

## Jurisprudencia de la Dirección de los Registros y del Notariado

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. NO PROCEDE PRACTICARLA SOBRE BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL DESPUÉS DE DISUELTA ÉSTA POR FALLECIMIENTO DE LA MUJER, PLENAMENTE ACREDITADO MEDIANTE EL ASIENTO DE PRESENTACIÓN DE LA ESCRITURA DE DIVISIÓN DE LA HERENCIA DE AQUÉLLA, AUNQUE POSTERIOR AL DEL MANDAMIENTO DE EMBARGO POR DEUDAS DEL MARIDO.

*Resolución de 16 de enero de 1941. (B. O. de 30 de enero.)*

Entablada demanda en juicio declarativo de menor cuantía por doña Esperanza Delgado Sanz, representada por el Procurador don Manuel Muniesa Mateos, contra don Pedro Estecha de la Osa, sobre reclamación de 17.525,45 pesetas de principal, intereses legales y costas, importe de piensos que le había vendido, se decretó embargo preventivo sobre los bienes del demandado en cantidad suficiente para asegurar el total de la reclamación, embargándose, como de la propiedad del deudor, a más de muebles y semovientes, una casa, sin número, sita en Chamartín de la Rosa, con fachada a la calle de la Madre Aristegui.

Presentado mandamiento por duplicado en el Registro de Colmenar Viejo, que motivó el asiento de presentación número 1.077, del Diario 65, puso su titular la siguiente nota: "Denegada la anotación preventiva de embargo a que se refiere el anterior mandamiento, porque la finca que comprende, según el Registro, la adquirió el deudor, don Pedro Estecha de la Osa, por compra en estado de casado con doña Ciriaca Tornero Denche, apareciendo inscrita a su

favor por ese título, en cuanto a la superficie de 800 metros cuadrados, sin que lo estén los otros 14,66 metros cuadrados y haber fallecido dicha señora en 21 de noviembre de 1930, según la escritura de partición de bienes otorgada el 3 de abril último, ante el Notario de Madrid, don Tomás del Hoyo, presentada en esta oficina al número 1.078. Diario 65, con fecha 30 del próximo mes de abril, en la que se adjudica a sus hijos y herederos la finca de referencia, no estando, por tanto, en el momento de embargarse, en el patrimonio del expresado deudor, contra el cual tan sólo se dirige la acción por la acreedora."

Interpuesto recurso gubernativo, la Dirección, confirmando el auto presidencial, que ratificó la nota del Registrador, declara lo siguiente:

Que según resulta de la respectiva inscripción, y no niega el recurrente, la finca embargada fué adquirida por el demandado, a título oneroso, durante su matrimonio, por el cual, con arreglo a lo prevenido en el número primero del artículo 1.401 del Código civil, es ganancial.

Y que si bien el marido, como representante legal de la sociedad conyugal, puede disponer de los bienes gananciales y, por lo tanto, subsistente el matrimonio, sería anotable el embargo de tales bienes decretado en autos seguidos exclusivamente contra él, no procede, según reiterada doctrina de este Centro directivo, practicar la anotación después de la disolución de dicha sociedad por el fallecimiento de la mujer—en el caso del recurso, plenamente acreditado en el Registro mediante el asiento de presentación que se cita en la nota calificadora y ocurrido más de cinco años antes de haberse efectuado el embargo para garantizar el cumplimiento de obligaciones quizá contraídas por el demandado en estado de viudo—; porque desde la muerte de la mujer, cesa la representación de la sociedad conyugal que la Ley confiere al marido y, en su consecuencia, los acreedores que intenten hacer efectivos sus derechos, no sobre bienes privativos de aquél, sino sobre bienes gananciales, deben dirigir su acción contra el marido y los herederos de la mujer, cuyo interés directo en el procedimiento judicial es indudable

Pueden consultarse las resoluciones de 29 de abril de 1902, 22 de septiembre de 1904, 26 de julio de 1907, 27 de junio de 1916 y 4 de noviembre de 1926.

PRETERICIÓN. LOS DESCENDIENTES DENOMINADOS "CUASI PÓSTUMOS". ES DECIR, NACIDOS DESPUÉS DEL TESTAMENTO Y ANTES DE LA DEFUNCIÓN DEL CAUSANTE, TIENEN IGUALES DERECHOS QUE LOS DEMÁS DESCENDIENTES—O SEA LOS QUE VIVIERAN AL OTORGARSE EL TESTAMENTO O NACIDO DESPUÉS DE MUERTO EL TESTADOR—QUE SE CITAN EN EL TEXTO DEL ARTÍCULO 814 DEL CÓDIGO CIVIL. NUESTRA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA—EN CONCORDANCIA CON LA RESTANTE—REQUIERE LA EXISTENCIA DE UN TÍTULO BASADO EN LA VOLUNTAD EXPRESA DEL "DE CUJUS", O, EN SU DEFECTO, UNA DECLARACIÓN JUDICIAL EN QUE SE RECONOZCA EL DERECHO A SUCEDER A UNA PERSONA.

*Resolución de 24 de enero de 1941. (B. O. de 7 de febrero.)*

Ante el Notario de Logroño don Enrique Mora Arenas, otorgó, en 13 de septiembre de 1922, testamento don Serafín Pozueta Díaz, en el cual, después de declarar que era hijo de don Gregorio, difunto, y de doña Teodora, y que estaba casado en únicas nupcias con doña Mercedes Fernández González, de cuyo matrimonio no tenía sucesión, se consignó la segunda y última cláusula siguiente: "Reconoce a su expresada madre, doña Teodora Díaz, la legítima que le señala el vigente Código civil, o sea la mitad de la herencia, y en el remanente de sus bienes o en la totalidad de ellos si su expresada madre fallece antes que el testador o no quiere o no puede heredarle, instituye heredera en pleno dominio a su dicha esposa, doña Mercedes Fernández y González.

Premuerta la madre del testador a éste, y nacido el 7 de marzo de 1930 un hijo del mismo y de su esposa, sobrevino el óbito de dicho testador el 22 de noviembre de 1936, sin que hubiese otorgado otra disposición de última voluntad. Contraídas segundas nupcias por la viuda con don Federico García Sánchez, y perdida por la misma la patria potestad sobre su menor hijo, fué designado tutor de éste su abuelo materno, don Aquilino Fernández García.

Con estos antecedentes, y asistida doña Mercedes Fernández González de su marido, quien le concedió la correspondiente licencia marital, y juntamente con el nombrado tutor, facultado por el respectivo Consejo de familia, el cual, además, aprobó su gestión, otorgando el 12

de septiembre de 1939, ante el Notario de Madrid don Florencio Porpeta Clérigo, una escritura de aceptación de herencia de don Serafín Pozueta Díaz y protocolización de operaciones particionales, en las que se hizo constar que todos los bienes inventariados eran gananciales por haber sido adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, y, en su consecuencia, previa rebaja de 1.509,65 pesetas para pago de deudas, se adjudicó la mitad a la viuda en pago de su haber en la sociedad conyugal; y la otra mitad, teniendo en cuenta que la madre del testador había fallecido y que había nacido un hijo del matrimonio a quien no se puede desheredar sin justa causa, se distribuyó en la forma siguiente: al hijo, en pago de sus derechos legitimarios, un tercio en pleno dominio y otro tercio en nuda propiedad, cuyo usufructo se asignó a la viuda en pago de su cuota legal; y a la cual, además, se adjudicó el tercio restante, en pleno dominio, con arreglo al testamento, por estimarlo subsistente en este extremo.

Presentada primera copia de dicha escritura en el Registro de Occidente, de Madrid, se extendió a continuación de la misma la siguiente nota: "Denegada la inscripción del documento que antecede por no ser válida después del nacimiento del hijo la institución de herederos hecha en el testamento que sirve de base a la liquidación de la herencia. Adolece, además, del defecto subsanable de no justificarse la declaración de herederos ab-intestato hecha por el Juzgado competente, que es sólo con arreglo a la cual ha de verificarse la partición."

Interpuesto recurso gubernativo por el Notario autorizante de la escritura al efecto de que se declarase ésta extendida con arreglo a las formalidades legales, la Dirección, confirmando el auto del Presidente de la Audiencia, que ratificó la nota del Registrador, ha expuesto lo siguiente:

Que al examinar en la teoría y en la legislación el interesante problema de los efectos que debe producir la omisión en testamento de los herederos forzosos, se observan disparidad de opiniones en los tratadistas españoles y extranjeros, así como diversidad de soluciones en las leyes de los distintos países, limitándose unas a conceder a tales herederos el derecho a exigir sus legítimas en todos los casos en que el causante no los menciona ni los deshereda; subordinando otras la mayor o menor eficacia de la institución hereditaria a la circunstancia de que el causante tenga o no conocimiento de la existencia de los herederos no nombrados en el momento de declarar su última volun-

tad; y prescribiendo algunas la nulidad de dicha institución y hasta del testamento e imponiendo la apertura de la sucesión intestada, bien sólo en cuanto a la porción del haber legitimario correspondiente a los herederos preteridos, bien respecto a todo el caudal relicto.

Que según el primer párrafo del artículo 814 del Código civil, "la preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento o sea que nazcan después de muerto el testador, anulará la institución de heredero; però valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas"; y como en el párrafo transcrito no se incluye explícitamente a los descendientes denominados "cuasi póstumos", es decir, nacidos después del testamento y antes de la defunción del causante, es ineludible determinar si, según se declaró en la Resolución de la Sección de Registros del Ministerio de Ultramar de 30 de octubre de 1896, la omisión de los mismos en el testamento debe producir iguales efectos que la de los demás descendientes.

Que—sin necesidad de investigar si en el proyecto del Código civil de 1851, que sirvió de base al actual, en vez de la frase "sea que nazcan después de muerto el testador", figuraba la de "sea que nazcan después, aun muerto el testador", por lo cual algún comentarista afirma que se ha padecido una errata en el precepto vigente—abonan la interpretación favorable a conceder iguales derechos a unos y a otros descendientes los siguientes motivos: que no hay fundamento doctrinal justificativo de la diferencia de derechos entre hijos póstumos y "cuasi póstumos" ni que haga de peor condición a éstos que a los otros hijos respecto a su participación en la herencia de los padres; que la revocación de donaciones por supervivencia de hijos, establecida en el artículo 644 del Código civil, no es más justa que la revocación, por igual causa, de la institución hereditaria; que el mismo artículo 814 dispone, sin hacer distinciones, que si los herederos forzosos preteridos fallecieren antes que el testador, la institución surtirá efecto, de lo cual se infiere que si sobrevivieren a éste, la institución será nula; que la falta de previsión al dictar el testamento no debe perjudicar a los descendientes "cuasi póstumos"; y que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, donde existe la misma razón debe aplicarse igual norma jurídica.

Que las disposiciones de nuestra Legislación Hipotecaria reguladora de la forma y del fondo de las inscripciones, concordantes con las

reglas de la restante legislación, requieren la existencia de un título basado en la voluntad expresa del "de cujus", o, en su defecto, en una declaración judicial hecha por autoridad competente, en que se reconozca auténticamente el derecho a sucederle, y en el caso del presente recurso, el hijo "cuasi póstumo" ni está instituido heredero en testamento ni está judicialmente declarado heredero ab-intestato, por lo cual el documento presentado en el que no se le adjudica todo lo que debía percibir en el caso de nulidad de la institución hereditaria, adolece del segundo defecto consignado en la nota calificadora.

Que si bien en algunas resoluciones de este Centro Directivo, invocadas por el recurrente, se aplicaron con cierta amplitud y con el plausible propósito de evitar dilaciones y gastos los insuficientes preceptos legales relativos a los efectos de la preterición de descendientes, debe tenerse en cuenta que en uno de los casos que las motivaron, la mujer instituida heredera por su marido renunció todos sus derechos a la herencia en favor de los hijos preteridos, habidos de su matrimonio con el causante; y en este caso, y en los demás a que se contraen las aludidas resoluciones, los interesados formalizaron las operaciones divisorias partiendo del acuerdo de reputar nula la institución de herederos y reconocieron a los descendientes el mismo derecho que si se hubiese abierto la sucesión intestada, antecedentes de notoria trascendencia jurídica y moral que no se dan en el presente recurso.

Y que el Consejo de familia—cuyo modo de apreciar el derecho del menor a la herencia de su padre estimó inaceptable el Presidente de la Audiencia, y este extremo es el principal apoyo de la decisión apelada, en la cual se ponen de relieve que la tutela y la protutela están ejercidas, respectivamente, por el abuelo materno y el padrastro—se avino a mantener la eficacia parcial de la institución hereditaria y a asignar a la viuda, privada de la patria potestad por ulteriores nupcias, no sólo el usufructo del tercio de mejora, sino, además, el pleno dominio del tercio de libre disposición, procedimiento que no sería lícito en el supuesto de reconocer la nulidad de la institución hereditaria, porque en tal caso este tercio correspondería al único hijo del causante.

Llamamos la atención sobre la importancia de la Resolución cuyos Considerandos hemos copiado a la letra.

La Dirección, de una manera irrevocable, se pronuncia por la nulidad de la institución hereditaria para todo supuesto de preterición de

descendientes. Y al no estimar correcta la amplitud con que ciertas Resoluciones anteriores alegadas por el Notario recurrente mitigaron—para evitar gastos y dilaciones—los efectos de la preterición, infiere que—en su juicio—, supuesta ésta, no cabe acuerdo alguno entre instituido y preterido u órgano representativo de éste—aquí el tutor con el Consejo de familia—en las operaciones de testamentaria y división de herencia. Una suerte de resolución “*ex tunc*” se opera. La declaración de herederos se impone. Puede—y debe—exigirla el Registrador. Con ello casi era innecesario el último Considerando, de fisonomía más sentimental y moral que de consistencia jurídica.

Nada se dice, en cambio, en cuanto a lo argumentado por el Notario—técnica y estilo en defensa de su posición—sobre la necesidad de que sean los Tribunales los que declaren la nulidad de la institución hereditaria. Aunque se desprende—categóricamente—, no es precisa.

Pero esto nos aboca a la posición del Registrador en su facultad calificadora de las disposiciones testamentarias. ¿Hasta dónde llega? ¿El consentimiento de los interesados dando por válidas las cláusulas de un testamento nulo en operaciones de testamentaria impide el que sean éstas rechazadas por el Registrador?

Viejo problema tratado por distintas Resoluciones, que resucita.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO.

Registrador de la Propiedad.