

I. REVISTAS COMENTADAS

EL USUFRUCTO VIDUAL *ABINTESTATO* EN CATALUÑA (2.ª PARTE),
por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA. *Revista Jurídica de Cataluña*, número 1, enero-marzo de 1981.

Una vez determinada la naturaleza jurídica de este usufructo como legado legal de cuota de herencia en la primera parte de su estudio, así como la diferenciación con una serie de figuras jurídicas, según se expuso en el resumen de esa primera parte en anterior número de esta revista, el autor se ocupa en la segunda parte del «estudio de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de septiembre de 1974», motivada por un supuesto del Registro de la Propiedad de Olot y única hasta la fecha en relación con el artículo 250 de la Compilación de Cataluña.

La novedad en la exposición de la Resolución lo constituye el que no se ocupa exclusivamente de la misma, sino que el autor hace un minucioso análisis crítico de la posición del recurrente, de la nota calificadora e informe del Registrador, del auto del Presidente de la Audiencia Territorial, para terminar con la crítica de la Resolución misma.

Todo ello va precedido del examen de la práctica registral en Olot, conocida por el autor como consecuencia de haber sido Registrador de allí. La práctica consistía en hacer en la inscripción una reserva de los derechos del cónyuge viudo *abintestato* de oficio por el Registrador. Hace la correspondiente crítica y advierte que en la actualidad ya no tiene lugar la citada práctica. En aquel ambiente se produjo el caso de la Resolución, ocupándose ésta no de si procede o no la constancia registral de dicha reserva en el asiento, sino que, ante un supuesto en que la reserva constaba en el asiento, se plantea la cuestión de si cabe la cancelación solicitada por el heredero *abintestato* afectado por dicha reserva o no.

El recurrente entendía que procedía la cancelación de la reserva, pero el Registrador estima que no se trata de una mención. El auto del Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona de 22 de agosto de 1973, que se transcribe en el trabajo, mantiene la nota calificadora del Registrador, entendiendo que la reserva del usufructo del viudo en el asiento no constituye una mención, sino un «elemento trascendente en la inscripción del derecho hereditario, puesto que «lo limita temporalmente», entendiendo aplicable la regla 6.ª del artículo 51 del Reglamento Hipotecario, que exige expresar en el asiento la extensión del derecho que se inscribe. Posición ésta con la que no está de acuerdo el autor, examinando los precedentes históricos de la citada regla.

Entrando en el examen crítico de la Resolución de la Dirección General, se ocupa del primer «Considerando» en el que se hace el planteamiento de la cuestión, reiterando que no decide acerca de si el usufructo del artículo 250 debe tener acceso al Registro a través de esa reserva de oficio, sino que sólo se plantea y decide en ella el problema de si debe o no ser cancelada *a posteriori* la misma.

En el segundo «Considerando» se hace una referencia al artículo 154 de la Compilación de Cataluña, que es un precepto que prohíbe que conste en las declaraciones judiciales de herederos *abintestato* reserva de derechos de los cónyuges, entendiendo la Resolución acertadamente que el artículo 154 no se refiere exclusivamente a la cuarta marital, sino que comprende el usufructo del artículo 250, pues se refiere a la sucesión recíproca de los dos esposos y si hubiese querido limitarlo a la cuarta marital hubiese indicado únicamente a la viuda. El autor entiende que es muy acertado este aspecto de la resolución.

En el tercer «Considerando» se pone en relación el artículo 250 con el *Usatge Vidua* y con la viudedad aragonesa y navarra. Aquí el autor no acepta la postura de la resolución y entiende que no puede hablarse de ninguna manera, de similitud con la viudedad universal aragonesa y navarra, ni tampoco conviene aludir a la idea de «regencia sobre el patrimonio familiar» ni a la tópica frase, tomada de lo que resulta de antiguos heredamientos, de «senyora majora, poderosa y usufructuaria», pues en el artículo 250 de la Compilación no existe nada de esto.

El «Considerando» cuarto examina el alcance de la calificación registral respecto al usufructo *abintestato* del artículo 250 de la Compilación, planteándose el problema de si el Registrador puede calificar su existencia aun habiendo el Juez, en el auto de declaración de herederos, omitido toda referencia al mismo conforme al artículo 154. El autor participa de estas ideas de la Resolución, pues el 154 va dirigido al Juez, no al Registrador.

El «Considerando» quinto señala la verdadera doctrina de la Resolución, que es lo de que no cabe cancelar la reserva del derecho de usufructo del artículo 250 hecha en la inscripción de los herederos, por la razón de no tratarse de mención ni de un derecho personal, por lo que no es aplicable el artículo 98 de la Ley Hipotecaria.

Aquí el autor critica desfavorablemente la Resolución y examina el concepto de mención, diciendo que es mejor atenerse al concepto que dio la antigua doctrina (DÍAZ MORENO, CASSO), en lugar de seguir el concepto de ROCA SASTRE, a pesar de ser éste el seguido por los autores y por la propia Resolución. Entiende el autor que el concepto de mención de ROCA SASTRE como «narración histórica», limitándose a «referir o narrar algo pretérito, posiblemente preexistente», no tiene ningún apoyo legal hasta el punto de que bien podría ser una invención doctrinal de ROCA sin suficiente apoyo legal. Prefiere atenerse a la definición de DÍAZ MORENO, que entendió que la «mención es la cita, referencia o noticia, hecha en el fondo de uno de aquellos asientos, dando a conocer que existe en favor de distinta persona de la interesada en los mismos, un derecho de naturaleza real, que no se halla especialmente inscrito». De aquí se desprende un concepto más omnicompreensivo de mención que el de ROCA SASTRE, pues, por un lado, incluye la mención de dominio, que ROCA excluye, y por otro lado, incluye también los derechos reales reser-

vados a favor de persona distinta de la que inscribe y no sólo los derechos históricamente relacionados en el título, como pretende ROCA SASTRE.

Señala los argumentos legales e históricos que fundamentan este concepto amplio de mención, y llega a la conclusión de que la reserva del usufructo vidual *abintestato* del artículo 250 de la Compilación hecha de oficio por el Registrador con motivo de la inscripción del título del heredero es una propia y verdadera mención, desde el punto de vista legal, aunque no lo sea desde la particular posición de ROCA SASTRE.

Ahora bien, entiende que se trata de una mención que no cabe pretender que su cancelación dé lugar a una consolidación del dominio. A lo más que se podría llegar es a admitir la cancelación de esa mención, pero entonces quedaría un vacío en el asiento, pues quedaría inscrita sin más la nuda propiedad de los herederos, sin que pueda producirse la consolidación del dominio, al no ser éste el efecto de la cancelación de menciones.

En este aspecto distingue dos tipos de menciones: menciones de cargas y menciones de dominio. En las menciones de cargas, su cancelación no sólo produce el efecto extintivo de las mismas, típico de toda cancelación, sino que, además, el dominio inscrito sufre la correspondiente expansión, como consecuencia de la liberación de la carga mencionada, quedando inscrito en la plenitud de sus facultades. En cambio, en las menciones de dominio, su cancelación sólo produce el efecto extintivo del dominio mencionado, sin efecto expansivo alguno en cuanto al dominio inscrito. Esta mención de usufructo es de las que hay que incluir entre las menciones de dominio.

Por tanto, entiende frente a la resolución, que se trata de una mención, pero llega a una solución similar a la de aquella por distinto camino, pues al caracterizar esta mención de usufructo como aquella en la que su cancelación produce un vacío sin expansión o consolidación del dominio, el efecto es similar al de la resolución.

Termina esta segunda parte del trabajo haciendo una minuciosa exposición crítica de los comentarios hechos por los autores respecto a esta resolución, y concretamente de los comentarios de TIRSO CARRETERO, de JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ y de BUENAVENTURA CAMY, que respectivamente se habían ocupado de la resolución en la *Revista Crítica*, *Anuario de Derecho Civil* y *Revista de Derecho Privado*.

EL USUFRUCTO VIDUAL *ABINTESTATO* EN CATALUÑA (3.ª PARTE), por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA. *Revista Jurídica de Cataluña*, número 2, abril-junio de 1981.

En esta tercera parte se estudia «el artículo 250 y los problemas de inscripción en el Registro de la Propiedad».

En primer lugar, se analiza el problema de la relación entre el artículo 154 de la Compilación y el artículo 250. Se estudia la opinión mantenida por FAUS y CONDOMINES, que entendieron que el «artículo 154 es un precepto de índole especialísima que quizá hubiera tenido lugar adecuado en las disposiciones transitorias», ya que ese precepto lo que

pretende es evitar para lo sucesivo la referencia a los derechos que al cónyuge viudo concede el artículo 834 del Código Civil, por lo que opinan que cabe que en los autos de declaración judicial de herederos *abintestato* se hagan reservas o salvedades respecto al derecho del artículo 250 de la Compilación. El autor critica esta posición, estimando que el artículo 154 no está colocado entre las disposiciones transitorias y que no se puede referir al usufructo del artículo 834 del Código Civil, pues se alude a los «derechos que la ley atribuye», según el artículo 154, no a los «derechos que la ley no atribuye» (es decir, el artículo 834 del Código Civil, que no se aplica a Cataluña).

Después analiza la posición de SANAHUJA, también partidario de que conste en el auto de declaración de herederos ese derecho de usufructo del artículo 154, y termina señalando los argumentos que determinan, en opinión del autor, la aplicación del artículo 154 al derecho del artículo 250. Precisamente, al no poderse recoger el usufructo del 250 en los autos de declaración de herederos, cobra importancia la función del Registrador al velar por la protección de ese usufructo derivado directamente de la ley, aunque no conste en los autos de declaración de herederos. Pero su protección no debe hacerse por medio de una reserva de oficio en el asiento, sino practicando las inscripciones en la forma que después indica.

Seguidamente se ocupa del problema de si el cónyuge viudo puede instar la declaración judicial de su derecho de usufructo directamente a través del trámite de la declaración de herederos *abintestato*. Expone la opinión de ROCA SASTRE, en sentido afirmativo, y la de TIRSO CARRETERO, mucho más restrictiva y matizada, y aunque la cuestión es discutible, cree el autor que el cónyuge viudo no puede pretender la declaración de su derecho de usufructo por los trámites de la declaración judicial de herederos *abintestato*, pues no se trata de un heredero, sino de un legatario legal, y además, la tramitación del expediente de declaración de herederos no se ajusta al supuesto del artículo 250, en el que aparecen una serie de condicionamientos, que el Juez no puede tener en cuenta en el citado expediente.

También se ocupa del problema de si el cónyuge usufructuario puede solicitar la declaración judicial de los herederos *abintestato* que han de concurrir con él, entendiendo que sí, pues no se trata de que el Juez declare su derecho de usufructo, sino de que declare el derecho de los herederos *abintestato*, que es requisito imprescindible para que se dé el supuesto del artículo 250, y por tanto, considerado al cónyuge con interés legítimo a tal efecto.

Es analizado seguidamente el problema de si es o no necesaria la intervención del cónyuge viudo usufructuario junto con los herederos *abintestato* para inscribir el derecho de estos últimos. En principio, la situación ideal para su reflejo en el Registro, es que comparezcan todos los interesados en la escritura de manifestación o partición de herencia, es decir, el cónyuge viudo con los herederos *abintestato*. Ahora bien, existen una serie de casos en que no es posible la comparecencia del cónyuge viudo. En tales casos, la solución más adecuada es practicar la inscripción respecto al título y derecho del heredero *abintestato*, aunque no comparezca en la escritura el cónyuge viudo, pero entendiéndolo como derecho del heredero la nuda propiedad, no el pleno dominio, con lo cual

quedará inscrita la nuda propiedad sin mencionar para nada el usufructo del viudo.

En cuanto al título inscribible, entiende que el título sucesorio es la ley directamente, es decir, el propio artículo 250, sin que se dé ninguno de los supuestos del párrafo 1.º del artículo 14 de la Ley Hipotecaria. Esto no debe extrañar, pues hay otros casos en que tampoco se da ninguno de los títulos sucesorios del artículo 14. Así, el codicilo en Cataluña y Navarra, en la institución de las reservas es también la ley el título, sin necesidad de apoyarse el reservatario en ningún título sucesorio voluntario ni en la declaración judicial de herederos. Por eso, en el acta de inscripción del usufructo del cónyuge se dirá que «inscribe su derecho de usufructo por el título del artículo 250 de la Compilación». Respecto a los documentos complementarios, está el testimonio del auto de declaración judicial de herederos *abintestato*. Obsérvese que no es el título sucesorio principal del derecho del cónyuge, pues ya se ha dicho que, conforme al artículo 154 de la Compilación, en los autos de declaración de herederos no debe hacerse reserva de los derechos de los cónyuges. Se trata de un documento complementario, pues acredita la situación de herencia *abintestato*, único supuesto en que opera el legado legal de usufructo del artículo 250.

En cuanto al problema de la entrega del usufructo, estima que no es necesaria tal entrega, pudiendo el cónyuge tomar posesión por sí mismo de su usufructo, conforme al último párrafo del artículo 222 de la Compilación. También es analizado en profundidad el problema de la obligación de inventario por parte del usufructuario del artículo 250 y su relación o no con el problema de la inscripción, inclinándose por la posición negativa. Por último, apunta otra serie de documentos complementarios (solicitud o instancia del cónyuge, certificado de matrimonio, certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad para comprobar que no existe codicilo, capitulaciones u otra disposición *mortis causa* a título singular, etc.).

La última parte del trabajo se refiere a los asientos registrales a practicar a favor de los herederos y del cónyuge, tanto en el caso de que el usufructo del artículo 250 sea de toda la herencia como de la mitad de la misma.

En cuanto al supuesto de usufructo de la totalidad de la herencia, sólo tiene valor de derecho transitorio, pues sabido es que, después de la reforma del Código Civil en el nuevo artículo 944 se llama en la sucesión *abintestato* al cónyuge antes que a los parientes colaterales, con lo que desaparece el supuesto de usufructo universal previsto en el artículo 250 sólo para casos de concurrencia del cónyuge con los colaterales, cosa que ahora ya no es posible.

En cuanto a los asientos registrales a practicar cuando el usufructo del cónyuge es de la mitad de la herencia, se hacen una serie de distinciones. Si por acuerdo de los interesados o por resolución judicial se ha concretado en bienes determinados ese usufructo de la mitad de la herencia, se practicarán los correspondientes asientos de inscripción, en la forma que resulte del título presentado. Ahora bien, mientras el derecho de usufructo sobre la mitad de la herencia permanece en fase de «derecho abstracto», es decir, sin concretarse en bienes determinados, no cabe la inscripción del mismo, planteándose únicamente la posibilidad de tomar

anotación preventiva del número 6.º del artículo 42 de la Ley Hipotecaria. El autor entiende que es aplicable por analogía esta anotación, puesto que se trata de un legado legal de cuota de herencia, y sabido es que al legatario de parte alícuota la Ley Hipotecaria le permite consignar su derecho a través de la vía del número 6.º del artículo 42. Se plantea también el asiento registral adecuado a favor de los herederos *abintestato*, y llega a la conclusión de que, mientras no se concreten sus derechos, cabe la anotación preventiva de derecho hereditario, profundizando en una serie de cuestiones, como la de si cabe que inscriban solamente su derecho de nuda propiedad a través de un asiento de inscripción, así como la cuestión del llamado «usufructo de propietario» o «usufructo en cosa propia», que es el que tienen los herederos en la otra mitad de la herencia.

Termina el trabajo haciendo una defensa de la anotación preventiva de derecho hereditario, sobre la que ha caído el falso tópico de la doctrina de los autores, de que a la misma no se aplican los principios hipotecarios, tópico que el autor trata de superar, para que se fomente la misma como medio de recoger toda una serie de situaciones en que los derechos de los interesados se encuentran en fase de «derechos abstractos», y así se mantenga la concordancia entre Registro y realidad en esta fase que puede llegar a ser relativamente larga. Precisamente para evitar que la anotación de derecho hereditario caduque a los cuatro años, aconseja utilizar la vía que permite el artículo 209, párrafo último, del Reglamento Hipotecario, es decir, la solicitud de que la anotación no caduque.

Para evitar que se piense que el autor todo lo cifra en la anotación preventiva de derecho hereditario, insiste al final en la defensa de los asientos de inscripción, pero que si esto no es posible por estar en la fase de comunidad hereditaria abstracta, cabe esa salida de la anotación preventiva, a la que, frente a lo que entiende la doctrina, sí se le aplican los principios del sistema registral, si bien acomodados a la naturaleza del derecho anotado.

LAS GARANTIAS HIPOTECARIAS DEL LEGADO (Examen de la anotación preventiva de legado), por MARÍA DEL CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA. *Revista Jurídica de Cataluña*, número 2, abril-junio de 1981.

La anotación preventiva reconocida al legatario por el artículo 42 de la Ley Hipotecaria, dice la autora, es una de las pocas garantías que se establecen en favor de aquél, fuera del ámbito del Código Civil. El legado, para los efectos de la Ley Hipotecaria, se configura como un CREDITO CONTRA LA HERENCIA (pues sólo puede acogerse a la garantía representada por la anotación, el legatario que «no tenga derecho según las leyes, a promover el juicio de testamentaria, por lo que, excluido el legatario de parte alícuota, los únicos legados objeto de posible garantía, son el de inmuebles determinados y el de género o cantidad) ORDENADO CON ARREGLO AL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD (pues la Ley Hipotecaria prescinde de la clasificación sustantiva de los legados y atiende sólo al criterio esencial de que el objeto del legado verse o no sobre un bien inmueble). Partiendo de esta hipótesis, la autora desarrolla su trabajo a base de distinguir dos grandes categorías de legados a efectos

hipotecarios, clasificación que no se corresponde con la del derecho sustantivo, a saber: ESPECIFICOS (de bienes inmuebles determinados y de derechos reales no posesorios) y NO ESPECIFICOS (como categoría residual que engloba a todos los anotables no comprendidos en el grupo anterior) La garantía que otorga la ley es distinta en cada caso. En el primero, al aparecer la anotación sobre «los mismos bienes objeto del legado», se crea una reserva de rango, oponibilidad y preferencia frente a cualquier adquirente, acreedor del heredero y frente a los demás legatarios. En los legados no específicos, la anotación preventiva significa la constatación registral de un derecho de separación de bienes concretos de la masa hereditaria; frente al heredero (sus acreedores y adquirentes) una hipoteca legal de seguridad en el bien anotado, y finalmente entre legatarios, una simple preferencia sobre el bien anotado que no altera la gradación de créditos del artículo 887 del Código Civil.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA PROPIEDAD URBANA COMO DERECHO A UN APROVECHAMIENTO MEDIO, por José ANTONIO ALVAREZ CAPEPOCHI. *Revista de Derecho Privado*, marzo de 1981.

A juicio del autor, hay una contradicción manifiesta entre los principios que informaron la Ley del Suelo de 1956 y la efectiva ejecución del planeamiento. En el plano material, la legislación de 1956 fue auténticamente innovadora; pero fracasó en el plano instrumental porque no dispuso de los elementos técnicos necesarios para el desarrollo y ejecución de los principios que planteaba y en particular fracasó el sistema reparcelatorio. Esto hizo que en la de 1975 se parta de una nueva estructuración de la propiedad urbana, de modo que sobre el suelo URBANIZABLE PROGRAMADO, no se reconozca ya una propiedad en su sentido clásico, sino exclusivamente el DERECHO A UN APROVECHAMIENTO ECONOMICO, un valor patrimonial cuya efectividad queda pospuesta a los principios inherentes al desarrollo del planeamiento, cuya obtención se rige por un principio de igualdad proporcional de todos los propietarios, teniendo las autoridades municipales una cuota de participación en el aprovechamiento económico que implique la edificación. El único derecho reconocido al titular de una parcela de suelo urbanizable programado es la distribución equitativa de los beneficios y cargas del planeamiento, derecho que será proporcional a la superficie de las parcelas que se aportan y que impone lógicamente fijar un MODULO compensatorio que ligue la superficie de la parcela con los beneficios anejos a dicha parcela. Este módulo es el aprovechamiento medio.

Examina detenidamente el concepto de aprovechamiento medio, a través de las distintas finalidades que cumple, para concluir con una dura crítica a la nueva normativa, que a pesar de sus propósitos de reforma no representa ningún cambio en la estructura de la propiedad urbana respecto de la legislación anterior. Caracteriza la propiedad urbana como un derecho a un aprovechamiento medio, pero esta caracterización no tiene después el desarrollo necesario de un sistema distributivo.