

Recursos governatius.

Doctrina de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques (novembre 2010 – març 2011)

Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques de 24 de novembre 2010, de 25 de novembre 2010, de 26 de novembre 2010, de 29 de novembre 2010, d'1 de desembre de 2010, de 28 de gener 2011 i de 15 de març 2011

Joan Marsal Guillamet

Magistrat

Abstract

Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques de 24 de novembre 2010 (marines interiors, domini públic-terrestre i servitud de protecció), de 25 de novembre 2010 (recurs governatiu en cas de qualificació substitutòria), de 26 de novembre 2010 (ineficàcia sobrevinguda de la institució d'hereu per divorci; substitució vulgar), de 29 de novembre 2010 (testament complementari d'un heretament a favor dels fills), d'1 de desembre de 2010 (dret de vol) de 28 de gener 2011 (llegat d'usdefruit universal) i de 15 de març 2011 (inscripció de llegats; prellegat).

Comentarios a las Resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de 24 de noviembre 2010 (marinas interiores, dominio público-terrestre y servidumbre de protección), de 25 de noviembre 2010 (recurso gubernativo en caso de calificación sustitutoria), de 26 de noviembre 2010 (ineficacia sobrevenida de la institución de heredero por divorcio; sustitución vulgar), de 29 de noviembre 2010 (testamento complementario de un heredamiento a favor de los hijos), de 1 de diciembre 2010 (derecho de vuelo), de 28 de enero 2011 (legado de usufructo universal) y de 15 de marzo 2011 (inscripción de legados; prelegado).

Comments on the Decisions of the General Law Directorate and Legal Institutions of November 24th, 2010 (Marine interiors, Public-domain and Easement) of November 25th, 2010 (reviewing a decision of the Registrar), of November 26th, 2010 (Ineffectiveness of the Heir's institution in favor of the testator's spouse due to divorce. Contingent Institution), of November 29th, 2010 (Will conditioned on an Agreement Pact), of December 1st, 2010 (right to build on a property or building of another); of January 28th, 2011 (Universal Legacy of use) and March 15th, 2011 (Inscription of Bequests; Bequest in favor of the Heir).

Títol: Doctrina de la Direcció General de Derecho y de Entidades Jurídicas (Noviembre 2010 - Marzo 2011). *Comentarios a las Resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de 24 de noviembre 2010, de 25 de noviembre 2010, de 26 de noviembre 2010, de 29 de noviembre 2010, de 1 de diciembre 2010, de 28 de enero 2011 y de 15 de marzo 2011*

Title: Decisions of General Directorate of Law and Legal Institutions (November 2010 - March 2011). *Comments on the Decisions of November 24th, 2010; November 25th, 2010; November 26th, 2010; November 29th, 2010; December 1st, 2010; January 28th, 2011 and March 15th, 2011*

Paraules clau: Dret català, domini públic marítim-terrestre, recurs governatiu, dret de vol, interpretació de testament, heretament a favor dels fills dels contraents, substitució vulgar, llegat d'usdefruit universal, prellegat
Palabras clave: Derecho catalán, derecho de propiedad, dominio público marítimo-terrestre, recurso gubernativo, derecho de vuelo, interpretación de testamento, heredamiento, sustitución vulgar, legado de usufructo universal, prelegado

Keywords: Catalan Law, Property, Public domain, Government legal claim, air rights, Interpretation of Wills, Inheritance Agreements, Inheritance substitution, Universal Legacy of use, Bequest

Sumari

89. Resolució de 24 de novembre de 2010 (DOGC núm. 5809, de 2.2.2011). Marines interiors, domini públic terrestre i servitud de protecció

89.1. Introducció

89.2. El termini per notificar la nota de qualificació

89.3. La fonamentació de la nota de qualificació

89.4. El domini públic marítimo-terrestre a les marines interiors

90. Resolució de 25 de novembre de 2010 (DOGC núm. 5795, de 13.1.2011). Recurs governatiu en cas de qualificació substitutòria.

90.1. Introducció

90.2. El recurs governatiu després de la qualificació del registrador substitut

91. Resolució de 26 de novembre de 2010 (DOGC núm. 5789, de 4.1.2011). Ineficàcia sobrevinguda d'institució d'hereu per divorci. Substitució vulgar.

91.1. Introducció

91.2. La procedència del recurs

92. Resolució de 29 de novembre de 2010 (DOGC núm. 5789, de 4.1.2011). Testament complementari d'un heretament a favor dels fills.

92.1. Introducció

92.2. Heretament a favor dels fills dels contraents i hereu únic.

92.3. La interpretació de l'heretament

93. Resolució d'1 de desembre de 2010 (DOGC núm. 5795, de 13.1.2011). Recurs a efectes doctrinals. Dret de vol.

93.1. Introducció

93.2. L'objecte del dret de vol

93.3. La transformació d'unes golfes en habitatge

93.4. La modificació de l'objecte sobre el que recau un dret real

93.5. Matar mosques a canonades

94. Resolució de 28 de gener 2011 (DOGC núm. 5825, de 24.2.2011). Llegat d'usefruit universal.

94.1. Introducció

94.2. L'abast de l'usdefruit universal i els mitjans per a la qualificació registral

94.3. Epíleg: el prelegatari és legitimari

95. Resolució de 15 de març de 2011 (DOGC núm. 5851, de 4.4.2011). Inscripció de llegats. Prellegat.

95.1. Introducció

95.2. El principi de dualitat de títols i el prellegat

95.3. El lliurament dels llegats abans de l'acceptació de l'herència

Bibliografia

89. Resolució de 24 de novembre de 2010 (DOGC núm. 5809, de 2.2.2011). Marines interiors, domini públic terrestre i servitud de protecció

89.1. Introducció

Es presenta al Registre de la propietat una escriptura d'ampliació d'obra nova d'una finca que confronta amb un canal a la urbanització Santa Margarida de Roses, en la qual es feia constar que la superfície real del solar eren 767 metres quadrats, en comptes dels 700 que constaven en el Registre. La nota de qualificació denega la inscripció per dos motius: que no s'acompanya la certificació de l'administració de l'Estat fent constar que el solar no envaeix el domini públic i que no s'aporta la certificació cadastral descriptiva i gràfica. El notari autoritzant de l'escriptura presenta recurs contra la nota de qualificació, tot invocant defectes formals i un defecte de fons. Els defectes formals són la notificació de la qualificació fora de termini i la deficient fonamentació de la nota de qualificació. El defecte de fons és que el registrador aplica la legislació estatal de costes en comptes de la legislació catalana sobre ports i marines interiors.

89.2. El termini per notificar la nota de qualificació

Entre el recurrent i el registrador existeix una discrepància sobre el còmput del termini de 15 dies en què el segon ha de procedir a qualificar el títol presentat en el Registre. El registrador entén que, en aplicació de l'art. 255 LH, el termini queda en suspens mentre no s'hagin liquidat els impostos legalment establerts, mentre que el notari recurrent considera que aquest precepte només és aplicable als documents presentats físicament en el Registre de la propietat, però no als presentats telemàticament. La DGDEJ confirma el criteri del registrador, perquè l'art. 255 LH és d'aplicació general atès que no distingeix entre les maneres com els documents es presenten davant del Registre.

89.3. La fonamentació de la nota de qualificació

La DGDEJ és molt succinta en aquesta qüestió. No detalla l'argumentació esgrimida pel notari per recolzar la insuficiència de la fonamentació de la nota de qualificació. La resolució també és igual de breu:

“(…), pel que fa a l'exigència de motivació de la nota de qualificació, ha de ser tal que permeti almenys conèixer els fonaments de la decisió que recull, i en aquest cas –com

demostra la mateixa interposició del recurs i la seva argumentació– el notari recurrent els ha conegut perfectament”.

89.4. El domini públic marítimo-terrestre a les marines interiors

La DGDEJ reitera la doctrina formulada a la Resolució de 28 de juliol de 2009 (comentada a *InDret* 1/2010). La legislació estatal de costes [Llei 22/1988, de 16 de juliol (BOE núm. 181, de 29.7.1988), RD 1471/1989, d'1 de desembre, pel que s'aprova el reglament de la Llei de costes, (BOE núm. 297, de 12.12.1989)] i les servituds de protecció del domini públic marítimo-terrestre només és aplicable a aquelles finques de la marina que confronten amb la línia de costa. A les finques que confronten amb els canals interiors, els és aplicable la Llei 5/1998, de 17 d'abril, de ports de Catalunya (DOGC núm. 2632, de 5.5.1998) i el Decret 17/2005, de 8 de febrer, pel qual s'aprova el reglament de marines interiors de Catalunya (DOGC núm. 4320, de 10.2.2005). En el segon cas no existeix la servitud de protecció perquè els límits dels canals són fixos.

90. Resolució de 25 de novembre de 2010 (DOGC núm. 5795, de 13.1.2011). Recurs governatiu en cas de qualificació substitutòria

90.1. Introducció

Davant d'una nota de qualificació negativa, s'insta l'aplicació del quadre de substitucions per tal que un segon registrador de la propietat es pronunciï sobre els quatre defectes observats per la registradora que va estendre la primera nota de qualificació (art. 19 bis LH). El registrador substituït manté dos dels quatre defectes i el notari autoritzant interposa recurs contra la qualificació del registrador substituït davant de la DGDEJ. El registrador substituït nega que sigui l'òrgan competent davant qui s'ha d'interposar el recurs.

90.2. El recurs governatiu després de la qualificació del registrador substituït

Les opcions que té el ciutadà davant d'una qualificació negativa d'un registrador de la propietat fonamentada en el Dret civil de Catalunya són dues: demanar una segona qualificació al registrador corresponent segons el quadre de substitucions previst a l'art. 275 bis LH o recórrer davant la DGDEJ (art. 19 bis LH, Llei 5/2009, del 28 d'abril, dels recursos contra la qualificació negativa dels títols o les clàusules concretes en matèria de dret català que s'hagin d'inscriure en un registre de la

propietat, mercantil o de béns mobles de Catalunya).

El registrador de la propietat substituït haurà d'estendre la inscripció si la qualificació del registrador substituït és positiva. Si és negativa, l'art. 19 bis.4 LH és clar:

“5a. Si el registrador substituït qualifica negativament el títol, ha de retornar aquest a l'interessat als efectes d'interposició del recurs davant la qualificació del registrador **substituït** davant la Direcció General dels Registres i del Notariat, que s'ha de cenyir als defectes que assenyalava el registrador substituït amb els quals el registrador substituït hagi manifestat la seva conformitat”.

L'art. 327 LH estableix que el recurs governatiu davant la DGRN s'ha de presentar en el registre de la propietat que ha fet la qualificació, per tal que el registrador pugui estendre la pròrroga de l'assentament de presentació. En el mateix sentit, el dalt reproduït art. 19 bis.4.5^a. També ho estableix l'art. 3.2 de la [Llei 5/2009](#):

“2. El recurs interposat davant la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques s'ha de presentar al registre competent per a practicar la inscripció del títol o de la clàusula qualificats, en qualsevol dels registres i oficines que estableix la Llei de l'Estat 30/1992, del 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, o en qualsevol altre registre de la propietat, per tal que es trameti al registre que va qualificar. S'hi aplica el que la Llei hipotecària estableix en matèria de pròrroga de l'assentament de presentació”.

En aquest cas el notari autoritzant va presentar el recurs davant la DGDEJ la qual no el va remetre al registrador de la propietat substituït, sinó al substituït, que es va declarar incompetent:

“Per aplicació de l'article 327 de la Llei hipotecària, l'oficina receptora del recurs l'ha de remetre al Registre d'on procedeix la qualificació. L'escrit d'interposició del recurs ha d'indicar la qualificació que es recorre i el domicili del Registre del que es recorre la qualificació (article 326 de la Llei hipotecària). Com l'escrit indica que el recurs es dirigeix contra l'acord del registrador substituït, l'escrit es va remetre al Registre de Lloret de Mar número 1. Però les finques a que es refereix el títol radiquen al districte registral de Roses número 2, el qual no té cap coneixement de la interposició del recurs i no pot procedir a la pròrroga de l'assentament de presentació, que determina l'article 327 de la Llei hipotecària. Això portaria a que la resolució d'aquest recurs, si fos favorable al recurrent, no es podria reflectir als llibre registrals, al no estar vigent l'assentament de presentació del títol corresponent. La registradora de Roses número 2 tampoc no ha pogut rectificar la seva qualificació, com preveu el mateix precepte, ni ha pogut instruir l'expedient amb els requisits de l'article 3 de la Llei 5/2009, de 28 d'abril, amb notificació a tots els interessats

i emissió de l'informe preceptiu. Tot això porta a desestimar el recurs interposat perquè no es pot recórrer la qualificació del registrador substituït, si bé l'interessat sempre pot obtenir, mitjançant una nova presentació del títol al Registre competent, una nova qualificació contra la qual interposar recurs”.

El text dalt reproduït és d'una impecable factura. Noti's però, que l'assèptica “oficina receptora” del recurs que va trametre'l al Registre de la propietat del registrador substituït en comptes del de la registradora substituïda fou la mateixa Direcció General.

91. Resolució de 26 de novembre de 2010 (DOGC núm. 5789, de 4.1.2011). Ineficàcia sobrevinguda d'institució d'hereu per divorci. Substitució vulgar

91.1. Introducció

L'escriptura que es presenta davant del Registre núm. 22 de Barcelona és la mateixa que es va presentar davant del Registre de la propietat núm. 5 de la mateixa ciutat i que va motivar la resolució de la DGDEJ 17.9.2010 (DOGC núm. 5732, d'11.10.2010). Sorpren que, malgrat la proximitat existent entre les dades d'ambdues resolucions, a la segona no es faci cap referència a la primera.

91.2. La procedència del recurs

Ens remetem al comentari de la RDGDEJ de 17.9.2010, publicat a [InDret 1/2011](#). Aquesta resolució també ha estat comentada pel notari ESQUIROL JIMÉNEZ (2011b), qui encertadament fa notar que malgrat que l'art. 422-13 [CCCat](#) només es refereixi al cònjuge divorciat i no als parents d'aquest, en seu d'heretament, el divorci també provoca la ineficàcia dels pactes successoris acordats amb el parents de l'ex-consort o anterior convivent (art. 431-17.2 [CCCat](#)). Caldria matisar doncs el sentit de la resolució, com a mínim quant a l'eficàcia de la substitució vulgar en la part en què els cridats són nets de l'ex-cònjuge del testador:

“Francament, no veig cap justificació per establir un règim diferent en relació als parents del excònjuge o exparella en funció de si la successió és testamentària o contractual; fins i tot diria que la ineficàcia hauria de ser més presumible en la successió testamentària que en la contractual ja que en aquesta hi ha una vinculació que no existeix en aquella. El legislador, en tots dos casos, presumeix que la voluntat del causant està motivada en la relació convivencial que manté amb la persona beneficiària de la seva disposició i que la ruptura de la convivència trenca també aquella voluntat. Per tant, si es considera determinant que l'atribució del causant s'ha fet en consideració a la relació de

convivència, seria lògic considerar també determinant que l'atribució a favor dels parents del convivent s'hagi fet en la mateixa consideració. És a dir, hem de considerar que la disposició a favor dels parents de la dona és conseqüència de la relació de convivència que manté amb la seva dona. És poc versemblant que el legislador hagi volgut una altra cosa en el cas de la successió testada quan fins i tot ho ha previst en el cas de la successió contractual. Per tant, crec que és obligada la interpretació analògica de l'art. 422-13 en relació amb l'art. 431-17.2, a més a més de la interpretació teleològica d'aquell precepte".

92. Resolució de 29 de novembre de 2010 (DOGC núm. 5789, de 4.1.2011). Testament complementari d'un heretament a favor dels fills

92.1. Introducció

El 1952 dos contraents varen atorgar capítols matrimonials en contemplació al matrimoni que pensaven contraure. En ell acordaven l'usdefruit a favor del cònjuge vidu i limitaven la seva facultat de testar obligant-se a nomenar hereu els fill comí que millor els acomodés. El 1995, el marit va atorgar testament en què instituïa hereus els seus quatre fills nascuts del dit matrimoni, per parts iguals. Presentada al Registre de la propietat l'escriptura d'acceptació i manifestació d'herència en què, amb intervenció de la seva mare, els quatre fills s'adjudicaven la plena propietat de l'herència, la registradora de la propietat denega la inscripció per considerar que el testament no s'adiu amb els límits a la facultat de testar establerts en els capítols matrimonials.

92.2. Heretament a favor dels fills dels contraents i hereu únic

La registradora de la propietat interpreta els capítols matrimonials en el sentit que els contraents s'havien obligat a que el seu hereu testamentari seria un fill comú. El testador hauria prescindit dels límits pactats amb el seu consort perquè havia nomenat quatre fills comuns.

Una llegítima curta i que no s'ha de pagar necessàriament en diners va propiciar que durant moltes generacions arrelés en el Dret successori català la figura de l'hereu únic. Així s'evitava la successiva fragmentació dels patrimonis familiars. Mitjançant la combinació de l'atorgament d'un heretament a favor d'un contraent i un heretament a favor dels fills dels contraents s'aconseguia vincular el patrimoni familiar a tres generacions. Quan la registradora examina el testament a la llum de l'heretament atorgat quaranta-tres anys abans, centra la seva atenció en la figura de l'hereu únic, quan el que caracteritza l'heretament a favor dels fills dels contraents és

que l'escollit sigui algun dels fills nascuts del matrimoni en contemplació al qual s'atorguen els capítols. En un context en què la mortalitat durant l'embaràs i amb ocasió del part era molt superior a l'actual, l'heretament a favor dels fills dels contraents es pot veure com un incentiu per a l'esposa que assumeix els riscos que comporta un embaràs en la seguretat que, en el pitjor dels escenaris, el patrimoni familiar serà per als seus fills i no pels nascuts de matrimonis ulteriors, tot evitant la reproducció del conte de la Ventafocs.

Mitjançant l'heretament pactat pels contraents el 1953 a favor dels seus descendents, els contraents varen limitar la seva llibertat d'escollir hereu al fill comú que millor els acomodi. Es tracta d'un heretament de pur, tot i que això no significa que l'heretat estigui perfectament individualitzat des de l'atorgament de l'heretament, sinó que cal una ulterior elecció, dins la qual hi ha un considerable element subjectiu (art. 92 CS). Res impediria que el testador considerés que tots l'han acomodat igual de bé. Però la posició de la DGDEJ centra la interpretació de l'heretament sobre el nombre d'hereus que poden ser escollits. Per a la DGDEJ,

“Tot això porta a rebutjar la interpretació segons la qual, a l'heretament, els atorgants s'obligaven a nomenar un únic fill com hereu. Si bé és cert que la figura de l'hereu únic és una figura pròpia del dret tradicional català, també és cert que la realitat social actual l'ha superat, i que no es pot defensar que, quan els cònjuges s'obliguen a nomenar hereu d'entre els fills comuns, això els impedeixi nomenar tots els fills, com fa el causant al present supòsit. Així, l'article 148 del Codi de successions, quan regula la institució d'hereu per fiduciari, disposa que el cònjuge fiduciari ha de fer l'elecció entre els fills i descendents del causant, però no imposa que sigui només un d'ells. També s'estableix que si el cònjuge fiduciari mor sense haver fet l'elecció, i no s'escau l'elecció per dos parents, l'herència es deferirà a tots els fills per parts iguals. En aquest mateix sentit tenim ara l'article 424-8 del Codi civil. Si els fiduciaris poden nomenar més d'un hereu, encara més ho podrà fer el causant. I en el present supòsit, això es reforça per la intervenció del cònjuge sobrevivent a l'escriptura d'acceptació i inventari. La institució d'hereu feta pel causant al seu testament s'ajusta a la disposició dels capítols matrimonials, els quals completa amb l'elecció que es reserva en aquests. No som davant d'un supòsit de modificació o revocació d'un heretament sinó de l'elecció d'hereu dins del criteri contingut en l'heretament previ (fills comuns dels cònjuges atorgants dels capítols)”.

92.3. La interpretació de l'heretament

Hi ha però, un altre element, que porta a dubtar que el causant atorgués el testament tenint en compte les limitacions imposades per l'heretament. Els quatre fills instituïts hereus ho són en plena propietat, quan el lògic seria que ho haguessin estat només en

la nua propietat. El testador prescindeix de l'usdefruit capitular pactat amb el seu cònjuge. Atès que no és objecte de la qualificació registral, la DGDEJ no es pronuncia sobre aquest fet, ni si la intervenció del cònjuge en l'autorització de l'escriptura atorgada pels hereus implica una repudiació al dret d'usdefruit.

L'assentiment del cònjuge a l'acceptació de la plena propietat de l'herència per part dels seus fills, juntament amb el contingut del testament, també podria palesar que ambdós cònjuges varen decidir modificar o deixar sense efecte l'heretament de mutu acord. Però aquest pacte seria nul per manca de forma, perquè hauria hagut d'atorgar-se en escriptura pública de capítols matrimonials (art. 67.1 CS, avui art. 431-12.3 CCCat).

93. Resolució d'1 de desembre de 2010 (DOGC núm. 5795, de 13.1.2011). Recurs a efectes doctrinals. Dret de vol

93.1. Introducció

Ens trobem en presència del primer recurs a efectes doctrinals: l'escriptura que es va presentar inicialment al Registre fou objecte d'una nota de qualificació negativa; l'escriptura es va modificar als efectes d'aconseguir la inscripció tot i que inicialment també va rebre una nota de qualificació negativa. El mateix dia que la registradora va rebre el recurs contra la qualificació de l'escriptura inicial va practicar la inscripció de l'escriptura modificada, i va tramitar el recurs a la DGDEJ.

Sobre una finca existia un dret de vol constituït per la propietària d'un edifici en favor del seu fill mitjançant donació. La construcció existent era un edifici de planta baixa, un pis i unes golfes. L'escriptura que es presenta inicialment en el Registre de la propietat modifica el dret de vol, fa constar que el titular del dret de vol està rehabilitant l'espai golfes/sotacoberta existent a l'edifici per construir-hi un habitatge, i constitueix el règim de propietat horitzontal sobre l'edifici resultant de les obres de rehabilitació, atribuint la propietat de la planta baixa i el primer pis a la mare, i la del segon pis al fill.

En els antecedents de fet de la resolució de la DGDEJ no s'explicita la manera com es va modificar el dret de vol, i tampoc el contingut de l'escriptura modificada que finalment fou objecte de la inscripció registral. El silenci sobre la segona es deu a que no va ser incorporada en l'expedient. Sobre l'escriptura de modificació del dret de

vol, de la part dispositiva de la resolució sembla deduir-se que es canvia l'objecte: del dret a sobreedificar l'immoble previ, es passa al dret a rehabilitar una part de l'immoble preexistent: les golfes.

93.2. L'objecte del dret de vol

El 2009 es va constituir sobre un immoble un dret de vol, que es va inscriure en el Registre. La regulació que d'aquest dret en fa el Codi civil és genèrica i pressuposa que sobre qualsevol finca es pot constituir un dret de vol (art. 567-1.1 CCCat). El problema suscitat en aquesta resolució duu a plantejar-se si, en el cas en què el dret de vol no es constitueixi sobre un solar sinó sobre una edificació preexistent, aquesta construcció ha de tenir unes característiques constructives que permetin la sobreedificació tot deixant intacte l'edifici originari.

En aquest supòsit, la coberta de la construcció sobre la qual es constitueix el dret de vol no és plana sinó que té una teulada a una o més aigües sota la qual existeixen unes golfes. El planejament urbanístic no computa les golfes com una de les alçades que permet l'edificació. Edificar una nova planta sobre un edifici que no té la coberta plana implica o bé la desaparició de les golfes, o bé que entre el sostre de la planta inferior i el terra de la planta superior es perdi l'espai ocupat pel pendent de la teulada originària. En aquest segon cas, el més probable és que l'alçada de l'edifici excedeixi el volum edificable pel planejament.

Cal suposar que si el 2009 es va inscriure un dret de vol sobre una casa del segle XVIII seria perquè la finca no havia esgotat el volum edificable permès pel planejament urbanístic. De les dades que facilita la resolució de la DGDEJ no es pot saber si la raó per la qual es vol modificar el dret de vol és conseqüència d'una modificació del planejament urbanístic que impossibiliti la construcció d'una nova alçada (i la conseqüent extinció del dret de vol originari). El que sí que se sap és que les obres de requalificació que es faran a les golfes permetran aconseguir la cèdula d'habitabilitat i la conseqüent qualificació d'habitatge. No desapareixeran físicament les golfes, però en canviarà la qualificació jurídica de l'espai, és a dir, la substància.

La DGDEJ qualifica la fonamentació de la nota de qualificació de la registradora com a interpretació literal de la regulació del dret de vol, i els arguments emprats pel notari en la fonamentació del recurs com a interpretació finalista dels mateixos preceptes. La DGDEJ opta per la interpretació finalista de la norma atès que no hi ha

perjudici de tercer i tot invocant el principi de llibertat civil proclamat en el art. 111-6 CCCat.

Per a la DGDEJ,

“L'equiparació entre construir “en” unes golfes sota teulada o fer-ho ampliant un safareig i uns dipòsits sobre terrat, per exemple, ens ha de permetre acceptar el dret de vol en els termes que resulten de l'escriptura de 13 d'abril”.

L'analogia és relativa, perquè no deixa de sorprendre que després de l'exercici del dret de vol l'edifici continuï tenint la mateixa coberta, sense increment d'alçària ni de volum construït. El safareig i els dipòsits sobre terrat s'eliminen, mentre que les golfes només es transformen.

93.3. La transformació d'un es golfes en habitatge

El problema subjacent en aquesta resolució és conseqüència de la transformació d'un es golfes en habitatge. La complexitat jurídica és considerable perquè les golfes no són un bé susceptible d'apropiació independent. La manera més senzilla de fer-ho seria retardar la modificació real de la finca fins que les obres de rehabilitació de les golfes no estiguessin acabades. Llavors es podria constituir el règim de propietat horitzontal i transmetre l'edifici del pis superior al fill. Però en aquest cas el constructor no és la propietària i vol tenir una titularitat real sobre allò que rehabilita, segurament per poder-lo aportar com a garantia del préstec amb què financia le obres.

L'edifici només té un habitatge en el primer pis, per la qual cosa no està constituït en règim de propietat horitzontal. Per dotar les golfes d'autonomia jurídica caldria constituir un règim de propietat horitzontal en què es donés a les golfes la condició d'element privatiu (per a la qual cosa caldria que s'hi pogués accedir mitjançant un element comú) i es legitimés al seu titular per fer les obres necessàries per modificar-ne l'ús. Per fer-ho caldria obtenir una llicència urbanística i després la llicència d'obres. Segons la DGDEJ aconseguir la llicència urbanística per constituir el règim de propietat horitzontal abans de transformar les golfes és més difícil que una vegada fetes les obres. Potser sí, però en aquest cas el que serà més difícil serà aconseguir la llicència d'obres, atès que aquesta i la llicència per constituir el règim de propietat horitzontal es condicionen recíprocament.

La resolució de la DGDEJ constitueix una anàlisi sobre l'objecte del dret de vol amb la qual es pot coincidir o discrepar. Ara bé, cal recordar que el dret de vol sobre les golfes no es constitueix del no res, sinó que té lloc com a conseqüència de la modificació d'un dret de vol previ, a construir per sobre la teulada.

93.4. La modificació de l'objecte sobre el que recau un dret real

La resolució obvia una qüestió essencial: si es pot modificar un dret de vol substituint l'objecte sobre el que recau. Es tracta d'un element clau, definidor del mateix concepte de dret real: la vinculació del dret real a l'objecte sobre el qual recau, de manera que si aquest desapareix també s'extingeixen tots els drets que hi requereien (art. 532-2 CCCat; per tots, Díez-PICAZO, 2008, p. 194). Es pot canviar l'objecte d'una relació obligatòria sense extingir-la perquè el que dona la identitat a la relació obligatòria és la garantia patrimonial universal del deutor (art. 1911 CC). En canvi, el que defineix un dret real és l'objecte sobre el qual recau. En una permuta no canvia l'objecte del dret de propietat dels permutants, el que es transmet és la titularitat del dret que recau sobre els béns permutats. El canvi d'objecte sobre el qual recau una hipoteca comporta l'extinció del gravamen originari i la constitució d'un de nou.

Es pot modificar la durada d'un dret real limitat, o les condicions d'exercici d'aquest. No es pot modificar l'objecte sobre el que recau el dret real, perquè en aquest cas s'extingeix un dret i se n'adquireix un altre, per transmissió o per constitució. Aquest comentarista entén que no es pot modificar l'objecte sobre el que recau el dret de vol ni cap altre dret real limitat conservant el mateix dret. El dret real de vol inscrit s'extingeix necessàriament i s'hauria hagut de cancel·lar. Una altra cosa és si es pot constituir un dret real de vol l'objecte del qual no sigui bastir una nova planta sinó modificar-ne una de preexistent.

93.5. Matar mosques a canonades

Caldria recordar que el que diferencia les relacions obligatòries i els drets reals és que les primeres només produeixen efectes entre les parts i els seus hereus (art. 1255, 1258 CC), mentre que els drets reals són oposables *erga omnes*, és a dir, a tercers aliens al negoci de constitució del dret. Certament la creació del Registre de la propietat ha desdibuixat la diferència perquè un dret real no inscrit continuarà sent oposable davant de tota la humanitat menys la persona que més interessa: el tercer que de bona fe confia en les dades registrals i inscriu el seu dret en el Registre (art. 32 LH) i, d'altra banda, el titular del dret de crèdit (ex. arrendatari) que té el seu dret inscrit en el Registre de la propietat pot oposar-lo a tercers.

Cal plantejar-se si aquest pacte entre mare i fill en virtut del qual la primera legitima al segon per realitzar obres a les golfes per tal de transformar-les en un habitatge ha de traspasar l'àmbit dels contractants per fer-lo oposable a tercers. Perquè, malgrat el que s'afirma a la DGDEJ el fill no és un tercer al negoci de concessió, sinó el concessionari, part del negoci de cessió. Les mateixes paraules de la DGDEJ palesen que es tracta d'un acord que no afecta a tercers i que la DGDEJ li atribueix eficàcia *erga omnes* amb l'única finalitat d'evitar-los incomoditats:

“2.4 En el cas present, l'alternativa a configurar la construcció d'un habitatge a les golfes com un dret de vol que grava la casa, passaria per alterar substancialment la voluntat de les dues úniques parts interessades i capgirar la seqüència dels negocis jurídics a atorgar”.

El principi de *numerus apertus* de drets reals no constitueix una barra lliure que legítimi els particulars per obtenir de l'Estat l'oportunitat davant tercers de qualsevol pacte que acordin, per molt lícit que sigui (vegeu DíEZ-PICAZO, 1976, *per totum*). En el Dret català, el dret real de vol no és un dret d'inscripció registral constitutiva malgrat que no comporta legitimació possessòria al seu titular durant el període de temps en què aquest decideix si exerceix o no la facultat de construir que comporta el dret. L'art. 568-2 CCCat exigeix escriptura pública per a la vàlida constitució del dret, mentre que la inscripció només és un requisit d'oposabilitat del dret a tercers adquirents de bona fe. La inscripció publicita l'existència del dret davant de tercers adquirents de l'immoble gravat pel dret de vol. En aquest cas, quan es duu l'escriptura al Registre de la propietat ja s'han iniciat les obres de rehabilitació de les golfes. És improbable que un tercer adquirent de l'immoble pugui desconèixer-les. La inscripció del dret de vol tampoc és l'única manera que té el fill d'accedir a la propietat de les golfes que rehabilita. De fet, res l'impedia poder adquirir el dret de propietat sobre les golfes abans de començar les obres de rehabilitació.

No cal forçar l'ordenament jurídic per donar solucions a un problema concret que sospitem que no és el que s'expressa a la resolució sinó un altre: la voluntat de modificar l'objecte sobre el que requeia el dret de vol, reflectida a l'escriptura inicial, fa sospitar que les obres de rehabilitació es financen a partir d'un préstec amb garantia hipotecària constituïda sobre el dret de vol i que una vegada acabada la rehabilitació se subrogarà en l'habitatge construït on abans hi havia les golfes.

94. Resolució de 28 de gener 2011 (DOGC núm. 5825, de 24.2.2011). Llegat d'usdefruit universal

94.1. Introducció

En una successió oberta vigent el Codi de successions, el testador institueix hereus els seus dos fills, llega l'usdefruit universal al seu cònjuge i prellega al fill un bé immoble, que resulta ser l'únic bé de l'herència. A l'escriptura de manifestació i acceptació d'herència, la legatària d'usdefruit l'accepta, i els dos cohereus lliuren la plena propietat de l'immoble prelleгат. Presentada l'escriptura en el Registre de la propietat, el registrador denega la inscripció perquè entén que la finca està gravada pel llegat d'usdefruit universal, en aplicació de l'art. 304 CS.

94.2. L'abast de l'usdefruit universal i els mitjans per a la qualificació registral

En el CS, el llegat d'usdefruit universal està configurat com un llegat de caràcter real que abasta tots els béns del cabdal relict, amb l'excepció de les llegítimes (art. 304 CS). Quan el legatari era el cònjuge del causant, no era reduïble per falcídia, tot i que els hereus podien imposar a l'usufructuari l'adquisició d'aquesta. Tanmateix, aquesta configuració legal era supletòria de la voluntat del testador, per la qual cosa aquest podia decidir-ne l'extensió objectiva, i àdhuc configurar-lo com a un llegat de caràcter obligacional.

En el supòsit que suscita la resolució, el testador ha llegat alhora l'usdefruit universal al seu cònjuge i un bé immoble al seu fill. El registrador de la propietat interpreta que el bé immoble està gravat pel dret d'usdefruit per la qual cosa els cohereus només podrien haver fet lliurament al legatari de la nua propietat d'aquest bé. En canvi, el notari recurrent considera que la voluntat del testador era atribuir al seu fill la plena propietat de l'immoble. Segons la resolució de la DGDEJ, l'esposa i els fills del causant corroboren aquesta interpretació.

La fórmula emprada pel causant per llegar l'immoble al seu fill era atribuir-li "els drets que corresponien al testador sobre el bé". La DGDEJ considera que d'aquí no es pot desprendre que la voluntat del testador era d'atribuir-li la plena propietat del bé que era el que li corresponia en aquell moment.

De la qualificació registral, confirmada per la DGDEJ, resulta que sempre que el testador ordeni un llegat d'usdefruit universal, els altres llegats estaran gravats pel dit dret llevat que el testador atribueixi expressament al legatari la plena propietat

del bé, o exclogui el bé expressament de l'abast de l'usdefruit. Altrament, la interpretació conjunta de les disposicions testamentàries, juntament amb la configuració legal del llegat d'usdefruit, portarà a gravar els béns llegats amb el dret d'usdefruit. Desconeixem quina era la composició del patrimoni del testador en atorgar testament el 1994, però el 2000 el cabal relicte -segons manifesten els hereus i la usufructuària- estava format exclusivament pel bé immoble llegat. Amb aquesta composició hereditària, l'única manera de donar contingut econòmic a ambdós llegats és considerar l'immoble gravat pel dret d'usdefruit.

En el ben entès que es tracta d'una interpretació efectuada pel registrador dins dels limitats elements de què pot valdre's per efectuar la seva qualificació. Davant d'un tribunal de justícia, on es pot emprar qualsevol mitjà de prova per determinar la veritable voluntat del testador, el resultat seria un altre (art. 110 CS). Atès que tots els interessats en la successió estan d'acord en quina era la veritable voluntat del testador, el prelegatari podria haver exercit una acció judicial contra la cohereva i la legatària d'usdefruit universal per tal que es declarés que la voluntat del testador era llegar-li la plena propietat de l'immoble, acció a la qual les demandades podrien haver assentit (art. 19 LEC). La resolució judicial hauria accedit sense dificultats al registre. És clar que aquesta via comportaria alguna despesa addicional, en forma de minuta d'advocat i procurador i la taxa judicial.

La lliçó que resulta d'aquesta resolució, i que haurien de tenir en compte els que autoritzen negocis de darrera voluntat (i/o els qui en redacten les minuts) és que malgrat que l'art. 110 CS (avui 421-6 CCCat) doni preferència a la veritable voluntat del testador, això no és excusa que exoneri d'esmerçar els esforços necessaris per tal que ja quedi reflectida en la literalitat del text. La llei només exigeix en alguns casos que la voluntat del testador sigui expressa (vegeu els sengles comentaris de GRAMUNT FOMBUENA i ESQUIROL JIMÉNEZ a les STSJC de 25.5.2009 i de 23.9.2010). Per a la resta, si el que es vol és que el títol que conté la voluntat del causant accedeixi sense entrebancs en el Registre de la propietat, cal que la voluntat clara del testador també estigui expressament formulada en el testament.

94.3. Epíleg: el prelegatari és legitimari

El prelegatari és fill del causant i, per tant, legitimari. En la regulació del CS, atès que l'immoble és l'únic bé de l'herència, els hereus podrien haver reduït el llegat d'usdefruit per inoficiós, i haver lliurat l'immoble prellegat en pagament de la llegítima. L'altra filla, cohereva, podria haver manifestat que ja havia rebut en vida el

que per llegítima li corresponia. En aquest cas, entenem que el registrador hauria practicat la inscripció. Això no fóra possible si la successió es regís pel Codi civil, perquè tot i la coincidència entre l'art. 304 CS i el 427-34.2 CCCat, l'art. 451-9.2 CCCat conté una *cautela socini* legal, tal i com havia formulat VAQUER ALOY (2005, p. 5 i seg.)

95. Resolució de 15 de març de 2011 (DOGC núm. 5851, de 4.4.2011). Inscripció de llegats. Prellegat

95.1. Introducció

En el seu darrer testament, el causant va atribuir als seus dos fills un llegat simple de llegítima, va instituir hereva la seva esposa i li va prelleugar diversos béns immobles. La instituïda hereva va acceptar un d'aquests immobles, va repudiar els altres i no va fer cap manifestació sobre la delació a l'herència del causant. Presentada aquesta escriptura al Registre de la propietat, la nota de qualificació del registrador és negativa, perquè entén que no es poden adjudicar llegats sense haver-se acceptat l'herència. Altrament, podria causar-se un perjudici als creditors del causant i als legitimaris.

La legatària presenta un recurs davant la DGDEJ fonamentat en el principi de dualitat de títols i en què la regulació del prelleugat en el Codi civil faculta el prelegatari a prendre la possessió del bé prelleugat per ell mateix.

95.2. El principi de dualitat de títols i el prelleugat

Com és sabut, Ramon M^a ROCA SASTRE va tenir un paper clau en la redacció de la regulació de les successions a la Compilació de 1960. Al seu criteri es deu que la Compilació abandonés la regulació romana del prelleugat i establís el principi de dualitat de títols: la persona que és cridada alhora a l'herència i a un llegat pot acceptar o repudiar el títol d'hereu independent del de legatari i viceversa (vegeu ROCA SASTRE, 1962). Avui es troba regulat a l'art. 427-5 CCCat.

El supòsit que planteja aquesta resolució és el moment a partir del qual es pot parlar de prelleugat, és a dir, si ja es pot qualificar com a prelleugat el llegat ordenat a favor de l'instituït hereu o bé si només hi ha prelleugat quan l'hereu ha acceptat el seu títol. Atès que el títol d'hereu només s'adquireix amb l'acceptació (art. 461-1.1 CCCat), mentre que el títol de llegat des de la delació (art. 427-15.1 CCCat), a nivell acadèmic la discussió se centraria en si el prelleugat existeix originàriament o bé si un llegat es

transforma en prellegat a partir del moment en què el legatari també accepta l'herència.

La resposta que dóna la DGDEJ és que abans de l'acceptació de l'herència no existeix prellegat, per la qual cosa el legatari instituït hereu que encara no ha manifestat la seva voluntat sobre la delació hereditària al seu favor ha de ser tractat com qualsevol altre legatari. Quan l'art. 427-22.4 CCCat legitima el prelegatari per prendre possessió per ell mateix del bé llegat, ho fa en consideració a la qualitat d'hereu que també té. Es tracta d'una legitimació legal que fa innecessària la concurrència dels altres cohereus per investir-lo en la possessió i, des d'un punt de vista registral, l'atorgament de l'escriptura de lliurament del llegat. Altrament, mentre no sigui hereu, el prelegatari només podrà prendre possessió del bé llegat si ha estat facultat expressament pel testador a fer-ho.

95.3. El lliurament dels llegats abans de l'acceptació de l'herència

Les raons adduïdes pel registrador per denegar la inscripció són unes altres: que el lliurament de llegats abans de l'acceptació de l'herència és perjudicial per als creditors hereditaris i per als legitimaris. La referència als legitimaris ja indica que qui va redactar la nota de qualificació no estava pensant en els legitimaris del Dret civil de Catalunya, simples creditors de l'herència, el dret dels quals ja disposa de l'acció de reducció dels llegats per inoficiosos.

Però cal reconèixer que si se suma la possibilitat que el legatari pugui prendre possessió dels béns llegats per ell mateix a l'adquisició del dret al llegat des de la delació, el resultat és que en un sistema successori d'origen romà en què l'hereu hauria de ser el personatge central de la successió (art. 411-1 CCCat), aquest pot esdevenir una figura residual, amb tot els inconvenients (subrogació en els deutes) i pocs aventatges. Ex: el dret a detreure la quarta falcídia, malgrat que se l'hagi rebatejat com a "quota hereditària mínima" caduca al cap de quatre anys de la mort del causant, quan els legataris estan facultats per prendre possessió dels llegats per ells mateixos (art. 427-44.2 CCCat). L'ordre de prelació que prioritza el dret dels creditors hereditaris coneguts als legataris només té lloc una vegada l'instituït hereu ha acceptat a benefici d'inventari (art. 461-21 CCCat). La regulació actual permet que durant el període de temps en què l'instituït hereu decideix si repudia o accepta a benefici d'inventari la delació al seu favor la major part de l'actiu hereditari hagi estat adquirit pels legataris, inscrit en el Registre de la propietat i àdhuc transmès a tercers adquirents a títol oneros de bona fe (els quals no tindran la condició de tercers de

l'art. 34 LH fins al cap de dos anys de la mort del causant, art. 28 LH). Si la llei hipotecària preveu l'anotació preventiva del llegat de cosa pròpia del testador (art. 47 LH) és perquè pressuposa que la inscripció no és possible sense la col·laboració de l'hereu.

Això no succeïa en el Dret romà, quan tot el contingut del testament depenia de l'acceptació de l'instituït hereu (*institutio haeredis caput et fundamentum totium testamenti*). En aquell context, l'adquisició del dret al llegat des de la delació tenia com a única funció la transmissió d'aquest dret als hereus del legatari que va sobreviure el causant però no al moment de en què l'instituït hereu va acceptar l'herència. En el dret actualment vigent, on cada atribució testamentària és independent de les altres, i on s'admet la transmissió mortis causa de la vocació en el cas del substitut vulgar (art. 425-4.1 CCCat), potser caldria plantejar-se si no fóra convenient impedir que l'adquisició mortis causa de béns es produeixi abans de la liquidació dels deutes del causant, ja sigui per l'hereu o pel marmessor universal. Si els efectes de l'acceptació de la delació per l'instituït hereu es retrotrauen al moment de la mort del causant, també podrien retrotraure's al mateix moment els efectes de l'acceptació del llegat.

Bibliografia

Luis DíEZ-PICAZO (1976), "Autonomía privada y derechos reales", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* LII, núm. 513, pp. 273-306.

Luis DíEZ-PICAZO (2008), *Fundamentos de Derecho civil patrimonial III. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la propiedad. La posesión*, Thomson-Civitas, Cizur Menor.

Víctor ESQUIROL JIMÉNEZ (2011a), "La prohibició de la quarta falcídia: exigència de manifestació expressa per part del testador", *InDret*, núm. 1 (www.indret.com)

Víctor ESQUIROL JIMÉNEZ (2011b), "Comentaris a les resolucions de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques publicades en el 4t trimestre de 2010", *La Notaría* 3 -d'imminent publicació-

Mariló GRAMUNT FOMBUENA (2010), "Fideïcomís de residu versus substitució preventiva de residu: la voluntat expressa", *InDret*, núm. 1 (www.indret.com)

Ramon Maria ROCA SASTRE (1962), "La supressió de la regulació romana del

prellegat", *Societat Catalana d'Estudis Jurídics, Econòmics i Socials, Miscel·lània Borrell i Soler*, Institut d'Estudis Catalans, pp. 371-397.

Antoni VAQUER ALOY (2005), "Llegítima dels hereus i usdefruit universal: dues sentències divergents", *InDret*, núm. 2 (www.indret.com)