

Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

EL LLAMADO DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN LA SUCESIÓN TESTADA E INTESTADA.—RECONOCIDO EN EL ARTÍCULO 924 DEL CÓDIGO CIVIL, ES UN SUPUESTO TÍPICO DE LA DENOMINADA VOCACIÓN INDIRECTA, ASÍ LLAMADA PORQUE PRESUPONE LA EXISTENCIA DE OTRA VOCACIÓN, QUE, AUN FALTANDO POR PREMORIENCIA O DEBIENDO CONSIDERARSE RETROACTIVAMENTE INEXISTENTE, SIRVE PARA DETERMINAR EL CONTENIDO MÁXIMO DE LA ATRIBUCIÓN QUE DE UN MODO DIRECTO RECONOCE LA LEY AL «DESCENDIENTE REPRESENTANTE», DE TAL FORMA QUE SUS NOTAS CONSISTEN EN UN SUCEDER POR DERECHO PROPIO—SIN QUE QUEPAN CONTACTOS CON EL «IUS TRANSMISSIONIS»—, SUCESIÓN POR ESTIRPES Y OBLIGACIÓN DE COLACIONAR (ART. 1.038).

PERO ESTE LLAMAMIENTO DIRECTO A SUCEDER, QUE EN FAVOR DE DETERMINADA ESTIRPE O PERSONA REALIZA LA LEY, NO ES INSTITUCIONALMENTE COMPATIBLE CON LA VOCACIÓN TESTAMENTARIA, A LA QUE SE HA PROVISTO DE OTRO MEDIO SIMILAR, CUAL ES LA SUSTITUCIÓN.

ESTA IMPOSIBILIDAD INSTITUCIONAL DE APLICACIÓN DEL DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA, HACE INADMISIBLE EL FUNCIONAMIENTO DIVERSO QUE SE QUIERE INTENTAR DEL «IUS REPRESENTATIONIS», EN LOS TERCIOS DE PARTE LIBRE, LEGÍTIMA Y MEJORA, DE FORMA QUE QUEPA EN ALGUNO DE ELLOS Y NO EN LOS RES-
TANTES.

EXCLUIDO EL PROBLEMA POR LA CASI UNANIMIDAD DE LA DOCTRINA EN LO RELATIVO AL TERCIO LIBRE, RESPECTO AL DE LEGÍTIMA, LOS ARGUMENTOS FAVORABLES A LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE REPRESENTACIÓN, DESCANSAN EN LOS ARTÍCULOS 761 Y 857 DEL CÓDIGO CIVIL, QUE APARTE DE NO REFERIRSE AL SUPUESTO DE PREMORIENCIA, CONDUCIRÍAN AL ABSURDO DE RECONOCER SOLAMENTE, POR VÍA DE REPRESENTACIÓN, A DICHS HEREDEROS FORZOSOS LA LEGÍTIMA ESTRUCTA; Y EN CUANTO AL TERCIO DE MEJORA, LA NO APLICACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN APARECE ACLARADA POR SU NATURALEZA DE DERECHO PERSONALÍSIMO, LA LIBERTAD DE DISPOSICIÓN QUE TAL INSTITUCIÓN ENTRAÑA—MEJORA DE LOS NIETOS EN VIDA DE LOS PADRES—Y, SOBRE TODO, PORQUE LA MEJORA, SI EXISTE, YA NO ES LEGÍTIMA, PROPIAMENTE DICHA, AL DESCANSAR EN LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA, LO QUE—DENTRO DE CIERTOS LÍMITES—LA HACE GOZAR DEL TRATO DE LA PARTE LIBRE, EN LA QUE, COMO YA SE DIJO, LA DOCTRINA ES CASI UNÁNIME EN RECONOCER LA INCOMPATIBILIDAD DE APLICAR EL «IUS REPRESENTATIONIS».

Resolución de 14 de agosto de 1959 («B. O.» de 23 de septiembre).

Doña Pilar Barón Morro otorgó testamento en Valencia el 3 de julio de 1936, ante el Notario don Francisco Barado Ferrer, en cuya cláusula tercera «dice ser viuda de don Manuel Adlert Bañera, único matrimonio contraído y del cual tuvo cuatro hijos, llamados Pilar, Manuel, Celestino y José, este último fallecido, dejando un hijo llamado José Adlert Pérez, nieto de la testadora». Después de ordenar un legado de bienes muebles a favor de su hija Pilar, en la cláusula quinta «iega el resto del tercio libre y la totalidad del tercio de mejora a sus tres actuales hijos, doña Pilar, don Manuel y don Celestino Adlert Barón, por partes iguales»; en la cláusula sexta, en los restantes bienes, derechos y acciones, «instituye por sus universales herederos a sus tres nombrados hijos, que actualmente viven, y en representación de su hijo difunto, a su nieto», quienes adquirirán la herencia por cuartas partes iguales y de libre disposición. Prohibió en la cláusula séptima la intervención de la autoridad judicial en las operaciones de su testamentaria, y «a fin de que esta prohibición tuviese eficacia actual, nombró contador partidador al autorizante o a don Salvador Olmos Chelvi, indistinta-

mente, con cuantas facultades sean necesarias para el cumplimiento de su cometido». El hijo de la testadora, don Celestino Adlert Barón, falleció el 13 de agosto de 1947, dejando de su matrimonio con doña Carmen García González un hijo llamado don Manuel Adlert García; doña Pilar Barón Morro falleció el 16 de mayo de 1949, y don Salvador Olmos Chelvi redactó el cuaderno particional de los bienes relictos por la testadora, en el que consideró legítimo, en representación de su padre premuerto, a don Manuel Adlert García, nieto de la testadora. El expresado cuaderno fué protocolizado por escritura de 10 de octubre de 1949, autorizada por el Notario de Valencia don José María Casado Pallarés.

Presentada en el Registro la primera copia de la escritura anterior con los documentos complementarios, fué calificada con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción del precedente documento por observar en él los defectos siguientes: 1.º No habiendo instituido la causante, doña Pilar Barón Morro, en su testamento heredero a su nieto don Manuel Adlert García, hijo de su hijo don Celestino, fallecido después de otorgado aquél y antes que ella, hay en el mismo preterición de herederos (caso análogo a la omisión de los llamados cuasi póstumos), y por ello no es válida la institución que de ellos hace la causante en el repetido testamento que ha servido de base a la división de la herencia; siendo, por tanto, necesaria la declaración de herederos «ab intestato» hecha por Juez competente, y no teniendo el contador partidador testamentario facultad para decir quiénes son, ni para practicar la división de la herencia. 2.º El derecho de representación no está admitido en la sucesión testada, pues el Código Civil lo regula sólo en la intestada; por ello, el nieto de la causante don Manuel Adlert García, que no está llamado por sustitución en el testamento de su abuela, doña Pilar Barón Morro, no adquiere derecho alguno por dicho testamento y es necesaria la declaración de herederos hecha a su favor por el Juez competente para que lo adquiriera. No puede, por ello, el contador partidador testamentario reconocerle como heredero, ni tiene facultad para practicar la división de la herencia. La anterior nota se toma a petición del presentante.»

Interpuesto recurso por el Notario autorizante de la escritura, la Dirección, con revocación parcial del auto del Presidente de la

Audiencia (que rechazó en absoluto la nota del Registrador), acuerda que procede confirmar el segundo de los defectos consignados en dicha nota, excepto su último inciso, puesto que el partidor puede reconocer al nieto como heredero y practicar, si estuviere dentro del plazo, la división de la herencia, mediante la brillante y docta doctrina siguiente:

Que el objeto del presente recurso se reduce a determinar si, como sostiene el Registrador, la omisión de un nieto en el testamento de la abuela, nacido con anterioridad a la fecha del otorgamiento de la disposición *mortis causa*, pero heredero forzoso por haber premuerto su instituido padre a la causante, origina un supuesto de preterición regulado en el artículo 814 del Código Civil, o si, como afirma el Notario recurrente y el contador-partidor, cabe aplicar el derecho de representación en favor del nieto en lo relativo a los denominados tercios de mejora y legítima, y, en consecuencia, si una vez estimado el supuesto como un caso de preterición, puede oponerse el Registrador a inscribir una partición en la que se reconoce al preterido, a través del acto particional, un *quantum* superior al que le correspondería, previa declaración de herederos, como sucesor intestado.

Que el derecho de representación, reconocido en nuestro Código Civil en el artículo 924 y siguientes, es un supuesto típico de la denominada vocación indirecta, así llamada porque presupone la existencia de otra vocación que, aun faltando por premoriencia o debiendo considerarse retroactivamente inexistente, sirve para determinar el contenido máximo de la atribución que de un modo directo la ley reconoce al «descendiente representante», de tal forma que sus notas características consisten en un suceder por derecho propio—sin que quepan contactos con el «*ius transmissionis*»—, sucesión por estirpes y obligación de colacionar—tal es la imprecisa expresión del Código Civil en el artículo 1.038—no sólo lo recibido del causante, sino también lo que hubiera recibido del denominado «ascendiente representado».

Que el llamamiento directo a suceder que en favor de determinada estirpe o persona realiza la ley no es institucionalmente compatible con la vocación testamentaria, a la que se ha provisto de otro medio similar, cual es la sustitución, sin que una exégesis de

nuestro Código Civil permita amparar una tesis de aplicación común a ambas sucesiones, ya que de los artículos alegados en apoyo de esta pretendida expansión, resulta que el artículo 766 se refiere a herederos voluntarios que premueren al testador o renuncian a la herencia o son incapaces de heredar; el artículo 925 no puede ser aplicado con la simple base de una interpretación gramatical, y, finalmente, el artículo 929, en su remisión a la desheredación, lo único que deja sentado es que, por el cauce de la nulidad de la institución de heredero, podrá darse el derecho de representación en la sucesión legítima.

Que, dada la imposibilidad institucional de aplicación del derecho de representación en la sucesión testamentaria, y rechazados los textos legales en que se pretende fundarlo, no parecen estimables los intentos—repetidos en la doctrina—de hacer posible un funcionamiento diverso del «ius representationis» en los tercios de parte libre, legítima y mejora, de forma que quepa su aplicación en alguno de ellos y no en los restantes, ya que aún pasando por la contradicción que tal postura significa, puesto que la misma lógica institucional exige un tratamiento común, y excluido el problema en lo relativo al tercio libre, por la casi unanimidad de la doctrina, y en ello coinciden el recurrente y el Registrador, tampoco es clara su aplicabilidad a los tercios de mejora y legítima.

Que respecto al tercio de legítima, los argumentos favorables a la aplicación del derecho de representación, descansan en los artículos 761 y 857 del Código Civil, que aparte de no referirse al supuesto de premoriencia, no significan otra cosa que el mero reconocimiento, innecesario sin duda, de la cualidad de herederos forzosos de los hijos del incapaz o del desheredado, estableciendo ambos artículos en común una norma sucesoria ordinaria, y la exclusión del padre en el usufructo y en la administración de los bienes heredados, pero sin que en ningún caso puedan entenderse como sancionadores de la pretendida aplicación, pues ello presupondría no sólo el llamamiento directo de los legitimarios a una cuota de la herencia, que la doctrina parece no admitir en nuestro derecho, sino que conducirían al absurdo de reconocer solamente, por vía de representación, a dichos herederos forzosos la legítima estricta, olvidando que tal atribución es únicamente un mínimo legal y que en el supuesto de preterición, el Código Civil decreta

en su favor la nulidad de la institución de heredero y la apertura de la sucesión intestada con las posibilidades de recibir una cuota mayor.

Que, respecto al tercio de mejora, el problema de la no aplicación del derecho de representación, aparte de resultar prácticamente resuelto por los dos considerandos anteriores, ya que inevitablemente debe merecer la calificación de cualquiera de ellos, además resulta también aclarado por su propia naturaleza de derecho personalmente, por la libertad de disposición que tal institución entraña—mejora de los nietos en vida de los padres—y, sobre todo, porque la mejora, si existe, ya no es legítima propiamente dicha al descansar en la voluntad testamentaria; lo que—dentro de ciertos límites—la hace gozar, en el aspecto que aquí nos interesa, del trato de la parte libre, reduciéndola a un supuesto similar al de aquella en la que de modo casi unánime la doctrina reconoce la imposibilidad de aplicar el derecho de representación.

Que lo expuesto anteriormente conduce a estimar existente, en el caso discutido, un supuesto de preterición regulado en el artículo 814 del Código Civil, y que al no reconocer nuestro cuerpo legal diferentes efectos jurídicos a los supuestos de preterición errónea y preterición intencional—no obstante las razones existentes para la diferenciación—se produce el resultado que dicho artículo sanciona: el de la anulación de la institución de heredero, quedando subsistentes las mandas y mejoras, sin que las razones de tipo meajurídico o de derecho de constituyentes, alegadas por los tratatistas para impedir este resultado a través del derecho de representación, una vez rechazadas por falta de fundamento legal, puedan ser tomadas en cuenta en este recurso—no obstante el fondo sociológico inicialmente acertado de las mismas—, máxime cuando la última reforma de nuestro Código Civil se abstuvo de regular resolver el problema, a pesar de que era, sin duda, conocido por legislador.

Que al declarar nuestro Código Civil subsistentes las mandas y mejoras—siguiendo la línea marcada por la ley 24 de Toro—, procede estimar que premuerto el legatario don Celestino Adlert arón sin tener sustituto, y al no existir especial designación de partes, tiene lugar, según el artículo 982, en relación con el 987 del Código, el acrecimiento de su porción a los restantes colegatarios,

ya que al aplicar en este caso el artículo 985, el contador-partidor olvida que el derecho de acrecer tiene lugar en la mejora, siempre que se den las circunstancias necesarias para ello, puesto que la *ratio* del último precepto citado es evitar que en caso de concurrencia de herederos forzosos con herederos voluntarios puedan éstos, en los casos de repudiación, premoriencia o incapacidad, resultar beneficiados por la porción vacante, con mengua de los derechos legitimarios que a los primeros corresponderían, posibilidad que no se da en el caso a tratar.

Que si bien este Centro directivo tiene declarado que podrán ser objeto de inscripción en el Registro las escrituras de partición en que los herederos instituidos hubieren reconocido a los descendientes del premuerto el derecho que les habría correspondido, si se hubiera abierto total o parcialmente la sucesión «ab intestato», doctrina que concuerda con la sustentada por el Tribunal Supremo, quien en base del artículo 1.059 reconoce la validez de las particiones hereditarias, cuando los interesados hubieren convenido no impugnar la institución, y con la declarada en la Resolución de esta Dirección General de 10 de mayo de 1950, no es menos cierto que para lograr tan saludable efecto ha de ser formalmente expreso el convenio de los herederos, sin que por la sola falta de impugnación haya de presumirse tal reconocimiento y deba considerarse inscribible la partición defectuosa hecha por el contador, a no ajustarse a la ley, sin que sea necesario apurar las consecuencias de la preterición al surgir, en nuestro supuesto, con posterioridad a otorgamiento del testamento, y dado que si prosperase la nulidad de la institución de herederos afectaría sólo a la legítima estricta en cuanto el causante distribuyó el resto del caudal hereditario en legados, ni negar las facultades que corresponden al contador—aunque cuando sea necesaria la declaración de herederos «ab intestato» favor del nieto—, ya que los derechos hereditarios se transmiten desde la muerte del causante por este solo hecho y el de la aceptación expresa o tácita de la herencia.

Con motivo de la Resolución de 10 de mayo de 1950 (1), hubimos de aludir al problema que tan diáfana como acertadamente, a nuestro modesto parecer, decide por la presente nuestro Ilustrado Centro (éste del llamado derecho de representación en la sucesión testada), siguiendo las directrices, allí expuestas, de Ramón María Roca Sastre; y aunque bien pudiera decirse que la cuestión estaba ya resuelta por la notable sentencia de 6 de diciembre de 1952 (2), es de justicia consignar que con la presente Resolución se matiza y completa aquélla.

Poco, pues, cabría añadir a tan doctas decisiones, pero como en las mismas se alude a otros problemas, a ellos, con la brevedad que es norma de estas notas, nos vamos a referir.

Así, por ejemplo, cuando con motivo de expresarse en la sentencia la inseguridad de la base del artículo 766 del Código Civil para la decisión del pleito, se marcan las diversas trayectorias de los derechos de *transmisión y representación*, queremos resaltar aquí nosotros el juego de aquéllos, tan diáfananamente expuesto, por el profesor Albaladejo (3), cuando escribe que así como el fundamento de la sucesión *iure representationis* es la protección de la familia del representado, siendo la razón por la que se establezca una excepción a la *successio gradum*, excepción limitada a favor de los hijos del representado, el fundamento de la sucesión *iure transmissionis* está en que al suceder *mortis causa* se reciben del sucedido sus derechos transmisibles *mortis causa* y, entre ellos, el *ius delationis*, lo cual no es como en el caso anterior una excepción a un principio, sino la aplicación de las normas sobre la transmisibilidad de los derechos; de aquí que la sucesión *iure transmissionis* se extiende en favor de cualquier sujeto, y no sólo en favor de los hijos del transmitente, y la diferencia clave de que en la sucesión *iure representationis* sólo hay un causante y un suce-

(1) Páginas 602 a 608 de esta Revista de igual año. Roca, como en sus *Estudios de Derecho Privado*, allí citados, se pronuncia por la improcedencia del derecho de representación en la sucesión testada en sus notas a Kipp (Tratado de Inneccerus), pág. 141, t. V, 1.º

(2) Puede verse esta sentencia y un erudito comentario a la misma de donet Ramón, en «Revista de Derecho Privado», págs. 123 a 127, 1953.

(3) La sucesión «iure transmissionis», «Anuario Derecho Civil», t. V, fascículo III, pág. 960.

sor, mientras que en la *iure transmissionis* hay dos causantes y dos sucesores (4).

Se habla en la Resolución que nos ocupa de la denominada *vocación indirecta*, de la que se afirma es un supuesto típico el derecho de *representación*.

Señala García-Bernardo Landeta (5), con acierto, al referirse a su manifestación en la sucesión testamentaria, mediante la fórmula de la sustitución vulgar, que dicha vocación habrá de sujetarse a los límites derivados de las restricciones a la libertad de testar a favor de los legitimarios; por lo que sería inoperante la sustitución de un legitimario por sus descendientes en el tercio de legítima, si el designado directamente *repudia* la herencia, sustitución que, sin embargo, es eficaz en el tercio de mejora y en el libre (cfr. arts. 929 y 981 del Código Civil).

Cuando estima existente en el caso debatido nuestro Organismo rector el supuesto de preterición, hace referencia a los efectos jurídicos que la *errónea* y la *intencional* debieran producir, que con la claridad y el buen sentido que le caracterizan pone de relieve Roca Sastre (6). El artículo 814—escribe—no distingue entre *preterición errónea* (u omisión involuntaria de legitimarios) y *preterición intencional*, pues como declara la sentencia de 17 de junio de 1908, puede la preterición ser debida a ignorancia de que existiera el legitimario omitido, u a olvido o propósito de burlar los derechos que la ley concede al preterido. Al atribuir la ley el mismo efecto a ambos tipos de preterición, equipara dos cosas verdaderamente diferentes. Lo lógico sería que así como la preterición intencional solamente debiera producir el efecto de dejar a salvo la legítima del preterido—al igual que en la desheredación injusta que en el fondo es una preterición intencional expresa—, en cambio, la preterición errónea debiera dejar totalmente sin efecto el testamento análogamente a lo que se establece en la revocación de

(4) Sobre tales diferencias, véase también R. 22-XII-1949 y nuestra nota a la misma en esta Revista. pág. 268 a 275. 1950.

(5) «Designación *mortis causa*; vocación hereditaria, y adquisición automática», «Revista de Derecho Notarial», núm. abril-junio 1959, págs. 118 a 131. Es muy interesante la exposición que de la doctrina italiana sobre la representación y vocación indirecta hace García-Bernardo, el cual, siguiendo a Gionfridi, emplea el vocablo «designación», por creerlo más técnico, y puesto que la «vocación», v «stricto sensus», es siempre directa.

(6) Anotaciones a Kapp, pág. 237, t. V, 2.º

donaciones por supervivencia o superveniencia de hijos. Con la postura del Código de anular, incluso en éste segundo caso, exclusivamente la institución de heredero, dejando subsistentes los legados y mejoras en cuanto no fueren inoficiosos, puede darse el resultado que un padre por creer equivocadamente que uno de sus hijos ha muerto lo omita en su testamento y distribuya en consecuencia en éste su herencia, o gran parte de ella, en legados y mejoras a favor de sus restantes hijos, encontrándose dicho hijo preterido por error, reducido su derecho a poder únicamente reclamar su legítima estricta (cfr. sentencia de 2 de julio de 1904). No es más grave que esto cuando dicho hijo preterido es único y los legados están ordenados a favor de personas extrañas (7).

Después de señalar el juego que, por la premoriencia de un legatario sin tener sustituto, tienen en el caso discutido los artículos 982 y 987 del Código, continúa la Dirección en la Resolución que se analiza ratificando su postura de la validez de las particiones, en donde los herederos instituidos reconocen a los descendientes del premuerto el derecho que les habría correspondido, si se hubiera abierto total o parcialmente la sucesión «ab intestato» (cfr. Resolución de 10 de mayo de 1950, al principio citada), «aunque para lograr tan saludable efecto—se añade—ha de ser formalmente expresado el convenio de los herederos, sin que por la sola falta de impugnación haya de presumirse tal reconocimiento».

Y ratificando las facultades que los contadores tienen en cuanto a interpretaciones testamentarias (véase Resolución de 17 de diciembre de 1955), y, por tanto, para reconocer al nieto como heredero, ello es en este caso—termina—, mediante la oportuna declaración judicial «ab intestato» a favor del mismo.

(7) No obstante la certeza y bondad de lo expuesto, cabe pensar que, dados sus antecedentes romanos, de que el mismo Roca nos habla (pág. 175, t. V, 1.º, ob. cit.), en donde se distinguía la preterición intencional, la desheredación injusta y la omisión errónea de legitimarios, no pasase la cuestión al articulado por desconocimiento u olvido de los redactores del Código, sino que éstos, por los conflictos que una y otra preterición, la intencional y la errónea, en su distinción y dificultad de prueba pudieran ocasionar, deliberadamente las silenciaron. Por otra parte, si del contexto del testamento resultase claramente una *preterición errónea*, cabría acudir, como indica el repetido Roca, a la doctrina general del art. 673, que aunque no alude al error como causa de invalidación testamentaria, es fundado concederle relevancia jurídica (pág. 173, igual tomo, obra citada).

EL RECONOCIMIENTO POR EL PROPIETARIO DE UNA FINCA DE QUE LA BARANDILLA COLOCADA EN PARED PROPIA NO IMPLICA SERVIDUMBRE A SU FAVOR QUE GRAVE EL PREDIO CONTIGUO, HA DE ESTIMARSE INOPERANTE PARA EL REGISTRO, PORQUE NO ALTERA EL MODO DE SER NORMAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD, QUE ES NATURALMENTE LIBRE, SIN MÁS LIMITACIONES QUE LAS ESTABLECIDAS EN LAS LEYES.

Resolución del 1 de agosto de 1959 («B. O.» de 19 de septiembre).

Doña A. A. C., dueña de una finca urbana, sita en la avenida del Valle, número 36, de esta capital, otorgó el 8 de agosto de 1956, ante el Notario don Alejandro Santamaria Rojas, escritura pública de «reconocimiento de libertad de servidumbre», en la que se hace constar que la existencia de una barandilla colocada alrededor de una azotea, en el linde con la finca contigua «no constituirá en ningún caso y tiempo servidumbre de vistas sobre el repetido inmueble de la avenida del Valle, número 34 y 34 duplicado, ni impedirá, por tanto, al dueño o dueños, sean quienes fueren, en cualquier momento que lo tengan por conveniente, levantar a lo largo de dicha linde, pared o muro que impida la vista que hoy permite dicha barandilla.

Manifiesta la señora compareciente su deseo, y así lo ruega al Registrador de la Propiedad de Occidente de esta capital, que la declaración y reconocimiento precedentes se inscriban en los libros del Registro, tanto por lo que respecta a la finca descrita en el apartado 1.º, como a la que lo ha sido en el apartado 2.º de esta escritura.

Presentada en el Registro primera copia del anterior documento, fué calificado con la siguiente nota: «No admitida la inscripción del precedente documento, porque el acto que comprende no es inscribible».

Interpuesto recurso, la Dirección ratifica el Auto presidencial, confirmatorio de la nota del Registrador, mediante la ajustada doctrina siguiente:

Que en este recurso se plantea la cuestión de si puede inscribirse en el Registro una escritura en la que la dueña de un inmueble declara que la colocación de una barandilla en terraza propia no podrá utilizarse en ningún caso y tiempo, para constituir una servidumbre de vistas sobre el fondo contiguo.

Que el Registro de la Propiedad es una institución que tiene por objeto la inscripción del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, es decir, de aquellos derechos subjetivos que confieren a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa y que a la vez imponen a todos un deber de respeto o abstención, y por eso, el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, en su párrafo 2.º, declara inscribibles los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan esta clase de derechos, inspirándose en el criterio de *numerus apertus*, desarrollado por el artículo 7.º del Reglamento, aunque circunscrito a los pactos que tengan transcendencia real.

Que el Registrador, como funcionario a quien compete el derecho y el deber de calificar, ha de discriminar entre los actos que pretenden inscribirse los derechos y figuras jurídicas que tengan carácter real según la ley, y aquellos otros pactos o estipulaciones de naturaleza obligacional que sólo producen efectos inter partes y que si tuvieran acceso al Registro desnaturalizarían la institución, criterio tradicional en la legislación, jurisprudencia y doctrina española, que también aparece ratificado por la Ley de Reforma de 1944, que en su artículo 98 establece la exclusión del Registro de todo derecho de índole personal.

Que la propiedad, derecho de gozar y disfrutar de las cosas, es naturalmente libre, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes y lo que ha de determinarse cuando exista, son únicamente sus restricciones o limitaciones, no las mismas facultades que integran el propio derecho de dominio y, en consecuencia, el reconocimiento por el propietario de una finca de que la barandilla colocada en pared propia no implica servidumbre a su favor que grave el predio contiguo, ha de estimarse como inoperante para el Registro, porque no altera el modo de ser normal del derecho de propiedad, ya que aunque se estimase servidumbre de carácter negativo, el plazo para su adquisición por prescripción no podrá co-

menzar a contarse, según el artículo 538 del Código Civil, hasta el día en que se prohíba por acto formal al dueño del predio sirviente la ejecución de aquello que le hubiera sido lícito realizar de no existir la servidumbre.

Que la escritura calificada no configura un derecho que reúna los requisitos y caracteres de los derechos reales sobre cosa inmueble, sino más bien contiene una declaración unilateral obligatoria sin trascendencia real que para ser inscrita al amparo del criterio de amplitud admitido por el artículo 7.º del Reglamento Hipotecario, tropieza con la reiterada doctrina de la jurisprudencia de este Centro, que no autoriza a constituir cualquier relación jurídica inmobiliaria con el carácter y efectos de derecho real y, por tanto, se ha de declarar que no es inscribible la escritura calificada.

Aunque el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, en su número segundo, sigue en materia de derechos reales limitados el criterio de *numerus apertus*, tiene declarado reiteradamente el Centro Directivo que «la doctrina condensada en dicha frase no autoriza la constitución de cualquier relación jurídica inmobiliaria con el carácter y los efectos de un derecho real».

Es por lo que pudo escribir con toda precisión en estas páginas el culto Registrador, don José Servat, que «puede afirmarse que sólo gozan *a priori* de la protección de la fe pública y de todas las ventajas del sistema los derechos reales reconocidos, catalogados y regulados por el Derecho positivo», con lo que, en realidad, como afirma Roca, en el fondo, siga aquel el criterio del *numerus clausus*.

Lo expuesto puede aplicarse, como dice nuestro Ilustre Centro, en el 2.º de sus Considerandos (*in fine*), «a los pactos que tengan trascendencia real», y ha sido consagrado indirectamente por el artículo 98 de la misma ley en cuanto establece la exclusión del Registro de todo derecho de índole personal (Considerando 3.º), que por otra parte y si en este caso se considerase servidumbre de carácter negativo la manifestación de la dueña del posible predio dominante, el plazo para su adquisición por prescripción no podría comenzar a contarse, según el artículo 538 del Código Civil, hasta

el día que se prohiba por acto formal al dueño del predio sirviente la ejecución de aquello que le hubiese sido lícito realizar de no existir la servidumbre (Considerando 4.º).

Véase

SERVAT ADUA: *Derechos Reales y Pactos sin trascendencia real*, «R. C. D. I.», 1948, págs. 763 y sigs.

ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, t. II. edic. V, págs. 202 y sigs.

ACEDO: *Derechos Reales innominados*, «R. C. D. I.», núm. julio-agosto, 1959.

FAIRÉN: *Derechos Reales y de Crédito* (apuntes dogmáticos para el estudio de su distinción), «R. D. N.», núm. enero-marzo y abril-junio, 1959.

GINÉS CÁNOVAS COYTIÑO.

Registrador de la Propiedad.