órganos competentes para su aprobación los planes generales adaptados a la nueva legislación, pero este plazo, que fue de cuatro años y que luego hubo de ser aumentado por dos prórrogas de dos años, ha sido insuficiente para que esto se llevase a cabo, pese al esfuerzo realizado por las Corporaciones locales, y por ello es necesario publicar una normativa que complementa el régimen transitorio del planeamiento hasta el momento en que, en cada caso, se aprueben los nuevos planes de ordenación.

Esta normativa, que comienza ya a contar con el principio de seguridad jurídica, cosa que hasta ahora no había sucedido, invoca unos criterios de carácter general a tener en cuenta en la determinación del régimen que corresponde a cada tipo de suelo, y ofrece unos instrumentos precisos para la definición del régimen urbanístico y la retención por parte de las Entidades locales de las competencias para la adaptación de sus respectivos instrumentos de planeamiento general, a excepción, exclusivamente, de aquellos supuestos en los que las circunstancias especiales determinen la necesidad de fijar plazos específicos y la subrogación, en caso de incumplimiento, de los órganos con competencia para otorgar la aprobación definitiva de los referidos instrumentos de planeamiento.

Las notas anteriores, tomadas de la Exposición de Motivos del Decreto-ley, van seguidas de la exposición articulada del mismo, donde ya GONZÁLEZ PÉREZ, con su habitual maestría, va comentando artículo por artículo y, lo que es mejor, sistematizando dentro de los mismos su contenido. La diversidad de contenido impide unificar los criterios de sistematización,

pero todos ellos responden a un esquema clásico en el autor, que es la exposición, los requisitos, los procedimientos y los efectos, dentro de los cuales pueden ser encuadradas cualquier variedad de las que ofrece la disposición comentada. Son nueve los artículos (derecho transitorio, clasificación del suelo, suelo urbanizable, suelo no urbanizable, competencia en materia urbanística, procedimiento para la aprobación de los planes, planes parciales y especiales, suspensión de otorgamiento de licencias, plazo para reaccionar frente a obras realizadas sin licencia), seis disposiciones finales (cláusula derogatoria, desarrollo reglamentario, adaptación de reglamentos, entrada en vigor, demora y comunidades autónomas) y dos disposiciones transitorias, donde se aborda el tema de las normas transitorias sobre el régimen de planeamiento y los límites temporales de la norma sobre aplicación de suspensión de licencias.

La obra, que en su contenido específico necesitaría un estudio más amplio que este genérico comentario, lleva tres apéndices legislativos de suma importancia: la Ley de 28 de octubre de 1981 sobre régimen jurídico de las Corporaciones locales, la Ley de la Generalidad de Cataluña de 18 de noviembre de 1981 sobre protección de la legalidad urbanística y el Decreto de 10 de abril de 1981 sobre informes de transmisión de competencias a los entes preautonómicos.

En su manejo se brindan un índice analítico de conceptos, otro de artículos de la Ley del Suelo, otro de artículos del Reglamento de Planeamiento y Gestión Urbanística y, por último, uno sobre sentencias del Tribunal Supremo.

Resumiendo: se trata de una aportación que actualiza la gran obra del autor, que en esta obsesión modificativa del legislador procura brindar al estudioso los medios necesarios para estar al día en la aplicación de una ley discutida y poco jurídica. Desde aquí, y en estos momentos, no cabe más que agradecer al autor esta aportación, que aclara, sistematiza, relaciona y coordina la nueva disposición con la ley básica.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

SOLDEVILLA VILLAR, ANTONIO: *La empresa agraria. Su regulación jurídica*. Tesis doctoral, dirigida y prologada por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS. Universidad de Valladolid, 1982, un tomo de 326 págs.

Aquí tenemos otro libro sobre materia jurídico-agraria. Esto es una noticia a estas alturas. Porque si repasamos los catálogos de novedades de las librerías jurídicas, podremos ver que en las preferencias de los autores actuales predominan, casi hasta el copo, los estudios constitucionales, publicistas o financieros, como si el Derecho del presente o del porvenir se hubiese de articular tan sólo a base de las autonomías, de los partidos, de los sistemas electorales o de estudios económicos o de mercados y demás figuras similares.

Por otro lado, originales o traducidos, nos invaden estudios sobre instituciones tan nuevas como extrañas casi siempre con marchamo sajón, como el *leassing*, el *marketing* y demás zarandajas, porque ahora lo que

«viste» es presumir de que se habla en «pichinglis» y se domina la materia en algo tan despersonalizado como la informática. Se intenta aplicarla nada menos que a programar y dirigir las relaciones jurídicas y humanas, cuando el papel de las máquinas debe ser sólo el auxiliar al hombre, pero no engullírselo inmisericordemente, tal como nos amenazan.

En cambio, la agricultura nació con el hombre, le ha acompañado siempre y sólo acabará cuando él desaparezca del universo mundo. No pasa nunca de moda y en todo momento la necesitaremos para comer. Así nos lo decía el romano-español LUCIO JUNIO MODERATO COLUMELA, filósofo nacido en Cádiz el año 3 antes de Cristo y que dedicó su vida al cultivo y estudio del campo: «Sin agricultura es evidente que no pueden subsistir ni alimentarse los mortales». Casi veintiún siglos después de haberlo escrito en *De re rústica*, sigue resonando como actual su queja: «Hay en nuestros días escuelas de retóricos y no digamos de geómetras y de músicos, pero de la agricultura no he conocido persona que se dedique a enseñarla, ni discípulos que la estudien».

En los tiempos de la Ilustración, bajo la privanza de Godoy, apareció en España un *Semanario de Agricultura dirigido a los párrocos*, a los que se acudía como medianeros para que pudiese llegar la ciencia al campo, justificando el rodeo en la triste realidad de que «los que labran, no leen, y los que leen, no labran».

Contrastando con lo que nos decían COLUMELA y los ilustrados, ahora sí hay, aunque pocos, quienes se dedican a esta materia. ANTONIO SOLDEVILLA, el autor del libro que vamos a comentar, es de esos pocos que viven, estudian y enseñan la agricultura: junto a sus varios títulos y merecimientos de nivel universitario, resalta en sus publicaciones los de «agricultor y ganadero», así, sencillamente, porque los considera tan dignos de respeto como los demás. Sea como *modus vivendi* o como afición añadida (no me gusta emplear esa palabreja de *hobby*), la agricultura imprime carácter y el que sufre los problemas del campo respira siempre por su herida y se vuelca en el deseo de contagiar a todos de sus cuitas y entusiasmos. Al que es labrador se le nota tan pronto que no lo puede disimular.

Al escribir SOLDEVILLA su tesis doctoral tenía que versar, por supuesto, sobre el campo y sus cuestiones. Si últimamente no son abundantes las tesis sobre la materia jurídico-agraria, lo más importante no es el número, sino la calidad; y la de ésta es excelente por contener un acabado estudio científico, siendo a la vez pragmático, de una figura tan poco definida en nuestra legislación como la empresa y que, sin embargo, acapara un enorme interés en la doctrina y supone una gran aplicación en la práctica.

Aparecida primero en los ámbitos mercantil y laboral, la figura de la empresa entró con tan buen pie en el mundo agrícola, que incluso hay varios tratadistas que llegan a identificar Derecho agrario con empresa agraria, considerando que ésta es su basamento más importante. Teniendo en cuenta estos hechos, el autor analiza la realidad sociológica de la empresa agraria, imponiéndose la tarea de llegar a un concepto jurídico válido de la misma.

En el capítulo I se estudia el concepto de la *empresa agraria* bajo el enfoque de los distintos criterios territorial, biológico y de especialización que lo pueden tipificar, repasando después los elementos personales, reales y funcionales que delimitan dicho concepto. En base a esto, SOLDE-

VILLA define la empresa agraria como la actividad económica cualificada sobre un conjunto de bienes, derechos y servicios agrarios, organizada profesionalmente bajo la titularidad de una persona individual o asociativa y que asume la tarea de dotar de productividad, estabilidad y desarrollo a todo lo agrario en beneficio propio y a través de la funcionalidad de la propiedad en el de la comunidad y aceptando en todo caso los riesgos y consecuencias de su actividad. De este modo, según nos explica, se hace abstracción de otras figuras afines, como la explotación y la hacienda agraria.

La *naturaleza jurídica de la empresa agraria* se estudia en el capítulo II, repasando las distintas concepciones tradicionales que la consideran bien como un sujeto de derecho una institución, una organización o una comunidad, bien como objeto, sea equiparable a hacienda agraria, universalidad o patrimonio separado; hay otras teorías que consideran a la empresa como una actividad o un *status*. Frente a todas ellas, que son minuciosamente analizadas, SOLDEVILLA entiende que no se puede aceptar una cómoda dirección simplista, sino que debe atenderse a una conjunción de factores; la empresa agraria, pues, goza de una naturaleza jurídica compleja y en ella resalta específicamente su actividad y organización, que va encaminada a la producción y distribución de bienes, tanto en orden a la presencia del titular empresario, como en lo referente a los bienes que constituyen la explotación. Dentro de este capítulo estudia también el autor los conceptos de explotación y hacienda y de la actividad agraria, que puede ser sólo agrícola, ganadera o forestal, o bien mixta o de actividades auxiliares, conexas o complementarias, todas las cuales se contemplan con detalle a la luz de las distintas normativas que las regulan.

En el capítulo III se exponen los *requisitos de la empresa agraria*, que el autor considera necesarios para su normal configuración y funcionamiento. En primer lugar, la economicidad, pues se producen o transforman los bienes para obtener un provecho económico, que lleva aparejada la imputabilidad. La empresa no se concibe sin una organización y de ahí el requisito de la organicidad. Y el que se va exigiendo últimamente es el requisito de la profesionalidad, que se ha manifestado, entre otras disposiciones, en la reciente Ley de Arrendamientos Rústicos; esta cuestión, sin embargo, es discutida, máxime cuando se va extendiendo cada vez más la práctica de la agricultura a tiempo parcial en zonas donde el campesino puede hacer compatible el laboreo de la tierra con el trabajo en la industria.

En el capítulo IV, que es el más amplio bajo el rótulo de «*Tipología de la empresa agraria*», se exponen las diversas clases que pueden presentarse, bien bajo criterios objetivos (actividades distintas a que se pueden dedicar) bien bajo criterios subjetivos (titularidades posibles de la empresa). Por el sujeto, la empresa agraria puede ser individual o colectiva. La figura tradicional en la agricultura primitiva es la del hombre que labra la tierra, de ahí que inicialmente la empresa agraria ha sido individual y aún lo sigue siendo en un elevado porcentaje; SOLDEVILLA estudia las características jurídicas del agricultor individual, con especial examen de la figura del cultivador directo, según se contempla en nuestra legislación agraria. En realidad, más que empresa individual, suele ser familiar, ya que con el titular jurídico colaboran directamente los demás miembros integrantes de la familia, por lo que también nuestras leyes han regulado

de modo especial las unidades de explotación bajo los prismas de los huertos, patrimonios y explotaciones familiares, concluyendo por el momento con el reciente Estatuto de Explotación Familiar Agraria. Dentro del epígrafe genérico de agricultura asociativa, el autor analiza extensamente su filosofía, justificación y distintas modalidades que puede presentar la empresa agraria de grupo: hay fórmulas basadas en la cooperación o en las que ahora se llaman Sociedades Agrarias de Transformación, que no son, ni más ni menos, que la nueva conformación de los socorridos y estupendos Grupos Sindicales de Colonización, que en poco tiempo ganaron la general aceptación en nuestros campos, con los retoques precisos por el cambio de sistema sindical. Otras fórmulas nacen de las posibilidades que brindan, bien el Código Civil, en cuanto a la comunidad de bienes, sea familiar, hereditaria, matrimonial, condominio simple o comunidad en el usufructo, bien en la Ley de Arrendamientos Rústicos, que acoge la comunidad en la locación de los bienes y los arrendamientos conjuntos o provenientes de una situación sucesoria.

Junto a las comunidades caben también múltiples figuras societarias, más o menos puras: sociedades de bienes, las típicamente civiles o mercantiles en sus diversas formas clásicas, la aparcería y los arrendamientos parciarios.

Dentro de las fórmulas basadas en las distintas legislaciones especiales administrativas SOLDEVILLA recuerda las antiguas asociaciones sindicales, como las Hermandades de Labradores y Ganaderos, de gran efectividad en la práctica, con sus escalones provinciales y nacional, dentro del encuadre de la extinguida Organización Sindical, así como las agrupaciones derivadas de la Acción Concertada que se incluyeron en los sucesivos Planes de Desarrollo. Como figuras vigentes, se estudian los Consorcios Forestales, las Comunidades de Regantes, las Agrupaciones de Productores Agrarios y las distintas agrupaciones que se contemplan en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario.

En el último capítulo, dedicado a *la empresa agraria en el Derecho español*, el autor recoge la trayectoria de las diversas formulaciones de nuestro Derecho en el tema, hasta llegar a la más moderna legislación. Dentro del marco institucional español, se contemplan tanto las pasadas Leyes Fundamentales del Reino, como la vigente Constitución de 1978. Siguen las leyes de carácter general en los aspectos o puntos que tocan a la agricultura, encabezadas por los Códigos Civil y de Comercio, la legislación hipotecaria, las compilaciones forales y las leyes fiscales y laborales. Se acaba con las leyes especiales agrarias, que enfocan de modo particular y directo los diversos aspectos que interesan a la empresa agraria.

Como *conclusiones* sobre el estudio del Derecho positivo español, el autor nos dice que en el tema de la regulación jurídica de la empresa agraria estamos ante una realidad sociológica y socioeconómica perfectamente anclada en el mundo actual, en donde la complejidad de la problemática agraria en su amplio ciclo de producción, comercialización y transformación industrial de los productos agrarios está requiriendo la plena ordenación y protección del Derecho.

Aunque nuestro Derecho positivo no ha logrado aún construir un acabado concepto jurídico de la empresa agraria, es cierto que en las últimas décadas se ha perfilado muy singularmente tal concepto, como puede

verse en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario y ahora se intenta en el recién aparecido Estatuto de la Explotación Familiar Agraria.

Concluye el autor diciendo que ante el difícil momento de una agricultura en trance de evolución, se hace precisa la efectiva regulación jurídica de la empresa agraria como una entidad técnica y organizada, capaz de hacer frente a la demanda de alimentos del mundo futuro. Para ello, entiende que se podría acudir a la codificación de las normas agrarias en una ley general, propiciándose a la vez el fortalecimiento del Derecho agrario dentro del sistema jurídico de España.

Quien haya tenido la paciencia de leer hasta el final esta apretada recensión, se hará una idea del riquísimo contenido de la obra comentada. Al lado de una completa síntesis de la doctrina sobre la materia, tomada de los mejores agraristas españoles del momento y enriquecida con las aportaciones del propio autor, se consigue ordenar y traer a colación toda la normativa vigente, con lo que se presta un gran servicio a quienes busquen la información precisa para sus dudas concretas.

Doctrina y práctica se unen aquí en una conseguida simbiosis, como no podía ser menos en la obra de quien es, a la vez, agricultor y universitario en ejercicio, nuestro amigo, el nuevo doctor en Derecho, ANTONIO SOLDEVILLA, a quien felicitamos por el grado y por su excelente tesis.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS