LUNES

CUATRO TREINTA

Revista de asuntos registrales

Año XIX - Núm. 412 - abril, 2006

informativa de derecho privado y registral
LUNES 4'30

sumario

Nº 412. Abril de 2006

CASOS 2

RESOLUCIONES 4

SENTENCIAS 10

NOS ESCRIBE: LA SUCESIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE TRAS LA LEY 15/2005 DE 8 DE JULIO, O CÓMO APRECIAR LA SEPARACIÓN DE HECHO por Francisco Molina 20

KIOSCO por Guillermo José Dromant Jarque 35

FISCAL por Francisco Molina 42

LÓGICA.....45

HUMOR 46

RESEÑA LEGISLATIVA 47

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

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
Maria-Emilia Adán García
Fátima Azpitarte Santos
Cristina Carbonell Llorens
Vicente Carbonell Serrano
Rafael Carbonell Serrano
Vicente Domínguez Calatayud
Guillermo Dromant Jarque
Pedro Fandos Pons
Consuelo García Pedro
Belen Gómez Valle
Inmaculada Gosálvez Simbor
Marta Gozalbes Férnandez de Palencia
Susana Juste Ribes
Lourdes Martínez del Amo Ruiz
Cristina Martínez Ruiz
Francisco Molina Balaguer
Fernando Ortega Gironés
Mercedes Ríos Peset
Alicia de la Rua Navarro
Ana Mª Sabater Mataix
Miguel Soria Lopez

MAQUETACIÓN
Regina Martínez Vicente

SECRETARIA
Sta. María Dolores
Plaza de la Reina nº5
46003 - Valencia
Tfno.: 96.353.27.65
FAX: 96.352.19.96
cuatrotreinta@hotmail.com

Depósito legal: V-1212-1988

CASOS PRÁCTICOS

Mª Emilia Adán . Registradora de la Propiedad

LICENCIA DE SEGREGACIÓN

Se solicita la inscripción de una sentencia judicial firme, en la que se ejercita la acción de división de cosa común. En el fallo de la sentencia, se procede, además, a la división material de la finca.

Se cuestiona la necesidad de licencia de división material.

El artículo 26 de la Ley de Urbanismo Valenciana, tiene como supuesto de hecho la escritura pública, sin embargo, se entiende aplicable a todo tipo de documento público, que pretende su acceso a la publicidad registral.

Ésta es la doctrina de la Dirección General recogida en la resolución de 17-02-1999 "debe cohonestarse con la eficacia relativa de la cosa juzgada (cfr. art. 1252 CC), y en todo caso su alcance debe ser determinado en función de los propios términos de la resolución a cumplir (términos que por otra parte han de acomodarse a las propias pretensiones planteadas por las partes -cfr. arts. 11.3 y 182 LOPJ y 359 LEC-), de modo que en función del genérico deber de cumplimiento de las resoluciones judiciales, no puede concluirse sin más que una sentencia en la que únicamente se decide sobre la autenticidad de un documento privado de segregación y venta (condenando a sus suscriptores a elevarlo a escritura pública), permita obviar exigencias legales añadidas que debieron observar en su día esos contratantes (la licencia de segregación), cuando sobre dichas exigencias ni se discute en el procedimiento seguido ni hay pronunciamiento alguno a la propia sentencia (ni podría haberlo sido, dada la no intervención de la correspondiente Entidad Local)".

PARTICIÓN HEREDITARIA

Se presenta a inscribir escritura de partición hereditaria, en la que en hijuela especial y con carácter previo se adjudican a los hijos determinados bienes en pago de deuda.

Se cuestiona el carácter de la adquisición. La totalidad de los presentes entendió que los adjudicatarios lo eran en pleno dominio, con carácter privativo pese a que la deuda se pagara con dinero ganancial.

CAMBIO DE ESTADO CIVIL

El titular registral de un inmueble, lo es con carácter privativo, posteriormente lo hipoteca, afirmando que está casado con carácter ganancial, compareciendo el cónyuge que consiente la constitución de hipoteca.

De nuevo comparece el titular registral, para vender, afirmando que es soltero. Parece, o que no estaba casado cuando hipotecó, o que ha obtenido la nulidad, circunstancia harto improbable. En todo caso, la mayoría entendió que debiera acreditarse el cambio de estado civil.

DERECHO DE OPCIÓN DE COMPRA

Se presenta en el registro escritura en la que comparecen tres personas que dicen ser herederos de los titulares registrales de diversas fincas, en la proporción de un 50%, un 25% y un 25%, y como tales constituyen un derecho de opción de compra a favor de una sociedad. El objeto del derecho es una porción de finca a determinar en el futuro, ya que las fincas serán objeto de reparcelación, y sobre la parte afectada por la misma es sobre la que recaerá.

Dos son las cuestiones que se plantean:

1.-¿Pueden los herederos constituir sobre algún bien de la herencia indivisa un derecho de opción de compra?

Las posturas se dividieron, mientras que algunos entendían que debiera procederse a inscribir con anterioridad, la partición hereditaria, otros se plantearon que igual que se puede vender algun bien de la herencia por todos los herederos, o se puede anotar el derecho hereditario, y transmitir fundándose en él, pudiera poderse constituir el derecho de opción (artículo 42.6 LH en relación con el artículo 46 de la misma ley).

Alguna compañera planteó que ocurriría si no se ejercitaba la opción de compra, ¿a quien revertiría el inmueble?. Parece que se entendió que de nuevo se transmitiría a la comunidad hereditaria, puesto que la herencia ya ha sido aceptada, se daría el mismo presupuesto que si se transmitía con condición resolutoria.

2.¿Puede recaer el derecho de opción de compra sobre una porción de la finca no determinada inicialmente?

La cuestión se plantea porque el objeto de la opción, no es una cuota indivisa, ni una porción determinada y delimitada del inmueble, sino la porción que en el futuro quede afecta por el proceso reparcelatorio.

La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en resolución de 27 de mayo de 2005 exige que quede perfectamente delimitado el objeto de derecho. Ello no implica que deba segregarse previamente, pero sí necesariamente definirse. Así se afirma *"Es cierto que la descripción de las fincas o partes de ellas objeto del derecho que se concede pueden describirse con referencia a un plano, como el que se protocoliza. Pero, para ello, es preciso que, entre la escritura y el plano, se consiga una claridad de la que, en el presente caso, carecen, pues ni el plano es claro, no resultan del mismo las fincas sobre las que se efectúa la segregación."*

SUSANA JUSTE, ANA Mª SABATER, FRANCISCO MOLINA Y PEDRO FANDOS (Registradores de la Propiedad)

R. DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2005 (BOE 11-01-06)

COMPRAVENTA

Se suspende la inscripción de una escritura de compraventa por el defecto de no constar el consentimiento de los herederos forzosos del vendedor, que transmite una finca a su esposa y confiesa el carácter privativo del dinero empleado por la esposa, en una escritura de compraventa posterior al fallecimiento del vendedor por la que la esposa, ahora viuda, vende la finca en cuestión inscrita como privativa de ella por confesión.

La interesada recurre alegando que no es necesario ese consentimiento, pues en la escritura de liquidación de la sociedad conyugal y partición de la herencia del difunto, en la que comparecieron los herederos forzosos, no se incluyó esta finca, que constituía la vivienda habitual, por ser una finca privativa, con lo cual están prestando su consentimiento al carácter privativo del bien. La Registradora alega que el recurso debe ser desestimado por defectos formales pues en el recurso se han aportado nuevos documentos no presentados en el momento de la calificación, como es la escritura de partición. La DG no admite el recurso por defectos formales en su interposición.

(Pedro Fandos)

R. DE 18 DE NOVIEMBREDE 2005 (BOE 11-01-06)

EXPEDIENTE DE DOMINIO

Se suspende la inscripción de un testimonio de auto dictado en expediente de dominio para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido por no figurar la forma en que se notificó al último titular inscrito, cuyo asiento tiene una antigüedad inferior a treinta años. La DG desestima el recurso y confirma la nota.

(Pedro Fandos)

R. DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2005 (BOE 10-01-06)

QUIEBRA

Se deniega la inscripción de un mandamiento judicial que decreta la quiebra de una SL y declara a la quebrada dueña y propietaria del edificio en construcción inscrito, que motiva el presente recurso, y la nulidad de los títulos y cancelación de los asientos registrales posteriores que puedan contradecir esa declaración, por el defecto de no haber sido parte en el proceso el otro titular registral actual de la finca y el titular de un derecho real de hipoteca, para lo cual será necesario un título complementario que especifique el derecho de dominio de cada titular registral, y por un segundo defecto como es el no acreditar los requisitos exigidos por el artículo 45 y siguientes del RD 1093/97 de 4 de Julio.

La DG confirma la nota y desestima el recurso, en cuanto al primero de los defectos que determina la denegación de la inscripción por indefensión de los titulares registrales de una parte del dominio y de la hipoteca afectados por la sentencia sin haber sido oídos. Los otros defectos no son recurridos.

(Pedro Fandos)

R. DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2005 (BOE 11-01-06)

CANCELACIÓN DE ASIENTOS POSTERIORES A UNA CONDICIÓN RESOLUTORIA

Figura inscrita una venta con condición resolutoria, y se presenta ahora mandamiento judicial que ordena la cancelación de la inscripción de la venta a favor del comprador, y la reinscripción a favor del vendedor, así como la cancelación de los asientos posteriores que traigan causa del comprador.

El Registrador practica la reinscripción a favor del vendedor, denegando la cancelación de los asientos posteriores a la condición resolutoria y anteriores a la anotación preventiva de demanda de resolución de la venta, por no haber sido citados en el pleito sus titulares, ni prestado su consentimiento para la cancelación.

La DGRN confirma la nota: se trata de una sentencia declarativa de la resolución de la compraventa, dictada en pleito entablado sólo contra el comprador. Si se tiene en cuenta: a)que los efectos de la sentencia se concretan a las partes litigantes, b)que la rectificación de los asientos presupone consentimiento de sus titulares o una sentencia firme dictada contra aquellos a quienes el asiento atribuye algún derecho, c)que se trata de anotaciones extendidas antes de la anotación de demanda, y d)que los titulares de tales anotaciones deben ser traídos al procedimiento para alegar lo que a su derecho convenga. Todo ello nos lleva al resultado de que, para que la sentencia despliegue toda su eficacia cancelatoria y afecte a titulares de asientos posteriores, basta con que estos, al menos, hayan sido **citados** en el procedimiento, lo que en este caso no se ha efectuado.

(Francisco Molina)

R. DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2005 (BOE 11-01-06)

R. DE 30, 30 Y 30 DE NOVIEMBRE Y 14 DE DICIEMBRE DE 2005 (BOE 12 ENERO 2006)

CALIFICACIÓN REGISTRAL ANTE EL JUICIO NOTARIAL DE SUFICIENCIA DE FACULTADES REPRESENTATIVAS

Se presenta escritura por la que un apoderado, actuando en representación de una sociedad, vende unas parcelas. La representación resultaba del apoderamiento conferido al compareciente por dicha compañía a través de una comisión nombrada judicialmente en el marco de aprobación de un convenio de suspensión de pagos. Dicho apoderamiento derivaba de cuatro escrituras públicas que fueron exhibidas al notario autorizante, quien formuló su juicio de suficiencia.

El Registrador inadmitió el juicio del notario acerca de la suficiencia, aduciendo que en numerosos asientos del registro, la comisión concedente del poder había quedado tiempo atrás disuelta, tras haber modalizado el apoderamiento conferido, dejándolo subsistente sólo en relación con otras operaciones distintas de la ahora concernida.

La DGRN revoca la nota: la eventual extinción del apoderamiento, si no resulta de la escritura autorizada, queda fuera del alcance de la calificación registral, sin perjuicio de la responsabilidad, en su caso, del notario que prestó su intervención sin la necesaria adecuación al ordenamiento jurídico.

(Francisco Molina)

R. DE 29 DE DICIEMBRE DE 2005 (BOE 30-1-2006)

COMPRAVENTA FORZOSA DERIVADA DE PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE HIPOTECA.

Se presenta en el Registro compraventa autorizada por Notario siguiendo el procedimiento de ejecución extrajudicial.

El Registrador deniega la inscripción porque dicho procedimiento es contrario a las normas constitucionales, según Sentencia del TS 4-Mayo-1.998; 30-1-1.999, y 20 de Abril de 1.999.

El Notario autorizante interpone recurso gubernativo alegando que la apreciación de inconstitucionalidad extralimita la función calificadora del Registrador.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña por Auto dictado el 30-Octubre de 2000 desestima el recurso.

DGRN revoca la calificación del Registrador Si bien es cierto que la Sala 1ª del Tribunal Supremo en Sentencia de 4 de Mayo de 1.998 declaró inaplicable párrafo 2º del artículo 129 LH y 234 a 236 RH, debe tenerse en cuenta que sólo el Tribunal Constitucional puede declarar la

inconstitucionalidad de la Ley y por tanto su expulsión del Ordenamiento Jurídico.

En el presente supuesto se trata de una enajenación extrajudicial del inmueble hipotecado basado en pacto inscrito cuya validez se presume mientras no recaiga la correspondiente declaración judicial en contrario (artículo 1 de la LH). Por ello, según el Centro directivo, la calificación del Registrador excede del ámbito del artículo 18 de la LH, siendo inscribible la enajenación cuando los propios interesados voluntariamente así lo han acordado, como consecuencia de la realización del derecho de hipoteca cuya dirección se ha encomendado a un funcionario público (el notario).

(Ana Mª Sabater)

R. DE 29 DE DICIEMBRE DE 2005 (BOE 30-1-2006)

EMBARGO

Se presenta en el Registro mandamiento ordenado el embargo por la TGSS sobre fincas que aparecen inscritas con carácter privativo a favor de M.X. El deudor es el cónyuge del titular registral, y en la providencia de embargo consta que el deudor es responsable, conjuntamente con su cónyuge, de la deuda contraída.

El Registrador deniega el embargo por aparecer inscritos los bienes con carácter privativo a favor del cónyuge del deudor y haberlas adquirido las fincas en estado de separado judicialmente, siendo el titular registral un tercero que no ha intervenido en el procedimiento.

Se interpone recurso alegando que cuando se trate de deudas contraídas por uno de los cúnyuges; pero de las que deba responder la sociedad de gananciales, la demanda podrá dirigirse únicamente contra el cónyuge deudor, aunque el embargo ha de notificarse al otro cónyuge.

DGRN sostiene que no existe en nuestro CC presunción de ganancialidad de la deuda contraída durante la vigencia de la sociedad de gananciales. El Centro Directivo mantiene la calificación del registrador, pues entender lo contrario supondría indefención de titular registral

(Ana Mª Sabater)

R. DE 29 DE DICIEMBRE DE 2005 (BOE 31-1-2006)

SEGREGACIÓN. TRACTO SUCESIVO. REBELDÍA DEL DEMANDADO. PROPIEDAD HORIZONTAL

En procedimiento judicial se declara, mediante la correspondiente sentencia, que parte de un local, de un edificio en régimen de propiedad horizontal, pertenece al demandante, decretándose la segregación pertinente, y ordenando la cancelación de las anotaciones que contradigan lo acordado. Presentado el testimonio de la sentencia en el Registro, el Registrador suspende el despacho por no constar como demandados los titulares registrales del dominio, ni aquéllos a cuyo favor se prac-

ticaron las anotaciones que ahora se pretende cancelar, por resultar de la sentencia la rebeldía de los demandados, sin que se declare haber transcurrido los plazos para ejercitar la acción de rescisión, y por no fijarse la cuota de participación de la parte segregada en los elementos comunes. El recurrente alega la firmeza del fallo, la obligatoriedad de su cumplimiento, y que la finca debe inscribirse sin cuota.

- La DG confirma la calificación en todos sus extremos: la modificación de la situación registral no puede realizarse sin participación del titular inscrito, siendo la omisión de su intervención en el procedimiento un trámite esencial que debe controlar el Registrador; igualmente, una Sentencia dictada en rebeldía, si bien puede devenir firme, puede también ver suspendida su ejecución, sin necesidad de que se acuerde así, sino por ministerio de la Ley, y no es, en consecuencia, inscribible, sino sólo anotable, mientras no transcurran los plazos correspondientes; y finalmente, la determinación de la cuota de participación es elemento fundamental para fijar el alcance de los derechos del inmueble dentro del estatuto jurídico de la propiedad horizontal. Si la cuota no la concreta la sentencia, no puede declararla unilateralmente el propietario, sino que requiere acuerdo unánime de la Junta.

(Francisco Molina)

R. DE 29 DE DICIEMBRE DE 2005 (BOE 31-1-2006)

ANOTACIÓN PREVENTIVA. DE QUERELLA. CONSTANDO LOS BIENES A NOMBRE DE TERCEROS (NUEVO PÁRRAFO 20LH)

Se presenta mandamiento ordenando la práctica de anotación preventiva de querella. El Registrador se opone por no insertarse en el mandamiento la correspondiente resolución, por dirigirse el procedimiento contra persona distinta del titular registral, sin que la autoridad judicial se haya pronunciado expresamente sobre la existencia de posibles indicios racionales de que el verdadero titular sea el imputado, alegando además que las acciones entabladas no tienen trascendencia real. Sólo se recurren el segundo y tercer defecto.

La reforma del art. 20 LH operada por Ley Orgánica 15/2003 permite soslayar la falta de tracto, pero con unos concretos requisitos: 1º.- que el mandamiento para la práctica de la anotación preventiva se dicte en un proceso criminal; 2º.- que se ordene practicar anotación de embargo o prohibición de disponer, como medida cautelar; 3º.- que se declare expresamente la existencia de indicios racionales de ser el imputado el verdadero titular de los bienes. En el caso de autos, no hay manifestación en tal sentido del Juez, y además, no se ordena anotación de embargo o prohibición de disponer, por lo que no procede aplicar la especialidad introducida con la reforma. La exigencia de manifestar que se ejercita conjuntamente una acción de trascendencia real, en relación con la anotación de querella, siendo acertada, no es pertinente en el caso, ya que, según lo dicho, sólo podría tomarse, de proceder, anotación de embargo o prohibición de disponer.

(Francisco Molina)

R. DE 30 DE DICIEMBRE DE 2005

(BOE 31-1-2006)

RECURSO GUBERNATIVO. INADMISIÓN. CÓMPUTO DEL PLAZO

Presentado mandamiento para la prórroga de anotación preventiva de embargo, el Registrador suspende su despacho, por estar ya cancelada la anotación a prorrogar. La nota de calificación lleva fecha de 25 de octubre, y se notifica, por fax, el día 27, al presentante y al Juzgado. Se interpone recurso, con fecha 26 de noviembre, si bien el documento lleva estampado sello del Servicio de Correos del 29 de noviembre, y tiene entrada en el Ministerio el 7 de diciembre. Trasladado el escrito al Registrador, el 28 de diciembre eleva su informe.

- La DG considera que, realizada la notificación de la calificación el día 27 de octubre, el escrito de interposición del recurso, en tanto que tuvo entrada el día 7 de diciembre, es, evidentemente, extemporáneo, contándose el plazo de un mes, de fecha a fecha, desde la notificación. Cierto que art. 134 RH prevé que el documento calificado se una a autos, para dar traslado, por tres días, al Ministerio Fiscal, si fue parte, y a los demás interesados, para que gestionen la subsanación o promuevan el recurso, pero su interpretación, en relación con el nuevo régimen del recurso, introducido por Ley 24/2001, no puede en ningún caso llevar a la conclusión de que el plazo para interponer el recurso gubernativo corra desde tal traslado, máximo, cuando el recurrente ya ha sido notificado, como presentante, directamente por el Registro.

(Francisco Molina)

SENTENCIAS

ALICIA DE LA RUA NAVARRO *Registradora de la Propiedad*

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE JUNIO DE 2005.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO SOBRE FINCA GANANCIAL: NOTIFICACIÓN A LOS HEREDEROS, MENORES DE EDAD, DEL ESPOSO FALLECIDO DE LA DEMANDADA.

ARTÍCULOS CITADOS: 79 Y 144.4 DE LA LEY HIPOTECARIA.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- La finca X consta inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre de Dª A y su esposo para su sociedad de gananciales.

2º.- D. B, esposo de Dª A, fallece en 1988.

3º.- El 28 de julio de 1993 se practica sobre la finca X anotación preventiva de embargo letra A a favor de C, S.L., en virtud de mandamiento presentado el 18 de mayo, en el que consta la notificación hecha al cónyuge de la demandada Dª A. El mismo 28 de julio de 1993 se practica sobre la mencionada finca anotación preventiva de embargo letra B a favor de D, S.A., siendo la fecha del asiento de presentación del mandamiento el 27 de mayo anterior, y constando igualmente en él la notificación a D. B, cónyuge de la demandada Dª A.

4º.- La entidad E, S.A. promueve juicio ejecutivo contra Dª A, en el que se ordena anotación preventiva de embargo sobre la finca X, en cuanto a la mitad de gananciales que pudiera corresponderle en la herencia de su esposo a la demandada Dª A, presentándose el mandamiento en el Registro de la Propiedad el 28 de febrero de 1995 y practicándose la anotación el 4 de mayo de 1995.

5º.- E, S.A. demanda a C, S.L. y D, S.A., solicitando que se declaren nulas de pleno derecho las anotaciones preventivas de embargo tomadas en su favor, y se decrete la cancelación de las mismas, por el defecto de no haberse notificado las demandas de juicio ejecutivo contra Dª A a los herederos de su fallecido esposo, al recaer la traba sobre un bien de naturaleza ganancial.

6º.- El Juzgado de 1ª Instancia desestima la demanda. Apelada esta Sentencia, la Audiencia la confirma. La demandante interpone recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se alega, en primer lugar, falta de notificación a los herederos del esposo fallecido.

Aunque en el mandamiento consta haberse efectuado la notificación al esposo, no puede haberse hecho por cuanto éste falleció en 1988, varios años antes de decretarse la traba del embargo (1992 y 1993). La finca aparece inscrita para la sociedad de gananciales, sin que conste en el Registro de la Propiedad la liquidación de dicha sociedad. Por ello, la notificación de las demandas debió hacerse inexcusablemente a los herederos del fallecido esposo de la demandada Dª A, que son, junto con ésta, titulares de la sociedad de gananciales disuelta pero no liquidada en el momento de la práctica de la anotación.

La segunda cuestión planteada se centra en si la entidad demandante recurrente tiene interés legítimo para solicitar la declaración de nulidad y cancelación de los asientos registrales. La sentencia recurrida lo niega, por entender que no resultaría parte perjudicada en el momento de ejecución del embargo, ya que el art. 144 R.H. establece la notificación del cónyuge del demandado en virtud del carácter ganancial del bien por si se considera perjudicado en alguno de sus derechos para poder iniciar en su momento las acciones que considere oportunas, que en el presente caso se trasladarían a los herederos del esposo fallecido D. B, que serían pues los realmente legitimados.

Sin embargo, el Tribunal Supremo considera que la recurrente tiene un indiscutible interés en que las anotaciones letras A y B sean canceladas, puesto que han sido practicadas con infracción del art. 144 R.H. De la propia anotación registral se origina una preferencia especial sobre el inmueble embargado que afecta a los créditos posteriores a la anotación. Por tanto, es claro el interés que tiene la recurrente en obtener la anulación de las anotaciones, pues así las priva del privilegio especial que con arreglo al art. 1923.4º C.c. tienen sobre créditos posteriores.

Finalmente, se plantea si había o no necesidad de que las demandas contra Dª A se notificasen a los herederos de su fallecido esposo D. B, siendo así que eran los dos hijos del matrimonio, menores de edad entonces y sometidos a la patria potestad de la demandada.

Y entiende el Alto Tribunal que no debieron notificarse, pues la demandada ya lo fue, y podría y debía velar por los intereses de sus hijos menores, y así lo hizo, en nombre de éstos, al instar tercería de dominio contra D, S.A. En suma, es totalmente irrelevante el error del Juzgado de dar por practicada la notificación a quien ya había fallecido, porque sobraba el cumplimiento de este requisito del embargo; ésto es, no procede exigir el cumplimiento de un requisito esencial para practicar las anotaciones de embargo, pero meramente formal por las circunstancias especiales que concurren en el caso, pues a nada conduce obligar a la práctica de una notificación a los herederos de la que iba a ser receptora la propia demandada.

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

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE JULIO DE 2005.

ACCIÓN REIVINDICATORIA: CONDICIÓN DE TERCERO HIPOTECARIO DEL DEMANDADO.

ARTÍCULOS CITADOS: 34 DE LA LEY HIPOTECARIA; 348 Y 349 DEL CÓDIGO CIVIL.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- D. A vende la finca X a D. B en escritura pública de 13 de septiembre de 1984.

2º.- D. B vende, por escritura pública de 2 de agosto de 1985, unas participaciones indivisas de dicha finca a su madre Dª C y hermano D. D.

3º.- D. D, en nombre propio y de su madre y hermano, vende la totalidad de la finca X a E, S.A. el 11 de agosto de 1989.

5º.- Ninguna de las tres escrituras citadas se inscribe hasta el 28 de septiembre de 1989.

6º.- La entidad F, S.R.L. adquiere el dominio de tres cuartas partes indivisas de la finca litigiosa mediante autos de adjudicación en procedimientos de apremio de 5 de enero de 1.986, clarificado el 3 de marzo siguiente, y de 3 de septiembre de 1.987.

7º.- La entidad F, S.R.L. interpone demanda contra D. B, D. D, Dª C y la entidad E, S.A., solicitando que se declare nula la compraventa y posterior inscripción registral del inmueble a favor de ésta última, por no encontrarse protegido el comprador por el art. 34 L.H.

8º.- El Juzgado de 1ª Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial confirma esta sentencia al desestimar el recurso de apelación. La actora formula recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se alega en primer lugar que E, S.A. no tiene la condición de tercero hipotecario del art. 34 L.H. por dos razones: no adquirió de persona que en el Registro apareciera con facultades para transmitir la finca, y falta de buena fe.

En el primer submotivo se aduce que la compradora E, S.A. no compró de quién en el Registro figuraba con capacidad para transmitir, pues la compra de dicha entidad tuvo lugar el 11 de agosto de 1989, fecha en la que los titulares registrales no eran los vendedores, sino D. A, no siéndolo aquéllos hasta el 28 de septiembre del mismo año, en que inscribieron su título.

Frente a ello, el Tribunal Supremo parte de la existencia de dos criterios: la interpretación literal del art. 34 LH en el sentido de exigir la existencia de la inscripción a favor del transmitente al tiempo del contrato traslativo, de modo que no cabría subsanar la omisión del requisito mediante una inscripción a favor del transmitente posterior a dicho contrato aunque previa a la inscripción a favor del adquirente; y el criterio, con base en la protección del tráfico jurídico, de que se cumple el requisito si al tiempo de la adquisición del dominio el transmitente tenía título para disponer y acceder al Registro. E inclinándose por esta última postura, rechaza el motivo alegado.

En el segundo submotivo se aduce que en la sociedad compradora E, S.A. existió una falta de buena fe.

Teniendo en cuenta que el art. 34.2 L.H. dispone que «la buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro», buena fe que tiene una dimensión negativa, desconocimiento de la inexactitud del registro, y una positiva, creencia de que el transferente es el titular real y puede disponer del derecho, en el presente caso no ha quedado demostrado que la entidad compradora careciera de esa buena fe.

Así pues, la entidad mercantil E, S.A. tiene la condición de tercer hipotecario del art. 34 LH, protegido por la fe pública registral, y por tanto se ha producido a su favor una adquisición «a non dominio», que enerva la acción reivindicatoria.

Por todo ello, se declara no haber lugar al recurso de casación.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE JULIO DE 2005.

PROCEDIMIENTO DEL ART. 131 L.H.: DOCUMENTOS COMPLEMENTARIOS DE LA DEMANDA.

ARTÍCULOS CITADOS: 131, 132.4 Y 153.5 DE LA LEY HIPOTECARIA.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- Se constituye un crédito hipotecario entre el Banco X, S.A., como acreedor, y las firmas A, S.A. y B, S.A., como deudores.

2º.- Por escritura pública de 25 de noviembre de 1975 dicho crédito es cedido por el acreedor a la firma C, S.L. y ésta lo cede a Dª D.

3º.- D. E adquiere por compraventa la finca hipotecada por escritura pública de 3 de octubre de 1990.

4º.- Dª D inicia procedimiento judicial de ejecución hipotecaria del art. 131 L.H.

5º.- D. E presenta demanda contra Dª D, solicitando que se declare la nulidad del procedimiento judicial sumario del art. 131 L.H., y en su caso, la nulidad del auto aprobatorio del remate y adjudicación, así como la nulidad de cualquier inscripción dimanante de dicho procedimiento practicada en el Registro de la Propiedad; que, existiendo plus petitio en la cantidad reclamada en dicho procedimiento, se fije la cantidad o saldo exacto de adeudo por el préstamo; y que se le indemnicen daños y perjuicios.

Dª D formula reconvención, solicitando que se declare radicalmente nula y sin efecto la compraventa de 3 de octubre de 1990, y se decrete la cancelación de la inscripción registral correspondiente.

6º.- El Juzgado de 1ª Instancia desestima la demanda y la reconvención. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial declara no haber lugar al mismo. D. E recurre en casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se alega, en primer lugar, infracción del párrafo 2º de la regla 3ª del art. 131 L.H., ya que en el procedimiento hipotecario no se acompañó en la demanda la primera copia de la escritura de constitución de la hipoteca ni la segunda copia expedida en virtud de mandamiento judicial.

Sin embargo, la parte ejecutante del proceso hipotecario optó por la otra posibilidad que establece dicho precepto, que es unir certificación del Registro de la Propiedad que acredita la inscripción y subsistencia de la hipoteca. Y esta posibilidad es la lógica en el caso de los cesionarios del crédito hipotecario, o subcesionaria como en este supuesto, pues la primera copia de la escritura de constitución de la hipoteca suele estar en poder de la primera acreedora y cedente crediticia.

En segundo lugar, se alega infracción de los arts. 153.5 y 132.4 L.H., porque la ejecutante hipotecaria no presentó en su escrito inicial una certificación de saldo.

El Tribunal Supremo lo rechaza, pues ni en las escrituras de cesión ni en la de constitución de la garantía hipotecaria se especifica la referencia a una cuenta de crédito con garantía hipotecaria, sino a un genuino y específico préstamo con garantía hipotecaria, y por ello hablar de una certificación de saldo deviene en la más pura inanidad.

Por último, se alega que, con infracción de la norma 3º.3 y último párrafo de la norma 7, del art. 131 L.H., no se hizo el requerimiento ni la notificación previstas en dichos preceptos.

También lo rechaza el Tribunal Supremo, pues dichas actuaciones procesales se practicaron en la finca objeto de la subasta y a la persona procedente, ya que no se efectuaron a la parte ahora recurrente porque en aquel entonces no era parte deudora. Pero, además, ello no puede sustentar una tesis de indefensión, pues la parte actora se personó en los autos de ejecución de la hipoteca y ejercitó todas las armas procesales que estimó oportunas.

Por lo expuesto, se declara no haber lugar al recurso de casación.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE JULIO DE 2005.

PROCEDIMIENTO DEL ART. 131 L.H.: NOTIFICACIÓN DEL SEÑALAMIENTO DE LA SUBASTA EN LA FINCA SUBASTADA.

ARTÍCULOS CITADOS: 131 DE LA LEY HIPOTECARIA.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- D. A adquiere, el 13 de enero de 1993, por acta de adjudicación directa (art. 150 del Reglamento de Recaudación), la finca X, por 15.000.000 de ptas., habiendo sido ejecutada la entidad B, S.A. La escritura pública se otorga, en sustitución de dicha entidad, por el jefe de la Delegación de Hacienda, tras informe favorable de la Abogacía del Estado de 28 de mayo de 1993, el 9 de diciembre de 1993, procediendo a su inscripción en el Registro de la Propiedad el 24 de febrero de 1994.

2º.- La finca X estaba afecta a cargas y gravámenes, entre ellos, una hipoteca unilateral constituida a favor del Banco C, S.A. por importe de 15.000.000 de ptas.

3º.- El Banco C, S.A., el 15 de octubre de 1992, presenta demanda al amparo del art. 131 L.H. La certificación de cargas es de 18 de marzo de 1993. La Administración recibe comunicación de la existencia del procedimiento judicial sumario el 31 de mayo de 1993.

4º.- En providencia dictada en dicho procedimiento de 9 de julio de 1993 se acuerda

señalar la subasta, indicando respecto a la notificación de la sociedad deudora demandada, que se practicaría por medio de correo certificado con acuse de recibo o por exhorto y de no ser posible notificación personal quedarían notificados por la publicación de los edictos; el 21 de julio de 1993 queda documentada la diligencia negativa de notificación por no encontrarse la sociedad B, S.A. en el domicilio señalado para notificaciones en la escritura de constitución de hipoteca, publicándose el edicto en el Boletín Oficial de la Provincia de 8 de octubre de 1993; en la tercera subasta D. D ofrece el importe de 8.900.000 ptas., y al no cubrir el tipo de la segunda subasta, se le da traslado al deudor para que pueda mejorar la postura en término de 9 días; aprobándose el remate por providencia de 31 de enero de 1994, se cede el remate mediante acta de 3 de febrero de 1994 a favor de D. E. Por auto de 10 de mayo de 1995 se adjudica la finca, decretando la cancelación de la totalidad de las cargas posteriores, entre las que se encuentran las anotaciones de embargo a favor del Estado.

5º.- D. A formula demanda contra el Banco C, S.A. y D. E, solicitando que se declare la nulidad de la providencia de 9 de julio de 1993, y de todas las actuaciones judiciales posteriores, incluidas las subastas celebradas, aprobación del remate y de su cesión, auto de adjudicación y de cuantos asientos registrales se hayan practicado por razón de los mismos.

6º.- El Juzgado de 1ª Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estima, revocando aquella sentencia con estimación de la demanda. El demandado D. E recurre en casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se discute acerca del cumplimiento del último párrafo de la regla 7ª del art. 131 L.H.: «el señalamiento del lugar, día y hora para el remate se notificará al deudor, con la misma antelación, en la finca o fincas subastadas».

Dicho párrafo, introducido por la reforma de la Ley 19/1986, de 14 de mayo, prevé que no hubiese comparecido el deudor en el procedimiento y en tal caso exige la notificación al mismo en la finca o fincas subastadas.

Según el Tribunal Supremo, debe atenderse a una doble conclusión: por un lado, el requisito de la notificación al deudor hipotecario del señalamiento de la subasta en la finca hipotecada es obligatorio, atendiendo a los términos gramaticales de su redacción «se notificará al deudor», no pudiendo subsanarse con la notificación en el domicilio señalado en la escritura de constitución de hipoteca, ni con la notificación edictal que tiene carácter excepcional; por otro, se extiende el concepto de deudor a los efectos de dicha notificación a quienes del contenido de la certificación de cargas aparezcan como titulares de una inscripción de dominio, posesión o acreedores posteriores, reconociéndoles legitimación para instar la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria.

En base a ello, en el momento en que se extendió el acta de adjudicación, el demandante D. A había satisfecho a la hacienda pública el importe de 15.000.000 de ptas. y se encontraba consumada la venta al no existir obstáculo legal en atribuir el carácter de tradición simbólica o ficta al acta de adjudicación directa, de conformidad con el art. 150.5 del Reglamento General de Recaudación.

Por tanto, procede declarar la nulidad reclamada, no habiendo lugar al recurso de casación.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE JULIO DE 2005.

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL. ACCIÓN DECLARATIVA DE DOMINIO SOBRE BIENES DE DOMINIO PÚBLICO.

ARTÍCULOS CITADOS: 34 Y 38 DE LA LEY HIPOTECARIA; 348 DEL CÓDIGO CIVIL.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El Estado Español, en su nombre y en el del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, presenta demanda contra la Universidad de Santiago de Compostela, solicitando que se declare que la finca X pertenece en plena propiedad al Estado Español y que se halla adscrita al Consejo Superior de Investigaciones Científicas, y que se decrete la consiguiente modificación de la inscripción registral.

2º.- El Juzgado de 1ª Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación, estimando la demanda. La demandada recurre en casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

La Universidad recurrente defiende la aplicación de la presunción de veracidad del asiento registral, al estar inscrito como una sola finca el Colegio de Fonseca, del que, según ella, forma parte el edificio objeto del proceso.

Para la resolución de la cuestión, el Tribunal Supremo parte de la cesión o traspaso que el Estado hizo fiduciariamente, a través de la Comunidad Autónoma de Galicia, en virtud del RD 1754/1987, de 18 de diciembre, de los servicios e instituciones, derechos y obligaciones, así como el personal y créditos presupuestarios de la relación del anexo «en los términos y condiciones que allí se especifican»; «sobre bienes, derechos y obligaciones» se traspasaban con carácter transitorio a la Comunidad Autónoma de Galicia «hasta tanto no se produjese la asunción de la titularidad por la Universidad los bienes de titularidad estatal que se detallan en la relación adjunta número 1, actualmente adscritos a la Universidad de Santiago de Compostela y afectos al cumplimiento de sus fines». Esta relación constituía el «inventario detallado de bienes, derechos y obligaciones del Estado adscrito a los servicios (e Instituciones) que se traspasan», entre los que se encontraban el edificio del Rectorado (San Jerónimo) y la Biblioteca General (Palacio de Fonseca).

Frente a la alegación de la demandada, la sentencia impugnada considera que la finca X no constituye dependencias anejas al Palacio de Fonseca. El edificio fue construido por la Universidad a principios del siglo XVIII como biblioteca anexa del Palacio de Fonseca con el que existía comunicación. Pero desde hace muchos años viene funcionando como edificio independiente destinado a servicios públicos estatales no universitarios, estando físicamente separado, por la supresión no reciente de toda comunicación entre el Palacio de Fonseca y el edificio.

El principio de legitimación registral del art. 38 L.H. y sus concordantes se define sobre las dos ideas conexas de la presunción de exactitud y de la legitimación. Puede definirse como aquel principio hipotecario

en virtud del cual los asientos del Registro se presumen exactos y veraces, y como consecuencia de ello, al titular registral reflejado en los mismos se le considera legitimado para actuar en el tráfico jurídico y el ámbito procesal y extraprocesal como tal titular, en la forma concreta que el propio asiento determine. Presunción de exactitud y legitimación del titular registral son dos manifestaciones que aparecen íntimamente relacionadas, formando una unidad, con dos puntos de vista entrelazados: la presunción de exactitud determina legitimación en el ámbito judicial y extrajudicial; pero a su vez, la legitimación reconocida legalmente determina una mayor fuerza de la presunción de exactitud.

La referida presunción de exactitud es una presunción iuris tantum, pero la prueba en contrario ha de resultar o bien del documento correspondiente en que conste el consentimiento del titular registral (arts. 20 y 82 L.H.), o bien de la resolución judicial de los juzgados y tribunales, dada la salvaguardia o protección judicial del contenido de los asientos.

Esta presunción iuris tantum es propia del principio de legitimación registral, por lo que se contrapone a la protección o eficacia definitiva del titular registral, que resulta de otros principios hipotecarios, como son los efectos derivados de los principios de prioridad e inoponibilidad (art. 32 L.H.), fe pública registral (art. 34 L.H.), usucapión secundum tabulas (art. 35 L.H.) y usucapión contra tabulas (art. 36 L.H.).

Entre ellas destaca la contraposición entre «la presunción iuris tantum» del principio de legitimación registral y la presunción inatacable derivada del principio de fe pública del art. 34 L.H. La primera se refiere al titular registral en general; en cambio, la presunción iuris et de iure o inatacabilidad del titular registral del art. 34, sólo tiene lugar cuando el titular registral es un tercero hipotecario que reúne los requisitos previstos en dicho precepto.

En el caso de autos opera la «presunción iuris tantum» del art. 38 L.H., que se destruye mediante prueba en contrario. La Universidad de Santiago de Compostela no es tercero hipotecario. Los Colegios de Fonseca y de San Jerónimo figuran inscritos en el Registro de la Propiedad a favor de la Universidad, en virtud de expediente posesorio, según resulta de las inscripciones primera de las fincas Y y Z, fechadas en 10 de octubre de 1870 y 16 de marzo de 1868, siendo las inscripciones registrales de dominio del año 1991. Sin embargo, de la prueba practicada resulta que el edificio X no forma parte de ninguno de los dos colegios que se han transferido a la Comunidad Autónoma de Galicia y a la Universidad, aunque la descripción registral pudiera incluirlo en el Palacio de Fonseca.

Tampoco puede alegarse la usucapión secundum tabulas por varias razones: la inscripción posesoria de 1870 no se convierte automáticamente en otra de dominio por el solo transcurso del plazo de diez años, siendo ésta y no aquélla la que despliega sus efectos, siendo tal inscripción registral de dominio de 1991, no pudiendo entonces perjudicar al verdadero propietario extrarregistral; los bienes de dominio público son imprescriptibles; la posesión la ha tenido y la mantiene el Estado quien, desde hace más de cuarenta años, ha ocupado el edificio con el Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

En otro orden de cosas, la Universidad alega que el Estado carece de título para ejercitar la acción declarativa de propiedad.

De acuerdo con el art. 348 C.c. está legitimado activamente para el ejercicio de la ac-

ción declarativa de dominio el propietario de la cosa que constituye su objeto. En este caso, el demandante,ésto es, el Estado, al tratarse de bienes de dominio público, es titular del bien en cuestión y es poseedor del mismo y por ello está amparado para el ejercicio de la acción declarativa comprendida en el art. 348 C.c.

Los bienes demaniales no tienen título específico y la jurisprudencia ha proclamado, en tema de protección del dominio mediante el ejercicio de las acciones reivindicatoria y declarativa, que el requisito del título adquisitivo no se identifica necesariamente con la constancia documental del hecho generador, sino que equivale a prueba de la propiedad de la cosa en virtud de causa idónea para dar nacimiento a la relación en que el derecho real consiste, o lo que es igual, vale tanto como justificación de la adquisición, exista o no acto instrumental inscrito.

Por todo lo expuesto, se declara no haber lugar al recurso de casación.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE JULIO DE 2005.

SOCIEDAD DE GANANCIALES: VENTA DE BIEN EN COMUNIDAD POSTGANANCIAL.

ARTÍCULOS CITADOS: 1375, 1377 Y 1410 EN RELACIÓN CON EL 1062 Y EL 404, DEL CÓDIGO CIVIL.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- D. A y Dª B son dueños de la finca X con carácter ganancial.

2º.- Tras su divorcio y sin haberse liquidado la sociedad de gananciales, Dª B presenta demanda contra D. A, solicitando que se le autorice a vender la finca X por 42 millones de ptas. y a otorgar escritura pública a favor del comprador, una vez satisfaga éste íntegramente el precio, que se repartirá al 50% entre ambos litigantes.

3º.- El Juzgado de 1ª Instancia desestima la demanda, sin entrar en el fondo del asunto, por inadecuación del procedimiento al ser el procedimiento a seguir para estas autorizaciones judiciales el de la Jurisdicción voluntaria. Apelada esta sentencia, la Audiencia Provincial declara adecuado el procedimiento y desestima la demanda porque se quiere aplicar a una sociedad postmatrimonial reglas de la sociedad de gananciales, no previstas para una sociedad disuelta, en la que lo procedente es su liquidación. La demandante recurre en casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

La recurrente mantiene que la disposición de bienes comunes concretos habrá de realizarse conjuntamente por ambos cónyuges, sin necesidad de liquidación previa, incluso después de disuelta la sociedad, y si ambos cónyuges no se ponen de acuerdo sobre la transmisión cualquiera de ellos podría intentar el auxilio de los Tribunales, al amparo de lo dispuesto en el art. 1377. 2 C.c.

Sin embargo, el Tribunal Supremo rechaza dicho razonamiento. El interés del legislador en proteger la situación posesoria de la vivienda familiar en los supuestos de disposición, tanto si es propia de quien la enajena como si es ganancial, ha llevado a regular un

régimen disperso y supletorio de autorizaciones judiciales que tiene su reflejo en los arts. 1320 y 96.4 C.c. El primero referido a la disposición de los derechos sobre la vivienda habitual durante el matrimonio, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, y el segundo, tras la ruptura matrimonial, siendo el piso propiedad del cónyuge a quien no le fue atribuido el uso. Dentro de las normas de la Sección 4ª del Capítulo IV, sobre administración de la sociedad de gananciales, el art. 1375 establece un principio de cogestión y codisposición de bienes gananciales, completado en el art. 1384, al señalar que en defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposición de los bienes gananciales, se atribuye conjuntamente a los cónyuges, distinguiéndose a estos efectos entre actos de administración (art. 1376) y actos de disposición a título oneroso de cualquier bien de carácter ganancial (art. 1.377), para los que se establecen determinadas cautelas y autorizaciones supletorias en defecto de consentimiento siempre que estime fundada la petición o estos actos sirvan para mejorar y conservar de una manera más eficaz el patrimonio familiar. Presupuesto, por tanto, para interesar esta autorización judicial es que la vivienda sea de titularidad conjunta de ambos esposos y que se encuentre vigente el régimen económico de sociedad de gananciales, lo que no es el caso, puesto que el piso a que se refiere la demanda pertenece en copropiedad a ambos cónyuges y su uso fue atribuido a la actora en una sentencia previa de divorcio que también produjo la disolución del régimen económico matrimonial vigente hasta dicho momento (arts. 95 y 1392 C.c.). Como consecuencia de la disolución de la sociedad de gananciales, los bienes que hasta entonces habían tenido el carácter de gananciales, pasan a integrar, hasta que se realice la correspondiente liquidación, una comunidad de bienes postmatrimonial o de naturaleza especial, que ya deja de regirse, en cuanto a la administración y disposición de los bienes que la integran, por las normas propias de la sociedad de gananciales, por lo que no les son de aplicación los arts. 1.375 y 1.377 C.c. Sobre la totalidad de los bienes integrantes de esa comunidad postmatrimonial ambos cónyuges ostentan una titularidad común, que no permite que cada uno de los cónyuges, por sí solo, pueda disponer aisladamente de los bienes concretos integrantes de la misma, estando viciado de nulidad radical el acto dispositivo así realizado.

Por otro lado, tampoco procede la aplicación del art. 1.410, en relación con los arts. 1.062, y 404, todos ellos del C.c. La contienda no surge en las operaciones liquidatorias de la sociedad ni como consecuencia del ejercicio de la acción de división de la comunidad resultante de la disolución, puesto que no ha sido ejercitada.

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

ESCRIBE PARA LUNES

FRANCISCO MOLINA Registrador de la Propiedad

LA SUCESIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE TRAS LA LEY 15/2.005 DE 8 DE JULIO, O CÓMO APRECIAR LA SEPARACIÓN DE HECHO.

Francisco Molina Balaguer.- Registrador de la Propiedad [1]

Desde la reforma del Código Civil, llevada a cabo por Ley de 24 de abril de 1.958, la cuestión de los derechos legitimarios del cónyuge supérstite había quedado razonablemente clarificada, al disponer, frente a la prolija y compleja regulación precedente, el entonces nuevo texto del artículo 834 que

El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora.

La interpretación comúnmente aceptada señalaba que el requisito de no separación, o separación por causa imputable al *de cuius,* era aplicable en todo caso, para apreciar la condición de legitimario del cónyuge supérstite, cualquiera que fuera el orden de herederos forzosos con que concurriera. El sistema no se vió alterado por la reforma de 13 de mayo de 1.981, en materia matrimonial, que sí repercutió, por el contrario, en la sucesión intestada, disponiendo, desde entonces, el artículo 945 que

No tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviera separado por sentencia firme, o separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.

La relación de un precepto con otro comportó que surgieran interpretaciones diversas entorno a la relevancia que habría de tener la separación de hecho, en cuanto a los derechos legitimarios del cónyuge. Así, algunos autores sostuvieron que la separación de hecho privaría al viudo de legítima, salvo que estuviera ocasionada por causa imputable al difunto, estableciendo una total equiparación, por tanto, entre separación judicialmente decretada y separación de hecho. Un sector doctrinal más amplio consideró, en tanto que el art. 834 no hacía ninguna distinción, y sobre la base del 945, que el supérstite conservaría

sus derechos a la legítima, salvo que la separación de hecho hubiera sido consecuencia de un mutuo acuerdo que constara fehacientemente. La doctrina mayoritaria vino a entender, no obstante, que ninguna separación de hecho habría de privar al cónyuge de su legítima[2].

La Dirección General de Registros y del Notariado, por su parte, señaló, en su Resolución de 25 de junio de 1.997, posterior, por tanto, a la nueva redacción del art. 945, y a la supresión, con carácter general, de una apreciación de culpabilidad en los procedimientos de separación, que (la negrita es propia)

[...] lo cierto es que la redacción del artículo 834 del Código Civil vincula la negación de derechos legitimarios al estado **legal** de separación (salvo la hipótesis excepcional de conservación de los mismos en favor del inocente en caso de culpa del otro), y ello armoniza con el nuevo esquema legal de la separación, de modo que la necesaria interpretación de las normas en relación con el contexto de las nuevas disposiciones y con la realidad social de los tiempos actuales (art. 3 de la Ley Hipotecaria [sic]) y la consideración del ordenamiento jurídico como un todo completo y coherente determinan la prevalencia de esta última solución.

[...] el mantenimiento inalterado del artículo 835 del Código Civil en conexión con la lectura actualizada del artículo 834 del Código Civil, obliga a concluir que **la pérdida de estos derechos legitimarios ha de ser consecuencia de una sentencia**.

El esquema parecía, pues, bastante claro: la separación de hecho no debía afectar a los derechos legitimarios, y sólo repercutiría en los derechos en la sucesión intestada, si mediara un mutuo acuerdo entre cónyuges, acreditado fehacientemente, caso de los pactos de separación en escritura pública, en forma de capitulaciones matrimoniales o los autodenominados convenios reguladores[3].

El problema surge cuando, por Ley 15/2.005, de 8 de julio (en vigor desde el 10 de julio) uno y otro precepto pasan a referirse, simplemente, al "cónyuge separado judicialmente o de hecho", sin mayores consideraciones, lo cual implica:

1.- que, así como hasta el presente se entendía que la no privación de derechos legitimarios al cónyuge cuando la causa de separación era imputable al difunto constituía en definitiva una "sanción" para el responsable, ahora, al suprimirse toda mención al respecto, se equipara al cónyuge culpable y al no culpable, en los contados casos en que se pudiera entender declarada esa culpa en la Sentencia de separación. No obstante, parece una solución muy acorde con el nuevo sistema legal de separación y divorcio, en el que la única "causa relevante" es la voluntad de interrumpir o extinguir la convivencia conyugal[4];

2.- que la separación de hecho es relevante siempre, tanto para apreciar la condición de legitimario del cónyuge, como, en su caso, para que pueda ser declarado heredero ab intestato.

Salta entonces la gran pregunta: ¿cómo podemos apreciar esa separación de hecho[5], a los efectos de determinar si el cónyuge ha de intervenir o no en la partición hereditaria, sea como legitimario, o como heredero?

La cuestión es, evidentemente, un problema de técnica legislativa, que establece una regulación sin tener en cuenta la realidad de la aplicación práctica del precepto, en este caso, sin tomar en consideración que, el Notario al autorizar y el Registrador al calificar la partición hereditaria, han de apreciar si el cónyuge supérstite ha de comparecer necesariamente o no, como requisito fundamental afectante a la validez y eficacia del acto particional; y sin considerar tampoco que el acta de declaración de heredero ab intestato a favor del cónyuge la autoriza el Notario, que habrá de apreciar esa separación de hecho. La pelota queda en nuestro tejado, esencialmente en el del Notario, y ni siquiera nos dan un criterio orientador para resolver el galimatías que acaban de crear. De hecho, las modificaciones introducidas en el régimen sucesorio no merecen una sola línea en la exposición de motivos de la Ley, como si se consideraran un corolario necesario de la simplificación de trámites y requisitos en los procedimientos de separación y divorcio[6].

Es, además, llamativa la aparente ligereza con que se reconoce eficacia patrimonial, en el ámbito sucesorio, a una situación de hecho cuando, paralelamente, la separación, como circunstancia modificativa del estado civil, sólo puede tener acceso al Registro Civil, como único mecanismo que la Ley reconoce para acreditar aquél y permitir, de este modo, que surta efectos frente a terceros si resulta de una sentencia firme, o, excepcionalmente, de un expediente gubernativo en el que, con fines garantistas, será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, quien, además, será parte en todo procedimiento dirigido a rectificar el contenido del Registro.

Pero centrémonos en el asunto. La primera reacción podría parecer obvia: la presunción de convivencia del art. 69 del Código permanece intocada, y, en consecuencia, el Notario no tendría más que invocarla para imponer la presencia del cónyuge no heredero en la partición, o declarar los derechos sucesorios del viudo o viuda, en defecto de descendientes y ascendientes, y, quien quiera que invoque la separación, que la haga valer impugnando. Lo que ocurre es que, si se pretendía por parte de los herederos hacer la partición sin el concurso del supérstite, difícilmente querrán aceptar esa imposición, por muy fundamentada que esté en una presunción que, no lo olvidemos, admite prueba en contrario, mientras que, a la inversa, el Notario, si aquellos insistieran sin más en el otorgamiento, podría escudarse en el art. 145 del Reglamento Notarial, para negarse a autorizar la partición. Y en la declaración de herederos es el Notario quien ha de pronunciarse sobre si el supérstite tiene o no derecho a heredar, sin que pueda suspender la tramitación por habérsele suscitado dudas. En definitiva, quien invoque la separación de hecho, lógicamente, intentará convencer al Notario de su existencia, y ésto es lo que pretendo analizar: ¿qué pueden considerar Notario, y, de rebote, el Registrador, prueba suficiente de la separación de hecho?

Convendría empezar por caracterizar la propia separación de hecho. Definía DE LA CÁMARA esta situación como la que se produce cuando ambos cónyuges convienen expresa o tácitamente, o uno de ellos impone al otro, la cesación de la convivencia matrimonial, con el **propósito** fundamental de interrumpir o extinguir la vida común, sin intervención del órgano público al que compete legalmente el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el ámbito de las relaciones conyugales.

Me parece, sin embargo, más aclaratoria la definición de LACRUZ BERDEJO al decir que por separación de hecho "no debe entenderse cualquier alejamiento fáctico, sino el realizado con la **intención** de interrumpir indefinida o definitivamente la vida matrimonial, y no aquéllas eventuales o accidentales en las que subsiste el *honor matrimonii*". Lo definitorio de la separación de hecho será por tanto un alejamiento en todo punto incompatible con la *affectio* conyugal, o, como sigue el autor, "lo esencial es el *animus*; el *corpus* – distanciamiento residencial – será normalmente expresión de aquél; pero no todo distanciamiento supone separación [...] y no será fácil probar el *animus* sin *corpus* cuando un cónyuge niegue el cese de la convivencia conyugal". Y de hecho, esa difícil prueba es lo que estamos intentando encontrar ahora[7].

Ya, de entrada, empezamos por considerar que lo realmente importante será que exista por parte de los cónyuges una *intención* de dar por concluida su vida en común. Esa *voluntad* difícilmente se le podrá acreditar al Notario, y menos después de fallecido uno de los implicados, así que mejor veamos si podría, por la apreciación de manifestaciones de ese *corpus,* considerar justificada a su satisfacción la separación de hecho, y, en consecuencia, no requerir para la partición la presencia del cónyuge (en el supuesto de no ser heredero instituido ni haber de liquidar el régimen matrimonial, casos tampoco tan inconcebibles) o declarar en el acta que a éste no corresponden derechos en la sucesión intestada.

El criterio del Tribunal Supremo, bien que fijado en materia de filiación y ganancialidad[8], es que la separación de hecho para tener trascendencia jurídica, ha de implicar un "*cese efectivo de la convivencia, siempre que ello obedezca a una separación fáctica (no a una interrupción de la convivencia) seria, prolongada y demostrada o acreditada por los actos subsiguientes de formalización judicial de la separación*"[9]. Para apreciar esa ruptura de la convivencia era inestimable el artículo 87 del Código, al prever casos en que la interrupción de la vida en común no implicaba cese efectivo de la misma, pero la reforma que motiva estas reflexiones lo ha vaciado de contenido.

Lo inmediato, en definitiva, pasa por acreditar la falta de convivencia, y el recurso más lógico es acudir al empadronamiento, en domicilios distintos, de los cónyuges. Pero ésto, aunque indiciario, no puede jamás ser considerado como prueba suficiente de la separación de hecho. El domicilio administrativo no tiene porqué coincidir con el civil, y los cónyuges pueden seguir empadronados en la misma dirección estando separados, o vivir juntos conservando sus empadronamientos anteriores.

Para orientar (o complicar aún más) la cosa, podemos acudir a cierto criterio jurisprudencial: el Tribunal Supremo, en Sentencia de 25 de noviembre de 1.985 dijo que

e*ntendida la convivencia conyugal propiamente dicha como manifestación de la comunidad de vida, obviamente compatible con la individual de cada esposo, es claro que puede resultar rota esa unidad a pesar de que marido y mujer sigan pernoctando bajo el mismo techo, como para otros efectos señala el art. 87, acertadamente invocado por la Sentencia combatida; pues lo que da color a tal situación es el incumplimiento de los deberes de colaboración y auxilio (arts. 67 y 68), manifiestamente quebrantados por recurrente y recurrida, que viven en el orden de los afectos totalmente desligados, aunque el marido acuda para el descanso nocturno al domicilio conyugal.*

Es decir, que nos da igual que compartan casa, lo que nos interesa es si *dentro de casa*, y por tanto, *en la esfera íntima de las relaciones personales entre cónyuges*, siguen comportándose como tales[10]. Si difícilmente podrá ser notorio lo que ocurre en el trato personal de un núcleo familiar determinado (en ese *orden de los* ***afectos desligados***), y la diferente residencia de los cónyuges no basta por sí sola para probar nada, como mucho, se podrán recabar una serie de manifestaciones de terceros en el sentido de ser aparente la separación, apariencia que, en ningún caso, deberemos tampoco considerar suficiente por sí sola para privar al cónyuge de sus derechos sucesorios[11]. Además, la apreciación de notoriedad parte del carácter incontrovertido de los hechos que se trata de acreditar, presupuesto que no parece que vaya a concurrir en el caso que nos ocupa. Si el supérstite tiene claro que no quiere recibir nada de la herencia, no tiene más que repudiarla y/o renunciar a su *hipotética* legítima. (No habría igual sencillez a la inversa, si quiere adquirir, aunque los demás interesados estén de acuerdo, pues podría no haber *causa adquirendi* fundada en el título sucesorio.)

De momento, por tanto, podemos llegar a tener un acta notarial en que se determine, incluso atribuyéndole un cariz de notoriedad, que los cónyuges no compartían vivienda, como indicio de separación de hecho, aunque pueda responder a muy diversos motivos que no habrían de implicar *per se* un cese efectivo de la comunidad de vida; y en su caso, recoger un conjunto de declaraciones de terceros, que acreditarían, a lo sumo, que los cónyuges *parecían estar separados*, o que los cónyuges *decían estar separados*.

Ese último matiz sí podría parecer relevante: evidentemente, lo que decían los cónyuges, mientras eran dos, sobre su situación personal, puede tener un gran peso, y más si lo relacionamos con la doctrina de los actos propios, pero, nuevamente, el problema es que sólo podemos obtener una acreditación de lo que terceros dicen que los cónyuges decían. Apreciación, por tanto, indirecta, ya que la directa sólo la podremos conseguir del cónyuge supérstite que, a poco aleccionado que esté, negará todo viso de separación, para conservar sus derechos sucesorios.

Además, en materia, otra vez, de filiación, ya la Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de junio de 1.981 declaró que (la negrita es propia):

Se piensa que ordinariamente son veraces las declaraciones que se realizan en inmediación temporal con los hechos a que se refieren, y que esta veracidad se encuentra, además, reforzada por las penas que la Ley impone a los que cometen falsedad. Ahora bien, si el hijo es de mujer casada, aunque, en principio, por lo dicho podría ser suficiente para la inscripción sin constancia de la filiación paterna del marido **la declaración que, bajo la responsabilidad penal correspondiente, se hiciera en el sentido de que ha precedido una separación de hecho de los cónyuges** superior a trescientos días, **el encargado, por prudencia, no debe conformarse con esa simple declaración**. De la vida diaria se desprende una **presunción facti: Se presume que los cónyuges viven juntos, es decir, que persiste entre ellos la comunidad de vida conyugal, aunque quizá tengan domicilios distintos.** El encargado debe, en consecuencia, hacer siempre uso de las facultades que le confiere el artículo 28 de la Ley del Registro Civil y realizar, si se niega por el declarante la convivencia de los cónyuges, antes de extender el asiento, las comprobaciones que estime oportunas en el plazo de diez días, con audiencia, si es posible, de los cónyuges o sus herederos.

Los argumentos parecen plenamente asumibles en el campo en que nos estamos moviendo: la declaración coincidente de los interesados (todavía ambos, o ya cónyuge supérstite y *herederos* del difunto, pero ¿y si no hay testamento, ni descendientes ni ascendientes? ¿pedimos una declaración de los *posibles presuntos herederos* en defecto del cónyuge, hermanos y/o sobrinos o primos?), aunque importante, no puede ser suficiente. No, en la medida en que sea éso, una manifestación, y no un consentimiento, lo cual, para colmo, nos estaría trasladando al antiguo texto del art. 945: una separación de hecho, por mutuo acuerdo, que conste fehacientemente, texto ahora expresamente "superado" por la nueva redacción, si bien es evidente que ese mutuo acuerdo con constancia fehaciente sí conserva toda su eficacia. Pero precisamente es la falta de esta acreditación lo que estamos tratando de suplir.

¿Qué alternativas nos quedan, habida cuenta que, según lo expuesto, ninguno de los elementos que pueda recoger el Notario permite, por sí sólo, apreciar con fundamento suficiente, la existencia de la separación de hecho? Máximo ahora, que la nueva regulación en materia de separación y divorcio parece que sitúa la cuestión, definitiva y exclusivamente, en el terreno de los "afectos desligados" que anteriormente citábamos[12]. Si, incluso para la separación "de derecho" lo único relevante es que "se ha roto el amor", difícil va a ser ejercer un control extrajudicial del tema.[13]

La prueba plena de la separación de hecho, parece evidente que sólo la podremos obtener por vía judicial, hasta el presente, sobre una apreciación conjunta de todo el aparato probatorio aportado al procedimiento, ahora sólo por la manifestación del deseo de dar por finiquitada la relación conyugal. Si, además, en el caso que nos ocupa, la acreditación de tal circunstancia va a hacerse *post mortem*, aún habría que dar gracias de que, con la reforma, baste la voluntad de uno de los cónyuges para decretar la separación. Pero claro, conceptualmente aberra decretar la separación de un matrimonio que ya se ha

disuelto, por defunción de uno de sus integrantes. En consecuencia, la vía judicial hay que reconducirla a un pleito entablado ex profeso para que se declare si hay o no derechos legitimarios, o en la sucesión intestada, para el cónyuge supérstite (como apuntara la RDGRN de 25 de junio de 1.997).

Resulta evidente que la reforma, lejos de resolver un problema real en el tráfico jurídico y la defensa de los derechos e intereses legítimos, con criterios de celeridad y eficiencia, lo ha creado. En consecuencia, parece razonable buscar alguna alternativa a la acreditación judicial de aquello que se ha pretendido, expresamente, que se constituyera sin intervención del Juez.

¿Sería viable un acta, análoga a la del art. 209·bis del Reglamento Notarial, por la que, ante un cúmulo de circunstancias, el Notario considerara justificada, e incluso notoria, la separación de hecho? Es más, como hemos indicado desde el principio, uno de los ámbitos en los que va a surgir el problema es, precisamente, el de las declaraciones de heredero a favor del cónyuge, y será, en el marco de las mismas, que tendrá que darles el Notario una solución, ya que sólo puede suspender la tramitación si se acredita la interposición de demanda de juicio declarativo[14].

En efecto, en un acta de declaración de herederos, el Notario atiende a una serie de elementos que, por sí, no implican nada, pero puestos en relación unos con otros, permiten apreciar los derechos sucesorios de quien corresponda. Obtendrá el Documento Nacional de Identidad u otra acreditación documental del último domicilio del causante, la aseveración de ser ciertos los hechos que se trata de justificar, formulada por quien requiere su intervención, documentos auténticos que prueben la apertura de la sucesión intestada, el Libro de Familia y/o las certificaciones registrales pertinentes, y la declaración de dos testigos que afirmen por ciencia propia o por notoriedad lo que se trataba de acreditar, en este caso, quiénes son los descendientes, o en su defecto, ascendientes o cónyuge del difunto, a los que, con arreglo a la Ley, ha de corresponder la condición de heredero.

En el acta que ahora analizamos, lo que habría reunido el Notario sería la justificación, en su caso, de vivir los cónyuges en domicilios distintos (certificados de empadronamiento), y la aseveración de quien requiera el acta y de testigos (que inexcusablemente habrán de ser del entorno más próximo posible al núcleo familiar), bajo apercibimiento de estar incurriendo en falsedad, de existir o no una situación fáctica de ruptura de la convivencia marital, hasta donde a ellos les fuera dado conocer.

Sin embargo, en el supuesto del art. 209·bis del Reglamento Notarial, el Notario recopila una serie de elementos que tienen eficacia probatoria en sí mismos. Las certificaciones del Registro Civil y el Libro de Familia acreditan fehacientemente, con carácter previo y con total independencia respecto de la actuación notarial, aquéllo que en los mismos se expresa. Sólo las declaraciones del promotor del acta y de los testigos alcanzan fehaciencia por la intervención del Notario, y tienen como finalidad comprobar si pudiera existir alguna circunstancia que no resulte de aquellas verdaderas pruebas preconstituidas,

que afecte a la declaración de herederos, pero que, a su vez, habrá que acreditar. Entiendo yo que se dirigen, fundamentalmente, a comprobar si existen hijos no matrimoniales, que no constan en el Libro de Familia, pero cuya filiación respecto del causante se tendrá que demostrar con los respectivos certificados de nacimiento.

Comprobados todos estos extremos, insisto, con una prueba que es previa e independiente de la actuación del Notario, éste se limita a declarar que, visto lo visto, *inevitablemente* hay que considerar que son herederos quienes corresponda, sin perjuicio de que pueda haber otros herederos de igual o mejor derecho, pero cuya existencia no resulta acreditada a la vista de aquellos documentos *fehacientes a priori*.

En esta otra acta de notoriedad que postulamos, no existe dicha fehaciencia preconstituida, más que para el dato de la disparidad de residencias, que por sí ya hemos indicado que no es concluyente. Todas las demás circunstancias que pueda tener en cuenta el Notario sólo son fehacientes porque se materializan en su presencia, y por tanto, lo único fehaciente es que se ha manifestado, pero no que lo que se ha manifestado sea cierto.

En consecuencia, el Notario no declara una situación que inexcusablemente deriva de los elementos de prueba recogidos en el acta, sino que da credibilidad o no a los hechos que se le han manifestado, realizando un juicio de valor, en todo punto ajeno a lo que desde siempre se ha considerado la función propia del fedatario. Como recoge el art. 209·4 del Reglamento Notarial, *estima justificada* la situación fáctica de separación para, ahora sí, por aplicación directa de la norma, apreciar si el cónyuge tiene o no derechos en la sucesión de su difunto consorte. Lo que ocurre es que no se puede operar igual cuando se trata de apreciar si cierta persona es tenida por dueño de una finca, recabando informaciones que justifican un "comportamiento dominical", y cuando se trata de comprobar si tras ciertas circunstancias reales de alejamiento personal entre los cónyuges existe una *voluntad* de suspender la vida marital. La única forma que tendría el Notario de "cubrirse las espaldas" sería la publicación de edictos que contempla el ordinal 2º, párrafo segundo, no alcanzo a vislumbrar con qué virtualidad práctica, si se trata de apreciar el *animus*.

Con un problema añadido: el Notario no puede "compartir la carga" con el Registrador, ya que éste, que sí puede calificar la forma en que aquél interpreta y aplica la norma, por ejemplo, controlando que se practiquen todas las pruebas que previene el art. 209·bis, que los derechos atribuidos sean conformes a la norma aplicable, y en concreto, que sean los marcados por la Ley de la nacionalidad o vecindad civil que resulte acreditada[15], no puede, sin embargo, "*calificar el fundamento de la propia declaración de herederos, es decir, el juicio que el Notario realiza en base a la norma jurídica sobre los hechos por él declarados notorios*"[16]. Aplicando el razonamiento a estas actas, excede de la función calificadora la valoración del juicio que el Notario emite sobre unos hechos, lo que, en definitiva "le deja solo" ante la decisión de considerar o no suficientemente probada la separación, careciendo, además, de un criterio objetivable que aplicar, limitándose, por su parte, el Registrador a comprobar si existe o no afirmación notarial de la inexistencia de derechos sucesorios para el supérstite.

Con todo, y a pesar de los pesares, sigue pareciendo la solución más *viable*, ya que, según lo dicho, el Notario no puede oponerse a tramitar el acta de declaración de herederos sólo porque se alegue la separación, pero, paralelamente, deberá, ante tal alegación, corroborar lo manifestado, para poder declarar los derechos en la sucesión intestada, y, ante la insuficiencia de la prueba, hacer operar a la presunción del art. 69, o entendiendo confirmada la aseveración en tal sentido formulada, declarar que no corresponden derechos al cónyuge. El gran problema es que tiene una carga de subjetividad exagerada, a mi entender, lo que, en última instancia, y ante la imposibilidad de inhibirse del Notario, me temo que acabará conduciendo a que, por sistema, se rechace la existencia de la separación, sobredimensionando la presunción del art. 69 del Código, y casi empujando a la necesidad de acudir a la vía judicial, aunque realmente sí hubiera una separación de hecho previa a la apertura de la sucesión.

Se me antoja excesivo tratar de ir más allá, y explotar las consecuencias que derivan de ciertos fallos judiciales. Así, la Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Girona de 6 de noviembre de 1.999, en una sucesión sujeta al Derecho Común, y teniendo en cuenta el texto entonces, y hasta ahora, vigente, señaló que

" [...] de una interpretación literal del art. 945 habría de concluirse que sólo el convenio de mutuo acuerdo que conste en documento que presente las notas de fehaciencia y como tal público, tendrá eficacia a los efectos de privar al cónyuge no conviviente de la condición de heredero "abintestato" de la mujer fallecida. **No puede aceptar este Tribunal un criterio tan estricto que pugna con la realidad social y con los principios informadores de la sucesión hereditaria entre cónyuges, basados en la plena vigencia de la comunidad de vida entre los esposos y persistencia del afecto de los mismos.** Cuando el art.82 causa 6ª del CC contempla como motivo de separación el **cese efectivo de la convivencia conyugal durante el plazo de tres años, lo que hace es atribuir a dicho lapso temporal la constatación de la estabilidad de la separación por persistencia de la crisis matrimonial, sin necesidad del requerimiento fehaciente** al que se refiere el art. 82 causa 5ª para el caso del cese efectivo de la convivencia durante seis meses. Por lo tanto, si como ocurre en el caso presente, se da una separación «de facto» desde los años sesenta, la esposa adquiere por compraventa un inmueble en marzo de 1.985 por partes iguales y al sobreviviente por entero y con un tercero con quien convive maritalmente hace varios años, que es el demandado, fallece la esposa intestada en accidente de tráfico el 16 de diciembre de 1.985, **se daría la irrazonable circunstancia de que el que formalmente continuaba siendo su esposo, pero del que llevaba separado más de quince años, habiendo desaparecido la «affectio maritalis» y cualquier otro vínculo que no fuera el puramente formal, como lo demuestra la convivencia con el demandado, la adquisición conjunta con pacto de sobrevivencia con él, y el largo periodo de separación, pudiera al cabo de aproximadamente treinta años de producido el cese convivencial y de persistencia en la separación «de facto», invocar su condición de cónyuge viudo y como tal sus derechos** como heredero«abintestato» de su esposa, sin tener en cuenta todas las circunstancias devenidas en tantos años de separación que sin embargo no pueden resultar ignoradas ni preteridas. Si el art. 945 CC admite la exclusión de la sucesión del cónyuge

cuya separación de hecho por mutuo acuerdo conste fehacientemente, **la separación «de facto» sin respectivas denuncias ni imputaciones por abandono de hogar o culpabilidad en la separación, durante el largo período de la misma, presupone un acuerdo recíproco de los cónyuges**, y el transcurso de los 15 años a partir del cese covivencial hasta el fallecimiento de la esposa, y de los 30 hasta que el actor instó la declaración de heredero de la misma por acta de notoriedad, constituye un hecho que **da fehaciencia sobrada a la situación de absoluta independencia de vida común**, lo que conduce a incardinar la situación concurrente en las previsiones del art. 945 CC [...]"

En primer lugar, rogar disculpas por lo extenso de la cita. Y a continuación, observar que, en definitiva, lo que está haciendo la Audiencia es aplicar la doctrina de los actos propios, como manifestación de la buena fe, y en relación con el abuso de derecho, ámbito que, en todo caso, es de incumbencia exclusivamente judicial. Fuera de ello, tratar de sacar como conclusión que se podría dar como cierta la separación de hecho, si ha habido un cese de convivencia por más de tres años, en la práctica, no aporta nada a la temática que estamos analizando, ya que parte de poder probar el inicio de esa *ruptura convivencial*, de manera que volvemos a topar con el mismo escollo que hasta ahora. Por lo demás, lo que dice parece obvio: hay separación de hecho, si uno de los cónyuges convive maritalmente, también de hecho, con un tercero, circunstancia que sí sería apreciable por notoriedad. Y, evidentemente, mucho más si han "constituido pareja estable no casada", en los casos en que la norma lo permita sin previa disolución del vínculo matrimonial preexistente.

Por lo tanto, y a salvo supuestos muy específicos[17], parece que tendremos que conformarnos con la apreciación de la separación de hecho, por acumulación de indicios o de declaraciones, o sea, por notoriedad, aunque según lo dicho lo importante no es el *habeas*, que sería lo notorio, sino el *animus*, y según la definición de separación de hecho de LACRUZ BERDEJO que anteriormente citábamos, "el *corpus* normalmente será expresión de aquel *animus* pero no todo alejamiento implica separación". A la postre, en efecto, se tendrán que reconducir a la vía jurisdiccional buena parte de los casos en que entren en juego los derechos sucesorios del todavía viudo o viuda, en cuanto haya el más mínimo asomo de duda.

Como alternativa, lo deseable sería que se promoviera una contrarreforma legal, no voy a decir que encaminada a dejar las cosas como estaban, pero sí que, al menos, sustituyera la antigua referencia del art. 834 a la culpa del difunto en la separación (cuestión de *decisión legislativa* que resulta plenamente coherente con el moderno sistema de separación y divorcio, y que, a decir verdad, en la práctica ya chirriaba un poco desde la reforma de 1.981 y la supresión en términos generales de la culpa en esta materia) por la de la separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente del antiguo texto del 945[18] (cuestión de *técnica legislativa*), pareja, además, a la solución adoptada por la mayoría de las regulaciones sucesorias aprobadas, en el ámbito de los derechos forales[19]. Pero como parece poco probable que ésto vaya a dar un resultado inmediato, o hasta tanto lo produzca, tendremos que hacer algo para capear el temporal.

Una última cuestión quisiera plantear: imaginemos que, en el momento de acudir al Notario para otorgar testamento, el compareciente manifiesta que está separado de hecho, circunstancia hasta ahora irrelevante, pero que, como hemos visto, ha cobrado una importancia evidente. Que sea o no cierta esa manifestación puede afectar a la preterición del cónyuge, si se niega a expresar su nombre, con todo lo que ello implica, además de las incidencias particionales que ya hemos tenido ocasión de analizar.

¿Qué hacer ante esa afirmación? Porque, además, hay que tener en cuenta que, así como la reconciliación, en la separación judicial, requiere desde la reforma que ambos cónyuges lo pongan en conocimiento del Juez (lo que vemos plasmado en el gran olvidado en estas reflexiones, el nuevo texto del art. 835 CC), en la separación de hecho, por definición, será esencialmente "aformal". Pero, ello no obstante, esa reconciliación sí afectará a la condición de heredero forzoso del cónyuge que en su momento se dijo estaba separado. Lo importante es si estaban separados al fallecimiento, no al testar.

Parece claro que, en tanto que la existencia o no de la separación va a tener unas radicales consecuencias para el mantenimiento o pérdida de los derechos sucesorios que por razón del matrimonio corresponden al cónyuge, no debería bastar la mera afirmación del testador, sin ulteriores comprobaciones. ¿O sí? Porque no olvidemos que, suprimidas otras causas legales de separación, basta con la petición de uno de los esposos, siempre que hayan transcurrido tres meses desde la celebración nupcial, para que se tramite la demanda de separación. Si, en sede judicial, la decisión de poner término a la convivencia, formulada por uno solo de los interesados, puede ser suficiente, no veo yo la razón para que en la separación de hecho tuviera que ser distinto. Entonces, con la simple manifestación de estar separado, se producirían los efectos de la desheredación del art. 855 CC, aunque sin invocar formalmente el incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales, ni darle expresamente el *nomen* de desheredación, lo que contrasta con el extremo rigor que en la materia tradicionalmente se ha venido exigiendo. Es decir, para desheredar es imprescindible que la voluntad de hacerlo "*se manifieste en testamento, que exista alguna de las causas tasadas y que se indique por el testador la aplicada*"[20], pero, sin embargo, el mismo efecto de privar al cónyuge de su legítima lo puede obtener manifestando que está separado de hecho, por mucho que ello lleve implícito el incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales[21].

Veamos, pues, el estado de la cuestión: la tradicional interpretación rigorista de la desheredación, por lo que a requisitos se refiere, debería excluir que la manifestación de estar separado produjera los efectos de aquélla, en la medida en que no hay expresa indicación de la voluntad de privar de la legítima al viudo o viuda[22]; pero a la inversa, no corresponde al Notario autorizante del testamento comprobar si la causa de desheredación es real o no, sino al heredero, si el desheredado la niega, pretendiendo estar reconciliados al tiempo de la apertura de la sucesión. ¿No sería, entonces, excesivo, pedir que el Notario solicite el concurso de testigos, o mejor, del propio cónyuge, para verificar aquel extremo? Aunque ciertamente, si no una "desheredación por la puerta de atrás", sí habría un

"principio de desheredación" que trasladaría a un momento posterior la necesidad de comprobar si la separación existía o no.

Imaginemos ahora un concreto supuesto: el testador manifiesta estar separado de hecho, lo que no es en absoluto obstáculo para autorizar el testamento, según lo dicho; manifiesta asimismo que no tiene descendencia, e instituye heredero a cualquier tercero. Al tiempo de formalizar la manifestación y adjudicación de herencia, o la partición, el Notario podría muy legítimamente considerar innecesario el concurso del cónyuge, sobre la base de haberse manifestado la separación. Incluso, rechazada la condición de legitimario del cónyuge, por mediar aquella, y habiendo un único heredero instituido, podría pretenderse la inscripción de los bienes del difunto, con una simple instancia, conforme al art. 14 *in fine* de la Ley Hipotecaria. Pero el Registrador, por su parte, podría discrepar, precisamente, porque entre la fecha del otorgamiento del testamento y la del fallecimiento, podría haber mediado algún tipo de reconciliación.

Lo único que en nuestro ordenamiento actual se asemeja en cierto modo a la situación descrita, sería el supuesto en que el Registrador invoca dudas sobre la identidad de la finca, en relación con la inscripción de un exceso de cabida, o para evitar una doble inmatriculación, campo en que la Dirección General no tiene más remedio que inhibirse y remitir la solución del problema a los órganos jurisdiccionales, con lo que, al final, volvemos al mismo punto de partida: la necesidad de una declaración judicial.

Todo ello, por no entrar a considerar los quebraderos de cabeza que pueden originarse en relación con la efectiva percepción de frutos por un usufructo que habrá que ver si correspondía o no al cónyuge, o las liquidaciones tributarias que habrá o no que girar.

Dejo aquí estas reflexiones, que lo son salvo mejor opinión, ya que su finalidad era, únicamente, lanzar la piedra para que otros puedan hacer sus propias cábalas y, tal vez, arrojar algo de luz al asunto.

Daroca, marzo de dos mil seis.

(Footnotes)

[1] El presente artículo es fruto del abuso de la confianza del amigo, aunque compañero, José Ramón Barrasa Rivera, Notario, que no sólo hizo saltar la liebre, sino que, como verdadero cooperador necesario, encaminó y aún supervisó buena parte de su contenido.

[2] Un resumen, breve, pero esclarecedor, de las diferentes posturas, y sus argumentos, con profusión de autores y publicaciones, en ESPEJO LERDO DE TEJADA, MANUEL, "La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil".- Marcial Pons, S.A. y Centro de Estudios Registrales de Cataluña.- Madrid, 1.996. No obstante, ya Sentencia de 7 de marzo de 1.980 había considerado que el art. 834 CC *"evidentemente se está refiriendo a la separación judicial, y no a la meramente «de hecho» o «amistosa» producida entre los cónyuges, bajo un aspecto genérico, porque así lo evidencia la referencia que contiene el párrafo 1º del art. 835 CC [...] Sería absurdo, y como tal rechazable,*

entender que contemplaba la simple separación «de hecho» o «amistosa» cuando precisamente se requiere un reconocimiento judicial cuando pende la demanda formulada con tal finalidad"; criterio que ya apuntara la Audiencia Territorial de La Coruña en Sentencia de 21de febrero de 1.974.

[3] Admitidos ya sin reparos los pactos reguladores en documento privado (pese a objeciones anteriores, y desde BLANQUER UBEROS, ROBERTO et alii, "Los efectos del divorcio, de la separación de cuerpos y la separación de hecho sobre las personas y los patrimonios en Derecho comparado".- XI Congreso Internacional del Notariado Latino, Atenas, 1.971, en *Ponencias presentadas por el Notariado español a los Congresos Internacionales del Notariado Latino.*- Junta de Decanos de los Colegios Notariales.- Madrid, 1.975; ALEMANY GAL-BOGUÑÁ, JOSÉ MARÍA, "Todo sobre matrimonio y separación".- De Vecchi.- Barcelona, 1.971; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, MANUEL, "La separación de hecho y la sociedad de gananciales".- Anuario de Derecho Civil, Tomo XXII, enero-marzo de 1.969, y reconocida ya plenamente en Sentencias de 31 de enero y 4 de diciembre de 1.985 y 25 de junio de 1.987) podría ahora trasladarse a este terreno el debate sobre el documento público o el privado con fecha fehaciente, tradicional en el campo de las inmatriculaciones, para dilucidar la admisibilidad, a estos efectos, de un documento privado regulador de los efectos de la separación de hecho, cuya fecha es necesariamente fehaciente, por defunción de uno de los firmantes, aunque plantea el problema de que la fehaciencia es coetánea a la apertura de la sucesión en la que va a desplegar sus efectos.

[4] Paralelamente, y al suprimirse el segundo párrafo del art. 837 del Código, se elimina la "sanción" que pesaba sobre los hijos del difunto, no comunes, concebidos en constante matrimonio, que, siendo tan hijos de aquél como los matrimoniales, no tenían arte ni parte en las circunstancias en que habían sido engendrados, pero soportaban una cuota usufructuaria mayor.

[5] Ya TAULET RODRÍGUEZ-LUESO, ENRIQUE, "La separación de hecho en el matrimonio".- Boletín de Información, año XXXIII, n.º 1.149.- Órgano informativo del Ministerio de Justicia.- Madrid.- 15 de noviembre de 1.978, señaló que *"mis conclusiones podrían ser las siguientes: [...] 4º Para acreditar la efectividad* ***y fecha*** *de la separación se propone la instauración de un procedimiento sencillo que permita recoger la voluntad de los consortes en acta notarial o mediante comparecencia ante el Juez Municipal; en cualquiera de ambos casos se procederá a la inscripción en el Libro correspondiente del Registro Civil"*. Lamentablemente, su conclusión no tuvo mayor acogida fuera de la doctrina. De hecho, Sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos de 19 de junio de 1.984 rechazó el acceso al Registro Civil de acta de notoriedad tramitada a instancia de uno de los cónyuges para hacer constar la separación de hecho unilateral.

[6] E igual parece haber ocurrido con la doctrina. Así, VAZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS, "Matrimonio y divorcio".- Dijusa.- Madrid, 2.005, aunque expresamente centra su obra en las modificaciones introducidas por las leyes de 1 y 8 de julio de 2.005, se limita a recoger el nuevo texto de los artículos que comentamos, resaltando únicamente que ahora la condición de legitimario pasa por la no existencia de separación judicial o de hecho. Igualmente CARRION OLMOS, SALVADOR."Reflexiones de urgencia en torno a las Leyes 13 y 15/2.005 por las que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio y derecho a contraer matrimonio".- Revista La Ley, 19 de julio de 2.005, en su única referencia a los artículos que analizamos, en nota, comenta la pérdida de la legítima, como efecto matrimonial típico que es, "constatada la quiebra de la *affectio maritalis*" pero sin plantearse la forma de obtener esa acreditación.

[7] Absolutamente todas las definiciones que he consultado, y que sería ahora largo enumerar, hacen hincapié en la idea de **propósito**, **intención**, **voluntad**, *animus*, a fin de cuentas, de suspender la vida marital, más que en el *corpus* del cese de la "coexistencia domiciliaria".

[8] Obviamente, hasta la fecha, no hay jurisprudencia sobre la prueba de la separación de hecho en el ámbito del derecho sucesorio, o porque la propia Ley ya determinaba la sola trascendencia del mutuo acuerdo con constancia fehaciente, por el art. 945, o porque constituía un dato inútil, en el caso del 834. *Frustra probatur quod probatum non relevat*, sentenció Bártolo. Pero nos vale lo argumentado en estas sedes, ya que en todo caso se trata de destruir una presunción legal, aquí la de convivencia, allí las de paternidad del marido de la madre y la de ganancialidad de los bienes adquiridos en constante matrimonio. Por ello, vamos a admitir desde este mismo instante como directamente apreciables supuestos como la separación de hecho acreditada por una previa Sentencia condenatoria por abandono de familia.

9[9] En concreto, Sentencias de 23 de diciembre de 1.992, 2 de diciembre de 1.997, 27 de enero y 14 de marzo de 1.998 y 24 de abril de 1.999, para apreciar una "disolución de hecho" de la sociedad de gananciales.

[10] En tal sentido se pronuncia la RDGRN de 10 de marzo de 1.989 al señalar que *"el hecho de que marido y mujer tengan, en el momento del nacimiento del hijo de ésta, domicilios distintos, no implica, en modo alguno, la ruptura de la comunidad de vida conyugal, capaz de excluir la presunción de paternidad, máxime hoy cuando el art. 69 del CC establece una presunción de convivencia entre los cónyuges"*. Es decir, puede haber falta de convivencia sin separación, y separación con convivencia, ya que el "vivir juntos" de los arts. 68 y 69 CC sólo sería un medio para el cumplimiento de los deberes de colaboración y auxilio, que es lo que realmente interesa, a tenor de la Sentencia citada. Igualmente, RDGRN de 26 de septiembre de 1.996 exige demostrar la ruptura de la comunidad de vida conyugal, pese a que, por estar el marido en prisión, tuvieran los esposos domicilios distintos.

[11] Sí podría apreciarse por notoriedad una situación como la que contempla la Sentencia de 26 de abril de 2.000: separación de hecho seguida de la formación de otra unidad familiar extramatrimonial por uno de los cónyuges separados, o por ambos.

[12] CARRION OLMOS, SALVADOR, op. Cit. resalta que, así como hasta el presente la separación o el divorcio eran necesariamente causales, ahora, la única causa de uno y otro será "*la voluntad de ambos cónyuges, o de uno de ellos, de no permanecer en la unión*", es decir, el deseo de no vivir en común o la quiebra de la *affectio maritalis*, como cuestión estricta de voluntad o sentimientos, que no se puede controlar jurídicamente.

[13] Copio literalmente de una Sentencia de separación: *"Del resultado de la prueba practicada en autos apreciada de forma global y según las reglas de la sana crítica, pone de manifiesto una situación de ruptura de quiebra de la convivencia, con deterioro tal que hace inviable el vivir juntos, estado de cosas subsumible en el art. 82 del Código Civil, fracaso matrimonial que responde a conflictos no superados y a limitaciones y fallos humanos que han ido dañando cada vez más la convivencia hasta llegar a la actual situación, sin que haya base sólida para hacer declaración de culpabilidad contra uno de ellos aflorando una crisis matrimonial cuya causa real y profunda se desconoce"*. En conclusión, la existencia de interrupción de la vida conyugal deriva del conjunto de pruebas sin atribuir un especial valor a unas sobre otras, art. 752 LEC. Pero, la función del fedatario no es valorar pruebas, por más que la técnica del art. 209 RN redunde en una percepción conjunta de los elementos recopilados al tramitar el acta. El Notario da fe de lo que se manifiesta en su presencia, no de su veracidad, y, a lo sumo, declara que es comúnmente tenido por cierto un hecho o circunstancia, considerándose la emisión del juicio de notoriedad como una delegación de la jurisdicción voluntaria, RDGRN 17 de enero de 2.002, mientras que lo declarado en juicio, adquiere carácter de "verdad judicial". *Res judicata pro veritate habetur.* Y no tiene más remedio que ser así, por la limitación de las facultades probatorias del Notario, porque, a diferencia del Juez, no puede reclamar la presencia de terceros para que declaren, sino, a lo sumo, invitar a que lo hagan, y porque no puede sacar conclusiones de la negativa a declarar, cosa que sí puede hacer el Juez, *cfr* arts. 292, 304, 307 LEC.

[14] Art. 209·5 del Reglamento Notarial, RDGRN 8 de mayo de 1.995, sin perjuicio de que las alegaciones que se puedan hacer por quienes sean oídos en la tramitación del acta puedan influir en el juicio de notoriedad que ha de formular el Notario.

[15] RDGRN 25 de octubre de 2.000, 25 de junio de 1.997, 13 de septiembre de 2.001.

[16] MARÍN SÁNCHEZ, JOSÉ ALBERTO, "Extensión de la función calificadora del Registrador respecto de las actas de declaración de herederos abintestato".- La Notaría, noviembre de 1.992.

[17] Los citados en notas 8 *in fine* y 11, y pocos más.

[18] Visto lo visto, casi parece irónico que en su día, VENTOSO ESCRIBANO, ALFONSO, "Acta notarial de notoriedad de declaración de herederos abintestato", en *Homenaje a José María Chico y Ortiz*.- Marcial Pons y Colegio de Registradores.- Madrid, 1.995; dijera, refiriéndose al texto entonces vigente del art. 945, que "*la norma podía haber sido más precisa y más meditada. Quizá el haberse introducido en trámite parlamentario, en el Senado, hace que pueda existir alguna desarmonía o duda; no obstante, hay que estar a la norma y a sus dos exigencias, lo que significa que debe existir mutuo acuerdo y no una situación de separación comprobada y notoria; es más, literalmente, el cónyuge que ha dado lugar a la separación no es excluido por la norma si esa situación no se reflejó en un acuerdo"*.

[19] El Código de Sucesiones de Cataluña, de 30 de diciembre de 1.991, en el que no tiene usufructo vidual ni derecho a suceder ab intestato el separado por sentencia firme o separado de hecho con ruptura de la unidad familiar, por mutuo consentimiento expresado formalmente o por alguna de las causas que permiten la separación judicial o el divorcio, sin problemas probatorios, por tanto; la Ley aragonesa de 24 de febrero de 1.999, que, en cuanto a sucesión

intestada, insiste en la tramitación judicial o el mutuo acuerdo que conste fehacientemente, sin que haya referencia a la separación de hecho en relación con el usufructo de viudedad en su regulación específica, de 12 de febrero de 2.003; el Derecho navarro, reformado el 1 de abril de 1.987, priva de usufructo vidual, y de derecho a suceder ab intestato al cónyuge separado de hecho, si media consentimiento o convenio, o si fue infiel o atentó contra la vida del causante, circunstancias éstas que sí son apreciables por notoriedad, con relativa simplicidad; en el ordenamiento foral vasco, la Ley de 1 de julio de 1.992 excluye del usufructo vidual al divorciado o al separado por causa imputable al causante, lo que parece pasar por restringir al concepto de separación judicial, en el Fuero de Vizcaya, llamando en la sucesión intestada "al cónyuge viudo" sin más precisiones, mientras que para Álava remite, en materia de legítima, al Código Civil, y la Ley de 26 de noviembre de 1.999 no contempla particularidad, en el punto que nos ocupa, para Guipúzcoa; el Derecho gallego, Ley de 24 de mayo de 1.995 remite al Código Civil; y en el Derecho balear, la Compilación de 6 de septiembre de 1.990 excluye de la condición de legitimario al separado judicialmente o de hecho, salvo, en ambos casos, culpa del difunto, sin aclarar nada sobre su acreditación, mientras que en materia de intestada, remite al CC. No obstante, y de nuevo, será difícil hablar de una separación de hecho culposa. Por tanto, como vemos, sólo plantean "problemas" en este campo aquellos ordenamientos que remiten al Derecho Común, y, específicamente, el Derecho balear. Por desgracia, y consultada la base de datos del Boletín Oficial de las Illes Balears, desde 1.997, no me ha sido dado encontrar ninguna jurisprudencia atinente al caso.

[20] Sentencia de 15 de junio de 1.990. En igual sentido, Sentencia de 7 de marzo de 1.980 señaló que "*su apreciación demanda ineludiblemente su expresa manifestación por testamento[...] en razón a que la desheredación, en principio, se desenvuelve en la esfera privada, salvo en los casos de causas mixtas, y en cuanto a la observancia de los requisitos formales es de interpretación estricta*". Rigor en el que insiste Sentencia de 28 de junio de 1.993 al establecer que "*ha de imponerse una interpretación restrictiva de la institución, que no sólo proclama el art. 848 del Texto Legal, sino también la abundante jurisprudencia, orientada en la defensa de sucesión legitimaria; no admitiéndose: ni la analogía, ni la interpretación extensiva, ni siquiera la argumentación de «minoris ad maiorem»"*.

[21] Contrastan, en este punto, la Sentencia de 25 de septiembre de 2.003, que aprecia incumplimiento grave de los deberes conyugales en el caso de un causante que, habiendo interpuesto demanda de separación, hubo de afrontar una grave enfermedad sin recibir del cónyuge *"asistencia... moral, física, apoyo, comprensión... a lo que estaba obligada conforme disponen los arts. 67 del Código Civil... y 68"*, y la Sentencia de 28 de junio de 1.993 que señaló que *"la falta de la relación afectiva y comunicación entre la hija y el padre, el abandono sentimental sufrido por éste durante su última enfermedad, la ausencia de interés demostrado por la hija, en relación con los problemas del padre, etc., etc., son circunstancias y hechos que, de ser ciertos, corresponden al campo de la moral, que escapan a la interpretación y a la valoración jurídica, y que en definitiva sólo están sometidos al Tribunal de la conciencia"*. Si esto ocurre con la hija, por no haber una *obligación* paralela a la de los arts 67 y 68, podría considerarse que acaece lo mismo con una separación de hecho, que tiene por finalidad suspender los efectos típicos del matrimonio. Pero entonces, paradójicamente, la separación no implicaría un incumplimiento que permitiera al testador desheredar, pero por sí misma, privaría de legítima al supérstite. Comentando la Sentencia de 2.003 SAN SEGUNDO MANUEL, TERESA, RCDI n.º 682, marzo-abril de 2.004.- resalta, por el contrario que *"el efectivo incumplimiento grave y reiterado no queda desvirtuado, según el Supremo, por el hecho de haberse promovido demanda de separación, por lo que añade, que los derechos del cónyuge viudo se mantienen de conformidad con el art. 834"* en el texto, obviamente, anterior a la reforma.

[22] *Mutatis mutandis*, la frase *"que le perdona de corazón las ofensas*", contenida en la propia cláusula de desheredación, no supone la reconciliación del art. 856 CC, según Sentencia de 4 de noviembre de 1.904.

KIOSCO

Guillermo Dromant Jarque, Registrador de la Propiedad, ha leído el trabajo titulado: " REFLEXIONES EN TORNO A LA NATURALEZA DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR, ATRIBUIDO EN SENTENCIA DE NULIDAD, SEPARACIÓN O DIVORCIO, Y SUS CONSECUENCIAS, EN ESPECIAL EN LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN" de Dª.María Teresa Martín Meléndez, profesora titular de Derecho Civil en la Universidad de Valladolid, publicado en la revista "LA BUHAIRA" (nº 152 de Noviembre de 2005) , y nos comenta:

REFLEXIONES EN TORNO A LA NATURALEZA DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR, ATRIBUIDO EN SENTENCIA DE NULIDAD, SEPARACION O DIVORCIO, Y SUS CONSECUENCIAS, EN ESPECIAL EN LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN.

María Teresa Martín Meléndez, Profesora titular de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid, analiza en este trabajo la naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda familiar, atribuido al cónyuge no titular de la misma, dejando de lado la hipótesis de la vivienda perteneciente a ambos cónyuges, aunque, según la autora, llama la atención que la Jurisprudencia, en su análisis de la cuestión, no distinga entre ambos supuestos, como si en todos los casos el derecho de uso fuera de la misma naturaleza.

Deben distinguirse tres grandes apartados en el análisis de la materia:

I. COMPENDIO DE TESIS DOCTRINALES, JURISPRUDENCIALES Y DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO SOBRE LA NATURALEZA DEL DERECHO DE USO.

A) DOCTRINA

CONFIGURACIÓN COMO DERECHO REAL.

Algunos autores, como Lacruz, entienden que se trata de un derecho de habitación, temporal, no vitalicio, constituido, con arreglo a la ley, por decisión judicial. Otros, como Camy, afirman que se trata de un derecho real de usufructo, inalienable, inembargable y personalísimo, o de un derecho real de habitación, con esas mismas características. Manzano Fernández los considera como un verdadero

derecho real inmobiliario, en cuanto modifica, desde luego, las facultades de dominio sobre el bien inmueble (arts 2 LH y 7 RH).

CONFIGURACIÓN COMO DERECHO PERSONAL.

Lucini entiende que este derecho de uso se apoya en el sustrato personal de la relación matrimonial. Por su parte, García Cantero afirma que se trata de un atípico derecho de habitación, de carácter personal o de crédito.

CONFIGURACIÓN COMO DERECHO PERSONAL O REAL, SEGÚN LOS CASOS.

O'Callaghan Muñoz entiende que sólo podrá considerarse como derecho real si el derecho del cónyuge titular era real, ya que si ostentaba un derecho personal, simplemente se tratará de una cesión; y si no hay titularidad, no nacerá derecho alguno

SE TRATA DE UNA CONCENTRACIÓN, EN EL BENEFICIARIO DEL USO, DEL IUS POSSIDENDI QUE, DURANTE LA CONVIVENCIA, CORRESPONDÍA A AMBOS ESPOSOS.

Espiau Espiau entiende que el convenio o la sentencia no atribuyen titularidad alguna sobre la vivienda, sino sólo una simple legitimación posesoria, que no modifica el derecho que pudiera tener sobre la vivienda el titular, ni crea un nuevo derecho real o personal, sino que elimina la situación de posesión compartida, para pasar a una de posesión exclusiva.

SUPONE UNA MEDIDA DE CARÁCTER ASISTENCIAL.

Salazar Bort señala que se trata de una medida tendente a proteger el especial interés que sobre la vivienda pueden tener los hijos, en cuanto la misma es necesaria para el mantenimiento del entorno social, garantizando así el normal desarrollo de su personalidad, o bien se trata de una medida destinada a tutelar la relación individuo- vivienda, de carácter subjetivo, en el caso de los cónyuges.

SE TRATA DE UN DERECHO SUI GENERIS O ATIPICO.

Cervilla Garzón afirma que se trata de un derecho de naturaleza híbrida, o sui generis, que participa de rasgos pertenecientes a los derechos reales y a los derechos personales, aunque probablemente sea más real que personal, pues es oponible erga omnes, y tiene acceso al Registro, pero sin que pueda afirmarse su carácter de derecho real pleno, porque, de ser así, no sería preciso el consentimiento del usuario, al que se refiere el art 96-4º CC.

B) TRIBUNAL SUPREMO.

El mismo ha mantenido una postura vacilante en torno a la naturaleza de este derecho de uso.

Así, mientras que la S. de 20 de Mayo de 1993 lo consideraba un derecho real de disfrute limitado, en cuanto a su contenido y duración, otras, como la S. de 29 de Abril de 1994, entienden que no puede configurarse como tal derecho real, ya que puede concederse cuando la vivienda está arrendada, y no pertenece a ninguno de los esposos.

Otras Sentencias lo consideran, en cambio, un "tertium genus" (S. 31 de Diciembre 1994), ya que la decisión judicial que lo atribuye es oponible erga omnes, aunque no generadora de un derecho real.

Por otro lado, la S. de 4 de Abril de 1997, se hace eco de la disparidad de criterios jurisprudenciales, aunque minimiza el problema, afirmando que se trata de una cuestión que no tiene trascendencia práctica, puesto que, en todo caso, lo que se pretende es garantizar el derecho de ocupación del cónyuge y los hijos a los que se les ha atribuido el uso; derecho de ocupación que caracteriza como provisional y temporal.

También encuentra eco jurisprudencial, sobre todo, en la jurisprudencia de las Audiencias, la tesis que estima que el uso atribuido al cónyuge no titular no es un derecho nuevo, sino que estamos ante una simple concentración de las facultades posesorias que antes los cónyuges compartían.

C) DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.

En este caso, tampoco su doctrina es unánime:

Así, se ha considerado como un derecho real de goce, que puede constituirse a través de una cesión de propiedad en el convenio regulador (R. 29 de Julio de 1999).

En otras ocasiones, se afirma que no es un derecho real, ya que la clasificación entre derechos reales y de crédito es una división de los derechos de carácter patrimonial, y el derecho de uso no es de carácter patrimonial, sino de orden puramente familiar, para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de la vivienda (Resoluciones de 20 de Febrero de 2002, y 20 de Febrero de 2004).

En otros supuestos la DGRN se centra en defender el acceso al Registro de la Propiedad del derecho de uso, como medio de evitar que surjan terceros hipotecarios del art 34 de la LH, y, en general, para su defensa frente a terceros (R. 25 de Octubre de 1999). La R. de 31 de Marzo de 2002 afirma que se trata de un derecho inscribible (arts 1 y 2 LH y 7 RH), y que ha de estar inscrito para que pueda perjudicar a terceros (art 13 LH), y sólo cuando conste inscrito el derecho de uso será necesario exigir el consentimiento del art 96-4º, para constituir hipoteca sobra la vivienda privativa del cónyuge separado.

A su vez, la R. de 21 de Junio de 2004, afirma que la inscripción del derecho de uso tiene por objeto evitar la disposición del bien por su titular, defraudando el derecho del cónyuge y los hijos a habitar tal vivienda.

II. NATURALEZA DEL USO ATRIBUIDO AL NO TITULAR EN LA SENTENCIA.

A) FUNDAMENTO DE LA ATRIBUCIÓN DEL USO AL NO TITULAR DE LA VIVIENDA EN LOS CASOS DE CRISIS.

El matrimonio y su desarrollo crean en los cónyuges ciertas expectativas, tanto de carácter personal como patrimonial, que se fundan en la confianza que genera la permanencia, que, en principio, caracteriza al matrimonio. Y entre estas expectativas se encuentran las que, sobre la vivienda familiar, ha depositado el cónyuge no titular, referidas, no sólo al alojamiento, sino a las derivadas de la continuidad de residencia en un lugar determinado. Ahora bien, la crisis matrimonial supone la desaparición de la base en que tales expectativas se fundaban, y como dicha desaparición, en cuanto a la vivienda familiar, afecta a una necesidad básica de la persona, que da lugar a un derecho constitucionalmente protegido, como es el derecho a la vivienda reconocido en el art 47 de la Constitución, el Legislador ha considerado dichas expectativas dignas de protección, cumpliendo así el mandato constitucional.

Sin embargo, según apunta la autora, no cabe olvidar que, junto con las expectativas del cónyuge no titular de la vivienda, concurren las propias del cónyuge titular de la misma, derivadas no ya sólo del matrimonio, sino de su propia condición de titular. Lo que lleva a la disyuntiva sobre cuál de los derechos debe prevalecer: el derecho **a** la vivienda del no titular, o el derecho **sobre** la vivienda del

titular. Y esta disyuntiva es resuelta por el Legislador, con arreglo a los criterios fijados en el art 96 del CC, que tienden a atender "*el interés más necesitado de protección*".

B) NATURALEZA DEL DERECHO DE USO DEL CÓNYUGE NO TITULAR EN SITUACIONES DE NORMALIDAD MATRIMONIAL.

Si el Legislador busca mantener, temporalmente y en lo posible, uno de los efectos del matrimonio, para que el no titular pueda "continuar residiendo" en la vivienda familiar, se hace preciso determinar los contornos de esa situación anterior, para determinar adecuadamente el alcance de tal medida.

Al respecto, la autora entiende que el no titular de la vivienda no es un simple tenedor, ni un precarista, pues tiene derecho a ser mantenido en la vivienda familiar, junto con el otro cónyuge, pero tampoco es titular de un derecho real; **es titular de un derecho personal, que, además, es personalísimo, por derivar de una relación que también tiene esa naturaleza.**

CONTENIDO

La facultad (derecho-obligación) principal que se atribuye al no titular, y cuyo ejercicio supone el cumplimiento de su deber por parte del titular, es la de residir en la vivienda familiar de forma habitual, con fines de alojamiento, junto con su cónyuge. Por ello, el no titular, no sólo tiene un ius possesionis, sino también el ius possidendi.

Sin embargo, tal posesión no faculta al no titular para usucapir el derecho del titular, porque no posee en concepto de dueño o titular del derecho de éste; además, según la autora, el derecho que, con relación a la vivienda tiene el no titular, por ser personal, no es usucapible.

Las facultades de administración sobre la vivienda seguirán perteneciendo a su titular, por ser la misma privativa, aunque deben tenerse en cuenta las posibles interferencias derivadas del art 1319 CC, y la obligación de ambos cónyuges de actuar en interés de la familia (art 67 CC). Los gastos derivados del uso de la vivienda deberán sufragarse por ambos (art 1318 CC), teniendo en cuenta el régimen aplicable.

La realización de actos dispositivos se rige por el art 1320 CC, que exige consentimiento de ambos cónyuges, o, en su defecto, autorización judicial. Cuando la vivienda sea privativa de uno de ellos, el consentimiento del titular tendrá carácter de *consentimiento*, mientras que el del no titular será un simple *asentimiento, licencia, o consentimiento de control,* evitando así que el titular decida unilateralmente el domicilio conyugal, o que el que venía siendo tal, deje de serlo. Por ello, **tal asentimiento supone una limitación del dominio para el cónyuge titular, establecida por la ley, y para el no titular un derecho de veto a los actos dispositivos del titular de la vivienda**, con lo que se consigue la finalidad perseguida de acuerdo en la fijación del domicilio conyugal. Tal asentimiento, al igual que la autorización judicial supletoria, puede ser coetáneo, anterior o posterior a la realización del acto dispositivo.

Si la disposición se realiza por el titular sin el citado asentimiento, o la autorización judicial supletoria, el negocio dispositivo celebrado será ANULABLE (art 1322-1º CC). Y en cuanto al plazo de ejercicio de la acción, será de 4 años desde la disolución de la sociedad de gananciales, desde la disolución del matrimonio, o desde que el consorte cuyo asentimiento se omitió tuvo conocimiento del mismo.

Ahora bien, se excluye la sanción de anulabilidad si medió manifestación errónea o falsa del disponente, y el adquirente lo era de buena fe (art 1322-2º CC), en cuyo caso, el titular debe indemnizar por daños y perjuicios al no titular, y, si es posible, procurar a la familia una vivienda de similares características a la que tenía aquélla de la que dispone.

También se ha planteado la duda de si es necesario el asentimiento del no titular en dos supuestos:

1. Venta de la vivienda, con reserva de usufructo por el titular: A juicio de la autora, en este caso no parece necesario el asentimiento, ya que el titular podrá seguir cumpliendo su obligación de mantener al no titular en el uso de la vivienda.

2. Hipoteca sobre vivienda familiar: Sí parece necesario el asentimiento en este caso, pues la pérdida potencial de la vivienda que la misma encierra, hace que el supuesto quede incluido en el ámbito del art 1320 CC.

3. Por último, dado que la vivienda familiar no es inembargable, podrá ser embargada por deudas del titular, en cuyo caso será necesario (art 144-5º RH) notificar el embargo al cónyuge no titular, siempre que constare en el Registro el carácter de vivienda familiar, y que del mandamiento no resulte que la misma ya no tiene esta naturaleza. Tal notificación servirá al no titular para hacer valer sus derechos en el juicio declarativo correspondiente.

C) NATURALEZA PERSONAL DEL DERECHO DE USO ATRIBUIDO AL CÓNYUGE NO TITULAR EN LAS SENTENCIAS DE NULIDAD, SEPARACIÓN O DIVORCIO.

Partiendo de la tesis adoptada, la autora señala que el derecho de uso atribuido en los casos de crisis matrimonial al cónyuge no titular, es de naturaleza personal, ya que, de otro modo, carecería de justificación la exigencia de consentimiento del consorte para la realización de actos dispositivos por el titular de la vivienda (art 96-4º CC).

Ahora bien, si en las situaciones de normalidad matrimonial el derecho del no titular era de carácter legal (arts 68 y 70 CC), **ahora se trata de un derecho de constitución judicial, puesto que nace de la sentencia. Sin embargo, conserva su base legal, ya que el Juez atribuirá el uso al interés más digno de protección (art 96, 1º, 2º, y 3º CC)**, por lo que el que ostente dicho interés, tendrá derecho a que el Juez le atribuya el uso.

CONTENIDO, EN ESPECIAL RESPECTO DE LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN

Antes de analizar esta cuestión, *la autora se plantea si el derecho de uso puede tener acceso al Registro de la Propiedad, y, si así fuere, a través de qué tipo de asiento*:

Al respecto señala que la mayoría de la Doctrina y la Jurisprudencia, admite la inscripción del derecho de uso, bien por considerarlo derecho real (art 2-2º LH), bien por considerarlo un acto de trascendencia real, que modifica alguna de las facultades del dominio sobre inmuebles, o inherentes a derechos reales (art 7 RH), o bien por entender que lo posibilitan los arts 755 y 776-3º y 4º LEC, a través de la inscripción de la sentencia.

La autora, aún manteniendo la tesis contraria a su configuración como derecho real, ya que entiende que se trata de un derecho puramente obligacional, admite, sin embargo, su constancia registral, a través de la nota marginal referida en el art 96-2º RH, incluida entre las notas marginales "de modificación jurídica".

En cuanto a los actos dispositivos, debido a que el no titular de la vivienda carece de facultades dispositivas sobre la misma, puesto que sólo le fue atribuido el uso, el Legislador ha buscado proteger el interés del beneficiario del derecho de uso. Tal protección podría articularse de tres formas:

a) Exigiendo el asentimiento del beneficiario para que el titular pueda disponer, o bien, la autorización judicial supletoria. Así se configuraría el uso como un límite de la facultad dispositiva del titular.

b) Otorgar al beneficiario una protección similar a la del arrendatario, con lo que se atribuiría al derecho personal de uso una eficacia real. El titular de la vivienda puede disponer, pero el adquirente adquiere "con la carga" del derecho de uso.

c) Mantener el derecho de uso siempre que constara en el Registro, con lo que la eficacia real del mismo derivaría de su reflejo tabular.

Según la autora, el Legislador ha optado por la primera de dichas posibilidades, sobre todo porque así parece inferirse de la redacción del art 96-4º CC, cumpliendo así la finalidad de protección del beneficiario, que verá más garantizados sus derechos con la necesidad de que el titular de la vivienda, al realizar un acto dispositivo, cuente con su consentimiento.

Por ello, el acto dispositivo realizado sin el asentimiento del beneficiario del derecho de uso será anulable (art 1301 CC), y los cuatro años empezarán a contar desde que éste tuvo conocimiento suficiente del acto o contrato.

Si el beneficiario niega el asentimiento, el titular puede solicitar autorización judicial, con lo que la disposición será plenamente válida y eficaz. Todo ello sin perjuicio de que, si el acto dispositivo permite al titular seguir cumpliendo con su obligación para con el beneficiario (ejemplo: venta con reserva de usufructo), no sea necesario ni el asentimiento ni la autorización judicial; como sí lo será en el caso de hipoteca de vivienda por el titular, como se señalaba anteriormente.

Consecuencias del acceso del derecho de uso al Registro de la Propiedad:

El Registro, a través de la nota marginal, da a conocer la existencia del derecho de uso, y la necesidad de asentimiento del cónyuge beneficiario del mismo para la celebración de actos dispositivos sobre la vivienda. Por tanto, el acto dispositivo celebrado sin asentimiento del beneficiario, podrá ser anulado por éste en el plazo previsto en el art 1301 CC, y si el adquirente trata de inscribir su adquisición, la nota marginal, según la autora, le cerrará el Registro.

Si el uso no constara tabularmente, el negocio dispositivo entre el titular de la vivienda y el tercero, sin asentimiento del beneficiario, aunque dicho tercero ignorara la existencia del derecho de uso y hubiera inscrito su adquisición, podrá ser anulado por el beneficiario en el plazo del art 1301 CC, ya que, por aplicación del art 33 LH, la inscripción no convalida los actos y contratos nulos con arreglo a las leyes. Ahora bien, si el adquirente que no contó con el asentimiento del beneficiario, pero inscribió su adquisición, dispone de la vivienda, y el subadquirente inscribe, concurriendo los requisitos del art 34 de la LH, el derecho del beneficiario le será inoponible.

En caso de embargo de la vivienda familiar, por deudas propias del titular:

a) Si el uso constaba registralmente con anterioridad al embargo, el adquirente de la vivienda debe respetarlo, salvo que la traba procediera de un derecho constituido con el consentimiento del beneficiario.

b) Si el uso no constaba en el Registro antes de anotarse el embargo, será inoponible al adquirente, a no ser que éste hubiere conocido de otro modo la atribución del uso al cónyuge no titular.

c) En sede de hipotecas, y en caso de ejecución hipotecaria, si la hipoteca consta inscrita antes que el derecho de uso, no podrá oponerse al adquirente, al jugar el principio de purga de cargas o gravámenes posteriores.

Por último, el beneficiario del uso no podrá disponer de su derecho a favor de otra persona, debido al carácter personalísimo de este derecho, salvo que dicha disposición lo sea a favor del cónyuge titular, mediante renuncia, sometimiento a plazo del ejercicio del derecho, etc.

III. CONCLUSIONES.

1. La atribución del uso al no titular de la vivienda familiar, a través de una sentencia de nulidad, separación o divorcio, hace a éste titular de un **derecho cuya finalidad es proteger a la familia residual**, con un evidente contenido y carácter patrimonial.

2. **Tal derecho es de constitución judicial, aunque derivado de un mandato legal**, manteniéndose con él, acomodado a la nueva situación, el uso que de la vivienda familiar hizo durante el matrimonio el cónyuge no titular.

3. El Legislador ha facultado al Juez para establecerlo, aún contra la voluntad del titular, **en ejecución de los mandatos constitucionales** de protección de la familia (art 39 CE), y derecho a una vivienda digna y adecuada (art 47 CE).

4. El derecho atribuido al no titular **es un derecho personal, cuyo contenido fundamentalmente consiste en exigir al titular de la vivienda que le mantenga en la posesión exclusiva de la misma, con fines predominantemente de residencia habitual,** durante el plazo que resulte de la sentencia, o de las circunstancias, por lo que se trata de un derecho puramente temporal.

5. Se trata de un derecho personal **de carácter personalísimo**, por lo que el Legislador ha estimado necesario articular su **protección exigiendo el asentimiento del beneficiario para la realización de actos dispositivos por el titular de la vivienda**, so pena de anulabilidad del acto, por lo que, además, se configura como una limitación de las facultades dispositivas del titular de la vivienda.

6. **Puede acceder al Registro de la Propiedad mediante nota marginal** (art 96-2º RH), evitando la aparición del tercero hipotecario del art 34 LH, e informado de su existencia a los posibles adquirentes, en caso de ejecución forzosa.

GUILLERMO JOSÉ DROMANT JARQUE

VALENCIA, DICIEMBRE DE 2005

SECCIÓN FISCAL

Francisco Molina Balaguer. Registrador de la Propiedad

ITP.- RDGT 6 DE MAYO DE 2.005.- DISOLUCIÓN DE COMUNIDAD CONYUGAL. UNIÓN DE HECHO.

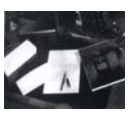
La exención de pago del impuesto que la Ley establece para las adjudicaciones realizadas como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal, no es en absoluto trasladable a las que resulten de la disolución de una unión de hecho, por más que ésta venga ordenada por la autoridad judicial, ya que supondría una extensión analógica del beneficio fiscal, más allá de sus estrictos términos. La exención sólo es aplicable a las adjudicaciones que traen causa de la disolución de una comunidad conyugal , no a otras comunidades. La comunidad existente entre los integrantes de una unión de hecho es, también a los efectos del impuesto, igual a la comunidad ordinaria de bienes, y como tal tiene que ser tratada.

ITP.- TRANSMISIÓN DE OBRAS DE ARTE O ANTIGÜEDADES.

No parece que la transmisión de objetos artísticos o de antigüedades deba gozar de una especial protección fiscal, habiendo de tributar por la capacidad económica manifestada como consecuencia de la transmisión indicada, en principio, en la modalidad de TPO, salvo que la realice un profesional o empresario en el ejercicio de su actividad, o cuando constituya entrega de bienes o prestación de servicios sujeta a IVA. No obstante, estaría exenta la transmisión a favor de entidades con fines no lucrativos acogidas a la Ley de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de incentivos al mecenazgo 49/2.002, de 23 de diciembre.

AJD.- AUTO TC 24 DE MAYO DE 2.005.- PRÉSTAMO. SUJETO PASIVO.

Planteado recurso, por estimarse inconstitucional que se considere sujeto pasivo en las operaciones de préstamo al prestatario, ya que sería el prestamista quien estaría manifestando su capacidad económica, el TC argumenta que el deudor manifiesta su capacidad, dado que *se deduce* que adquirirá la riqueza suficiente para devolver el dinero recibido, más los intereses. Ciertamente, habría sido más asumible que el argumento consistiera en que el deudor *recibe* capacidad económica, y que el incremento que, en forma de intereses, adquiere el prestamista, ya tributa en IRPF o ISoc, según el caso.



ISD.- STSJ ASTURIAS 11 DE JULIO DE 2.005.- DONACIÓN. CUENTAS INDISTINTAS.

Considera el Tribunal que el ingreso de cantidades en una cuenta bancaria de titularidad indistinta *suele* implicar un condominio y *puede ser* una donación. Más bien parece que, por las aportaciones que cada uno de los cotitulares de la cuenta haga a la misma, lo que está realizando es una «puesta en común», sobre la base un previo acuerdo, *aformal* de constitución de una comunidad. Pero la existencia de esa comunidad, con esa puesta en común, debería excluir, en todo caso, la idea de donación entre los cotitulares. Y, a la inversa, sólo podría entenderse que hay donación, cuando la cotitularidad de la cuenta es puramente aparente.

De hecho, contrasta la tesis de esta Sentencia con las del TSJ Castilla y León de 23 de febrero de 1.996 y de Murcia de 30 de septiembre de 1.999, que consideraron que la titularidad indistinta de la cuenta no es prueba suficiente de condominio, habiendo de estarse a los pactos particulares. Así, si sólo uno de los titulares indistintos declara los rendimientos del capital, ha de entenderse que a él corresponden, con STSJ Cataluña de 22 de julio de 2.004, igual que si logra probarse quién hizo la aportación, con STSJ Andalucía de 21 de diciembre de 2.001. Y de igual modo, tampoco hay porqué presumir la participación idéntica de los titulares indistintos en la presunta comunidad, STSJ Extremadura de 8 de junio de 2.000, a salvo lo que pueda resultar de los certificados bancarios de retenciones. Se hará una atribución proporcional a los rendimientos de cada titular, según STSJ Baleares de 26 de marzo de 2.001.

ISD.- STSJ MADRID 4 DE MARZO DE 2.005.- AJUAR. BASE DE CÁLCULO.

El Tribunal establece que el valor a que debe atenderse, para fijar el importe del ajuar doméstico, en el caso de la vivienda habitual del matrimonio, debe ser el catastral, no el comprobado. Y ello a pesar que la Ley define el ajuar como el 3% del caudal relicto, sin remitir para la valoración a las normas del IP, como sí hace el RISD, sin que haya auténtico motivo para referir la parte correspondiente al cónyuge al 3% del valor de la vivienda habitual, ni pueda justificarse la relación directa y excluyente entre valor catastral de la vivienda y ajuar.

ISD.- STSJ MADRID 4 DE MARZO DE 2005.- COMPROBACIÓN DE VALORES. VALOR REAL.

Partiendo de la determinación de la base imponible en el ISD sobre el valor real de los bienes y derechos que son objeto de la transmisión hereditaria, se plantea el sentido que hay que dar a ese «valor real». Tradicionalmente se han invocado «las circunstancias intrínsecas y extrínsecas» de los bienes, su valor catastral multiplicado por un coeficiente, e incluso el valor de mercado, aunque la transmisión hereditaria está fuera del mercado, y no hay un tráfico habitual y con libre competencia en este ámbito.

Ante todo ello, parecería coherente aceptar como valor real el que, en el marco de cualesquiera otros tributos, hayan aceptado Administración y sujeto pasivo, o se haya fijado por Sentencia o Resolución firme, criterio que sin embargo rechaza el TSJ, por el argumento de haber de atender la valoración, en el ISD, al tiempo del fallecimiento, momento que no va a coincidir con el de valoración a los efectos de otros impuestos. Con todo, y siendo criticable por el motivo expuesto, se antoja una solución razonablemente válida.

ISD.- RDGT 10 DE MAYO DE 2.005.- DONACIÓN DE OFICINA FARMACÉUTICA. REDUCCIÓN DE LA BASE.

Un farmacéutico dona la oficina a sus dos hijos, pero transmitiendo el local en que aquella se encuentra instalada, a un tercero. Se cuestiona la aplicación de la reducción de la base también a la transmisión del local.

La DGT parte de entender la actividad empresarial como la organización unitaria de capital y trabajo, en la que se ordenan por cuenta propia medios de producción y recursos humanos y materiales, con vista a la producción de bienes o prestación de servicios. Como tal, la titularidad de la actividad y organización empresarial, no tiene porqué coincidir con la del local en que aquélla se lleve a cabo, como en el caso planteado, en que se va a dar un arrendamiento inmediato del local por parte de los continuadores de la actividad farmacéutica.

Sentado lo anterior, tanto en el supuesto de donación de la oficina de farmacia por mitad a cada hijo con donación a tercero y arrendamiento del local, como en el caso de retener el donante la propiedad del mismo, o de donar la nuda propiedad, reservándose el usufructo, en ambos casos, para a continuación arrendarlo a los donatarios de la actividad, la reducción sólo será aplicable sobre el valor de lo que corresponde a cada donatario en la oficina de farmacia.

ISD.- RDGT 1 DE JUNIO DE 2.005.- HERENCIA. PRESCRIPCIÓN.

En un matrimonio, la esposa fallece en 1.993, sin que se proceda a repartir la herencia, ni a liquidar el impuesto. Fallecido ahora el esposo, los hijos van a partir y adjudicar la herencia, cuestionándose la fecha a tener en cuenta respecto de la herencia materna, y el valor a atribuir a la parte de vivienda familiar que correspondía a ésta.

La DGT recuerda que la valoración de los bienes y derechos debe atender a la fecha de nacimiento de la obligación tributaria. En el caso de la sucesión hereditaria, es la fecha del óbito la que determina esa valoración, la normativa aplicable, y la fecha de adquisición. Consecuentemente, y no concurriendo supuesto de interrupción de la prescripción, la herencia materna está prescrita, y toda consideración en torno al valor que hubiera que darle a la parte de vivienda que a la difunta correspondía, carece de trascendencia.

LÓGICA

LA ORUGA Y EL LAGARTO

La oruga piensa que tanto ella como el lagarto están locos. Si lo que cree el cuerdo es siempre cierto y lo que cree el loco es siempre falso, ¿el lagarto está cuerdo? (Original de Lewis Carroll)

LA SOLUCIÓN SALDRÁ EN EL NÚMERO DE MAYO

SOLUCIÓN AL PROBLEMA DE LA REVISTA 411

COLOCANDO NÚMEROS.

8	3	6
4	1	2
5	9	7

SECCION HUMOR

WOODY ALLEN

-Las ventajas del nudismo saltan a la vista.
-La marihuana causa amnesia y ... otras cosas que no me acuerdo.
-Sólo quien ha comido ajo puede darnos una palabra de aliento.
-Morir es como dormir, pero sin levantarse a hacer pis.
-La inactividad sexual es peligrosa, produce cuernos.
-Hoy en día la fidelidad sólo se ve en los equipos de sonido.
-Hay estudiantes a los que les apena ir al hipódromo y ver que hasta los caballos logran terminar su carrera.
-El negocio más expuesto a la quiebra es el de la cristalería.
-Algunos matrimonios acaban bien, otros duran toda la vida.
-El matrimonio es como las libretas de ahorro: de tanto meter y sacar se pierde el interés.
-El diabético no puede ir de luna de miel.
-Cuando todo sube, lo único que baja es la ropa interior.
-Hay que trabajar ocho horas y dormir ocho horas, pero no las mismas.
-Bígamo: idiota al cuadrado.
-Los japoneses no miran, sospechan.
-¿Cuál es el animal que después de muerto da muchas vueltas? El pollo asado.
-Cuando un médico se equivoca, lo mejor es echarle tierra al asunto.
-La música japonesa es una tortura china.
-El eco siempre dice la última palabra.
-En los aviones el tiempo se pasa volando.
-Los mosquitos mueren entre aplausos.
-Mi padre vendió la farmacia porque no había más remedio.
-Los japoneses quieren abrirle los ojos al mundo.
-Arreglar los problemas económicos es fácil, lo único que se necesita es dinero.
-Disfruta el día hasta que un imbécil te lo arruine.
-Amaos los unos "sobre" los otros.
-La amistad es como la mahonesa: cuesta un huevo y hay que tratar que no se corte.
-Hazlo bien y no mires con quien.
-Es curioso que se le denomine sexo oral a la práctica sexual en la que menos se puede hablar.
-Las canas ya no se respetan, se tiñen.
-El mago hizo un gesto y desapareció el hambre, hizo otro gesto y desapareció la injusticia, hizo otro gesto y desapareció la guerra. El político hizo un gesto y desapareció el mago.

RESEÑA LEGISLATIVA

RESEÑA LEGISLATIVA
(BOE del 01 al 30 de Abril de 2006)

DISPOSICIONES ESTATALES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD números […], en relación con los artículos 51.1.2 e) y 69.2 de la Ley de las Cortes de Castilla La Mancha 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística (BOE 8/04).

TRIBUNAL SUPREMO

SENTENCIA de 1 de marzo de 2006, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE 10/04) por la que, sin que afecte a la situación jurídica concreta derivada de la sentencia nº 89/2005, de 23 de febrero dictada en el recurso contencioso administrativo nº 356/2004, se declara la nulidad de pleno derecho del inciso «previo a la solicitud del permiso de trabajo» que se contiene en el párrafo 3º del apartado 1.1 B del artículo 70 del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio.

PROCURADORES

REAL DECRETO 351/2006, de 24 de marzo (BOE 12/04), por el que se modifica el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España, aprobado por el Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre.

SEGURIDAD SOCIAL

RESOLUCIÓN de 11 de abril de 2006 (BOE 19/04), de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sobre el Libro de Visitas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

DGRN - ESTADO CIVIL

INSTRUCCIÓN de 20 de marzo de 2006 (BOE 24/04), de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil.

CATASTRO

REAL DECRETO 417/2006, de 7 de abril (BOE 24/04), por el que se desarrolla el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo.

SOCIEDADES ANÓNIMAS

LEY 7/2006, de 24 de abril (BOE 25/04), por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre.

MEDIO AMBIENTE

LEY 9/2006, de 28 de abril (BOE 29/04), sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente.

MONTES

LEY 10/2006, de 28 de abril de 2006 (BOE 29/04), por la que se modifica la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes.

VIVIENDA

ORDEN VIV/1266/2006, de 31 de marzo (BOE 29/04), por la que se declaran para 2006 los ámbitos territoriales de precio máximo superior a los efectos del Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, por el que se aprueba el Plan Estatal 2005-2008, para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda.

DISPOSICIONES AUTONÓMICAS

ASTURIAS – PRESUPUESTOS

LEY 6/2005, de 29 de diciembre (BOE 7/04), de Presupuestos Generales para 2006.

LEY 7/2005, de 29 de diciembre (BOE 7/04), de medidas presupuestarias, administrativas y tributarias de acompañamiento a los Presupuestos Generales para 2006.

COMUNIDAD VALENCIANA – ESTATUTO DE AUTONOMÍA

LEY ORGÁNICA 1/2006, de 10 de abril (BOE y DOGV 11/04), de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

COMUNIDAD VALENCIANA – DESARROLLO LEY TABACO

DECRETO 57/2006, de 21 de abril del Consell (DOGV 26/04), por el que se desarrolla, en el ámbito de la Comunitat Valenciana, la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco.

Editada por Registradores de la Comunidad Valenciana