

Resolución de la DGRN de 13 de junio de 1950

Excmo. Sr.: En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Guernica y Luno, don Sebastián de Gabiola y Milicúa, contra la negativa del Registrador de la propiedad de Durango a inscribir una escritura de manifestación de bienes, cesión y donación, pendiente en este Centro en virtud de apelación del recurrente;

Resultando que don Juan Albóniga Garay falleció intestado el 6 de noviembre de 1934, en estado de casado con doña Marcelina Inunciaga Altamira; que en virtud de auto dictado por el Juez de Primera Instancia de Guernica, fueron declarados herederos abintestato del finado, por partes iguales, sus cuatro hijos don José Luis, don Juan, don Félix Víctor y don Daniel Albóniga e Inunciaga, salvo en la parte comunicada a su esposa y madre de éstos, doña Marcelina Inunciaga Altamira; que por escritura otorgada ante el Notario de Guernica y Luno, don Sebastián de Gabiola y Milicúa, el 28 de diciembre de 1946, doña Marcelina Inunciaga y sus tres hijos don José Luis, don Juan y don Daniel, éste de diecinueve años de edad, emancipado por concesión materna, y los otros dos mayores de edad, manifestaron que al consorcio conyugal pertenecía una Casería llamada Munurrutu o Munurrutu-erdicúa, sita en Ibarri, con sus pertenencias y agregados, adquirida por compra hecha por el marido; que disuelto con hijos el matrimonio referido y por ser aplicables a ambos cónyuges las disposiciones del Fuero de Vizcaya, se había operado la comunicación de bienes que establece la Ley del título XX, por lo que correspondió la mitad indivisa de la Casería a la viuda, por título de comunicación foral, y la otra mitad indivisa a sus cuatro hijos, por herencia paterna; que en el título se contienen las siguientes estipulaciones: "Primera. Doña Marcelina Inunciaga y sus hijos don José Luis, don Daniel y don Juan Albóniga, manifiestan la finca descrita, como único integrante del haber de la disuelta sociedad conyugal de doña Marcelina Inunciaga Altamira con el finado don Juan Albóniga Garay.– Segunda. Doña Marcelina Inunciaga se adjudica por título de comunicación foral, la mitad indivisa de la referida finca y solicita que tal participación se inscriba a su nombre en el Registro de la Propiedad de Durango.– Tercera. Don José Luis, don Daniel y don Juan Albóniga Inunciaga aceptan pura y simplemente la herencia causada por su padre, y a título de herederos del mismo se adjudican a cada uno la cuarta parte de la restante mitad indivisa de la referida finca, solicitando del señor Registrador de la propiedad de Durango, que así lo haga constar mediante la extensión de los asientos oportunos.– Cuarta. Don Juan y don Daniel Albóniga Inunciaga, ceden a su hermano don José Luis Albóniga Inunciaga la participación que a cada cedente le corresponde en la herencia intestada de su difunto padre don Juan Albóniga Garay"; y que doña Marcelina dona a don José Luis Albóniga la mitad indivisa de la Casería que anteriormente le ha sido adjudicada;

Resultando que presentada primera copia de la escritura, en unión de los documentos complementarios correspondientes, en el Registro de la propiedad de Durango, causó la siguiente nota: "Inscrito el precedente documento en cuanto a la

mitad indivisa de la finca adquirida por la viuda doña Marcelina Inunciaga Altamira por comunicación foral y donada al hijo don José Luis Albóniga Inunciaga, al tomo 129 del archivo, libro 4.º de Ibarruri, folio 233 vuelto, finca 205, inscripción 5.ª, y suspendida la inscripción en cuanto a la otra mitad indivisa de la finca que corresponde a la herencia del causante, por el defecto, al parecer subsanable, de no concurrir al otorgamiento de la escritura el heredero don Félix Víctor Albóniga Inunciaga, contra los dispuesto en el art. 83 del Reglamento Hipotecario";

Resultando que el Notario autorizante interpuso recurso gubernativo contra la nota calificadora, solicitó que se declare inscribible la escritura y alegó: que no aparece claro si la donación fue o no inscrita a favor del donatario; que, en caso negativo, no se concibe que el titular inscrito de un derecho de dominio no pueda disponer del mismo, conforme a los artículos 348 y 349 del Código civil y 1, 2, 3, 20 y 38 de la Ley Hipotecaria, aunque la adquisición del derecho haya tenido lugar por comunicación foral vizcaína, según reconoce el Considerando último de la Resolución de este Centro directivo de 19 de septiembre de 1891; que el Registrador estima que no se comunica foralmente, sino que se hereda, la mitad correspondiente a los hijos del causante, por lo que es preciso el concurso de todos; que el texto de la Ley 1ª, título XX del Fuero es claro, en cuanto no se refiere a herencia, sino a comunidad, hermandad y compañía y donde la Ley no distingue no se debe distinguir, así como donde hay la misma razón debe ser aplicable la misma disposición jurídica, según varias Sentencias del Tribunal Supremo que cita; que algún reputado tratadista consigna que la mayoría de los foralistas vizcaínos entiende que el nacimiento de la comunicación foral tiene lugar al morir con hijos alguno de los cónyuges, doctrina que ratifica la Resolución de 10 de febrero de 1928; que la clave de la comunicación foral está en que vivan los hijos al morir alguno de sus padres, pues sin aquéllos podrá haber herencia pero no comunicación, y si hay comunicación no puede haber herencia, interpretación que confirma la Resolución de 28 de abril de 1890, al declarar que, la inscripción de la mitad de los bienes de la comunidad foral a favor de los hijos y de la otra mitad a favor del cónyuge viudo, no es necesaria la previa liquidación de la sociedad conyugal, ni la correspondiente adjudicación al disolverse el matrimonio; que la Resolución de 19 de septiembre de 1891 declara condueños de todos los bienes al cónyuge superviviente y a los descendientes legítimos, quienes pueden desde luego disponer de los bienes, porque la comunidad foral crea un estado de derecho en el modo de ser de la propiedad, según el que, por ministerio del Fuero, se lleva a cabo una modificación importante, que debe reflejar en el Registro; que el cónyuge viudo y los hijos, en el caso de este recurso, adquieren por sí, sin traer causa de nadie, porque la comunicación foral, como afirma un autorizado tratadista, es un título de dominio, o mejor un modo de adquirir la propiedad, singular, especialísimo, por ministerio de la Ley, de acuerdo con el art. 609 del Código civil; que el Registrador, al inscribir la mitad correspondiente al cónyuge viudo, así lo reconoce, puesto que dicha mitad tiene el mismo origen y procedencia que la otra mitad perteneciente a sus hijos: que si en la escritura se dice que los hijos adquieren por título de herencia, esto no tiene más alcance que que ajustarse a una práctica notarial que pone en

consonancia el texto de la escritura con la declaración judicial de herederos abintestado, medio el más adecuado para fijar el número y personalidad de los hijos, pero nunca para crear un título innecesario, ni para desvirtuar el único y legítimo título de comunicación foral, frente al cual no debe aducirse ningún otro (artículos 4, 5, 1.284, 1.285, 1.286 y 1.288 del Código civil y Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1873, 25 de marzo de 1915 y otras); que no es de aplicación el art. 83 del Reglamento Hipotecario, regulador de los casos de herencia y no de adquisición por comunicación foral; y que los interesados no realizan actos de partición, sino que se limitan a aceptar las participaciones que el Fuero les concede y a transmitir las en igual forma;

Resultando que el Registrador informó, que por haberse inscrito la mitad indivisa de la finca, primero a favor de la viuda por comunicación foral y después a favor de don José Luis Albóniga por título de donación, no hay que entrar en el examen de las primeras alegaciones del recurrente; que anteriormente, conforme al art. 71 del Reglamento Hipotecario de 1915, a instancia de cualquiera de los herederos podía inscribirse el derecho hereditario, sin necesidad de la concurrencia de los demás; que actualmente según el número 6.º del art. 42 de la Ley Hipotecaria y los artículos 82 y 83 de su Reglamento, el derecho hereditario sólo puede anotarse, pues para obtener la adjudicación de bienes hereditarios o de cuotas indivisas de los mismos, es necesaria la escritura de partición, salvo el caso de heredero único; que la partición requiere la concurrencia de todos los herederos; que la escritura se refiere a herencia y que la adjudicación se hace a título de herederos, aunque en el recurso se afirme que los hermanos Albóniga adquieren las porciones indivisas de la finca, no por herencia, sino por comunicación foral de los bienes; que la Ley 1 del título XX del Fuero de Vizcaya dice literalmente que los bienes de los cónyuges se comunican entre sí, sin que en esta comunicación intervengan los hijos; que conforme a la opinión de varios tratadistas del Derecho privado de Vizcaya, la comunicación foral comienza desde que se celebró el matrimonio, puesto que desde entonces es necesaria la concurrencia de ambos cónyuges para la venta de los bienes comunicados (Leyes 6.ª y 9.ª del título XX); que aunque se aceptase la opinión contraria, de que la comunicación foral tiene lugar al fallecer uno de los cónyuges, siempre resultaría que la mitad de los bienes pertenecería al cónyuge sobreviviente y la otra mitad al cónyuge fallecido, mitad esta última que constituye la herencia de éste y que heredan los hijos, porque no se les comunica directamente; que este criterio se confirma por lo dispuesto en las Leyes 11.ª del título XX y 6.ª del XXI, puesto que los cónyuges pueden disponer libremente de toda la herencia a favor de uno de los hijos, con exclusión de los demás; que la mitad indivisa de la Casería perteneciente al causante, corresponde a sus cuatro hijos por partes iguales, según el auto declaratorio de herederos, y para inscribir a favor de cada uno de ellos una cuarta parte indivisa, es necesaria la escritura pública otorgada por todos; y que si bien es cierto que la Resolución de 19 de septiembre de 1891 declara que no es necesaria la liquidación de la sociedad conyugal para ejercitar actos de disposición que efectúen conjuntamente el cónyuge sobreviviente y los hijos del matrimonio por reunir la total titularidad de las fincas de dicha sociedad, esta doctrina no es aplicable al presente

recurso, porque no han sido todos los herederos los que se han adjudicado las participaciones indivisas, sino solamente tres de los cuatro que debían haber concurrido;

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota calificadora en todas sus partes por razonamientos análogos a los consignados en el informe del Registrador, y añadió que, como las circunstancias de la inscripción han de derivarse, del documento inscribible, si en éste hay adjudicación de cuotas indivisas de la mitad de una finca, adquirida a título de herencia, según se expresa en la escritura, es necesario, además del título fundamental, en este caso la declaración de herederos abintestato, escritura de partición, conforme al art. 1.608 del Código civil que es el título traslativo de la propiedad, otorgada con intervención de todos los interesados, lo cual no ha tenido lugar en el documento objeto del recurso, por no haber comparecido don Félix Víctor Albóniga Inunciaga;

Vistas las leyes 96 y 117 del Fuero Viejo de Vizcaya de 1452; 1, 2, 4, 5, 7, 9 y 11, título XX y 6 y 8, título XXI del Fuero vigente de 1527; los artículos 5, 10, 12, 392, 393, 399, 609, 657, 658, 661, 932 y 1.068 del Código civil; 14, 42, número 6 y 64 de la Ley Hipotecaria; 83, 93 y 209 del Reglamento Hipotecario; Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1918 y 8 de mayo de 1926; y Resoluciones de esta Dirección general de 28 de abril de 1890, 19 de septiembre de 1891, 11 de mayo de 1903, 10 de febrero de 1928 y 13 de noviembre de 1944;

Considerando que el problema planteado se reduce a si la mitad indivisa de la finca objeto de comunicación foral es adquirida por los hijos del matrimonio disuelto en condominio romano, por ministerio del Fuero, o si, por tratarse de herencia del cónyuge premuerto, se requiere la unanimidad de los interesados en la partición de bienes para poder inscribir a su favor cuotas indivisas de los mismos, según preceptúa el artículo 83 del Reglamento Hipotecario;

Considerando que del texto de las Leves números 96 y 117 del Fuero Viejo de Vizcaya de 1452, de los términos en que están redactadas las Leyes 2.^a, 4.^a, 7.^a y 9.^a; título XX, y 6.^a del título XXI del Fuero vigente de 1527, de las opiniones de los más autorizados tratadistas forales, de lo propuesto en 10 de febrero de 1900 por la Comisión redactora de los artículos 76 a 85 del Proyecto de Apéndice foral de Vizcaya y Álava y de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1918, se deduce que la comunicación de bienes, impuesta por la Ley 1 título XX del referido Fuero vigente, queda establecida desde el momento en que se contrae el matrimonio y surte determinados efectos mientras no se disuelva, aun cuando su naturaleza sea mu^y discutida, porque si la mera administración de los bienes comunicados corresponde al marido y algunas facultades de disposición exigen la gestión conjunta de ambos cónyuges, características que la aproximan a la comunidad germánica o en mano común, otras, como la atribución de cuota determinada a cada cónyuge con facultad de disposición por actos inter vivos o mortis causa a favor de los hijos habidos de

consumo, y la imposibilidad de que las deudas del marido se hagan efectivas "en la otra meytad de su mujer", parecen situarla en el campo del condominio romano:

Considerando, además, que la comunidad queda extinguida cuando el matrimonio se disuelve sin hijos o descendientes; que, en obligado acatamiento al principio de troncalidad, el cónyuge viudo en ciertos supuestos vendría obligado a reservar a los parientes tronqueros la mitad de los bienes raíces procedentes de su consorte; y que se impone a la mujer comunera "la prohibición de enajenar" si el marido vendiese o perdiese su mitad infiriéndose de todo ello que la comunicación foral está tan condicionada y sujeta a reglas propias que constituye una institución original, de indudable arraigo en el régimen de la propiedad familiar de la tierra llana o de intercalar de antes de infanzonado y con contornos imprecisos y borrosos;

Considerando que una vez disuelto el matrimonio con hijos o descendientes legítimos, la comunicación establecida entre marido y mujer; "aunque el marido haya muchos bienes y la mujer no nada, o la mujer mucho y el marido no nada" continúa entre el cónyuge viudo de una parte y de la otra los hijos legítimos o descendientes, según interpretación unánime de la doctrina al comentar la citada Ley 1.^a del título XX, recogida en el art. 93 del Proyecto de Apéndice foral, de acuerdo con la norma consuetudinaria foral que procura mantener la indivisión del patrimonio familiar hasta el fallecimiento del cónyuge supérstite, más indicada en casos de abintestato;

Considerando que esta comunicación de bienes entre el cónyuge viudo y los hijos supone algo más que un simple cambio en la cotitularidad existente durante el matrimonio, pues afecta a la esencia de la comunicación, la cual despliega todos sus efectos, liberada en general de trabas y condiciones, una vez que, por ministerio del Fuero, la mitad de los bienes pertenece al cónyuge supérstite y la otra mitad a los hijos, sin que sea necesario liquidar la sociedad conyugal, según reconocen las Resoluciones de este Centro directivo de 28 de abril de 1890 y 15 de septiembre de 1891, en las cuales se requiere el cumplimiento de lo prevenido en el art. 20 de la Ley Hipotecaria; pero ello no implica que puedan inscribirse los actos dispositivos realizados por alguno de los comuneros sobre participaciones concretas en finca determinada, ni obsta a la posibilidad de anotar el derecho hereditario in abstracto o inscribir los actos dispositivos realizados por todos los condóminos;

Considerando que como los preceptos del Código civil concuerdan en este caso con lo dispuesto en la Ley 8.^a del título XXI del Fuero vigente respecto del orden de suceder abintestato en bienes raíces y muebles, si se relacionan con la Ley 1.^a del título XX y doctrina anteriormente expuesta, se obtienen las siguientes deducciones: 1.^a, que por existir comunicación foral constante el matrimonio, corresponde al cónyuge fallecido, con más o menos limitaciones, la mitad indivisa de los bienes comunicados, de los que podrá haber dispuesto, por actos inter vivos o mortis causa, en favor de uno de sus hijos legítimos o descendientes (Ley 11.^a del título XX), lo cual demuestra que los bienes se encontraban en el patrimonio del transferente al tiempo del fallecimiento;

2.^a, que si el cónyuge muriese intestado, los hijos legítimos heredarán por ministerio de la Ley y por partes iguales la mitad de los bienes comunicados y de las conquistas y mejoramientos; 3.^a, que no puede presumirse ni aceptarse, que cuando el causante disponga por testamento de su mitad de bienes comunicados, el derecho de los adquirentes constituya un título hereditario, y que cuando la transmisión se verifique abintestato, se altere la naturaleza del derecho; 4.^a, que aunque la mitad indivisa de los bienes comunicados la adquieran los hijos automáticamente, por ministerio del Fuero, esta adquisición inmediata, similar a la *adquisitio per universitatem* de los derechos alemán y suizo, no alteraría la naturaleza del derecho transmitido ni haría necesaria la aceptación expresa o tácita de la herencia, requisito indispensable en la *sucessio romana*, inspiradora de los regímenes imperantes en los Códigos latinos; y 5.^a, que esto se halla en armonía con el art. 93 del Proyecto de Apéndice foral vizcaíno, según el cual continuará la comunicación foral "entre el cónyuge viudo de una parte, y de la otra, los hijos y descendientes que sean herederos del premuerto", cualidad exigida ya fallezca testado o intestado;

Considerando, por último, que la escritura adolece de oscuridad y cierta contradicción, puesto que los tres hijos comparecientes se adjudican cada uno la cuarta parte de la mitad indivisa de la finca y seguidamente, dos de ellos ceden a su otro hermano "la participación que a cada uno le corresponde en la herencia intestada de su difunto padre", lo que, unido a la circunstancia de no haber comparecido uno de los coherederos, pone de relieve la inobservancia de lo dispuesto en el art. 83 del vigente Reglamento Hipotecario y la imposibilidad legal de que se practique la inscripción del derecho hereditario que, de conformidad con el art. 46 de la Ley Hipotecaria, sólo puede ser objeto de anotación preventiva,

Esta Dirección general ha acordado confirmar el auto apelado.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V.E. para su conocimiento y efectos. Dios guarde a V.E. muchos años. Madrid, 13 de junio de 1950.– El Director general, Eduardo L. Palop.– Excmo. Sr. Presidente de la Audiencia Territorial de Burgos.