

# LUNES

CUATRO TREINTA



**Revista de asuntos registrales**

**Año XVII - Núm.366 - 2ª quincena, marzo, 2004**



## LUNES 4'30

EDITADA POR  
REGISTRADORES  
DE LA COMUNIDAD  
VALENCIANA

### FUNDADOR

Enrique Colomer Sancho

### COORDINADORA GENERAL

Carmen Gómez Durá

### COLABORADOR ESPECIAL

José Bollaín Gómez

### CONSEJO DE REDACCIÓN

Alberto Adán García  
María-Emilia Adán García  
Fátima Azpitarte Santos  
Cristina Carbonell Llorens  
Vicente Carbonell Serrano  
Rafael Carbonell Serrano  
Vicente Domínguez Calatayud  
Pedro Fandos Pons  
Consuelo García Pedro  
Belen Gómez Valle  
Inmaculada Gosálvez Simbor  
Marta Gozálbes Fernández de  
Balencia  
Susana Juste Ribes  
Cristina Martínez Ruiz  
Francisco Molina Balaguer  
Fernando Ortega Gironés  
Mercedes Ríos Paset  
Alicia de la Rúa Navarro  
Ana Mª Sabater Mataix  
Miguel Soria Lopez

### MAQUETACIÓN

Regina Martínez Vicente

### SECRETARIA

Sta. María Dolores  
Pintor Peyró, 12  
46010 - Valencia  
Tfno.: 963 897 813  
FAX: 963 694 195  
[cuatrotreinta@hotmail.com](mailto:cuatrotreinta@hotmail.com)

Depósito legal: V-1212-1988



**CASOS PRACTICOS** ..... 2



**RESOLUCIONES** ..... 3



**SENTENCIAS** ..... 8



**ESCRIBE PARA LUNES**

**REFLEXIONES EN TORNO A  
DESHEREDACIÓN, PRETERICIÓN Y  
REGISTRO EN EL DERECHO COMÚN**  
por Luis Delgado Juega ..... 13



**BUZÓN DEL LECTOR** ..... 36



**ACTUALIDAD** por Carmen Gómez ..... 40



**RESEÑA LEGISLATIVA** ..... 46

La revista Lunes 4.30 agradece y respeta los trabajos de todos sus colaboradores sin asumir las opiniones vertidas en los mismos.

# PRÁCTICOS

## CASOS PRÁCTICOS

---

**Cristina Martínez Ruíz**. Registradora de la Propiedad

### EJECUCIÓN DE UNA VPO

---

Se presenta en el Registro un testimonio de un auto de adjudicación recaído en un procedimiento de ejecución hipotecaria, y de la subasta resulta que el bien se ha subastado por un valor superior al precio de venta fijado administrativamente para esa VPO.

El Registrador se plantea si ha de entrar a calificar ese extremo o no, y los contertulios respondieron negativamente entendiendo que el auto podrá inscribirse, sin perjuicio de las sanciones administrativas que procedan por no respetarse el precio máximo de venta fijado por la Administración competente.

### HIPOTECA EN GARANTÍA DE UN PRÉSTAMO FIJADO EN MONEDA EXTRANJERA

---

Se presenta en el Registro una escritura de constitución de hipoteca en garantía de un préstamo fijado en francos suizos.

La responsabilidad hipotecaria se señala en francos suizos, fijándose un equivalente en euros al día del otorgamiento de la escritura.

Después de fijar la cifra de responsabilidad hipotecaria se establece la siguiente cláusula “*En el supuesto de que por vía de la ejecución de la hipoteca el Banco recobrase un importe de Euros, cuyo contravalor al cambio vendedor oficial vigente en la fecha del cobro, fuese inferior a la cuantía de la deuda, el Banco podrá reclamar al prestatario la diferencia en la moneda en que esté dispuesto el préstamo. Por el contrario, si el contravalor del importe recobrado fuese superior a la cuantía de la deuda, la diferencia deberá ser restituida por el Banco a los hipotecantes, en Euros*”.

Los contertulios entendieron que esta cláusula no debe inscribirse al carecer de trascendencia real, ya que la hipoteca no garantiza esa fluctuación ni puede hacerlo, tal y como estableció la RDGRN 2 de octubre de 1981, ya que la cifra de responsabilidad del inmueble hipotecado no cabe que sea fluctuante y se



**SUSANA JUSTE, FRANCISCO MOLINA** (Registradores de la Propiedad)

**R. DE 26 DE NOVIEMBRE 2003**  
(BOE 10-01-04)

**REPRESENTACIÓN. CONSEJERO  
DELEGADO. JUNTA GENERAL.**

Presentada escritura por la que una Sociedad Limitada adquiere una finca a través de su Consejero Delegado, a la que se acompaña certificación del acuerdo de la Junta General Universal, por el que se autoriza la adquisición, describiendo la finca, determinando el precio y designando al citado Consejero Delegado para efectuar la compra, el Registrador suspende la inscripción por faltar la ratificación por la sociedad, dado que entre las facultades delegadas no se encontraría la de adquirir inmuebles.

La DG señala que el acuerdo de la Junta no es suficiente para obviar la falta de facultades representativas del Consejero Delegado para este acto, pues no es la Junta, sino el Consejo de Administración, a quien corresponde la facultad de aprobar la compra.

(Francisco Molina)

---

**R. DE 25 DE NOVIEMBRE 2003**  
(BOE 13-01-04)

**DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA,  
SEGURO DECENAL**

Se presenta escritura de declaración de obra nueva de vivienda unifamiliar, acompañada de solicitud de licencia dirigida al ayuntamiento, de fecha 5 de mayo de 2000.

El notario expone no ser preciso acreditar las garantías a que se refiere la ley 38/1999 por ser dicha solicitud anterior a la entrada en vigor de la ley referida.

El registrador suspende la inscripción por entender aplicable la ley expresada, ya que lo que se presentó al ayuntamiento el 5 de mayo no fue propiamente la licencia, sino documentación para construir una vivienda, entendiéndose que la solicitud de licencia era un documento que se presentó con posterioridad.

La DGRN revoca la nota: cualesquiera que sean los términos de la solicitud, es lo cierto que se solicita en la misma la construcción de la vivienda y que la fecha de entrada en el ayuntamiento es anterior a la vigencia de la ley indicada. Pero a mayor abundamiento, la ley 53/2002 modificó la disposición adicional segunda de la ley de ordenación de la edificación, suprimiendo la exigencia del seguro decenal cuando se trata de autopromotor de vivienda unifamiliar. La doctrina más autorizada estima que existen supuestos de retroactividad tácita, entre los que debe incluirse el supuesto de una ley que suaviza una exigencia anterior por considerarla excesiva.

(Susana Juste)

**R. DE 27 NOVIEMBRE 2003**  
**(BOE 13-01-04)**

**RÉGIMEN ECONÓMICO**  
**MATRIMONIAL EXTRANJERO**

Se presenta escritura de liquidación de gananciales y manifestación y adjudicación de herencia otorgada por las dos únicas herederas del causante (la viuda y una hija). El registrador suspende la inscripción porque una de las fincas consta inscrita en el registro a nombre de la viuda y el causante con arreglo a la legislación de su país dado que aquél ostentaba la nacionalidad argentina en el momento de la adquisición, siendo necesario acreditar que de acuerdo con la legislación argentina, el régimen económico matrimonial del causante no podría ser otro que el de gananciales. La DGRN revoca la nota, pues compareciendo en la escritura las dos únicas herederas del causante, una de las cuales es la viuda, y siendo ambas mayores de edad y plenamente capaces, no existe circunstancia alguna que impida que, entre las dos, engloben todos los intereses existentes para la liquidación de la sociedad conyugal y la partición de herencia.

(Susana Juste)

---

**R. DE 28 DE NOVIEMBRE DE**  
**2003**  
**(BOE 13-01-04)**

**PROHIBICIÓN DE DISPONER EN**  
**ACTO A TÍTULO GRATUITO**

Doña A lega una finca a su sobrino B, quedando afecta a la prohibición de que ni el legatario B ni sus hijos C y D la vendan, (prohibición inscribible al amparo del art 26 de la LH y 781 y 785 del CC).

Por fallecimiento del legatario B, la finca se adjudica por mitades indivisas a sus dos hijos C y D afecta a la prohibición de vender anteriormente expresada.

Por fallecimiento de C, se inscribe su mitad indivisa a favor de sus cuatro hijos.

Por escritura de donación, D (que aun vive) dona su mitad indivisa a sus cuatro sobrinos.

Se presenta en el registro escritura de venta otorgada por los cuatro propietarios.

El registrador inscribe la venta en cuanto a la mitad procedente de C, denegando la inscripción de la venta de la otra mitad por entender que persiste la prohibición de vender mientras viva D.

El notario recurre y alega que la prohibición de vender se agotó cuando D donó.

La DGRN confirma la nota: la intención de la testadora que impuso la prohibición era que la finca permaneciera dentro de su familia durante dos generaciones (la del legatario y sus hijos, uno de los cuales, D, aun vive).

Si es indudable que D no puede vender, también debe serlo que no puede obviarse dicha prohibición mediante el mecanismo de una donación intermedia. Por lo tanto no se entiende extinguida la prohibición de vender mientras D esté vivo.

(Susana Juste)

---

**R. DE 29 DE NOVIEMBRE 2003**  
**(BOE 13-01-04)**

**LEGITIMACIÓN REGISTRAL.**  
**DISPOSICIÓN. PSEUDO-**  
**USUFRUCTO TESTAMENTARIO.**

Una finca consta inscrita a favor de un solo titular, en 1/4 en pleno dominio, y con carácter ganancial, y en los restantes 3/4 en virtud de un legado de usufructo, sin identificar nudo propietarios, pero indicando que a su fallecimiento tendrán el pleno dominio los descendientes del usufructuario. Ahora, dicho titular registral, compareciendo su esposa e hijos, divide la finca y dona la nuda propiedad de una porción a cada hijo, reservándose el usufructo vitalicio, conjunto y sucesivo con su esposa. Se acompaña acta de notoriedad en la que se acredita el fallecimiento del titular registral, y que sus únicos herederos son los hijos donatarios.

El Registrador suspende la inscripción en cuanto a los 3/4 de los que el titular sólo tenía el usufructo.

La DG confirma que el titular registral, ya se le considere fiduciario o usufructuario, no tenía, al tiempo de hacer la donación, facultades para disponer de la nuda propiedad, lo que no obsta para que se considere válido el título adquisitivo de los hijos, en tanto que herederos fideicomisarios, no como donatarios.

(Francisco Molina)

---

**R. DE 1 DE DICIEMBRE DE 2003  
(BOE 13-01-04)**

**SOCIEDAD ANÓNIMA:  
MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS**

Se presenta escritura de elevación a público de determinados acuerdos sociales en los que se modifican dos artículos de sus estatutos sociales que quedan redactados en los siguientes términos: ART 10: Restringe la transmisibilidad de las acciones reconociendo a los accionistas un derecho de adquisición preferente por un precio que, a falta de acuerdo, será el que corresponda al valor real de la acción, entendiéndose por tal el que determine el auditor de la sociedad, y si ésta no estuviese obligada a verificación contable, el auditor que designe el registrador mercantil del domicilio social.

El registrador deniega que pueda el auditor de la sociedad fijar el valor real, dado que según el art 8-f de la ley de auditoría 19/1988 tras la reforma por ley 44/2002 tipifica como causa de incompatibilidad la prestación al cliente de auditoría de servicios de valoración cuando conlleve un grado significativo de subjetividad.

LA DGRN revoca la nota. Así, una cláusula que por el sistema de fijación del precio impida al accionista obtener el valor razonable de las acciones ha de reputarse nula, conforme al art 63-2 de

la LSA, en tanto en cuanto haga prácticamente intransmisible la acción.

ART 25 ; Regula el derecho de los accionistas que representen el 5% del capital social a solicitar nombramiento de auditor que revise las cuentas anuales en los siguientes términos:

-El nombramiento compete al administrador. La DGRN confirma la nota, la ley requiere que lo designe el registrador mercantil, pues se están revisando las cuentas formuladas, precisamente, por el órgano de administración.

-El solicitante ha de expresar la causa. La DGRN confirma, ni los socios ni el órgano de administración pueden, en función de la causa alegada, restringir la auditoría de las cuentas.

-Que las cuentas anuales no estén aprobadas. La DGRN confirma: ni la ley ni el reglamento establecen tal condicionamiento al indicado derecho

- Que el gasto de la auditoría lo pague el solicitante. La DGRN confirma: no cabe alterar la previsión legal de que los gastos han de ser de cargo de la sociedad.

(Susana Juste)

---

**R. DE 2 DE DICIEMBRE 2003  
(BOE 13-01-04)**

**ALBACEA-CONTADOR PARTIDOR.  
FACULTADES. LIQUIDACIÓN DE  
GANANCIALES.**

Por testamento abierto se ordenan ciertos legados en metálico, se instituye heredera a la segunda esposa del testador, no habiendo descendientes de este matrimonio, pero sin hacer referencia alguna a matrimonio anterior, lega el testador la legítima a su madre, y designa una albacea-contador partidador. Éste formaliza las ope-

raciones particionales, inventariando los bienes privativos e incluyendo en una addenda los gananciales, entre los que se enumeran créditos contra la comunidad; paga los legados, incluido uno a su propio favor; se adjudica bienes en pago de sus honorarios; y , habiendo fallecido la madre del testador, hace las adjudicaciones entre los herederos de ésta, y la viuda, que no consiente en las operaciones. El Registrador suspende la inscripción, pues el albacea no tiene facultades para liquidar por sí sólo la sociedad de gananciales, ni para adjudicarse bienes en pago; no se acredita el fallecimiento de la madre del causante ni quiénes sean sus herederos; y no agotando las adjudicaciones la totalidad del caudal hereditario, es imprescindible el consentimiento de todos los interesados en la sucesión.

La DG confirma la necesidad del consentimiento de la viuda para la liquidación de la sociedad de gananciales, como operación previa a la partición, máximo teniendo en cuenta que se inventarían créditos del difunto contra la comunidad. No se entra a examinar el resto de defectos.

(Francisco Molina)

---

**R. DE 3 DE DICIEMBRE 2003**  
**(BOE 13-01-04)**

**CONFLICTO DE INTERESES.**  
**DEFENSOR JUDICIAL.**

Una finca pertenece a una viuda, en parte en pleno dominio, y en parte en usufructo, y a sus dos hijos, en parte en nuda propiedad y en parte en pleno dominio. Ahora se procede a la venta del pleno dominio de la totalidad de la finca, en escritura en la que comparece, junto a uno de los hijos, la viuda, por sí y como tutora del otro hijo, incapacitado, acompañando la autorización judicial correspondiente. El Registrador suspende la inscripción, al entender necesario el nombramiento de defensor judicial.

La DG entiende que, transmitiéndose la integridad del pleno dominio, no cabe considerar que

exista conflicto de intereses; pero en cualquier caso, y si el conflicto pudiera radicar en la propia conveniencia de la venta, el Juez, al autorizarla, ya la apreciaría.

(Francisco Molina)

---

**R. DE 4 Y 9 DE DICIEMBRE**  
**2003**  
**(BOE 13-01-04)**

**AUMENTO DE CAPITAL CON CARGO**  
**DE RESERVAS.**

El Registrador no practica la inscripción de una escritura de aumento de capital con cargo a reservas que se ha aprobado con el voto favorable del 95.64% de los accionistas y en contra del 4.38% adjudicando las participaciones a personas extrañas a la Sociedad, pues los accionistas en el aumento tienen un derecho de asignación gratuita de las nuevas participaciones para mantener su posición en la sociedad, derecho que es individual del socio del que no puede ser privado sin su consentimiento, no pudiendo la Junta General, salvo acuerdo unánime, decidir sobre los destinatarios de dicho aumento.

El recurrente alega que puede excluirse el derecho de suscripción preferente con los requisitos legales (art, 76 SRL) y que en la legislación actual es clara la tendencia de la primacía del interés social sobre el individual de cada uno de los socios.

La DGRN no estima el recurso y confirma la nota del Registrador, pues es distinto el régimen jurídico del derecho de suscripción preferente, excluible por la Junta General, del derecho de asignación gratuita de las nuevas participaciones en un aumento de capital con cargo a reservas, que no puede ser excluido ni estatutariamente ni por acuerdo de la Junta.

(Pedro Fandos)

**R. DE 10 DE DICIEMBRE 2003  
(BOE 13-01-04)**

**PROPIEDAD HORIZONTAL,  
TUMBADA. LICENCIA DE  
SEGREGACIÓN.**

Sobre una finca existen declaradas dos edificaciones independientes, desde 1970 y 1974, que cubren una superficie de 110 y 125 m<sup>2</sup> de los 3450 m<sup>2</sup> totales. Ahora se procede a la división horizontal de la finca, siendo elementos independientes cada una de las edificaciones, y con asignación como anejo independiente el uso y disfrute del espacio ajardinado alrededor de cada una, de 760.88 y 441.46m<sup>2</sup> respectivamente, y con la correlativa obligación de contribuir a los gastos de mantenimiento y limpieza de tales jardines. El Registrador suspende la inscripción, al entender que se está procediendo a una parcelación urbanística, sujeta a licencia.

La DG señala la propiedad horizontal tumbada incluye tanto supuestos en que existe un suelo común, y que se califican de tumbadas sólo por la distribución de sus elementos, y complejos inmobiliarios, en los que las parcelas o edificaciones son jurídica y físicamente independientes, pero participan en otros elementos, que pueden ser tan sólo servicios. Si la división horizontal consiste en crear espacios independientes a los que se vinculan en comunidad *ob rem* otras porciones de terreno, se está produciendo efectivamente una parcelación. Pero en la propiedad horizontal propiamente dicha se mantiene la unidad jurídica y física de la finca, sin que ello se vea alterado por la asignación del uso singular de elementos comunes o porciones de los mismos, que es lo que se está efectuando en el presente supuesto, de modo que no es necesaria la licencia o declaración de innecesidad.

(Francisco Molina)

**ALICIA DE LA RUANA NAVARRO** Registradora de la Propiedad

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE JULIO DE 2003

**SUCESIÓN: LA RENUNCIA A LA HERENCIA POR UN LEGITIMARIO NO PROVOCA LA REPRESENTACIÓN DE SU DESCENDENCIA, SINO EL INCREMENTO DE LAS CUOTAS QUE POR LEGÍTIMA INDIVIDUAL CORRESPONDEN A LOS DEMÁS LEGITIMARIOS; VALIDEZ DE LA DENOMINADA CAUTELA SOCINIANA.**

ARTÍCULOS CITADOS: 675, 813.2, 985.2 Y 912.3 DEL CÓDIGO CIVIL.

#### **Hechos:**

1º.- D. AAA, casado en únicas nupcias con DªBBB, de cuyo matrimonio nacieron dos hijas, Dª C y Dª DAB, falleció el 17 de abril de 1990, bajo testamento notarial abierto, otorgado el 4 de diciembre de 1972.

2º.- Dicho testamento dispone, entre otras cláusulas:

a) Que «lega a su esposa el usufructo vitalicio» de todos sus bienes.

b) Que lega a sus hijas, C y D (y en defecto y sustitución de cada una de ellas, a sus respectivos descendientes) por partes iguales la nuda propiedad del tercio de libre disposición, bajo la condición suspensiva de que todos sus legitimarios

acepten el gravamen que sobre la legítima carta implica el usufructo universal a favor de su esposa.

c) Deja a la libre voluntad de los legitimarios esta opción y la manifestación en contrario por uno de ellos bastará para dejar sin efecto el legado, en cuyo caso, el tercio libre pasará a su esposa.

d) Instituye herederos universales por partes iguales a sus dos hijas, y en defecto y sustitución, a cada uno de sus respectivos descendientes.

e) Designó albacea a su esposa y nombró contadorespartidores solidarios a D. EEE (que premurió al testador) y a D. FFF.

3º.- El 6 de noviembre de 1990, Dª DAB otorgó escritura pública de aceptación de herencia y manifestó en tal documento «no aceptar el gravamen sobre la legítima corta que implica el usufructo universal de la herencia», que habrá de distribuirse y adjudicarse en la forma alternativa prevista en el testamento, pasando a su madre la plena propiedad del tercio de libre disposición como legado.

4º.- Dª CAB, casada y con cinco hijos, el 18 de diciembre de 1990 renunció a la herencia de su padre, pura, simple y gratuitamente.

5º.- El 21 de marzo de 1991 se otorgó escritura de protocolización del cuaderno particional de la herencia de D. AAA, compareciendo su esposa, su hija Dª DAB y el contador-partidor D. FFF y no se contempló en tal partición a los hijos de Dª CAB.



6º.- Tres de los hijos de D<sup>a</sup> CAB presentan demanda contra D<sup>a</sup> BBB, D<sup>a</sup> DAB y D. FFF, solicitando se declare que todos y cada uno de los demandantes tienen derecho a la herencia del causante por sustitución testamentaria en virtud de la renuncia pura, simple y gratuita de su madre, beneficiando asimismo dicha declaración a los hermanos de los demandantes; y que se declaren nulas y se revoquen las operaciones particionales en las que se les ha preterido, disponiéndose se proceda al nombramiento de los contadores pertinentes que lleven a cabo una nueva partición.

7º.- El Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia desestima la demanda, estimándose parcialmente el recurso de apelación, declarando la Audiencia Provincial que los demandantes y sus hermanos tienen derecho a la herencia del causante por sustitución testamentaria en virtud de la renuncia pura, simple y gratuita de su madre, debiendo, en consecuencia, pagárseles la parte que proporcionalmente les corresponda, absolviendo a los demandados del resto de los pedimentos. D<sup>a</sup> DAB recurre en casación.

### ***Fundamentos de Derecho:***

Comienza señalando el Tribunal Supremo que la renuncia a la legítima en vida del causante es nula, como se desprende del art. 816 del Código Civil y no afecta a los herederos forzosos de la renunciante, que podrán reclamarla cuando muera aquél, pero la renuncia producida abierta la sucesión es válida y quien renuncia, renuncia por sí y lo hace también por su stirpe y se incrementan las cuotas que por legítima, individual, corresponden a los demás legitimarios por derecho propio y no por derecho de acrecer.

Así, en los dos tercios de la herencia que constituyen la legítima de los herederos forzosos del testador, que son sus hijas, D<sup>a</sup>C y D<sup>a</sup>DAB, no existiendo mejora al no haber expresado el testador su voluntad de mejorar, la renuncia pura, simple y gratuita de D<sup>a</sup> CAB implica la renuncia por sí y su stirpe, incrementando la cuota que por legítima individual correspondía a la otra legitimaria, su

hermana DDAB, por derecho propio y no por derecho de acrecer, no pudiendo representarla los descendientes de la renunciante, en virtud de lo dispuesto en el art. 929 del C.c., que sólo permite la representación de persona viva, en los casos de desheredación y de incapacidad.

Por otro lado, el testador otorga a su cónyuge el usufructo universal sobre todos los bienes de la herencia, pero establece asimismo que en caso de que no fuese aceptada dicha fórmula por cualquiera de sus hijos y herederos, se trueca en la plena propiedad del tercio de libre disposición. Ello implica la denominada cautela sociniana o gualdense, consistente en la opción concedida por el testador al legitimario para elegir entre dos alternativas, o tolerar el usufructo universal del cónyuge viudo, o atribuirle el pleno dominio de todo el tercio de la herencia denominado de libre disposición, a más de los derechos que la ley concede al cónyuge supérstite como legitimario, y que es perfectamente válida.

Finalmente, con relación a la cláusula de sustitución vulgar referida en el testamento («lega a sus hijas, C y D y en defecto y sustitución de cada una de ellas a sus respectivos descendientes la nuda propiedad del tercio de libre disposición de su herencia bajo la condición suspensiva de que todos los legitimarios acepten el gravamen que sobre la legítima corta implica el usufructo universal ...»), debe entenderse que comprende los tres supuestos de premoriencia, incapacidad y renuncia, pues en otro caso se habría especificado a qué supuesto se refería.

La voluntad del testador es que en el tercio libre en caso de no aceptarse el referido usufructo viudal, el cónyuge supérstite hereda en pleno dominio su totalidad y, por ende, queda sin efecto tal legado a sus hijas y en su defecto a sus descendientes. Tal institución carece de virtualidad, porque sólo opera en el primer supuesto.

En consecuencia, se declara haber lugar al recurso de casación.



**SENTENCIA DEL TRIBUNAL  
SUPREMO DE 29 DE SEPTIEMBRE DE  
2003.**

**HIPOTECA: NULIDAD POR NO TENER EL DEUDOR HIPOTECARIO LA DISPONIBILIDAD DE LOS BIENES HIPOTECADOS AL TIEMPO DE LA INSCRIPCIÓN DE LA HIPO-TECA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD, POR HABERLOS VENDIDO EN EL TIEMPO INTERMEDIO ENTRE EL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA Y LA INSCRIPCIÓN; INAPLICACIÓN DE LA PROTECCIÓN DEL ART. 34 DE LA LHA A LA ENTIDAD ACREEDORA POR FALTA DE BUENA FE.**

ARTÍCULOS CITADOS: 1857 DEL CÓDIGO CIVIL; 138 Y 34 DE LA LEY HIPOTECARIA.

**Hechos:**

1°.- El 5 de octubre de 1990, D. AAA y D<sup>a</sup> BBB otorgan escritura pública de constitución de hipoteca unilateral a favor del Banco X, sobre un solar inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre de los deudores hipotecarios, siendo dicha escritura inscrita el 8 de octubre de 1992, y aceptada la hipoteca por la entidad acreedora el día 3 de marzo de 1993 mediante la correspondiente acta notarial.

2°.- Con posterioridad al otorgamiento de la escritura de constitución de hipoteca y antes de su inscripción en el Registro de la Propiedad, D. AAA y D<sup>a</sup> BBB venden los pisos del edificio construido sobre el solar, constituido en régimen de propiedad horizontal, como libres de cargas.

3°.- Los compradores de los pisos presentan demanda contra el Banco X y contra D. AAA y D<sup>a</sup> BBB, solicitando que se declare la nulidad de la hipoteca, así como la nulidad de las inscripciones correspondientes, acordándose su cancelación.

4°.- El Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial, en apelación, revoca dicha sentencia y estima la demanda. El demandado Banco X recurre en casación.

**Fundamentos de Derecho:**

Comienza el Tribunal Supremo señalando que la constitución del derecho real de hipoteca nace en el momento de la inscripción en el Registro inmobiliario, al imponer el artículo 138 de la Ley Hipotecaria y el artículo 1857 del Código civil como “indispensable” para que la hipoteca quede válidamente constituida, además de los requisitos en él determinados, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad. El negocio jurídico o acuerdo que crea la hipoteca es un “primer paso” en la constitución de la misma, pues la hipoteca no existe como derecho real en la vida jurídica hasta que deviene inscrito el negocio. Por ello, carece de fundamento distinguir entre una constitución “inter partes” y una efectividad “erga omnes” si al derecho real nos referimos. Frente a terceros, desde luego, no puede desplegarse sus efectos jurídicos una hipoteca sin inscripción.

La titularidad de la propiedad de la cosa hipotecada por parte del hipotecante y su libre disposición sobre la misma no es divisible en el sentido de que baste tenerlos en el momento inicial de creación del negocio hipotecario sino que es preciso mantenerlos y, más cualificadamente, que tales requisitos concurren al tiempo de la inscripción, esto es, cuando en realidad nace el derecho real de hipoteca.

En el caso que se plantea, el litigante tenía la propiedad y gozaba de la disponibilidad del solar inscrito cuando estableció, mediante escritura pública de 5 de octubre de 1990, la hipoteca unilateral en favor del Banco acreedor, pero, en el intermedio de los dos años transcurridos hasta que se procedió a la inscripción registral, vendió los pisos construidos en régimen de propiedad horizontal, libres de cargas y gravámenes, de manera que, cuando los adquirentes de los pisos tuvieron conocimiento de la hipoteca inscrita, con posteriori-



ridad a las ventas, hubieron de querellarse contra el vendedor, que fue condenado por un delito de estafa.

Procede, entonces, plantearse si el acreedor hipotecario quedaba, no obstante, protegido por la fe pública registral del art. 34 de la Ley Hipotecaria, y la cuestión se centra en determinar si concurría en él el requisito de la buena fe, entendida como ignorancia de la inexactitud registral concretada, en este caso, a que el Registro da como existente una titularidad que en la realidad jurídica es inexistente.

El Tribunal Supremo considera “sorprendente” la conducta del Banco, pues es anómalo en la práctica bancaria que la hipoteca acceda al Registro dos años después de haberse otorgado la escritura. En la escritura de constitución de hipoteca se consignó, como una característica del crédito y como condición “sine qua non” para la disposición del crédito que, en el plazo de seis meses a contar desde el día del otorgamiento de la escritura de hipoteca, 5 de octubre de 1990, tendría que haberse entregado al Banco la primera copia de la escritura de hipoteca debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad, acompañada de una certificación del Registro en la que se acreditara la libertad de gravámenes y cargas, la inexistencia de limitaciones de dominio y de condiciones resolutorias y rescisorias y que no apareciera limitada la capacidad de disposición de los bienes hipotecados. Igualmente se preveía que el último treinta por ciento del crédito quedaría retenido hasta que se obtuviera la cédula de habitabilidad de las viviendas hipotecadas. Estas condiciones no se cumplieron por los acreditados, a quienes, sin embargo, el Banco permitió disponer de la totalidad del crédito concedido.

Varios compradores, además, pagaron parte del precio de las viviendas compradas mediante ingresos efectuados a D. AAA en su cuenta del Banco X; vino de ellos, para pagar parte del precio del piso, solicitó una operación financiera a dicho Banco, teniendo que efectuar para ello declaración de bienes consignando en ella el piso comprado a D. AAA.

No cabe duda, pues, de que la entidad crediticia tuvo todas las posibilidades objetivas de conocimiento de las ventas realizadas al margen de las obligaciones que se asumían en la escritura tan tardíamente aceptada e inscrita. Su conducta puede calificarse de grave negligencia, incluso casi de dolo, por lo que no puede considerarse que exista en ella buena fe, y por tanto, no procede la protección del art. 34 de la Ley Hipotecaria.

De todo lo expuesto resulta la desestimación del recurso de casación.

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2003.

**COMPRAVENTA DE UN SOLAR PROPIEDAD DE LA ADMINISTRACIÓN CON LA FINALIDAD DE CONSTRUIR UN CENTRO DE SALUD QUE LUEGO NO SE EDIFICÓ: NO PROCEDE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO, PUES LA VENTA NO ESTUVO CONDICIONADA A LA CONSTRUCCIÓN.**

ARTÍCULOS CITADOS: 1124 DEL CÓDIGO CIVIL.

#### *Hechos:*

1ª.- La Sociedad Cooperativa X, en escrito de 23 de enero de 1985, dirigido al Ministerio de Economía y Hacienda, solicitó la adquisición de un solar para la construcción de un hospital, iniciándose a raíz de tal petición el correspondiente expediente administrativo por el trámite de enajenación directa y precio tasado de 13.465.838 ptas., que culminó en la promulgación del correspondiente RD y en el otorgamiento de escritura pública en fecha 30 de julio de 1986. El terreno vendido se



hallaba calificado en el Plan General como espacio viario.

2º.- Posteriormente, en diciembre de 1986, el Nuevo Plan General calificó el terreno como de Equipamiento Primario Deportivo, resultando imposible la construcción del hospital pretendido, procediendo el 24 de mayo de 1989 la Sociedad Cooperativa propietaria, a su enajenación a tercero por el precio de treinta millones de pesetas.

3º.- El Abogado del Estado formula demanda contra la Sociedad Cooperativa X, solicitando la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de su obligación por la parte demandada.

4º.- El Juzgado de 1ª Instancia desestima la demanda, siendo su sentencia confirmada en apelación. El Abogado del Estado recurre en casación.

#### ***Fundamentos de Derecho:***

El Tribunal Supremo considera que, aunque el objetivo o finalidad de construcción de un centro sanitario fuese determinante de la autorización administrativa, al efecto de la enajenación del solar, en rigor, no se explicita en el RD que semejante objetivo sea determinante de la autori-

zación; y en el contrato suscrito en 30 de julio de 1986 se habla de que la enajenación directa la acuerda el Consejo de Ministros al amparo del art. 63 Ley Patrimonio del Estado y, art. 361 de CC, por RD, y luego en su estipulado no se menciona para nada tal finalidad de construir el centro sanitario, tanto en sus acuerdos primero sobre condiciones del objeto de la venta y en el segundo sobre pago de gastos. Es claro, por todo ello, que sin omitir el peso de tal objetivo en los actos preliminares o preparatorios del contrato, no trascendió a la realidad negocial como condición resolutoria en el marco del principio de autonomía de la voluntad del art. 1255 CC.

Se destaca así mismo que el Estado obtuvo un precio razonable por la venta.

Y, finalmente, se señala que aún así y en todo caso, faltaría el elemento subjetivo de la manifiesta voluntad de incumplir, pues consta probado que la calificación urbanística de la parcela no permitía la construcción del hospital, ni antes, ni después de su adquisición por la sociedad demandada.

En consecuencia, se declara no haber lugar al recurso de casación.

LUIS DELGADO JUEGA Registrador de la propiedad

### REFLEXIONES EN TORNO A DESHEREDACIÓN, PRETERICIÓN Y REGISTRO EN EL DERECHO COMÚN

#### SUMARIO

##### I FINALIDAD.

1. PRETERICIÓN NO INTENCIONAL E INTENCIONAL

2. BREVE REFERENCIA A LA MODIFICACIÓN, EN MATERIA DE PRETERICIÓN, DEL ARTÍCULO 831 DEL CÓDIGO CIVIL POR LA LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE, DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL, DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y DE LA NORMATIVA TRIBUTARIA CON ESTA FINALIDAD.

##### III DESHEREDACIÓN:

1. DESHEREDACIÓN SIN EXPRESIÓN DE CAUSA O CON UNA DE LAS NO COMPRENDIDAS EN EL CÓDIGO

2. DESHEREDACIÓN CON CAUSA DE LAS COMPRENDIDAS EN EL CÓDIGO

##### IV. EL ARTÍCULO 15 DE LA LEY HIPOTECARIA; POSIBLE APLICACIÓN EN ESTOS SUPUESTOS

##### V. ANOTACIÓN DE DERECHO HERE- DITARIO A INSTANCIA DEL DESHE- REDADO O PRETERIDO: SU ADMI- SIBILIDAD Y EFECTOS

##### VI. CONCLUSIONES

##### FINALIDAD

El objetivo de este trabajo es plantear, desde un punto de vista práctico, que actuación debe mantener el Registrador frente a una partición, adjudicación de herencia o entrega de legados (cuando toda la herencia se haya distribuido así o se trate de una entrega aislada), en la que, ante un supuesto de desheredación o preterición, no interviene el desheredado o preterido, no se le atribuye derecho alguno, o atribuyéndoselo, se hace sin su presencia; en definitiva, si es necesario o no la actuación de los mismos. La finalidad del mismo es la aportación de ninguna idea novedosa en esta materia (dada la complejidad de la misma,



ésta excede de lo que aquí se plantea), sino servir como reflexión a un tema que ocupa, en alguna ocasión, a todo Registrador de la Propiedad.

## PRETERICIÓN

### PRETERICIÓN NO INTENCIONAL E INTENCIONAL

En los casos de preterición, el art. 814 Código Civil diferencia preterición intencional, preterición no intencional de algún hijo o descendiente, preterición no intencional de todos los hijos y descendientes. Cuando la preterición lo sea de todos los hijos y descendientes, la sanción es de anulación de la totalidad de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial; cuando lo sea de alguno de ellos, se anulará la institución de heredero, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. No obstante, en este último caso, la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas. En los casos de preterición no intencional, las operaciones de partición o adjudicación de herencia, sobre las que se sustentan las atribuciones patrimoniales que pretenden tener acceso al registro, deben realizarse nuevamente, salvo que los legitimarios preteridos hayan intervenido en ellas. Ni en el supuesto de subsistencia de mejoras, legados (en caso de preterición no intencional de algún hijo o descendiente) se podrá apreciar ésta, toda vez que la base formal que las apoya no habrá sido otorgada por los legitimados para ello: por todos los herederos. Nos encontramos, en consecuencia, con un título claudicante, título susceptible de impugnación, porque revela de modo directo una causa de ineficacia; no siendo necesario, sin embargo, prescindir del testamento, como título atributivo o sustantivo, si prestan su consentimiento todos los interesados en las operaciones particionales. La no necesidad de que se declare judicialmente la nulidad de la institución y de que se dicte la declaración de herederos abintestato, si los herederos designados y los preteridos se distribuyen la herencia conforme

a las reglas de la sucesión abintestato, ha sido declarado en numerosas ocasiones por el Tribunal Supremo- sentencias de 27 de mayo de 1909 y de 7 de noviembre de 1935- y la Dirección General de Registros y Notariado- Resoluciones de 20 de mayo de 1889, 30 de junio de 1910, 31 de enero de 1913 y 10 de mayo de 1950, 14 agosto de 1959 y 4 de mayo de 1999-, para casos en los cuales unánimemente todos los herederos instituidos y preteridos, siendo mayores de edad, reconocieran a los preteridos el mismo derecho que, en caso de declaración judicial de nulidad de la institución, les hubiese correspondido; manifestando las dos últimas Resoluciones la necesidad de que conste de modo expreso el referido convenio entre los interesados. Normalmente, la preterición resultará de la propia declaración de los herederos o del contador partidor o de los documentos complementarios, pero no su naturaleza.

En los supuestos de preterición intencional de hijos o descendientes o preterición de ascendientes o cónyuge, el Código utiliza una terminología mas precisa que en sede de desheredación injusta: “se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias.” Desde una perspectiva registral, la diferencia no plantea efectos; de una parte, el Registrador no puede entrar a evaluar cuestiones de hecho ajenas a los documentos presentados<sup>1</sup>; no puede, en consecuencia, integrar la voluntad del causante con elementos extrínsecos al testamento y apreciar el tipo de preterición, no existiendo ningún precepto legal que establezca una presunción de la preterición de un tipo sobre otro; a pesar de ello, algunos autores mantienen que debe presumirse, con carácter general, la preterición intencional sobre la no intencional, existiendo excepciones donde lo que se presume es ésta última<sup>2</sup>. Aún sosteniendo esta dirección doctrinal, el problema debería desenvolverse en la esfera judicial, porque propiamente no estamos en presencia de una presunción sino de un problema relativo a la distribución de la carga de la prueba.

La condición de legitimario del preterido, cualquiera que sea su título de adquisición (abintestato



o con una suerte de delación forzosa a favor del preterido), exige su presencia en las operaciones de partición o adjudicación de herencia, cualquiera que sea la opinión que sigamos en tomo a la naturaleza de la legítima, de mayor aceptación doctrinal, en el ámbito del derecho común: *pars bonorum* o *pars hereditatis*. La consideración del preterido como heredero forzoso exige volver a verificar las operaciones particionales<sup>3</sup> o en el supuesto de que existiera heredero único, practicar las mismas.

En la línea que seguimos, la Resolución de 18 de Abril de 2000 exige la presencia del legitimario. En un testamento en el que el padre instituye heredero a uno de sus hijos, manifestando en el título sucesorio que a su otro hijo no le hace atribución patrimonial alguna por haber impugnado la filiación, la Dirección, sin entrar en la discusión de si nos encontramos ante una situación de preterición intencional o desheredación injusta, entiende que en tanto no prospere la acción de impugnación, el otro hijo, partiendo de carácter de orden público de la legítima, debe intervenir en las operaciones de partición. Parece dar por hecho la resolución la necesidad de la intervención del desheredado o preterido, doctrina que podríamos extender a todos los casos preterición (a la desheredación nos referiremos más tarde)

Hemos sostenido, como argumento básico para la defensa de nuestra posición, la consideración de título claudicante del otorgado sin la presencia del preterido, lo que nos lleva a la necesidad de analizar la naturaleza de la acción que asiste al mismo, para una vez determinada la misma, reconocer la categoría de ineficacia que confluye en estos supuestos. Son numerosas las posiciones doctrinales que se han adoptado<sup>4</sup>: acción rescisoria de tipo personalísimo, acción de impugnación, acción de naturaleza mixta, acción de nulidad, acción de anulabilidad; sólo en la primera se pueden plantear dudas, en todos los demás supuestos, se refuerza el efecto a que aludimos: la necesaria presencia de los legitimarios preteridos.

A juicio de Vallet de Goytisolo<sup>5</sup> nos hallamos ante una acción rescisoria de tipo personalísimo,

como la *querella inofficiosi testamenti*. Al aludir al carácter rescisorio de la acción, se refiere el autor a su actuación y no a su origen. Es decir, emplea el término en sentido amplio revocatorio de una disposición que sería válida de no ser impugnada por el perjudicado, con la misma latitud con la que se califica de rescisoria y no de resolutoria la acción del artículo 1124 del C. c., o que habla del carácter rescisorio y no resolutorio de la revocación de donaciones por supervivencia de hijos el art. 645 o por ingratitud el art. 649. Apoya su tesis Vallet en los antecedentes históricos y legislativos de nuestro Código, en la posibilidad de convalidar la institución de heredero por renuncia del preterido a impugnarla (Sentencia de 20 de junio de 1903) o por convenio de éste con los instituidos (Sentencia de 19 de Noviembre de 1910) y en la no declaratividad de oficio (Sentencia de 11 de mayo de 1909 y Resoluciones de 30 de junio de 1910 y 31 de enero de 1913)<sup>6</sup> Sin embargo, desde una óptica estrictamente registral, la tesis de Vallet<sup>7</sup> no simplifica el problema a efectos de practicar la inscripción y se aviene mal con el carácter excepcional y de interpretación restrictiva que tiene esta clase de acción en nuestro ordenamiento (arts. 1290. 5º, 1294, 1299, 1076, 1077 del C.c de los que se deducen el carácter personal, subsidiario, caducable y tasado de esta clase de acción); de las categorías de convalidación, conversión, ratificación o confirmación para salvar la ineficacia de los negocios jurídicos; con el carácter de orden público que presentan las normas que regulan la legítima en nuestro sistema, entendiendo que la contravención de las mismas se acerca más a la nulidad (art. 6. 1 del C.c) que a la rescisión; y, por último, con los efectos de la preterición intencional o no intencional una vez ejercitada la acción.

En los supuestos de preterición intencional, el testador, con pleno conocimiento, ha expresado una voluntad, de modo originario, contrario a un conjunto de normas imperativas que tratan de limitar la misma; en la no intencional, es el ordenamiento el que considera que esa voluntad hubiese sido otra de conocer la existencia de hijos o descendientes. Ciertamente, el párrafo último del art. 814, como norma de cierre, establece la primacía “en todo lo demás” de la voluntad del



causante; pero en el resto, es la ley la que dota de contenido a los derechos del legitimario preterido y en ese resto la primacía de la ley imperativa sobre la voluntad del causante hace que se conjuguen validez y nulidad de las disposiciones, lo que nos conduce a la nulidad parcial, en sede de preterición intencional, y total o parcial si lo es no intencional<sup>8</sup>.

La naturaleza rescisoria de la acción podría plantear la aplicación a estos casos de los artículos 1077 y 1080<sup>9</sup> del CC, lo que conduciría al legitimario a adoptar una posición activa en defensa de su derecho pero sin establecer un mecanismo claro de protección respecto al mismo. Evidenciaría, en suma, que la posición del legitimario, que finalmente triunfa en sus pretensiones a través de la acción rescisoria, estaría condicionada por la opción de los herederos de satisfacer esa legítima en metálico, ya que la subsidiariedad de esta clase de acción (acción rescisoria) nos acercaría a esta posibilidad (art. 1077 en conexión con el art. 1294 del CC<sup>10</sup>); nos llevaría necesariamente a calificar la naturaleza de la legítima en función de la situación del legitimario: si ha sido instituido heredero, si ha sido preterido, desheredado, si ha recibido menos de lo que le corresponde por legítima; reconoceríamos en el plano teórico unas consecuencias que quedarían difuminadas cuando se llevan a la práctica al ejercitar la acción en defensa de sus derechos por parte del legitimario<sup>11</sup>. Desde un punto registral, dada la opción que asiste a los herederos, podría evitarse el necesario consentimiento del preterido. Sin embargo, ni siquiera los autores que sostienen esta posición plantean la aplicabilidad del art. 1077 reseñado, aunque sea analógicamente. El propio VALLET postula que ejercitada la acción de rescisión, simultánea o posteriormente el preterido podría ejercitar la acción de reclamación de legítima que tiene naturaleza mixta personal y real<sup>12</sup>.

Tampoco las ideas esgrimidas en cuanto a la renuncia y convenio aparecen como determinantes, desde una óptica registral; en el supuesto de anulabilidad, el ordenamiento prevé también la confirmación (renuncia a la acción de impugnación) y la validez claudicante del título en tanto no

sea ejercitada la acción correspondiente (arts. 1301, 1309, 1313 del CC), pero estos argumentos no nos servirían para la inscripción del título susceptible del ejercicio de esta clase de acción, porque la validez claudicante, o susceptible de serlo, en el plano civil no permite su traslado a los libros del Registro, en donde se excluye toda inscripción condicional, o, mejor dicho, condicionada al ejercicio de una acción que resulta directamente del título presentado. Siguiendo la misma línea de argumentación, tampoco el relativo a la no declaratividad de oficio resulta definitivo (argumento no tomado en consideración por la Sentencia de 14 de octubre de 1997).

En síntesis, ante la apariencia de impugnabilidad (cualquiera que sea la naturaleza de la acción que se defiende), el Registrador debe denegar o suspender la inscripción, sin que pueda invocarse, como argumento en contrario, que corresponde a los interesados la defensa o tutela de sus derechos; la calificación registral está en conexión con la necesaria defensa o tutela de los particulares pero también con un principio de orden público básico del sistema que trasciende el mero interés particular: la búsqueda de la coordinación entre Registro y realidad extraregistral, de la exactitud registral; de lo contrario, caso de que la inscripción revelase la existencia del preterido, se publicaría indefinidamente una causa de nulidad o resolución (en sentido amplio) que haría imposible la aparición del tercero protegido con arreglo a los artículos 34 y 36 de la Ley Hipotecario. Todas estas consideraciones están en íntima conexión con el principio de legalidad, con la necesaria depuración de los títulos que acceden al registro, de tal modo que en apariencia han de aparecer perfectos, válidos y no susceptibles de impugnación<sup>13</sup>.

La Resolución de 18 de septiembre de 2001 aborda la naturaleza de la acción en caso de preterición, en apariencia no intencional de todos los hijos o descendientes, acercándose a los postulados de Vallet, sin embargo, aceptando, en parte, los argumentos a favor de la anulabilidad de la acción con los matices que resultan de trasponer en el ámbito testamentario conceptos acuñados en



el plano contractual y destacando la necesidad de impugnación del testamento en que incurra el defecto. Esta Resolución es contraria a la doctrina que emana de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1997 que admite, ante un supuesto de preterición no intencional, la declaración de herederos abintestato sin la previa declaración de nulidad del testamento en procedimiento seguido al efecto. 14 Asimismo, la Resolución prescinde de la consideración, a efectos registrales, en el supuesto de hecho planteado, de presunción de preterición no intencional, entendiendo que éste es un debate que se debe desarrollar en el ámbito judicial.<sup>15</sup>

Concluyendo, cualquiera que sea la naturaleza de la acción (incluso sosteniendo que se trata una acción rescisoria) avala el necesario consentimiento, desde un punto registral, del legitimario preterido. El Tribunal Supremo en Sentencia de 6 de abril de 1998, en un supuesto de preterición intencional, diferencia dos planos: el relativo a la nulidad de la disposición testamentaria, que lo interpreta de modo restrictivo, entendiendo que la nulidad de la institución de heredero sólo operará en cuanto perjudique las legítimas (siguiendo la línea de otras como de 13 de julio de 1985, 5 de octubre de 1990 y aplicando la doctrina de la mejora tácita que en sede de desheredación injusta reconocieron las SS de 23 de enero de 1959, de 9 de octubre de 1975 y 13 de julio de 1985; más reciente la de 9 de julio de 2002); y el relativo a la partición de la herencia, declarando la nulidad de la partición de la herencia de la causante y su protocolización notarial realizada mediante escritura pública, debiéndose practicar una nueva partición en la que se adjudique al demandante la parte que le corresponda por su legítima estricta o corta; asimismo, declara la nulidad y subsiguiente cancelación de las inscripciones practicadas en los Registros de la Propiedad correspondientes con base en la referida partición que se anula. Interesa, pues, destacar esta sentencia porque apoya la tesis que trata de sostener en este trabajo de que el título atributivo o sustantivo y el título especificativo son títulos claudicantes y como tales no pueden tener acceso al Registro, y que el desenvolvi-

miento de la acción sobre el primero priva de efectos al segundo.<sup>16</sup>

BREVE REFERENCIA A LA MODIFICACIÓN, EN MATERIA DE PRETERICIÓN, DEL ARTÍCULO 831 DEL CÓDIGO CIVIL POR LA LEY 41/2003 DE 18 DE NOVIEMBRE, DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL, DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y DE LA NORMATIVA TRIBUTARIA CON ESTA FINALIDAD

Bajo una apariencia de reforma dirigida a la protección de los discapacitados, se da una nueva redacción al artículo 831<sup>17</sup>, con vocación general, como lo pone de manifiesto la ausencia de referencia a los mismos en el precepto reformado. La Exposición de Motivos de la Ley justifica la modificación en los siguientes términos: “Se reforma el artículo 831 del Código Civil, con objeto de introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad. De esta forma, se concede al testador amplias facultades para que en su testamento pueda conferir al cónyuge superviviente amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad. Además, estas facultades pueden concedérselas los progenitores con descendencia común, aunque no estén casados entre sí.”

El nuevo precepto supone la incorporación al derecho común, de modo radical y sin coordinación alguna con el resto del articulado del Código y en general del resto del sistema, de la fiducia sucesoria, propia de numerosas legislaciones forales<sup>18</sup>. El régimen que presenta es exorbitante y



supone, no ya una excepción a los artículos: 1271 II, prohibitivo de los contratos sobre la herencia futura excepto la división entre vivos de un caudal conforme al art. 1056; 670, que deniega la posibilidad de dejar la formación de un testamento en todo en parte al arbitrio de un tercero o hacerlo por medio de comisario o mandatario, y determinar las porciones en que hayan de suceder los instituidos nominalmente; 830, que prohíbe encomendar a otro la facultad de mejorar; 1057 I, que sólo permite al testador encomendar, por actos inter vivos o mortis causa, la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos; sino a la posibilidad de practicar particiones parciales sin la aquiescencia de todos los herederos; de verificar entrega de legados antes de haber practicado las operaciones particionales sin el consentimiento de los legitimarios; la necesidad acuerdo de todos los interesados para la liquidación de la sociedad conyugal; la necesidad de salvar el conflicto de intereses que se puede presentar entre cónyuge viudo e hijos en las operaciones de liquidación de la sociedad conyugal y partición y adjudicación de bienes y un largo etcétera que no es objeto de este trabajo. Pero si lo es la referencia a la legítima, y, en especial, a la preterición. El apartado cuarto contiene la siguiente redacción: “4. La concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas ni las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común. En tal caso, el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido tendrá poderes, en cuanto a los bienes afectos a esas facultades, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones. Cuando algún descendiente que no lo sea del cónyuge supérstite hubiese sufrido preterición no intencional en la herencia del premuerto, el ejercicio de las facultades encomendadas al cónyuge no podrá menoscabar la parte del preterido.”

La primera cuestión que plantea el precepto es la distinción en el régimen de la legítima que asiste a los hijos y descendientes comunes y a los que no lo son; a estos últimos, les acerca al régimen

general, mientras que para los primeros (como consta en el apartado tercero transcrito en la nota al pie de página) establece uno especial ya que sólo podrán pedir la “rescisión” de los actos del cónyuge que perjudiquen su derecho en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado, permitiendo al cónyuge viudo que satisfaga la legítima con bienes propios. Al admitir la satisfacción de la legítima con bienes propios, excepciona el principio general (para los seguidores de la consideración de la legítima como *pars bonorum* o *pars hereditatis*) de satisfacción de la legítima con bienes propios de la herencia, lo que supone una nueva quiebra de los principios generales en esta materia, pero sin establecer mecanismos claros de protección<sup>19</sup>. Pero lo que nos interesa destacar, en el contexto del trabajo, es la referencia a la preterición. Nuevamente diferencia el Código hijos y descendientes comunes y los que no lo son; para estos últimos, se limita a decir que en caso de preterición no intencional el ejercicio de las facultades por el cónyuge no podrá menoscabar la parte del preterido. Como primera objeción, podemos señalar que dada la remisión a la normas generales, no se entiende muy bien la referencia a preterición no intencional. El art. 814, en caso de preterición no intencional de algún hijo o descendiente (para que se diese el supuesto de hecho de la norma tendría que haber hijos y descendientes comunes, según el apartado primero), determina la anulación de las disposiciones de contenido patrimonial con excepción de mandas, mejoras y demás disposiciones testamentarias que subsistirán en cuanto no se perjudique la legítima. De seguir la lógica del precepto, aún en el caso de preterición no intencional de algún hijo o descendiente no común, el cónyuge supérstite podría continuar las operaciones particionales o de adjudicación de bienes hereditarios en tanto no menoscabe la parte del mismo. ¿Puede el cónyuge actuar unilateralmente y sin necesidad de convenio expreso con el legitimario preterido?. Creemos que no. De una parte, lo que parece pretender la reforma es que la preterición no intencional no invalide el nombramiento del cónyuge; de otra, el régimen general del párrafo primero, en cuanto a los derechos del descendiente no común, impide una contestación afirmativa. Dado el carácter



excepcional y desproporcionado del precepto en cuanto a las facultades del cónyuge superviviente, si el legislador hubiese querido esta posibilidad, así lo habría hecho. Entendemos que se trata de recoger el posible convenio expreso, que ya había admitido la jurisprudencia y la doctrina para salvar la preterición pero que el art. 814 no había recogido de manera explícita; eso sí, con una excepción: el convenio podrá verificarse entre el preterido y el cónyuge superviviente sin la presencia del resto de los legitimarios (téngase en cuenta la referencia en el párrafo anterior de los poderes respecto al resto de los hijos y descendientes comunes para la adjudicación de las legítimas). El artículo comentado no establece ninguna regla para la preterición intencional, por lo que el régimen debe ser el general, si bien matizado con las particularidades comentadas

En cuanto a los hijos y descendientes comunes, de seguir la línea argumental del artículo, la preterición no intencional de alguno de ellos podrá menoscabar la parte de la legítima de los mismos. Como esta interpretación es absurda, podríamos considerar (nuevamente partiendo del carácter incalificable del precepto objeto de estudio) que el omnipotente cónyuge superviviente puede salvar unilateralmente la preterición, incluso, sin la aquiescencia de los hijos y descendientes preteridos. Ésta es la interpretación que parece abonar el párrafo último del apartado tercero de la norma. La preterición no intencional de todos los hijos y descendientes no puede darse al amparo de este precepto, dada la necesaria presencia para la actuación del cónyuge de hijos y descendientes comunes.

## **DESHEREDACIÓN**

### DESHEREDACIÓN SIN EXPRESIÓN DE CAUSA O CON CAUSA NO COMPRENDIDA EN EL CÓDIGO

En desheredación, el Código diferencia entre desheredación justa o desheredación injusta (dentro de esta incluiríamos tanto de desheredación hecha sin expresión de causa, con causa que no

sea una de las comprendidas en el código o que de ser contradicha no se probare). El régimen que establece para los tres supuestos es el mismo: se anulará la institución de heredero pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no perjudiquen la legítima (art. 851). Tratándose de desheredación hecha sin expresión de causa o con causa que no sea una de las previstas en el Código, el título sucesorio no puede pasar el filtro de calificación registral. Nuevamente nos encontramos ante un arduo debate doctrinal en torno a la naturaleza de la acción. La mayoría de la doctrina lo aleja de la acción rescisoria<sup>20</sup>

La Dirección General, en sus primeras Resoluciones, ha mostrado una línea dubitativa en esta materia. En Resolución de 15 de octubre de 1871, parece que se impide la calificación de la ausencia del legitimario por parte del Registrador, sin embargo, la Resolución de 30 de abril de 1906 mantiene una posición totalmente contraria. Como hemos visto, las últimas Resoluciones exigen la presencia del legitimario<sup>21</sup>.

Los argumentos de preterición intencional los acogemos, en consecuencia, íntegramente en los supuestos de desheredación sin expresión de causa o causa que no sea una de las expresadas en el Código. El título presentado evidencia una posible causa de impugnación que impide la práctica de la inscripción.

### DESHEREDACIÓN CON EXPRESIÓN DE CAUSA DE LAS COMPRENDIDAS EN EL CÓDIGO

A diferencia de la preterición y de desheredación sin expresión de causa o que no sea una de las comprendidas en la ley, donde no existe un precepto concreto que defina la posición del preterido y desheredado en tanto sean reconocidos sus derechos, en estos supuestos, el Código señala en el artículo 850 que “si el desheredado negare ser cierta la causa de desheredación, corresponde a los herederos la prueba de la misma”<sup>22</sup>; precepto que hay que poner en relación con el artículo 851



cuando establece: “( ...) o que de ser contradicha no se probare (...)”

La simple negativa del desheredado a la causa de desheredación realizada en procedimiento judicial (el Tribunal Supremo a partir de la Sentencia de 20 de mayo de 1931 sigue esta posición, si bien relativizada por la Sentencia de 11 de febrero de 1988), criterio con el que discrepamos, despliega un efecto netamente favorable para el desheredado: la inversión de la carga de la prueba; pero en tanto no se proceda a esa negativa y no recaiga sentencia firme que declare la ineficacia de la desheredación, según la referida posición, tanto de doctrina como jurisprudencia, el título goza de una apariencia de validez que exige la iniciativa del desheredado para su desvirtuación, pero una apariencia de validez sólo en el ámbito extraprocesal; validez interina y provisional en palabras de Vallet de Goytisolo<sup>23</sup>.

En suma, la existencia de desheredación con expresión de una causa de las comprendidas en el Código no vicia al título automáticamente y en apariencia, sino que simplemente abre la vía de la negativa del desheredado o su impugnación. Existe un principio básico de calificación que ya habíamos anticipado anteriormente: dados los medios de calificación de que dispone el registrador con arreglo al art. 18 de la Ley Hipotecaria documentos presentados y asientos del registro no puede evaluar las circunstancias de hecho (extrañas a los títulos presentados) que rodean el caso concreto y que tienen su apoyo en prueba que no conste en documento público<sup>24</sup>. Dicho esto, partiendo del carácter excepcional de la desheredación y de la interpretación restrictiva de sus supuestos de hecho; de su tratamiento unitario en el Código; del principio constitucional de salvaguarda judicial de los derechos (cfr. artículo 24 de la Constitución Española) en conjunción con el valor de ley de la sucesión que tiene el testamento formalmente válido (cfr. artículo 658 del Código Civil), y de que simple negativa del desheredado a la causa que motiva la desheredación invierte la carga de la prueba; no puede prescindirse, para dar una solución al problema, de ninguno de los principios enunciados. Para tratar de armonizar todos las

cuestiones planteadas, se han propuesto diferentes posiciones doctrinales que en síntesis o impiden que el Registrador entre a evaluar la causa de desheredación o por el contrario exigen la presencia, en todo caso, del desheredado<sup>25</sup>.

Sin embargo, son numerosos los argumentos que, aún en caso de desheredación con expresión de una de las causas contenidas en el Código, impedirían el acceso al Registro de los títulos presentados sin la aquiescencia del desheredado:

1) Caso contrario, obligaría al Registrador a evaluar la causa para ver si es una de las comprendidas en el Código, lo que puede, dados los mecanismos de calificación con que cuenta, ser especialmente complejo en los supuestos en los que no resulte de la disposición testamentaria palabras de contenido idéntico al ofrecido en el Código; de lo contrario, implicaría un exceso en las funciones encomendadas a este funcionario público.

2) No consideramos que la negativa del desheredado tenga que desenvolverse necesariamente en la esfera judicial para que produzca ciertos efectos, con arreglo a las siguientes consideraciones:

a) El propio Tribunal Supremo en Sentencia de 11 de febrero 1988, sin modificar esta doctrina, sin embargo, la mitiga, atribuyendo a los desheredados (en la sentencia lo eran todas las hijas del causante), en su condición de legitimarias, legitimación para la reclamación de un préstamo en beneficio de quienes en definitiva resulten ser herederos de su padre. Interesa destacar de la Sentencia los siguientes extremos de sus fundamentos de derecho: “(...) si bien es cierto, en los términos de la conocida y aquí repetidamente invocada sentencia de 20 de mayo de 1931, que mientras no sea anulado el testamento en que se contiene la desheredación, carece el desheredado de todo derecho sobre la herencia del causante, y es también cierto que no consta de la anulación del testamento ológrafo ni de que siquiera se haya intentado, y que, finalmente, no es viable el pronunciarse aquí, ni siquiera medialmente y para los



fin del objeto del juicio de que el recurso dimanara, y a espaldas de la allí instituida heredera, sobre su validez y efectos, con todas esas salvedades ha de tomarse en la adecuada consideración, A) los términos imprecisos de la desheredación y del alcance de la misma respecto de todas y cada una de las tres hijas aquí actoras; B) la condición de legitimarias que concurre en ellas (arts. 807 y 808 del Código Civil), abstracción hecha de los testamentos del padre y de los efectos de la desheredación contenida en el último y que precisará la prueba de los hechos que la sustentan por parte de quienes pretendan obtener consecuencias de su eficacia (sentencia de 30 de septiembre de 1975 y las que en ella se citan) pues de otra manera se eliminaría el sistema legitimario establecido en favor de los hijos; C) porque, a partir de dicha condición, ostentan las actoras el derecho de pedir en los precisos y limitados términos en que lo han ejercitado o sea en beneficio de quienes en definitiva resulten ser los herederos de su padre”. Se reconoce, con independencia de la impugnación del testamento y de los efectos de la desheredación, la condición de legitimarias en las recurrentes aún antes de que la referida impugnación se lleve a efecto.

b) No admitida la naturaleza rescisoria de la acción y si la nulidad parcial, en buena lógica, no habría ningún problema en permitir la oposición fuera del procedimiento por el desheredado y que sean los herederos los que inicien el mismo, con demanda dirigida al desheredado, en el que se sostenga la validez del testamento y la prueba de la causa de desheredación. La vieja querrela inoficiosi testamenti no ha tenido acceso al Código, como resulta de otros preceptos que si la han acogido (art. 646).

c) Otra puede ser la interpretación de los arts 850 y 851. No podemos obviar la posible aquiescencia del desheredado con la causa de desheredación; en estos casos el testamento despliega plenos efectos. Los artículos citados únicamente tratan de resolver el problema de la distribución de la carga de la prueba resolviendo ésta atendiendo al carácter excepcional y anómalo de la desheredación; por ello, no consideramos que el

art. 850 del Código Civil incorpore ninguna presunción<sup>26</sup>.

d) Tanto doctrina como jurisprudencia parten del carácter excepcional de la desheredación; en última instancia, supone liberar al causante de una limitación que le viene impuesta. Los herederos, como continuadores de la voluntad del causante y aquellos interesados en defender la eficacia del testamento deben sostener ésta frente a cualquier alegación en contrario del desheredado. La negativa del desheredado, automáticamente, activa esa defensa; porque la negativa revela la no aceptación de la voluntad del causante, correspondiendo a los que tratan de defender la misma su conformidad con la ley.

La propia mecánica de la protección que asiste al desheredado, se aviene mal con la concepción tradicional. Tener que iniciar un procedimiento para impugnar la validez del testamento, en el que nada hay que probar, en la medida que la negativa implica que la carga de la prueba corresponde a los que sostienen la validez del testamento, lleva consigo, en consecuencia, que el procedimiento concluirá si los herederos no despliegan actividad probatoria, con lo que la sentencia que recaiga puede tener un carácter meramente declarativo de una situación preexistente: la nulidad parcial del testamento en tanto no su pruebe la causa de desheredación. Otros preceptos del Código, cuando prevén la distribución de la carga de la prueba en caso de impugnación de la validez del testamento, expresamente contemplan este último extremo (art. 686 párrafo segundo)

e) La desheredación implica una privación, una sanción para el desheredado. No consideramos razonable que la negativa no puede efectuarse en la esfera extrajudicial, pero menos razonable todavía que haya que esperar a la sentencia firme, dada la dilación de los procedimientos, para invertir no ya la carga de la prueba, sino la carga de los efectos paralelos a esa carga: que desde la interposición de la demanda el testamento carezca de efecto en cuanto perjudique la legítima del desheredado. En la actualidad, el principio constitucional de presunción de inocen-



cia, extendible a todos los ámbitos, avala esta posición (art. 24 de la CE)

f) Nadie duda de la importancia de la interpretación histórica en estos preceptos, como resulta de la Base 15 en Ley de Bases de 11 de mayo de 1888<sup>27</sup>, pero tampoco podemos negar como criterio interpretativo la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada la norma (art.3.1 del CC).

g) En conclusión, el conocimiento extraprocesal por parte de los herederos de la negativa de los desheredados a la causa de desheredación, invierte no ya la carga de la prueba, sino la aparente validez transitoria del testamento, correspondiendo a los herederos su defensa; la prueba de la causa de desheredación implica la prueba de la validez del testamento.

3) Aún habiéndose practicado la inscripción, el desheredado en cualquier momento, en tanto no prescriba la acción, podría negar la causa de desheredación, en cuyo caso correspondería a los herederos su prueba. El adquirente del heredero, de haberse practicado la inscripción de la sucesión, no podría invocar su condición de tercero protegido con arreglo al art.34 de la Ley Hipotecaria ya que el Registro publicaría la posible claudicación del título. No consideramos al art. 28 aplicable en estos supuestos. El referido artículo tiene su fundamento básico en la protección de la apariencia de un testamento que no revele causa alguna de impugnación, pero que pueda quedar sin efecto como consecuencia de otro testamento, especialmente en los supuesto de testamentos ológrafos. Si del testamento inscrito, y de la inscripción, resultare alguna causa de ineficacia, en este caso, no es que se suspendan los efectos de la fe pública, es que no pueden aplicarse los efectos de ésta. Si el desheredado pidiese en el correspondiente procedimiento anotación preventiva de demanda de nulidad parcial del testamento y con ello de la partición, el efecto de esta anotación sería especialmente singular. La validez transitoria del testamento y de la certeza de la causa de desheredación juega en el ámbito extraprocesal, nunca en el mismo, de tal manera

que la interposición de la demanda provocaría de modo automático desvanecer la apariencia de validez del testamento y revelaría de modo inmediato su nulidad, siquiera parcial, en tanto no recaiga sentencia que declarase la demostración de la causa de desheredación. Trasladada la situación procesal al Registro, el efecto que produciría (de permanecer como titulares de los bienes los beneficiados por la herencia) sería destruir la presunción de existencia y pertenencia del derecho al expresar de modo directo la nulidad de los títulos sucesorios (el Registro, de haberse practicado la inscripción, como hemos visto, debería consignar literalmente las disposiciones testamentarias y con ello, la desheredación) que ya registralmente son títulos claudicantes, lo que llevaría al Registrador a no poder practicar ningún asiento en tanto no recaiga sentencia firme que declare tanto la validez del testamento como de las operaciones particionales<sup>28</sup>.

4) Implicaría desvirtuar el régimen de efectos que de modo unitario ha establecido el Código en el art. 851, descomponiendo los mecanismos de protección si ha sido desheredado sin expresión de causa, con una causa no comprendida en el Código o que de ser contradicha no esté probada.

5) Supondría favorecer los derechos del resto de los herederos, cuando el propio Código los restringe notablemente con la simple negativa del desheredado (alguno autores niegan esta necesidad cuando la causa de desheredación haya sido probada en otro procedimiento)<sup>29</sup>

6) Admitiríamos la inscripción de un título que goza de validez transitoria (la falta negativa del desheredado), permitiendo crear presunciones a nivel hipotecario (como la de legitimación) una vez verificada las adjudicaciones y practicada la inscripción, sin la base de hechos firmes probados en que fundarse. (art. 385 de la LEC.)<sup>30</sup>

En estos caso de desheredación con expresión de causa de las comprendidas en el Código, hablo desde una perspectiva extrarregistral, podríamos aplicar analógicamente lo dispuesto en el Código



en el artículo 1004, para la aceptación de la herencia, y compeler al desheredado, judicialmente, para que niegue la causa de desheredación, o, en su caso, acepte la herencia y caso de que no lo negare proceder a la practica de las operaciones particionales o, caso hacerlo, iniciar el correspondiente procedimiento judicial para la prueba de la causa de desheredación. Si bien ésta posibilidad se aleja de la posición tradicional seguida en esta materia, que como hemos visto exige al desheredado negar la causa en sede judicial y la oportuna sentencia declarando la ineficacia parcial del testamento y el reconocimiento de su derecho, sin embargo, es una opción para el resto de los herederos a fin de lograr la certeza de su derecho ante la amenaza de impugnación, evitando el ínterin que se podría producir en tanto el desheredado no haga valer sus derechos y consecuencia lógica de la interpretación que postulamos del art. 850 del Código. La analogía surge de la consideración del desheredado como legitimario en tanto no se declare la certeza de la causa de desheredación y de la existencia de una delación específica a su favor en estos casos. En ambos supuestos, la resolución judicial que acredite cualquiera de estos extremos bastaría para evitar la intervención del desheredado<sup>31</sup>. Naturalmente, el problema no se plantearía si el desheredado renunciase a la acción de impugnación. Asimismo, la presencia del desheredado podría omitirse si se acredita la prescripción de la acción que asiste al mismo para la impugnación del testamento y de las operaciones de partición o adjudicación hereditaria, obtenida en el procedimiento oportuno<sup>32</sup>.

Cualquiera que sea la tesis seguida, no podemos olvidar en desheredación justa, el derecho que, en caso que el desheredado tenga hijos o descendientes, asiste a los mismos para ocupar la posición del primero en la herencia del ascendiente (art.857). De mantener la interpretación de Roca o Vallet su presencia seria inexcusable para la validez de las operaciones particionales. En lógica con los postulados que defendemos, la adjudicación a estos de bienes no podría verificarse hasta tanto el desheredado renuncie a la acción de impugnación, o en su caso preste su consentimiento

to a la certeza de la causa o quede probada en procedimiento en el que haya sido parte.

#### **IV.- EL ARTÍCULO 15 DE LA LEY HIPOTECARIA; POSIBLE APLICACIÓN EN ESTOS SUPUESTOS.**

El art. 15 de la Ley Hipotecaria se refiere a la desheredación en el apartado b) 4º” al señalar que “cuando el causante hubiera desheredado a algún legitimario o manifestado en él título sucesorio que ciertas legítimas quedaron totalmente satisfechas, se entenderá que los legitimarios aludidos aceptan respecto de terceros la desheredación o manifestaciones del causante si durante el plazo determinado en el apartado a) de este artículo no impugnaren dicha disposición”. Se trata de un precepto que se incardina dentro de la regulación de la legítima como *pars valoris bonorum*, es decir, la consideración de la legítima como titularidad sobre parte de valor en cambio de los bienes que integran herencia con una afección real de todos ellos a modo de carga o gravamen, en el ámbito de la primitiva redacción que para esta clase de legítimas regulaba la legislación Catalana, si bien se ha defendido su aplicación al derecho común en supuestos especiales. De una parte, el precepto, en su redacción general, permite la realización del conjunto de operaciones particionales sin la intervención de los legitimarios no instituidos herederos, y resuelve asimismo la necesaria, o no, intervención de los desheredados, o los que han percibido su legítima en actos *inter vivos*, estableciendo un importante grado de protección de sus derechos para el caso de que la voluntad del causante no se ajuste a la ley. Es el único precepto que recoge de manera explícita la situación del desheredado, en cuanto al grado de protección que se le dispensa y su necesaria o no intervención en las operaciones de partición o adjudicación de herencia. Desde un punto de vista práctico, este precepto concilia el derecho del desheredado con la necesidad de evitar dilaciones en el reparto de los bienes, deseo que es constante en nuestro ordenamiento, estableciendo un plazo de caduci-



dad tomada de la vieja querella inofficiosi testamenti. El debate se centra en su aplicación a la desheredación en el ámbito del derecho común<sup>33</sup>. Para ello tenemos que tener en cuenta lo dicho al principio de estas notas sobre la naturaleza de la legítima. En primer lugar, el precepto sólo sería aplicable a la desheredación no la preterición, lo cual se aleja de la configuración unitaria que para desheredación injusta y preterición intencional prevé el Código y la doctrina de modo reiterada establecida por el Tribunal Supremo. El mismo es claro a referirse al desheredado o al que ha recibido su legítima por actos intervivos. Como hemos visto en sede de desheredación, podemos diferenciar: desheredación sin expresión de causa, con causa que no sea de las comprendidas en el Código y con causa de las comprendidas en el Código. En los dos primeros supuestos, dada la ausencia de validez provisional en la eficacia del testamento, su régimen se diferencia nítidamente del último contemplado: el desheredado nada tiene que negar porque nada hay que probar; por lo que excluimos su aplicación por su analogía con la preterición intencional y centramos el debate en el tercer supuesto. En los supuestos en los que la legítima se considera como *pars valoris bonorum*, el legitimario no tiene derecho, salvo que sea instituido heredero y se trate de una partición contractual, a intervenir ninguna de las operaciones particionales, o preparticionales<sup>34</sup>, en defensa de su derecho, porque el mismo lo es de realización de valor y para ello goza de la garantía de la afección de todos los bienes al pago del mismo. En el caso de la consideración de la legítima como *pars bonorum*, o como *pars hereditatis*<sup>35</sup> (hemos defendido en este trabajo la necesaria intervención del preterido o desheredado lo que es una derivación de cualquiera de las dos opciones), la posición del legitimario exige su presencia si la partición es contractual; si no lo es, por haber sido verificada por el contador partidor o por haberla verificado el propio testador, la propia naturaleza referida exigen que quede salvada la ineficacia con la anuencia del desheredado o preterido, pero también con el resto de los interesados en la herencia. En definitiva, los mecanismos de protección que asisten al legitimario se avienen mal con los que establece el artículo referido, y con la línea

jurisprudencial que hemos señalado; ni siquiera en los casos en que nuestro ordenamiento ha tratado de acercar la naturaleza de la legítima a la consideración de *pars valoris bonorum* (arts. 841 y ss), ha aceptado uno de los presupuestos básicos de la misma al exigir la aprobación expresa de todos los hijos o descendientes o aprobación judicial, a modo de una especie de consentimiento suplido (art. 842 del Código Civil, art. 80 párrafo último del Reglamento Hipotecario), no aceptando la mención del artículo 15 de la Ley Hipotecaria y estableciendo otros mecanismos de protección (art. 844 del Código). La doctrina ha defendido la aplicación de este precepto en los otros supuestos de pago en metálico, especialmente en el caso del art. 1056 párrafo segundo del Código<sup>36</sup>, pero ni siquiera existe unanimidad respecto a los mismos. A todos estos argumentos, cabría oponer otro: ¿Por qué el desheredado que finalmente triunfa en su pretensión tendría únicamente derecho a obtener metálico de la herencia y sin embargo sus hijos y descendientes (art. 857 del Código), en los que a buen seguro el testador ni pensó, tendrían derecho a ser considerados con todos los parabienes, como el resto de los legitimarios?

## **V. - ANOTACIÓN DE DERECHO HEREDITARIO A INSTANCIA DEL DESHEREDADO O PRETERIDO: ADMISIBILIDAD Y PROCEDIMIENTO PARA SU OBTENCIÓN**

En los casos de desheredación sin expresión de causa o que no sea una de las comprendidas en el Código, la aparente validez provisoria e interina del testamento (en tanto el desheredado no niegue la causa de desheredación cuando sea una de las comprendidas en el Código), no resulta aplicable. El testamento ab initio aparece viciado, resultando de modo directo del mismo. En estos casos, como en los de preterición intencional, y partiendo de la consideración de delación legal específica y de carácter forzoso para el desheredado o preterido, no parece que a la vista de los preceptos que regulan la anotación (arts. 42.6 46, 57 y 68 L.H, 146, 206.10 y 209 del RH), haya obstáculo



alguno para su práctica; el propio art. 46 permite que sea solicitada por los legitimarios<sup>37</sup>. El problema se complica en sede de desheredación con expresión de causa que sea una de las comprendidas en el Código. En tanto el desheredado no niegue la causa en desheredación el testamento goza de una apariencia de validez. A lo largo de este trabajo, hemos defendido la necesaria concurrencia del desheredado y hemos puesto en duda que la negativa del desheredado tenga que hacerse en procedimiento en el que se solicite la nulidad parcial del testamento; con las consiguientes reservas en cuanto a este último extremo, no vemos obstáculo alguno para que se solicite la anotación en procedimiento judicial (art. 57 de la L.H)<sup>38</sup>. De este artículo se deduce un criterio de subsidiariedad para la petición de la anotación: ostentar un interés legítimo en su práctica.

La existencia de esta anotación exigiría a los herederos una posición activa en defensa de la validez del testamento y permitiría que la negativa del desheredado se desarrollase con audiencia de todos los interesados en negar su extensión. Daría traslado a los libros del Registro de la voluntad del desheredado y produciría la necesaria inversión de carga de la prueba que lleva implícita esa voluntad de aceptar su condición de legitimario y negar la causa de desheredación.

La anotación es especialmente efectiva en caso de preterición, ya que serviría al Registrador para apreciar su existencia e impedir el acceso al Registro del título sucesorio y particional (de los que puede no evidenciarse la preterición), en tanto no conste la anuencia del preterido.

## CONCLUSIONES

1) Como ha quedado claro a lo largo de la exposición, creemos exigible la presencia del desheredado o preterido en las operaciones de partición o adjudicación hereditaria, por entender que no pueden tener acceso al Registro más que títulos válidos y perfectos, no siendo posible practicar la inscripción de títulos claudicantes, entendiendo

por tales los que revelan una posible causa de impugnación; insistimos, la validez claudicante en el plano civil no puede trasvasarse a la publicidad registral.

2) La categoría de ineficacia que confluye en preterición no intencional es la nulidad total o parcial; en los casos de preterición intencional o desheredación injusta la nulidad es parcial. La ineficacia, parcial o total, del título atributivo o sustantivo necesariamente va a confluir en el título particional, como título subordinado causalmente al anterior, lo va a impedir el acceso al Registro de ambos. Aún siguiendo la tesis doctrinal de la naturaleza rescisoria de la acción, no por ello admitiríamos la inscripción.

3) En los supuestos de preterición intencional y desheredación injusta, el convenio entre los herederos y desheredados y preteridos podrá adjudicar a estos lo que por legítima estricta les correspondería, dada la admisibilidad jurisprudencial de la tesis de mejora tácita de desheredación injusta a preterición intencional; en los supuestos de preterición no intencional, se exigiría el mismo convenio pero atribuyendo al legitimario lo que le correspondería en la sucesión abintestato.

4) No vemos obstáculo alguno para que los herederos, como continuadores de la voluntad del causante, y el preterido, puedan apreciar la clase de preterición en que nos encontramos y celebrar cualquier clase de acuerdo de contenido transaccional que atribuya al preterido bienes o derechos de cuantía superior o inferior a los señalados en el apartado anterior.

5) En el supuesto de hecho del art. 831, cuando concurra algún descendiente no común preterido no intencionalmente, el convenio puede verificarse con el consentimiento del mismo y del cónyuge fiduciario. En el caso de que la preterición lo sea con alguno de los hijos o descendientes comunes, la preterición puede salvarse sólo con el consentimiento del cónyuge supérstite.



6) La negativa del desheredado de la certeza de la causa de desheredación no necesariamente tiene que producirse en procedimiento judicial. La inversión de la carga de la prueba produce también la inversión de efectos del testamento, de tal manera, que la apariencia de validez provisional en tanto el desheredado no niegue la causa, cesa en el momento de su negativa, cuando ésta sea conocida por los herederos.

7) Los diferentes mecanismos de protección que, partiendo de la consideración de orden público de la legítima, establece nuestro ordenamiento, cuando el legitimario ha sido reconocido en su derecho, aunque se haya vulnerado parcialmente el mismo, no pueden negarse cuando la vulneración no es parcial sino total; es decir, debilitando su posición, cuando es precisa la misma.

8) El desheredado sin expresión de causa o que no sea de una de las comprendidas en el Código o el preterido pueden solicitar anotación preventiva de derecho hereditario con los requisitos del art. 46 de la LH; si se trata de desheredación con una de las causas comprendidas en el Código, el procedimiento para su obtención sería el contenido en el art. 57 de la LH.

9) En ningún caso, por los razonamientos ya expuestos, consideramos aplicable el artículo 15 de la Ley Hipotecaria.



---

<sup>1</sup> A diferencia del procedimiento judicial, donde a partir de un hecho probado el Tribunal puede presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, siempre que la sentencia incluya el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción (art. 386 de la LEC: ); en el procedimiento registral, los artículos 3 y 18 de la Ley Hipotecaria parece que excluyen esta posibilidad. El Registrador podrá utilizar las denominadas "presunciones legales", pero no podrá atender a otros documentos que los presentados o complementarios de los mismos de los que se deduzcan claramente la certeza de los hechos que se trate de acreditar. La Dirección General, en alguna Resoluciones- 23 de junio de 1964 y 7 de marzo de 2001-, parece mostrar una posición favorable a la utilización de la prueba de presunciones. De otro modo la jurisprudencia civil señala el carácter supletorio de las presunciones, en la medida que sólo puede recurrirse a ellas cuando no haya prueba directa y el hecho dudoso no tenga demostración eficaz por los demás medios de prueba. (SSTS de 23 de Julio de 1998 y 1 de abril de 2002). BARRERO RODRÍGUEZ ("La prueba en el Procedimiento Administrativo", Navarra, 2003, pg 370.) defiende en el procedimiento administrativo la posibilidad del juego de las presunciones.

<sup>2</sup> LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (Elementos, V, Barcelona 1993 p 441) señalan: del art. 814 no se presume la voluntad de preterir, ni su falta. Más al ser la regla la preterición intencional, que además tiene efectos más leves, será la excepción, la preterición errónea, la que debe probarse. Es admisible prueba extrínseca al testamento, y bastará cualquier género de demostración, incluso las presunciones; en los casos más frecuentes de testamento otorgado antes y supervivencia de hijos después, pienso que la no intencionalidad queda demostrada *ex re ipsa*, es decir, por la no existencia de hijos o descendientes en el momento de testar, y quien alegue que luego el causante omitió intencionadamente revocar el anterior testamento debe probarlo."; esta tesis es la sostenida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Enero de 2001; REY PORTOLES ("Comentarios a vuela pluma de los artículos de Derecho Sucesorio (por ahora los siete primeros) reformados por la Ley 11/1981 de 13 de mayo de modificación del Código en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio" RCDI, 1982, pp 345-347) establece con carácter general: "(...) Hoy se ha consumado esa aproximación y se presume que toda preterición es intencional: *iures et de iure*, si se trata de cónyuge y ascendientes, y *iuris tamtum* (salvo en determinados casos que hemos de ver) si se trata de descendientes"; se refiere el autor al supuesto en que el causante falleciese sin llegar a enterarse del hijo o la reaparición de su descendiente legítimo, o que falleciese tras un lapso de tiempo más o menos largo desde que cualquiera de ambas noticia llegaran a su conocimiento; pero exige en el primer caso probar estos extremos para que se presuma y en el segundo entiende que no debe actuar presunción alguna; LINARES NOCI ("La preterición intencional y no intencional después de la Reforma de 13 de mayo de 1981" RCDI, 1988, pg 1540 y ss") sostiene que del texto del art. 814 del Código no se desprende presunción alguna favorable ni desfavorable a uno u otro tipo de preterición. Quien ejercite



la acción de preterición debe probar el tipo de esta en consonancia a los efectos que solicite; MIQUEL GONZALEZ (Comentarios a la Reforma del Derecho de Familia. Com al art. 814, pp 1292.) entiende hay que partir de que no existe ninguna presunción a favor de ninguna de ellas.

<sup>3</sup>Seguimos en este punto la consideración de Lacruz, Sancho Rebullida y otros, de entender que existe una delación forzosa, una suerte de llamamiento legal específico a favor del legitimario preterido una vez ejercitada la acción de impugnación; para PEÑA BERNALDO DE QUIROS ("La naturaleza de la legítima", ADP, 1986, pg 871): "Hoy está más claro que la preterición (salvo la no intencional de descendientes) no produce la apertura de la sucesión intestada sino lo que ocurre es que se manifiesta el peculiar llamamiento del legitimario y en su estricta medida (cf. Art. 814,I, C.c) (...)"

<sup>4</sup>Para ver las diferentes posiciones doctrinales, puede consultarse VALLET DE GOYTISOLO, "Comentarios al Código Civil, comentarios al art. 814", ed. dirigida y coordinada por ALBALADEJO, RCDP, pags 185-193".

<sup>5</sup>"Comentarios al Código civil del Ministerio de Justicia, comentario del art. 814, Madrid, 1991, pg 2013; y "Comentarios ... RCDP, op. cit., pg 190 y ss."

<sup>6</sup>GARCÍA-BERNARDO LANDETA ("Preterición formal y material y nulidad de la institución, ADC, 1969, pp 369 y ss) hace una crítica a todos los argumentos de VALLET: histórico, convenio y renuncia del preterido, y no declaratividad de oficio; distinguiendo entre los efectos entre heredero aparente y heredero real y entre este último y el adquirente de aquel, según se siga una u otra posición. En el primer conflicto, una y otra tesis no tienen más relevancia que en el plano de la prescripción-, en el segundo, la divergencia es más profunda, porque habrá una adquisición a domino o a non domino. En este segundo conflicto señala el autor: "La nulidad de la enajenación de bienes herenciales hecha por el heredero aparente está presupuestada por el art. 28 de la L.H., que suspende la vigencia del art. 34 de la L. H durante dos años contados desde la muerte del causante. Esta norma contiene una importante interpretación legal, en el sentido de considerar nulo el título de heredero aparente, ya que si fuera válido sería superfluo el juego del art. 34. Si la acción derivada de la preterición fuese rescisoria, las enajenaciones o cesiones del heredero instituido serán válidas, ya que su título adquisitivo sería rescindible, y mientras no se rescindiese sería heredero, que no nos atreveríamos a calificar de aparente porque su título adquisitivo es válido, aunque rescindible, porque perjudica al legitimario preterido. Rescindido el título, no procedería la reivindicación del heredero real, no habría evicción ni saneamiento y la partición, en su caso, no se habría hecho con uno a quien se creyó heredero sin serlo, sino con un heredero que después dejó de serlo."

<sup>7</sup>VALLET de GOYTISOLO (Comentarios RDP, op. cit., pg. 188), desde una perspectiva registral, sostiene: "A primera vista parece que la solución debiera ser negativa, por aplicación lógica del criterio, que venimos comprobando, de que sólo los propios preteridos pueden invocar la validez por dicho vicio de la institución de heredero. Pero aquí se interfiere otra cuestión, relativa a la conveniencia o inconveniencia de que tengan acceso al Registro situaciones impugnables, mientras los interesados no las hayan aceptado o impugnado. Su inscripción puede incrementar el número de situaciones inseguras, en las cuales el Registro de la Propiedad no puede garantizar la adquisición de tercero si la posible causa de invalidación resulta del Registro. Por eso, la posibilidad de que el Registrador aprecie la preterición y, por esa causa, rechace la inscripción de herencias y particiones, es la mejor solución desde el punto de vista registral. Pero, por otra parte esa posición puede provocar pleitos que nunca hubiesen tenido lugar, o bien condenar esas situaciones impugnables a vivir fuera del Registro. Lo cual, tal vez, incline a entender que civilmente sería mejor solución la inscribibilidad de esas situaciones; pero haciéndose constar en ellas el posible defecto de que pudiera adolecer lo dispuesto, para que ningún tercero pudiera escudarse en su ignorancia. "En definitiva, obviarnos el sistema para dar cobertura a una solución que resuelve provisionalmente el problema pero que crea una situación que es la antítesis de la publicidad registral: la publicidad indefinida de la incertidumbre en el derecho. Frente a los argumentos exclusivamente prácticos del autor, cabe invocar uno no menos relevante: ¿qué valor en cambio y como medio de garantía ofrece un bien afecto al posible ejercicio de una acción?"; reproduciendo íntegramente la posición de VALLET, se muestra favorable a la tesis del mismo RIVAS MARTINEZ (Derecho de Sucesiones Común y Foral, T II, Madrid, 1992, pg 465); CANOVAS CAUTIÑO (Comentarios a la Resolución de 24 de enero de 1941, RCDI, marzo 1941, pg 146), por el contrario, cree que el Registrador debe apreciar el vicio de preterición y rechazar la inscripción, debiendo exigir la declaración de herederos. Este último matiz, como hemos visto al principio de este trabajo, está totalmente superado en caso de convenio expreso.



<sup>8</sup>ALGABADAROS (“Efectos de la desheredación”, Valencia, 2002, pg 327 y 33 1) en el caso de desheredación injusta señala: “( ... )cabe concluir que la acción que dibuja el art. 851 manifiesta un tipo de ineficacia provocada, originaria, absoluta y parcial, ineficacia que sólo es tal si se analiza el testamento desde el desheredado injustamente. Por ello, podemos afirmar que se aleja considerablemente de la anulabilidad, y de la rescisión, y se aproxima a la nulidad parcial ( ... ) Por otro lado, tampoco se trata la acción del art.851 de un supuesto de rescisión. El negocio rescindible, podemos definirlo según DE CASTRO como un negocio válidamente celebrado, pero produciendo perjuicio a las partes o a un tercero(perjuicio que la ley estima especialmente injusto, y para el que no hay otro recurso legal de obtener su reparación) podrá ser declarado ineficaz (o reducida su eficacia) a petición del perjudicado. Por tanto, la rescisión obedece al hecho de que un negocio válidamente celebrado obtiene un resultado injusto, inocuo o contrario a derecho. En virtud de lo señalado existe un grave inconveniente para encuadrar la expresión anulará del art. 851 dentro de la rescisión. En efecto, a diferencia de la rescisión en la acción de desheredación injusta nos encontramos con que efectivamente se ha producido una lesión -al desheredado injustamente- Pero la misma se fundamenta en un incumplimiento de una norma legal. Existe, por tanto un defecto en la celebración del negocio testamentario, y por ello resulta imposible encuadrarlo en la acción rescisoria. CASANUEVA SÁNCHEZ (“La nulidad parcial del testamento”, Madrid 2002, pg 160) se refiere también a la nulidad parcial en sede de preterición y desheredación injusta; si bien, es en los supuestos de preterición no intencional de hijos y descendientes donde el autor reconoce una “verdadera acción de nulidad.

<sup>9</sup>El art. 1080 está ubicado en sede de partición y hace referencia a heredero, debiendo entenderse que esta mención excluye al legitimario: de no haber sido así, hubiera utilizado la terminología herederos forzosos como numerosos preceptos del Código (arts. 140, 756.2, 763, 777, 806, 807, 813, 814, 815, 816, 817, 820, 821, 822, 825, 857, 863, 985, 1035, 1036, 1056, 1324) como señala ALGABADA ROS (“Efectos de...” op. cit., pgs 314-315), si bien para los casos de desheredación injusta, “en el supuesto del artículo 1080 nos encontramos con una partición en que se omite a uno de los coherederos; en el caso de desheredación injusta sin embargo nos encontramos en una partición de herencia realizada con todos los herederos testamentarios, pero con posterioridad ha recaído una sentencia anulando la cláusula de desheredación. Asimismo señala que declarada una desheredación injusta con posterioridad a la partición existiría un defecto de base en el negocio, que implicaría la nulidad del mismo, cuestión diferente al caso de una partición realizada con testamento válido en el que exista una omisión del heredero en la adjudicación; VALLET DE GOYTISOLO (Comentarios al Código Civil.... op. cit., pg 217) entiende “que hay casos en que no debe excluirse la aplicación del art. 1080 si la partición se realizó sin dolo y con exclusión sólo del preterido, participando los demás interesados, por coincidir, con la sola adición de aquel, los llamamientos testamentarios invalidados y los abintestato; DE LA CAMARA ALVAREZ (Comentarios al Código Civil del Ministerio de Justicia, comentario al art. 1080, pg 2533) señala que “a pesar de las diferencias que median entre las dos pretericiones cree que si se trata de casos en que sólo resulta preterido un hijo y los demás lo fueron por partes iguales el hecho de que proceda la apertura de la sucesión intestada a la que sean llamados por partes iguales todos los hijos -incluido claro está el preterido- el cambio de título en virtud del cual sucesen los no preteridos no debe arrastrar la ineficacia total de la partición en la que también fue preterido el que lo fue en testamento, de no mediar mala fe o dolo”. De lo que se deduce que incluso los autores que abogan por la aplicación del precepto, la restringen notablemente.

<sup>10</sup>Como sostiene MORENO QUESADA al comentar el art 1294 del Código (Comentarios al Código.... Ministerio, op, cit., pg 531), la doctrina ha admitido, generalmente, la posibilidad de enervar la acción de rescisión tendente a la restitución in natura, mediante la reparación del perjuicio ofrecida por el demandado en atención a que en tal caso no hay otro “recurso legal para obtener la reparación del perjuicio”.

<sup>11</sup>Defensor de una posición de unidad de la acción de protección que corresponde, con carácter general, al legitimario y no de modo peculiar en función de la situación del mismo, puede consultarse PEÑA BERNALDO DE QUIROS, (“Naturaleza de la legítima”, op. cit., pp. 885 y ss.)

<sup>12</sup>VALLET DE GOYTISOLO, “Comentarios ... Ministerio de Justicia. op. cit., pg. 2013”



<sup>13</sup> La Resolución de la Dirección General de 12 de abril de 1990, frente a la categoría de anulabilidad que para las Cajas de Ahorro se invocaba para la cancelación de un asiento de inscripción de quiebra posterior a la hipoteca que se ejecuta, señala: (...). “La anterior doctrina no queda desvirtuada por el contenido del artículo 10 de la Ley de Mercado Hipotecario otorgados por las Cajas de Ahorro, pues la cuestión cae fuera de la órbita del funcionario calificador y ha de ser resuelta - como antes se ha indicado- en la correspondiente resolución judicial”. La Resolución de 20 de septiembre de 1992 establece en relación a la categoría de la anulabilidad: (...). “No importa, para negar en su caso la inscripción, que los defectos puedan ser causa de anulabilidad, pues al Registro sólo deben llegar actos plenamente validos, máxime si la posible anulabilidad esta establecida en interés y garantía del titular registral para evitar su indefensión, pues consta que no ha comparecido en el expediente. En la Resolución de 9 de septiembre de 2003, en un supuesto de venta por un cónyuge de bien ganancial representando al otro sin acreditar la representación, se invoca por el recurrente la categoría de la anulabilidad del acto, señalando el auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia que el transcurso del plazo del ejercicio de la acción de anulabilidad es materia reservada al pronunciamiento de los Tribunales, y lo mismo cabe decir de la posesión y ocupación de la finca por el comprador desde el momento de su adquisición como elemento determinante de la adquisición.

<sup>14</sup> En este sentido la Resolución citada determina “( ...)La primera consideración a tener en cuenta, es que el Código Civil prevé para el caso de preterición no intencional de todos los hijos o descendientes, la «anulación» de las disposiciones patrimoniales testamentarias, y este término con independencia de las dificultades de trasponer al ámbito testamentario, los conceptos de nulidad y anulabilidad acuñados por la doctrina para el ámbito contractual apunta claramente a la necesidad de impugnación del testamento que incurra en tal defecto, si se quiere dejar sin efecto, lo cual, armoniza perfectamente con la evolución institucional favorable a la absorción del «ius discendi nullum» por la querella «inofficiosi testamenti.» (...). (...)Mas con ser ello cierto, habrá de reconocerse lo dudoso que resultaría el prescindir en tales casos, de la pertinente declaración judicial para ignorar el contenido patrimonial inherente a ese testamento, pues, ello sería tanto como aproximar el tratamiento de tales supuestos al de caducidad de esas disposiciones testamentarias, lo cual sobre carecer de justificación legal, a la vista de cuanto se ha señalado, conculcaría el claro mandato contenido en el artículo 743 del Código Civil; y sin que quepa alegar, para evitar esta objeción, que se trataría de una simple nulidad de pleno derecho, pues ni el término anulación del 814 del Código Civil, se compadece con la nulidad radical o con la inversión de la carga de la iniciativa procesal que comporta, ni esta figura encajaría en los supuestos debatidos, en los que no hay inobservancia de requisitos formales esenciales (cf. artículo 687 del Código Civil), ni vulneración de preceptos prohibitivos o imperativos (cfr. artículo 6 del Código Civil).(...); la Sentencia señala: “La cuestión a decidir es si el testamento es o no válido, si requiere pronunciamiento expreso la declaración de nulidad y si por no haberse obtenido previamente, no cabe instar la declaración de herederos.

La nulidad de la declaración de herederos sería evidente en el supuesto de testamento válido, puesto que deferida la sucesión en ese instrumento público válido, no cabe contrariar su contenido por la apertura de la sucesión legítima y declaración de herederos.

El testamento no puede calificarse de válido, pues aun guardando todas las formalidades legales y por tanto ser inaplicable el art. 687 CC, es nulo por preterir a una heredera, como es la madre, que además de ser ascendiente, figura entre los llamados a la sucesión forzosa (art. 807).

Que formalmente, y como dice la resolución de la DG (5 Dic. 1945), que invoca el recurso, no cabe acudir a la declaración de herederos cuando se sabe que hay testamento, es algo que dijo esa resolución preocupada de que antes de acudir al expediente, se procurara reconstruir el testamento, objeto de las destrucciones de la época. Pero ese no es el caso del presente, en el que se aprecia ostensible y clara nulidad, según el derecho aplicable a la sazón (art 814). Entonces el artículo decía «La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta, anulará la institución de heredero», y no se dio la circunstancia prevista en el precepto de que los preteridos murieran antes que el testador, porque la madre de la testadora le sobrevivió.

Cierto que bajo la vigencia de este precepto, se distinguía por la doctrina entre preterición errónea o involuntaria de legitimarios y la intencional y que a ésta se la equiparaba con la desheredación para salvar el testamento, pero tal doctrina, que inspiró la reforma del precepto, no es aplicable al presente caso, en que se ha declarado por la Sala y su criterio es racional y lógico, que la preterición no fue voluntaria, sino producto de la verosímil esperanza de sobrevivir la testadora, joven, a la madre de propecta edad. No permitían tampoco las pruebas apreciar causas de desheredación. Esto sentado queda como cuestión decidir si puede la Audiencia tener por nulo un testamento sin que medie petición expresa, y la solución afirmativa que es la dada por la sentencia recurrida es la razonable, porque criterios previamente formales no pueden prevalecer sobre los substanciales, porque pedida la nulidad de la declaración de herederos, ese pedimento sólo puede tener como razón de fondo para obtenerla, que el testamento fuera valido, y porque la nulidad de éste, no pedida formalmente, ha sido esgrimida como excepción contra la demanda de nulidad del auto de declaración de herederos. Y sabido es que un acto nulo permite ser tenido como tal cuando realmente lo es, incluso de oficio, por



los Tribunales, y esgrimirse como excepción, como sucede por ejemplo en las tercerías de dominio, en que los ejecutados demandados pueden oponerse frente a quien demanda la propiedad de un bien con fundamento en contrato nulo. (...). En consecuencia, el testamento nulo con arreglo al viejo art. 814, da paso a la apertura de la sucesión legítima, según el tenor del art. 912, y no se infringen ninguno de los preceptos invocados.

<sup>15</sup>(...)Por todo lo expuesto habrá de concluirse que en el caso debatido, no podrá prescindirse, sin consentimiento de los beneficiarios, o sin la pertinente declaración judicial de ineficacia, del testamento cuestionado a la hora de formular la partición, y ello sin necesidad de prejuzgar ahora sin en el pleito consiguiente la carga probatoria corresponde a la que alega la intencionalidad de la preterición, o, dada la significación de la no revocación del testamento, al que pretenda su ineficacia.(...).

<sup>16</sup>El artículo 14 de la Ley Hipotecaria presenta la especialidad en materia sucesoria, en caso de pluralidad de herederos, de establecer un doble título para el acceso al Registro de la sucesión: el título atributivo o sustantivo, testamento o declaración o acta de declaración de herederos abintestato, y el título especificativo, la escritura o resolución judicial firme, en general el título particional. El segundo tiene apoyo causal en el primero, lo que no obsta para la superposición de títulos subordinados, coordinados o independientes que exigen su propio su propio nexo causal.

<sup>17</sup>La nueva redacción del artículo 831 es la siguiente:

1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.

Estas mejoras, adjudicaciones o atribuciones podrán realizarse por el cónyuge en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos. Si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se le hubiere señalado plazo, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes.

Las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa.

2. Corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que penden las facultades a que se refiere el párrafo anterior.

3.El cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante en favor de éstos.

De no respetarse la legítima estricta de algún descendiente común o la cuota de participación en los bienes relictos que en su favor hubiere ordenado el causante, el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado.

Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades.

4. La concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común. En tal caso, el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido tendrá poderes, en cuanto a los bienes afectos a esas facultades, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones.

Cuando algún descendiente que no lo sea del cónyuge supérstite hubiera sufrido preterición no intencional en la herencia del premuerto, el ejercicio de las facultades encomendadas al cónyuge no podrá menoscabar la parte del preterido.

5. Las facultades conferidas al cónyuge cesarán desde que hubiere pasado a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa.

6.Las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí"



<sup>18</sup> La fiducia sucesoria en el Derecho aragonés (arts. 124 a 148 de la Ley 1/ 1999 de sucesiones por causa de muerte de Aragón); la institución de heredero por fiduciario de los arts. 148 y 149 del Código de sucesiones por causa de muerte del Derecho Civil en Cataluña (Ley 40/ 1991 de 30 de diciembre); la fiducia sucesoria aplicable a Ibiza y Formentera (art. 71 de la Compilación de Derecho Civil de Baleares, Decreto Legislativo 74/ 1990 de seis de septiembre); los fiduciarios-comisarios del Derecho Navarro (leyes 151 y 281 a 288 de la Compilación Navarra); la regulación del poder testatorio y el testamento por comisario contenida en los arts. 32 y siguientes de la Ley 3/1992 de 1 de Julio de Derecho Foral del País Vasco.

<sup>19</sup> A diferencia de los artículos 821, 829, 1056.2, 1062, 841 y ss, que son una excepción a la regla general, fundamentada en razones objetivas o económicas en los cuatro primeros supuesto y con fuertes niveles de protección el último, el precepto modificado se aísla del resto del sistema sin una clara justificación; lo que dada la generalidad con que está planteado el artículo puede hacer replantear numerosos conceptos que aparecen diseminados en nuestro sistema sucesorio.

<sup>20</sup> VALLET DE GOYTISOLO (Comentarios al Código civil, Ministerio de Justicia, 1991, pg 2084) sintetiza las diferentes posiciones doctrinales en torno a la acción de desheredación: “Los primeros comentaristas (MANRESA, Comentarios, VI, p 568; SCAEVOLA, Código, XIV, P 1007; LOPEZR. GÓMEZ, Tratado, I, p. 618; SANCHEZROMAN, Estudios, VI-2, p. 1111; RAMOS Sucesiones, II, p. 242), concordes con los antecedentes históricos de la institución, señalaron que la vieja querrela inofficiosi testamenti es la acción para ejercitar los derechos dimanantes del art. 85 1. G. VALDECASAS ( RDP 1964, pp. 966 ss), a través de su distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima, llegó a la conclusión de que en caso de desheredación injusta la institución, en cuanto perjudique al desheredado, es nula radicalmente. Según Lacruz ( Sucesiones, p. 562): parece ser de impugnación dirigido a la acción de nulidad de la institución en cuanto perjudique al desheredado con efecto el día de la apertura de la sucesión , y destinada, además, a introducir una suerte de sucesión, es decir la forzosa.. La institución de heredero es, a su vez, anulable en cuanto perjudique al heredero pero no es nula de pleno derecho.”

<sup>20</sup> La Resolución de 15/10/1871 señala: (...) "Por más que en el testamento exista la preterición de hijo y que éste pueda, si interesa a su derecho, solicitar y obtener a rescisión o nulidad de mismo, la verdadera cuestión, dada la especial competencia de este Centro directivo, no puede ser otra sino examinar detenidamente hasta donde se extienden las facultades de los Registradores para suspender o negar la inscripción de los documentos que se presentan en el Registro.

Estos funcionarios tiene taxativamente prescrita la órbita de sus atribuciones en sus arts. 18 y 65 de la Ley, que no pueden traspasar sin intrusión en lo que es propio de los Tribunales de Justicia. Si bien el testamento de que se trata podrá rescindirse por la desheredación que sin justa causa contiene, en virtud de haber sido privado el hijo de la testadora de la porción legítima que le corresponde por la Ley, la verdad es que no es nulo ipso iure o necesariamente, como se dice en el art. 65, para que pueda proceder la denegativa de inscripción, puesto que la nulidad ha de depender de los derechos que ejercite el desheredado, si viere convenirle y de la sentencia que en su día se pronuncie por los Tribunales competentes. Procede la inscripción del testamento.” Téngase en cuenta que esta Resolución es anterior al Código Civil y responde a una concepción superada por Resoluciones posteriores. La Resolución de 30/04/1906 señala ( ... ):”Existiendo cónyuge sobreviviente no pueden los comisarios prescindir de su concurso para liquidar la extinta sociedad de gananciales. La eficacia de la desheredación exige la concurrencia de justa causa para ello así como que ésta se consigne expresamente en el testamento. La simple demanda de divorcio no da lugar a causa de separación, pues debe esperarse el resultado del pleito. La aprobación judicial de la partición no basta para subsanar los defectos de que adolezca, pues aquella tiene un carácter meramente ritual y formulario no pudiendo equipararse a las providencias y sentencias dictadas por Jueces y Tribunales, es correcto por tanto que la calificación registral se formule a pesar de la aprobación judicial de la partición Considerando que la referida partición tiene también el vicio de no haberse adjudicado a la nombrada viuda la cuota usufructuaria que le corresponde por virtud de lo dispuesto en los artículos 834 y 836 del Código civil; pues aún cuando el testador la desheredó expresamente, atendido el carácter de heredero forzoso que tiene el cónyuge sobreviviente por razón de aquella cuota, que era , necesario para que esta desheredación fuera válida que hubiese existido alguna de las justas causas que se determinan en el artículo 855 del propio Código, y que ésta se consignase expresamente en el testamento, lo cual no ocurre en este caso, sin que sea admisible tampoco la alegación



del recurrente de que al tiempo del fallecimiento estaban separados los cónyuges, por estar pendiente demanda de divorcio; pues aunque así fuera, ha debido esperarse el resultado del pleito y no privarla desde luego de su parte de herencia, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3º del art.834 del repetido Cuerpo legal.”

<sup>22</sup> VALLET DE GOYTISOLO (“Comentarios..., Ministerio...” op. cit., pg 2082”) señala:” (...)este artículo recoge sintéticamente el Derecho tradicional: Resulta de su exégesis que examina hace años VALLET, ADC 1968, PP 51 SS Y Legítimas 1 , pp 698 ss): a) El testamento que contenga la desheredación es título bastante para que el instituido heredero obtenga la posesión de los bienes. b) La iniciativa de la acción procesal corresponde al desheredado. c) La certeza de la causa de desheredación expresada por el testador se presume a priori pero solo extrajudicialmente, provisional e interinamente; procesalmente no alcanza siquiera valor iuris tantum, pues cede en cuanto el desheredado no se conforme con ella. La negación de la causa debe efectuarla el desheredado en juicio declarativo, no bastando - según STS 20-V-31 - que solicite y obtenga la declaración de herederos abintestato. d) La regla de que , en caso de ser negada por el desheredado, la prueba de un hecho corresponde a quien afirma su certeza. e) No es necesaria la prueba por el heredero o herederos cuando la certeza de la causa resulte de antemano probada, sea por sentencia condenatoria o porque el mismo testador haya formalizado adecuadamente la prueba ( STS 4-IX-1904 ).f) De haberse invocado varias causas de desheredación, bastará la prueba de una cualquiera, según declaraba la Ley 8, Tit. VII, 6ª Partida y como presupone , en obituro dictum, la STS 6-XII-63.”

<sup>24</sup> La doctrina que emana de las Resoluciones de la Dirección General de 9 y 10 de abril de 2003 es insostenible por confundir el principio de legalidad con el de prioridad. No puede existir obstáculo alguno para que cuando de los documentos aportados o que el Registrador requiera su aportación , siempre que no afecten al principio de prioridad (como erróneamente considera la Dirección General en las Resoluciones citadas), resulte algún extremo relevante para la calificación, puedan ser tenidos en cuenta por éste.

<sup>25</sup> VALLET (“Comentarios...RDP, op.,cit., nota a pie de pg 545) ante la pregunta : ¿Qué posición debe observar al Registrador de la Propiedad ante una desheredación injusta?, razona, tomando en consideración la posición de RAMOS y ROCA, del siguiente modo: “RAMOS( Sucesiones, 11, pg 243), contestó que: “ Siendo el efecto, al probarse no ser justa la desheredación, la nulidad de la institución , y tratándose de herederos forzosos perjudica la adquisición del derecho inmediatamente que se adquiere, entendemos que no puede inscribirse sin aquiescencia del desheredado, porque admitida la inscripción sin justificarse estos extremos y perjudicando a tercero la adquisición, las enajenaciones que de los bienes de la herencia se hicieran no podrían rescindirse y por tanto el desheredado que se declarase heredero sería perjudicado por los demás si estos hubiesen enajenado las fincas; enajenaciones que , como decimos, no verían afectas a la rescisión porque apareciendo en el Registro que el transmitente las adquirió a título de , el heredero forzoso y no constando si había reclamación alguna contra la desheredación, el adquirente de dichos bienes no viene afecto a responsabilidad alguna, y de aquí entendemos que, sin justificar los extremos antes expuestos no pueden ser inscritas estas herencias”. ROCA SASTRE (“Derecho Hipotecario”, vol 11, 5.ª ed.,pg 675) dice por el contrario: “Creemos que el Registrador no debe calificar si nos encontramos ante una desheredación injusta, pues aparte de que no es de su competencia apreciar la certeza del hecho que constituye la causa alegada de desheredación aquí debe atenderse a la mera resultancia de documentos” el art 15 b) 4 de la Ley Hipotecaria, parece avalar la posición de ROCA, señalando que aunque la aplicación del artículo 15 se redujese a Cataluña, lo cierto es que la referencia a la posibilidad de inscribir una desheredación pendiente de impugnación corresponde a la mecánica general del sistema. Sensus contrario, esta norma también presupone que, antes de transcurrir los cinco años de la mención de la desheredación, ésta advierte a tercero de la posibilidad de impugnación entendiéndose que parece avalar que señala parece seguir esta opinión.”

Discrepamos de la opinión de RAMOS, porque el registro publicaría, al tener que consignarse literalmente las disposiciones testamentarias, la desheredación y, en consecuencia, la posible causa de impugnación de las atribuciones de contenido patrimonial; disintimos, igualmente, de la posición de ROCA, el Registrador debe atenderse a la mera resultancia del documento cuando se trata de declaraciones de hecho con trascendencia jurídica previstas en la ley (situación arrendaticia. declaraciones relativas a vivienda habitual ... ), pero cuando se trata de hechos de cualquier otra naturaleza, no puede entrar a su valoración, y precisamente ante la susceptibilidad de impugnación debe evitar el acceso al registro de todo título que tenga apariencia de ser claudicante como ya hemos indicado. En cuanto a la conclusión fina de VALLET, insistimos en nuestra discrepancia (como más tarde veremos) por tratarse de un precepto referido a la legítima como pars valoris bonorum en donde a ausencia del desheredado se ve corregida con un importante grado de protección de su derecho ausente en e derecho común.



<sup>26</sup> En este punto interesa destacar la posición, en torno al concepto de presunciones legales de hecho, de ROSENBERG (“La carga de la prueba”, Montevideo-Buenos Aires, ed. 2002, pg 238) que entiende: “Presunciones legales de hechos son aquellos preceptos jurídicos que deducen la existencia de un hecho que se requiere como característica definidora de un efecto jurídico, de una circunstancia ajena a aquella característica. Por lo tanto, presupuesto de la presunción (llamada base de la presunción) debe ser siempre una circunstancia fuera del estado de las que produce el efecto jurídico en cuestión; pero el efecto de la presunción consiste en la deducción que se saca respecto de aquel estado de cosas.

3. De este modo se explica también por qué es un error calificar de presunciones a las regulaciones ordinarias de la carga de la prueba, las que se enuncian expresamente en la ley o se manifiestan por el modo de redacción.”

<sup>27</sup> Sin embargo, existe posiciones doctrinales que se separan en la interpretación de los antecedentes de la posición de VALLET DE GOYTISOLO; así, GARCÍA-BERNARDO LANDETA (“Preterición.... op. cit., pg 371) que entiende que la absorción no es de el *ius dicendi nullum* por la querrela *inofficiosi testamenti*, sino al contrario.

<sup>28</sup> Se podría argumentar en contrario, señalando que los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales y producen sus efectos mientras no se declare su inexactitud (art. 1.3 de la LH), pero este argumento se vuelve en contra, ya que si los asientos del Registro publican la existencia de la causa de desheredación, publican el carácter interino y provisional del título sustantivo; luego el propio Registro publicaría el efecto indicado.

<sup>29</sup> VALLET DE GOYTISOLO (“Comentario..., Ministerio de Justicia ...” ..., op—cit, pg 2082) entiende que no es necesaria la prueba por el heredero o herederos cuando la certeza de la causa resulte de antemano probada, sea por sentencia condenatoria o porque el mismo testador haya formalizado adecuadamente la prueba ( STS 4-IX-1904 );; ALGABADA ROS (“Efectos de la desheredación”, op. cit., pg 356) coincide con LACRUZ BERDEJO Y SANCHO REBULLIDA en que todas las causas que provocan la desheredación deben ser probadas, incluso aquellas que exigen condena penal.. Lo que se plantea es si la fuerza de obligar característica de las Sentencias alcanza los hechos probados en las mismas; BARRERO RODRÍGUEZ, (“El objeto de la prueba op. cit. Pg 174) señala que, “ante el silencio legal, parece evidente que la respuesta ha de buscarse en los denominados efectos accesorios o indirectos de las Sentencias firmes”. Después de analizar la jurisprudencia de la Sala 1ª y 3ª del Tribunal Supremo añade:“(...) Esto es, dichos hechos no quedan exonerados de prueba en un eventual proceso posterior, aunque si pueden convertirse en un importante medio probatorio justo con el resto que hayan podido practicarse, en la fijación de los datos en base a los cuales ha de resolverse el segundo proceso.” La autora concluye entendiendo que el principio o regla indicado es también aplicable para los procedimientos administrativos.

<sup>30</sup> El art. 385.1 de la LEC establece:” Las presunciones que la ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte que este hecho favorezca. Tales presunciones sólo serán admisibles cuando la certeza del hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecido mediante admisión o prueba.”

<sup>31</sup> Doctrinalmente, se ha planteado la posibilidad de que los acreedores del desheredado estén legitimados activamente para el ejercicio de la acción que corresponde al mismo, proponiendo la aplicación analógica del art 1001 del CC. Frente a la tesis contraria de VALLET DE GOYTISOLO, en sentido favorable ALGABADA ROS que cita la posición a favor de autores como JORDANO FRAGA, GULLÓN BALLESTEROS, LACRUZ BERDEJO. “Efectos... op. cit., pp 343 y SS.

<sup>32</sup> Nos encontramos, nuevamente, ante un intenso debate doctrinal en torno al plazo para el ejercicio de la acción. ALGABA ROS sintetiza las numerosas posiciones doctrinales que se han planteado; “ Efectos de la desheredación, op.,cit., pg 357-368.

<sup>33</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIROS (“La naturaleza de la legítima”, op cit., pg 905), con carácter general, no entiende aplicable el art. 15 de la Ley Hipotecario ni para los supuestos de pago en metálico; GARCÍA GARCIA ( Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil, 2001, pg 62) parece dar por hecho su aplicación al



comentar, a pie página del artículo 15.4 b), que el precepto se refiere a los legitimarios aludidos y no a sus hijos y descendientes, con arreglo al artículo 857 del CC, por lo que respecto a estos habrían que salvar su legítima con sujeción al plazo general; ROCA SASTRE ROCA- SASTRE MUNCUNIL- (Derecho Hipotecario. Dinámica registral. T. VI, Barcelona 1997) llegan a la opinión de la aplicación de este precepto a los supuestos de desheredación pero a través de un argumento únicamente práctico: “el legislador no pudo pensar al elaborar el artículo 15 de la Ley Hipotecaria, en un único supuesto, el regulado por la legislación catalana y la escasa que habiéndose modificada la misma en la actualidad presta el mismo. Argumento de escaso peso, porque condiciona la naturaleza de la legítima, en los supuestos de atentado contra la misma, a la elaboración de un precepto que en su génesis nada tuvo que ver con los problemas objeto de estudio en este trabajo. ¿Por qué el derecho que asiste al desheredado es un derecho de realización de valor abonable en metálico?, ¿de donde se deduce esta consideración?. ¿Porque el desheredado que finalmente triunfa en su pretensión tendría únicamente derecho a obtener metálico de la herencia y sin embargo, sus hijos y descendiente, en los que a buen seguro el testador ni pensó tendrían derecho a ser considerados, con todos los parabienes, como el resto de los legitimarios?"; VALLET DE GOYTISOLO, sin ser demasiado explícito, también parece entender aplicable este precepto, como hemos visto al comentar la posición del Registrador frente a la desheredación.

<sup>34</sup> En este sentido la Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado de 27 de febrero de 1982, de 20 de septiembre de 1988, relativas a entrega de legados sin partición total de herencia por albacea o contador partidario; asimismo tener en cuenta los artículos 813, 817, 1056, 1057 del Código Civil y artículos 80.1c) y 81 a) del Reglamento Hipotecario.

<sup>35</sup> Como hemos visto, autores como LACRUZ Y SANCHO REBULLIDA (Elemento V, 1993, PG, 449), sostienen que en desheredación injusta “la acción derivada de la desheredación parece ser de impugnación, dirigida a la declaración de nulidad de la institución en cuanto perjudique al desheredado, con efecto al día de la apertura de la sucesión y destinada, además, a introducir una nueva suerte de sucesión.”; siguiendo la tesis de Peña, la posición del legitimario preterido o desheredado injustamente o sin expresión de causa no se vería alterada, en cuanto a su condición de heredero forzoso. PEÑA BERNALDO DE QUIROS, "La naturaleza de la legítima, op, cit., pp 864 y ss")

<sup>36</sup> En este sentido PRADO ALVAREZ BUYLLA (“El artículo 1056, párrafo 2º., del Código Civil y las menciones legitimarias”. RCDI, nº 479 pp 907 y ss) que cita la posición en contrario de González Palomino o Sanz y la positiva de Dávila, García Rodríguez y Roca Sastre; sin embargo, hay que tener en cuenta que la Ley de Responsabilidad Limitada de Nueva Empresa ha modificado el artículo 1057 párrafo segundo del Código Civil, estableciendo una profunda, aunque en apariencia relativa, reforma en la redacción de este precepto; dado que se trata de una reforma puntual y con un nexo económico que nada tiene que ver con los supuestos de hecho objeto de estudio no entramos en su análisis.

<sup>37</sup> No olvidemos que la Sentencia de 11 de febrero de 1988 permite accionar como tales legitimarios a los desheredados aún antes de haberse declarado nulo el testamento.

<sup>38</sup> El párrafo segundo del art. 46 de la LH señala: “Si la anotación fuese 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”; GARCÍA GARCÍA (Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil, Madrid, 2002, nota a pie de página del art. 57, pg 75 ) defiende la subsistencia de este procedimiento al no haber sido regulado ni derogado el precepto, ni puede incluirse entre las medidas cautelares del art. 727.6ª LEC, que se refiere a medidas para asegurar el buen fin de la ejecución o de un proceso principal (art. 721.1, 723.1 y 731 LEC).



Hasta la redacción de la revista nos ha llegado esta carta:

" Lucena, a 15 de Marzo de 2.004

Sra. Dña. Carmen Gómez Durá Coordinadora General de la Revista 4'30

Estimada señora:

En el reciente número 363 correspondiente a la primera quincena del mes de Febrero del presente año, en la interesante sección de Casos Prácticos se trata del tema de la subrogación en los préstamos cualificados en la que se llega a unas conclusiones que son totalmente contrarias al criterio general que a este propósito mantiene no solo los Servicios Jurídicos del Banco de España, sino también la propia Dirección General para la Vivienda, el Urbanismo y la Arquitectura, por ello y para evitar la posibilidad de generar criterios que para las propias Administraciones competentes son incorrectos, remito fotocopia que reproduce el criterio general que sobre el tema cuestionado mantiene los prestigiosos Servicios Jurídicos del Banco de España, contenido en las páginas 95 y 96 de la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España correspondiente al año 1996, con la finalidad de su publicación.

Quedando a su disposición, reciba un atento saludo.

Joaquín Zejalbo Martín

Notario "

*A continuación nos envía las fotocopias citadas en la carta, así como las páginas 268 y 269 del libro de Felipe Iglesia Gonzalez, cuya transcripción está contenida en el escrito que sigue a continuación, por ello y para no repetir no la reproducimos.*

*A la vista de la siguiente misiva Cristina Martínez (Registradora de la Propiedad) nos remite la siguiente contestación.*

### **DIFERENTES CONSIDERACIONES EN RELACIÓN A LA SUBROGACIÓN Y NOVACIÓN DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS SUBSIDIADOS.**

Recientemente, en concreto, en los "Casos Prácticos" contenidos en la Revista nº363 correspondiente a la primera quincena del mes de febrero de 2004, se publicó un caso práctico titulado "Subrogación en los préstamos cualificados", y cuyo contenido era el siguiente:



“Se plantea el problema de si cabe la subrogación activa en los préstamos cualificados destinados a la adquisición de VPO.

Es decir, si la cabe la sustitución del actual acreedor hipotecario por otro acreedor de conformidad con la regulación establecida en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

Estos préstamos cualificados se caracterizan porque el tipo de interés está fijado por la Administración y los subsidia en parte, es decir, el interesado paga parte de los intereses y la Administración la otra parte.

Se trata de operaciones que son aprobadas individualmente por la Administración y, por lo tanto, en estas operaciones de préstamo hipotecario no sólo intervienen el deudor y el banco acreedor, sino también la Administración.

Por ello, se entiende que el deudor, por sí sólo, no puede cambiar de banco manteniendo el préstamo cualificado con todos los beneficios de que goza como tal, sino que, necesitaría la autorización de la Administración concedente para dicho cambio.”

En relación con dicho caso, D. Joaquín Zejalbo Martín, Notario de Lucena, nos remitió, muy atentamente, una documentación que ponía de relieve, a su juicio, que la conclusión a la que se había llegado en el caso comentado era contraria a la mantenida por los Servicios Jurídicos del Banco de España, la Dirección General para la Vivienda, Urbanismo y la Arquitectura, y la mantenida por autores como Felipe Iglesias González.

En primer lugar, voy a transcribir un apartado de la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España correspondiente al año 1996, en el que se establece lo siguiente:

#### “A) CRITERIOS GENERALES

##### *OPERACIONES ACTIVAS*

##### Posibilidad de aplicar la Ley 2/1994 a préstamos subsidiados

En algunas ocasiones, se han planteado ciertas dudas respecto a la aplicabilidad de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, a las operaciones de préstamo con tipo de interés subsidiado, acogidos a lo establecido en los Reales Decretos 1.932/1991, de 20 de Diciembre (B. O. E. del 14 de Enero siguiente), y 2.190/1995, de 28 de Diciembre (B. O. E. del 30), sobre medidas de financiación de actuaciones protegibles en materia de vivienda y suelo, relativos, respectivamente, a los planes de vivienda 1992-1995 y 1996-1999.

El organismo público con competencia sobre estas ayudas -Dirección General para la Vivienda, e Urbanismo y la Arquitectura del entonces Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente- alcanzó una conclusión favorable a esta posibilidad, con fundamento básicamente en los siguientes razonamientos:

El ámbito de aplicación de la Ley 2/1994, de 30 de Marzo, de conformidad con su artículo 1º comprende todo préstamo hipotecario, cualquiera que sea la fecha de su formalización. La posibilidad de subrogación de un nuevo acreedor en un préstamo hipotecario o de novación modificativa del mismo, entre acreedor y deudor se establece en la Ley, como un beneficio en favor de los deudores hipotecarios que concertaron préstamos con anterioridad a la bajada de los tipos de interés. Así lo expresa la exposición de motivos de la citada Ley.

Consecuentemente al no establecerse en la Ley, excepción alguna en relación con su aplicación a determinados préstamos, debe interpretarse que se aplica también a los cualificados, regulados en las normas de financiación en materia de vivienda, teniendo en cuenta el principio general de que, donde la Ley



no distingue, no cabe hacer distinciones, así como que, tratándose de beneficios concedidos por la Ley a los deudores hipotecarios, la interpretación del texto normativo debe hacerse en el sentido menos restrictivo a los derechos que otorga.

Sin embargo, en cuanto al carácter del préstamo cualificado tras la subrogación de un nuevo acreedor o de su novación modificativa, -también en opinión del mismo organismo público- hay que precisar lo siguiente: Los préstamos cualificados se conceden por las entidades de crédito en el ámbito de los convenios suscritos con el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente (MOPTAM)- hoy Ministerio de Fomento -y reúnen ciertas características de cuantía, tipo de interés, plazo de amortización, crecimiento de anualidades, en su caso, y garantías.

En el supuesto de Novación modificativa del préstamo, puede entenderse que pierde la consideración de préstamo cualificado, toda vez que han variado las características del convenio - Tipo de interés, así como plazo de amortización- con arreglo al que se concedió.

La misma situación se producirá en los supuestos de un nuevo acreedor, dejando el préstamo desde ese momento, de estar acogido al convenio con cargo al cual se concedió, aún en el caso de que el nuevo acreedor tuviese también concertado en el mismo ejercicio, otro convenio con el antiguo MOPTMA.

La entidad de crédito en ambos supuestos (Subrogación y Novación), no precisará autorización previa del organismo público; bastará con que comunique la subrogación o novación al Ministerio, a efectos de suprimir las ayudas económicas (sin que ello suponga la obligación de devolver las percibidas hasta ese momento) y adoptar las medidas que correspondan de seguimiento y control. “.

En segundo lugar, voy a transcribir un apartado del Libro “Régimen Jurídico de la Protección a la Promoción y Adquisición de Viviendas”, en su página 268, escrito por Felipe Iglesias González y editado por Aranzadi en el año 2000:

“Esta renuncia (está hablando de la renuncia al préstamo cualificado) no significa una descalificación de la vivienda, consistiendo simplemente en la cancelación, subrogación o modificación del préstamo cualificado, al amparo en estos dos últimos supuestos de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, de manera que la vivienda seguirá siendo de protección oficial y sometida a los modos y obligaciones que hemos analizado perdiendo tan sólo el préstamo la consideración de cualificado. Nótese que, a diferencia de la descalificación voluntaria, la renuncia al préstamo cualificado no conlleva la devolución de las ayudas recibidas”.

En el texto transcrito el autor hace varias remisiones a notas a pie de título en las que se transcriben algunos apartados de tres Consultas de la Dirección General de Vivienda, en concreto la 113, 114 y 115 de 1994, y que, de manera casi literal, recoge a su vez la Memoria del Banco de España antes transcrita.

De los dos textos transcritos resulta que, en caso de subrogación o novación modificativa de préstamos cualificados, dichos préstamos, desde ese momento, pierden la condición de cualificados, y, por ello, la entidad de crédito no necesita autorización previa del correspondiente organismo público para llevar a cabo dichas operaciones. En estos casos, bastará con que comunique dichas operaciones al organismo público correspondiente a efectos de suprimir, a partir de entonces, la ayudas económicas y adoptar las medidas que correspondan de seguimiento y control.



Esta conclusión que resulta de los anteriores textos entiendo, sin embargo, que no contradice al “Caso Práctico” que en su día se publicó, ya que el supuesto que se planteó es distinto, es decir, el deudor pretendía cambiar de Banco pero al mismo tiempo quería seguir disfrutando de las ventajas del préstamo cualificado, en resumen, pretendía que el préstamo siguiese siendo cualificado pero en una entidad bancaria diferente.

Cuando se planteó este caso en el Seminario se afirmó claramente la posibilidad de aplicar la normativa que para la subrogación establece la Ley 2/1994, pero, al igual que los textos transcritos, se llegó a la conclusión de que ello implicaría la pérdida de la condición de cualificado del préstamo, con todas las ventajas económicas que ello supone, y, esto, no es lo que quería el deudor. Por ello se llegó a la conclusión que se recogió en el “Caso Práctico” transcrito, es decir, obtener la autorización del organismo público correspondiente si se pretendía seguir gozando del préstamo cualificado.

Por último, no puedo terminar estas líneas sin agradecer muy encarecidamente a D. Joaquín Zejalbo Martín, no sólo que siga de una manera tan atenta nuestra revista, sino que nos haya remitido tan amablemente la documentación antes transcrita y que me ha permitido escribir estas líneas que, de seguro, serán muy útiles para todos nuestros lectores.

Cristina Martínez Ruiz  
Registradora de la Propiedad



**CARMEN GÓMEZ DURÁ** *Registradora de la Propiedad*

### **BREVE Y RÁPIDO ESQUEMA DE LA LEGISLACIÓN RECIENTE**

**LEY ORGANICA 15/2003 de 25 de Noviembre, de modificación del Código Penal.** (B.O.E. 26 de noviembre). Entra en vigor: 27 de noviembre.

Su Disposición Final Tercera añade un nuevo párrafo final al artículo 20 LH

**LEY 32/2003 de 3 de Noviembre, gral de Telecomunicaciones.** (B.O.E. 4 de noviembre). Entra en vigor: 5 de noviembre

En su capítulo II (art 26 a 32) regula los derechos de los operadores a la ocupación del dominio público, a ser beneficiarios en el procedimiento de expropiación forzosa y al establecimiento a su favor de servidumbres y de limitaciones a la propiedad.

**LEY 33/2003 de 3 de Noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.** (B.O.E. 4 de noviembre). Entra en vigor: 4 de febrero de 2004 (3 meses desde su publicación).

1º Deroga la Ley de Patrimonio del Estado ( Ley de Bases de 1962, su texto articulado de 1964)

2º En su capítulo IV se establecen una serie de normas registrales, (art 36 a 40) pudiendo destacar:

a) obligatoriedad para las administraciones públicas de la inscripción de los bienes y derechos de su patrimonio.

b) la certificación del art 206 LH será título válido para reanudar el tracto sucesivo interrumpido, distinguiéndose si las inscripciones contradictorias tienen hasta 30 años de antigüedad o más.(art 37.3º)

c) también la certificación administrativa será título suficiente para cancelar o rectificar inscripción a favor de la administración pública en los casos establecidos en el art 37.4º

d) obligación del Registrador de comunicar a los órganos correspondientes, la práctica de un exceso de cabida o inmatriculación de fincas colindantes con otras pertenecientes a una Administración Pública

e) no se modifican las normas arancelarias existentes.

3º La gestión patrimonial viene regulada en el Título V, art 110 y siguientes, exigiendo para la formalización de los negocios jurídicos de adquisición o enajenación la escritura pública art 113; mientras



que para las cesiones gratuitas de inmuebles o derechos reales es título suficiente documento administrativo siempre que el cesionario sea otra Administración Pública, órganos o entidad vinculada o dependiente.

Cabe resaltar en la regulación de la cesión, cuando afecte a bienes inmuebles o derechos reales, su inscripción es un requisito para su eficacia (art 145 a 151). Siendo el título inscribible, la Orden por la que se acuerde la resolución de la cesión y la reversión del bien o derecho (art 151).

**LEY 39/2003 de 17 de Noviembre, del Sector Ferroviario.** (B.O.E. 18 de noviembre). Entra en vigor: 18 de mayo de 2004 (6 meses desde su publicación)

La ley regula las infraestructuras ferroviarias (cuya administración la encomienda a la empresa RENFE que pasa a llamarse Administrador de Infraestructuras Ferroviarias -GIP-) así como la prestación de servicios de transportes ferroviarios (siendo la empresa prestadora del servicio la nueva entidad pública empresarial denominada RENFE-Operadora).

Se aplica al administrador de Inf. Ferrov. el régimen fiscal, respecto al I.T.P. y A.J.D. establecido en el art 45. I A)a) (exención subjetiva) del texto refundido de la Ley reguladora de este impuesto, de 24 de septiembre de 1.993.

Se reducen en un 95% los aranceles de los Notarios y Registradores en las operaciones de reordenación patrimonial necesarias para ejecutar lo establecido en dicha ley (Disposición Adicional 4ª).

Se establecen unas "limitaciones a la propiedad" en los artículos 12 a 18, distinguiendo zonas de dominio público y zona de protección (donde las únicas obras permitidas exigen autorización previa del Administrador de Inf. Ferrov..) y zona límite de edificación, donde queda prohibida cualquier obra de construcción, reconstrucción o ampliación, salvo conservación y mantenimiento.

**LEY 41/2003 de 18 de Noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, la L.E.C. y normas tributarias.** (B.O.E. 19 de noviembre). Entra en vigor: 20 de noviembre.

En sus primeros 8 artículos regula el "patrimonio especial-protégido de las personas con discapacidad", como figura creada por esta ley, cuyo objeto es "*favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de personas con discapacidad, y establecer mecanismos adecuados para garantizar la afección de tales bienes y derechos, así como los frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades vitales de su titular*" (art 1)

Establece la constancia registral en su art 8.

El resto de artículos incorporan modificaciones que tratan de mejorar la protección patrimonial de estas personas y así:

a) en el Código Civil:

-se regula la autotutela (modificando los art 223, 234, 239)

-se modifica el derecho de sucesiones (en materia de causas de indignidad: art 756 y art 782, 808, 813, 821 y 822, 831 y 1.041)

-se da nueva redacción al art 1.732 sobre terminación del mandato.

-se da nueva redacción al contrato de alimentos regulado en los artículos 1.791 a 1.797.

-se añade una disposición adicional 4ª al texto del Código Civil, equiparando la expresión "las personas con discapacidad" a las reguladas en esta ley.

b) En la Ley de Enjuiciamiento Civil: se da nueva redacción al art 757 en cuanto a personas legitimadas para promover la declaración de incapacidad.



c) En materia tributaria: además de las modificaciones en la regulación de los impuestos sobre la Renta y de Sociedades, destacar:

-respecto al I.T.P. y A.J.D., se establece, con efectos desde 1 de enero de 2004, exención de las aportaciones a los patrimonios protegidos regulados en la ley, añadiendo un nuevo apartado 20 a la letra B del art 45 del Texto refundido regulador de dicho impuesto.

-respecto al Impuesto de Sucesiones y Donaciones, se establece la no sujeción a este impuesto, para el contribuyente discapacitado, de la parte de aportaciones que reciba que tengan la consideración de rendimientos de trabajo para el mismo. (según establece la letra a del art 15.2).

**LEY 42/2003 de 21 de Noviembre, de modificación del Código Civil y de la L.E.C. en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.** (B.O.E. 22 de noviembre). Entra en vigor: 23 de noviembre.

La modificación abordada en esta ley persigue un doble objetivo: primero, singularizar y reforzar el régimen de relaciones entre los abuelos y los nietos, tanto en caso de ruptura familiar como en caso de dejación de las obligaciones por los progenitores; segundo, atribuye a los abuelos una función relevante en caso de dejación por los padres de las obligaciones derivadas de la patria potestad. En este sentido se modifican los artículos 90, 945 103, 160 y 161 del Código Civil y art 250.1 de la L.E.C.

**LEY 43/2003 de 21 de Noviembre, de Montes.** (B.O.E. 22 de noviembre). Entra en vigor: 22 de febrero de 2004 (3 meses desde su publicación).

Esta nueva Ley de Montes viene a derogar tanto la Ley de Patrimonio Forestal de 1.941, como la Ley de Montes de 1.957.

El régimen jurídico de los montes públicos viene regulado en los art 14 a 21, de los que podemos señalar:

1º La titularidad que en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública se asigne a un monte, sólo puede impugnarse en juicio declarativo ordinario de propiedad ante los tribunales civiles (no admitiéndose las acciones reales del art 41 de la L.H.), según su art 18.1.

2º Es obligatoria la inscripción de los montes catalogados en el Registro de la Propiedad, que se realizará mediante certificación acompañada con plano topográfico del monte o levantado para el deslinde. Incluyéndose la referencia catastral del inmueble o inmuebles que constituyen el monte catalogado (art 18.3).

3º En materia de deslinde de los montes públicos: la resolución definitiva del expediente de deslinde es título suficiente, según el caso, para la inmatriculación del monte, para la inscripción de la rectificación de las fincas afectadas y para la cancelación de las anotaciones practicadas con motivo del deslinde en fincas excluidas del monte deslindado. Esta resolución no será título suficiente para rectificar derechos antes inscritos a favor de terceros protegidos por el art. 34. (art. 21.8).

El régimen jurídico de **los montes privados** se regula en los art 22 a 24, de los que destacaremos la exigencia de previo informe favorable para **toda inmatriculación o inscripción de exceso de cabida** en el Registro de la Propiedad de un monte o de una finca colindante con monte demanial o ubicado en el término municipal en el que existen montes demaniales (dicho informe debe solicitarse por el Registrador de la Propiedad, y se entiende favorable si no hay contestación en un plazo de 3 meses) (art 22).

Se regulan en el art 25 derechos de tanteo y retracto, estableciéndose:



- a favor de las CC.AA. en transmisiones onerosas de :
  - a) montes de superficie superior a un límite fijado por la propia C.A.
  - b) montes protectores del art 24 (montes privados denominados así por la C.A.)

-a favor de la Administración titular del monte colindante o que contiene al enclavado, en las transmisiones onerosas de fincas o montes enclavados en un monte público o colindantes con él.

Para garantizar estos derechos, el transmitente debe notificar fehacientemente la intención de transmitir a la Administración pública titular del monte, que dispondrá de 3 meses para ejercitar el derecho de tanteo. A dichos efectos, los Notarios y los Registradores no autorizarán ni inscribirán, respectivamente, las correspondientes escrituras sin que se les acredite previamente la práctica de la notificación (art 25.5). En cualquier caso, habrá que estar a lo regulado por las CC.AA. (concretamente en la C. Valenciana la regulación se contiene por la Ley 3/1993 de 9 de diciembre, Forestal de la Generalitat Valenciana.)

**LEY 48/2003 de 26 de Noviembre, de Puertos de interés general.** (B.O.E. 27 de noviembre). Entra en vigor: 27 de febrero de 2004 (3 meses desde su publicación), salvo su Título I. Cabe señalar que la ocupación del dominio portuario está sujeta a previa concesión por la Autoridad Portuaria; y la transmisión de dicha concesión o la constitución de derechos reales sobre las mismas, para que se inscriban en el Registro de la Propiedad, necesita certificación de dicha autoridad, acreditativa del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo y de las cláusulas de la concesión.(art 117.9).

**LEY 49/2003 de 26 de Noviembre, de Arrendamientos Rústicos.** ( B.O.E. 27 de noviembre) Entrada en vigor: 27 de mayo 2004 (6 meses desde su publicación).

Podemos destacar los puntos siguientes:

- El plazo de duración de los contratos se reduce a tres años, pero puede prorrogarse por periodos de tres años, mientras no sea denunciado (art 12).
- En caso de enajenación de la finca arrendada, el adquirente se subroga en todos los derechos y obligaciones del arrendador, debiendo respetar los plazos establecidos (art 22).

Desaparecen, pues los derechos de tanteo y retracto de que gozaban los arrendatarios con la anterior ley de 1.980; sin embargo, hay que tener presente la Disposición Transitoria Primera porque, cuando establece que los contratos vigentes a la entrada en vigor de esta ley, se regirán por la normativa aplicable al tiempo de su celebración, nos obliga a seguir exigiendo la manifestación sobre arriendos en las transmisiones de fincas rústicas.

**LEY 51/2003 de 2 de Diciembre, de igualdad de oportunidades a los discapacitados.** ( B.O.E. 3 de diciembre) Entrada en vigor: 3 de diciembre. Da nueva redacción a los artículos 10, 14 y 17.1 de la Ley de Propiedad Horizontal. Establece la obligación de la comunidad de realizar obras necesarias para la correcta accesibilidad y seguridad del inmueble (art 10), exige la unanimidad sólo para modificar el título constitutivo, pero bastará con la mayoría de 3/5 para modificar servicios comunes, aún con modificación del título si se realizan las obras antes señaladas, y sólo mayoría para suprimir barreras y permitir accesibilidad.



**LEY 57/2003 de 16 de Diciembre, de medidas de modernización del gobierno local** (B.O.E. 17 de diciembre) Entrada en vigor: 1 de enero de 2004.

Por esta ley se modifican algunos artículos de la L 7/1.985 de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, y se añaden otros.

Podemos señalar:

-La anterior Comisión de Gobierno, pasa a llamarse Junta de Gobierno Local (art 20)

-Se incorpora al ámbito local una nueva forma de gestión, a través de entidades públicas empresariales; regulándose en su articulado las mismas, así como las sociedades mercantiles locales (art 85, 85 bis y 85 ter). En cuanto a dichas entidades, la Disposición Adicional 12ª (añadida a la Ley de Bases) regula los supuestos de constitución de una entidad pública empresarial con la función de dirigir o coordinar a otros entes con naturaleza de sociedad mercantil local, y consecuente incorporación, en su caso, de participaciones accionariales de titularidad de la corporación o de ésta a aquella (cambio de titularidad). Estableciéndose que todas las operaciones societarias y actos derivados de lo previsto en esta disposición, están **exentas de cualquier tributo estatal**; y los **aranceles** notariales y registrales que deriven de la intervención en actos derivados de la ejecución de esta norma, **se reducirán en un 90%**.

Se añaden dos títulos nuevos (art 121 a 140), donde se regula en Régimen de Organización de Grandes Municipios.

**LEY 59/2003 de 19 de Diciembre, de Firma electrónica.** ( B.O.E. 20 de diciembre) Entrada en vigor: 20 de marzo de 2004 (3 meses desde su publicación).

Ley promulgada para reforzar el marco jurídico existente sobre la materia, incorporando a su texto algunas novedades respecto al R.D. 14/1999, que contribuirán a dinamizar el mercado de la prestación de servicios de certificación.

Se regula el documento nacional de identidad electrónico (art 15).

Tiene en cuenta que los certificados electrónicos de personas jurídicas no alteran la legislación civil y mercantil, en cuanto a la figura del representante orgánico o voluntario; y no sustituyen a los certificados electrónicos que se expiden a personas físicas en los que se reflejan dichas relaciones de representación (art 22).

Destacar que la ley permite que los prestadores de servicios de Certificación podrán, con el objetivo de mejorar la confianza en sus servicios, establecer mecanismos de coordinación con los datos que preceptivamente deban obrar en los Registros Públicos, en particular, mediante conexiones telemáticas, a los efectos de verificar los datos que figuran en los certificados en el momento de la expedición de éstos. Dichos mecanismos podrán contemplar las notificaciones telemáticas por parte de los registros, a los prestadores de servicios de certif. de las variaciones registrales posteriores (art 23).

**LEY 60/2003 de 23 de Diciembre, de Arbitraje.** (B.O.E. 26 de diciembre) Entrada en vigor: 26 de marzo de 2004 (3 meses desde su publicación).

Esta ley, que viene a sustituir a la ley 36/1.988 de 5 de Diciembre, de Arbitraje, responde a la necesidad de mejora y seguimiento de la evolución del arbitraje, pero, principalmente, su criterio inspirador es el de basar el régimen jurídico español del arbitraje en la "Tey Modelo" elaborada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1.985. únicamente destacar:

- se suprime la obligatoriedad de la protocolización notarial del laudo (art 37.8), siendo válido y eficaz sin dicha protocolización.

- y la atribución de fuerza ejecutiva al laudo, aunque sea objeto de impugnación (art 45).

**RD. LEGISLATIVO 3/2004, de 5 de marzo** (BOE 10-marzo) por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Impuesto sobre a Renta de las Personas Físicas.



Sólo destacar que su artículo 25 mantiene la afección del inmueble transmitido al 5% en las mismas transmisiones que con anterioridad establecía la anterior ley 41/1998 de 9 diciembre.

**LEY 58/2003 de 17 de Diciembre, Ley General Tributaria.** (B.O.E. 17 de diciembre) Entrada en vigor: 1 de enero de 2004.

**LEY 6212003 de 30 de Diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.** ( B.O.E. 17 de diciembre) Entrada en vigor: 1 de enero de 2004.

**LEY 63/2003 de 30 de Diciembre, de Presupuestos Generales del Estado.** (B.O.E. 17 de diciembre) Entrada en vigor: 1 de enero de 2004.

De estas tres leyes no es posible hacer un breve y rápido esquema dada la amplitud de materias a las que atañen, por lo requieren un estudio pormenorizado del que no son objeto estas líneas.

## CUENTOS CLÁSICOS DE LA INDIA

Era un hombre que había oído hablar mucho de la preciosa y aromática madera de sándalo, pero que nunca había tenido ocasión de verla. Había surgido en él un fuerte deseo por conocer la apreciada madera de sándalo. Para satisfacer su propósito, decidió escribir a todos sus amigos y solicitarles un trozo de madera de esta clase. Pensó que alguno tendría la bondad de enviársela. Así, comenzó a escribir cartas y cartas; durante varios días, siempre con el mismo ruego: "Por favor, enviadme madera de sándalo". Pero un día, de súbito, mientras estaba ante el papel, pensativo, mordisqueó el lápiz con el que tantas cartas escribiera, y de repente olió la madera del lápiz y descubrió que era de sándalo.

*El maestro dice: Si la percepción está embotada, se estrella en las apariencias de las cosas.*



### RESEÑA LEGISLATIVA (Hasta BOE/DOGV 16 a 31-03 de 2004 )

#### DISPOSICIONES ESTATALES

##### ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

**RESOLUCIÓN** de 3 de marzo de 2004, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública (BOE 16-03), por la que establecen y modifican determinados modelos registrales y se dictan instrucciones sobre anotación en el Registro Central de Personal.

Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto.

**PROVIDENCIA** de 19 de febrero de 2004 (BOE 17-03) de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, sobre planteamiento de cuestión de ilegalidad de los artículos 310 y 311 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril.

##### TRIBUNAL SUPREMO

**SENTENCIA** de 17 de diciembre de 2003 (BOE 17-03), de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por la que se fija doctrina legal en relación con los artículos 12.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 10.3 del

#### DISPOSICIONES AUTONÓMICAS

##### EXTREMADURA - VIVIENDA

**LEY 1/2004, de 19 de febrero** (BOE 23-03), de creación de la Empresa Pública Gestión de Infraestructuras. Suelo y Vivienda de Extremadura".



**Editada por Registradores de la Comunidad Valenciana**