

ASPECTES PROCESSALS DE LA MESURA CAUTELAR DE L'ANOTACIÓ PREVENTIVA DEL LLEGAT

Santiago Orriols Garcia

Advocat

*Professor associat de dret processal
Universitat Autònoma de Barcelona*

Resum

L'objecte d'aquest treball és el tractament processal jurisdiccional de l'anotació preventiva del llegat com a mesura cautelar, prenent com a referent la regulació del procés de la Llei d'enjudiciament civil, amb les particularitats especials de la mesura i la regulació dels aspectes processals que es troben en la Llei hipotecària i en el Reglament hipotecari. I la combinació d'ambdues regulacions amb una interpretació normativa integradora utilitarista és la proposta que fa l'autor.

Paraules clau: mesura cautelar, llegat, anotació, procés.

PROCEDURAL ASPECTS OF THE PRECAUTIONARY MEASURE OF PREVENTIVE ANNOTATION OF BEQUESTS

Abstract

This paper deals with the way in which jurisdictional proceedings treat the preventive annotation of a bequest as a precautionary measure, taking as a reference the regulation of the Civil Procedure Act process with its special particularities and the regulation of the procedural aspects in the Mortgage Law and the Mortgage Regulations. The author proposes a combination of the two regulations through an integrating normative interpretation of practical character.

Keywords: precautionary measure, bequest, annotation, process.

1. INTRODUCCIÓ. CONCEPTE I REGULACIÓ

L' anotació preventiva del llegat es troba regulada en els articles 42.7, 46-58 i 87-91 de la Llei hipotecària (LH) i 147-154, 166.6, 197 i 199-209 del Reglament hipotecari (RH). També està mencionada expressament en l'article 451-15 del Codi civil de Catalunya (CCCat).

La LH i l'RH regulen també el procediment per a poder practicar l' anotació si és sol·licitada directament al registrador. I, al mateix temps, la Llei d'enjudiciament civil (LEC), en els seus articles 721 i següents, regula el procediment judicial per a acordar les mesures cautelars, entre les quals s'ha d'incloure, és clar, l' anotació preventiva del llegat.

Com veurem, ambdues regulacions processals responen a situacions diferents, si bé persegueixen una mateixa finalitat: protegir el legatari enfront de l'hereu, el qual ha de lliurar la cosa objecte del llegat, i també enfront de tercers que no podran ignorar l'existència del llegat si consta anotat preventivament.

La situació en què ens trobem és que la LH i l'RH regulen un procediment per a demanar l' anotació preventiva del llegat i la LEC regula el procediment per a demanar la mesura cautelar de l' anotació preventiva del llegat. Per tant, l' anotació preventiva del llegat, com altres anotacions, es pot *sol·licitar* directament al registrador o bé la pot *ordenar* el jutjat.

2. PANORAMA DE L' ANOTACIÓ PREVENTIVA DEL LLEGAT

La regulació legal actual que s'ocupa de l' anotació preventiva del llegat és dispersa. I ho és perquè, quan es va promulgar la LH de 1861, el Codi civil espanyol (CC) no existia, i perquè la LEC de 1855 no preveia mesures cautelars.¹ Perquè ni amb la LEC de 1881 —que ja preveia les mesures cautelars— ni amb la LEC de 2000 s'ha modificat la regulació que es fa en la LH i l'RH de l' anotació preventiva del llegat, que ha quedat —al nostre entendre— completament desfasada per la realitat de les circumstàncies socials i sobretot per la resta de marc normatiu.

L'objecte d'aquest treball no és històric —ni, per tant, l'estudi de l'origen de les mesures cautelars—, ni tampoc conèixer el procediment registral previst en la regulació de la LH i l'RH per a sol·licitar l' anotació preventiva del llegat davant el registrador, sinó que la pretensió d'aquest treball és més aviat pràctica i referida al procediment judicial per a demanar la mesura cautelar davant el jutge, perquè, al marge del motiu quantitatiu de ser el procediment més habitual, ens preocupa saber la peculiar

1. És cert que la LEC de 1855 preveu l'embargament preventiu, però no pas com a mesura cautelar (almenys en el sentit modern actual), sinó com a pas previ del judici executiu. És a dir, com a efecte del títol executiu.

incidència de la regulació civil de la LH i de l'RH en el procediment judicial de mesures cautelars regulat en la LEC. Perquè les anotacions preventives, per si mateixes, són mesures cautelars.

Però, per a situar-nos, és menester fer una breu referència històrica i conèixer el panorama legislatiu, des dels orígens, de l'anotació preventiva del llegat, i això inclou també parlar del procediment registral.

Seguint Roca Sastre, la legislació hipotecària preveu dos procediments: *a*) l'anotació preventiva per conveni entre l'hereu i el legatari, i també els interessats, si escau (art. 56 LH i 147 i 148 RH), i *b*) l'anotació preventiva per resolució judicial, és a dir, per procediment judicial (art. 55, 57, 58, 68, 73 i 74 LH i 147 i 149 RH).²

2.1. BREUS ANTECEDENTS HISTÒRICS

Els articles que comentem tenen el seu origen en la redacció originària de la LH de 8 de febrer de 1861. La LH de 1909 no va modificar els articles que afectaven l'anotació preventiva del llegat (que eren els articles 45-58 LH) i la LH de 1946 va fer molts pocs canvis, cap de significatiu, i la majoria només afectaven la sistemàtica.³

Quan es va promulgar la LH de 8 de febrer de 1861, la LEC de 1855 ja havia estat decretada per la reina Isabel II i havia entrat en vigor el gener de 1856, però no feia referència a les mesures cautelars ni tampoc a les anotacions preventives.⁴ El Projecte de Codi civil de García Goyena sí que feia referència a les anotacions preventives com a mesura cautelar.⁵

2. Ramón M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, t. III, Barcelona, Bosch, 1954, p. 536 i seg.

3. Entre d'altres, es va separar la segona part de l'art. 45, el 46 es va modificar amb la inclusió dels hereus i els legítimaris, i l'antic originari art. 46 va passar a ser el 47, l'antic 47 i el 48 es van unificar en un de sol, el 48, l'art. 49 es va modificar lleugerament, el 50 i el 51 van quedar exactament iguals, el 52 només va variar en la sistemàtica i algun canvi de llenguatge, el 53, el 54 i el 55 no van patir cap modificació, al 56 se li va afegir l'incís final, «[...] presentando al efecto en el Registro el título en que se funde el derecho del legatario», el 57 va tenir alguna modificació de llenguatge, entre d'altres es va suprimir la frase «[...] según los trámites de la Ley de enjuiciamiento civil» i el paràgraf de l'apel·lació (perquè ja s'hi feia referència en l'art. 68, que va quedar igual com estava), i el 58 va quedar redactat exactament igual.

4. Només considerava l'embarcament preventiu, però sempre partint d'un títol executiu.

5. Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, tom III, Madrid, Civitas, 1995, p. 486: «En el proyecto de 1851, LUZURIAGA recogió la línea histórica de los asientos provisionales y construyó dos figuras distintas, denominando a la una anotación preventiva (art. 1867 y seg.) y a la otra subinscripción (art. 1867 [vol dir 1877] y seg.). La figura de las anotaciones preventivas recogía la anotación de demanda en juicio sobre la propiedad de bienes inmuebles o derechos reales y las demandas sobre reducción o cancelación de inscripciones, así como las anotaciones de títulos cuya inscripción no pudiera practicarse por defectos subsanables. Por el mismo cauce de las anotaciones se facilitaba la publicidad y la efectividad registral de los derechos de los legatarios y acreedores del difunto y de los créditos refaccionarios».

2.2. PETICIÓ DE L'ANOTACIÓ PREVENTIVA DEL LLEGAT DAVANT EL REGISTRADOR DE LA PROPIETAT

Com dèiem, tot i que no és l'objecte central d'aquest treball, val la pena fer referència, si més no per a situar-se en el context, al procediment previst per a sol·licitar l'anotació preventiva del llegat directament al registrador.

Tal com expressa l'exposició de motius de la LH de 1861, les anotacions preventives responien a tres finalitats diferents: substituir les antigues hipoteques judicials, garantir drets reals que encara no s'havien perfeccionat o que eren eventuals o transitoris, i garantir drets reals que, per manca d'alguna circumstància legal, requerien una reparació abans de ser inscrits definitivament en el Registre.⁶

El legatari pot tenir interès a anotar el seu dret hereditari en el Registre de la Propietat, per això és necessari regular un procediment àgil i directe per a poder practicar l'anotació preventiva del llegat.⁷

El legatari pot sol·licitar dos tipus d'anotacions: la pròpia o específica preventiva del llegat (art. 42.7 LH) i també la genèrica del seu dret hereditari (art. 46 LH).

Cal no oblidar que hi ha anotacions preventives i anotacions semiconstitutives perquè esdevindran inscripcions. I encara que ens trobem en el títol III de la LH, titulat «De las anotaciones preventivas», també hi ha articles que regulen inscripcions, i no anotacions, com és el cas de l'article 49 LH.

Seguint Díez-Picazo,⁸ hi ha tres supòsits distints: *a*) el llegat consistent en un bé immoble determinat, *b*) el llegat d'un crèdit o una pensió consignat sobre un bé immoble, i *c*) el llegat de gènere o quantitat.⁹

És cert que la LH només permet la sol·licitud per a practicar l'anotació preventiva del llegat, per conveni entre les parts o per manament judicial (art. 56 LH). Respecte del conveni entre parts, sembla que és imprescindible que la sol·licitud al

6. Luis Díez-Picazo, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, p. 487.

7. Ramón M. Roca Sastre, *Derecho hipotecario*, p. 523, diu: «[...] ya la ley de 1861 justificaba la anotación preventiva de legado, y que si bien los legados de cosa específica y determinada pasan a ser propiedad del legatario desde que expira el testador, de modo que no puede decirse que la cosa legada haya estado ni un sólo momento en el dominio del heredero, no obstante éste debe hacer la escritura pública, por ello, mientras llegue el caso de que se otorgue la escritura, justo es que tenga derecho el dueño (legatario) a impedir que la cosa se enajene a un tercero, que por tener inscrito su derecho y ser adquirente de buena fe, pueda después defenderse con éxito de la reivindicación». Vegeu, en el mateix sentit, Luis Díez-Picazo, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, p. 500.

I també s'ha de pensar en l'eventual embargament d'un tercer, ignorant que el causant ha mort o que el bé no és de l'hereu, sinó d'un legatari.

8. Luis Díez-Picazo, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, p. 500 i 501.

9. Qui més i millor s'ocupa d'aquest tema continua sent Ramón M. Roca Sastre, *Derecho hipotecario*, p. 520-549.

I vegeu un resum de l'obra de Roca Sastre, però no sempre citant la font, a Manuel Cuadrado, «Responsabilidad por razón de legados», a *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tom IV, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, p. 5191-5197.

registrador estigui signada pel legatari i també per l'hereu, sobretot si seguim literalment l'article 147 RH, que diu expressament que la sol·licitud ha d'estar signada pel legatari i també per l'hereu.

Però, certament, no sembla lògic exigir la firma de l'hereu per a demanar l'anotació si el legatari és propietari des de la mort del testador i l'objecte d'anotar preventivament el llegat és protegir-lo de «las dilapidaciones o fraudes de un heredero poco respetuoso». Per tant, l'exigència de la firma de l'hereu s'ha d'interpretar amb cautela, si no es vol deixar la norma sense contingut eficaç.¹⁰

10. En aquest sentit, correctament, al nostre entendre, s'ha pronunciat expressament la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques de la Generalitat de Catalunya en la seva Resolució de 18 de maig de 2006 (JUR 2007/87344):

4.2. Esta anotación preventiva, a diferencia de las anotaciones que pueden pedir los legatarios de cosa genérica y de cantidad que prevén los artículos 48 y siguientes de la Ley Hipotecaria, no exige el convenio entre heredero y legatario o mandamiento judicial previsto en los artículos 57 y 58 de la misma Ley. La diferencia de tratamiento, a pesar de que no es clara en la letra de la Ley, resulta obvia sobre la base de la finalidad de la norma. Cuando se trata de legados de cosa genérica o de cantidad, que son de naturaleza obligacional, la anotación se debe practicar sobre bienes que pueden llegar a ser del heredero y, por tanto, es preciso su consentimiento o el mandamiento judicial porque el heredero puede haber pagado el legado o puede haberlo extinguido de cualquier otra manera, por compensación, por ejemplo, al margen del Registro. Cuando se trata de legados de cosa específica propiedad del testador, la cosa legada pasa a ser propiedad del legatario de manera directa y el heredero sólo puede cumplir con el legado entregando aquella cosa concreta. Por ello la anotación preventiva no necesita el consentimiento del heredero. Tanto es así que el artículo 151 del Reglamento hipotecario incluso impide a los herederos inscribir a su favor los bienes determinados legados específicamente a otras personas, y el artículo 48 de la Ley impide practicar anotaciones preventivas de legado de cosa genérica o de cantidad sobre las cosas legadas específicamente a otra persona.

4.3. Una interpretación sistemática de la Ley conduce al mismo resultado: el artículo 47 encabeza la regulación de las anotaciones preventivas de legado con una norma única relativa a los legados de cosa específica propiedad del testador que el legatario puede pedir en cualquier momento. El 48 y siguientes hacen referencia a los legados de cantidad o de cosa genérica con el fin de dotar de una garantía real sobre los bienes de la herencia no legados a terceros en relación a los acreedores del heredero y, en principio, es preciso pedir las anotaciones dentro de los 180 días siguientes al de la defunción del testador. Así pues, la anotación del artículo 47 tiene por finalidad dar publicidad a la existencia del legado sobre la misma finca de la que es objeto. La anotación del 48 y siguientes, otorgar una determinada garantía sobre unos bienes que no son los legados pero que pueden pasar a formar parte del patrimonio del heredero que debe cumplirlos, con el efecto de dar una determinada preferencia en una hipotética realización de valor.

4.4. La finalidad de la anotación preventiva del legado de cosa específica y determinada es, precisamente, la de permitir que el legatario que no ha sido facultado para tomar posesión del legado por su propia autoridad pueda hacer constar su derecho en el Registro en los casos en que, o bien se desconoce la existencia o la identidad del heredero, o bien hay una multiplicidad de herederos que no se ponen de acuerdo entre ellos, o simplemente hay una negativa del heredero o los herederos a hacer entrega de la posesión del legado. En estos casos, el legatario tiene dos vías: la de reclamar judicialmente la entrega de la posesión o la de esperar a que los herederos queden determinados o se pongan de acuerdo entre ellos y le entreguen la finca legada. Es obvio que sí para obtener la anota-

La sol·licitud conjunta de mutu acord entre hereu i legatari té poca utilitat pràctica. Probablement la seva raó de ser és evitar que un tercer, creditor del causant, pugui embargar la finca perquè ignora que és del legatari en comptes del causant o del mateix hereu.

2.3. EL PROCEDIMENT JUDICIAL PER A DEMANAR L'ANOTACIÓ PREVENTIVA DEL LLEGAT PREVIST EN LA LLEI HIPOTECÀRIA I EN EL REGLAMENT HIPOTECARI¹¹

La Llei hipotecària preveu, juntament amb el procediment registral del qual hem parlat fins ara, un procediment judicial. És a dir, la petició de la mesura cautelar davant d'un tribunal enfront dels hereus o les persones obligades a lliurar el llegat objecte de l'anotació preventiva.

Com dèiem, l'any 1861 en la LEC de 1855 no hi havia previst cap procediment judicial per a acordar anotacions preventives, per això la Llei hipotecària en va preveure un, que encara segueix regulat pràcticament igual i no ha canviat.

La legislació hipotecària estableix diverses normes referides a aquest procediment; per exemple: l'article 57 LH —i 147 RH— estableix que s'ha de tramitar pel procediment verbal (la LEC de 1855, com sabem, regulava el procediment verbal), que s'ha d'acordar i practicar mitjançant una providència judicial (art. 46.2 LH); l'article 149 RH fixa la competència objectiva i territorial i la forma i els documents que s'han d'adjuntar a la demanda, i preveu fins i tot una eventual acumulació subjectiva per eventuals tercers interessats en la posició dels demandants —només prevista per a legataris— (art. 48 LH); l'article 68 LH permet el recurs d'apel·lació, i fins i tot fixa que ho serà en un sol efecte, etcètera.

La Llei 13/2009, de 3 de novembre, de reforma de la legislació processal per a la implantació de la nova oficina judicial, ha modificat l'article 57 LH afegint les paraules «el secretario judicial». Una nova redacció que, des del punt de vista de la tècnica legislativa, podem qualificar d'inútil.¹²

ción fuese necesaria la intervención judicial, la anotación del artículo 47 de la Ley Hipotecaria resultaría inútil, como ha destacado de manera continuada la doctrina catalana que se ha ocupado de la materia.

11. No podem justificar el fonament de la petició de les anotacions preventives al registrador amb la distinció entre drets reals i drets personals. Vegeu Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, p. 487 i 488.

12. Amb una tècnica legislativa deplorable, el legislador actual, en comptes d'actualitzar i si escau reformar tot el títol III, «De las anotaciones preventivas», es dedica només a afegir —en un sol article— que ara no serà el Tribunal qui lliurarà el manament judicial, sinó que serà el «secretari judicial», ignorant que el lliurament ja no el fa mai el secretari i oblidant-se —ja en el marc de la insubstancialitat i si més no per un mínim de coherència— de modificar també el paràgraf segon de l'art. 147 RH. Probablement els autors materials de la Llei 13/2009 són els mateixos que van qualificar de «chusma universitària» el grup de

Com veurem després de manera més detallada, nosaltres considerem que el procediment judicial previst en la LH i l'RH pot considerar-se parcialment derogat amb la promulgació de la LEC de 2000, almenys com a procediment rector. I no solament per la derogació tàcita que implica, sinó també per raons d'interpretació històrica i sistemàtica. Si amb la LEC de 1881 ja teníem dubtes de la derogació, ara amb la LEC de 2000 ens sembla més clar. Tal vegada no s'ha de considerar derogada la part de regulació que es refereix a les particularitats substancials de l'anotació preventiva, és a dir, els pressupòsits, les característiques, els efectes, etcètera, però sí la regulació dels aspectes purament processals.

2.4. LA MESURA CAUTELAR DE L'ANOTACIÓ PREVENTIVA DEL LLEGAT EN LA LLEI D'ENJUDICIAMENT CIVIL

L'anotació preventiva del llegat no està prevista expressament en la LEC de l'any 2000.

Podríem encabir-la en la combinació de tres mesures que sí que estan previstes: la genèrica anotació preventiva de la demanda (art. 727.5 LEC),¹³ la previsió de qualsevol altra anotació registral que sigui útil (art. 727.6 LEC) i, és clar, la previsió de *numerus apertus* de la norma onzena i última de l'article 727 LEC, referida a les mesures cautelars previstes expressament per una altra llei o les mesures cautelars que s'estimin necessàries.

2.5. L'ANOTACIÓ PREVENTIVA DEL LLEGAT EN EL CODI CIVIL DE CATALUNYA

El Codi civil de Catalunya estableix i preveu expressament la mesura cautelar de l'anotació preventiva del llegat. Concretament, en l'article 427-23 CCCat, i encara més clarament en l'article 451-15.3 CCCat.

Però cap dels articles esmentats fa referència a qüestions processals, o a pressupòsits d'aquesta mesura. En això, sembla que el Codi civil de Catalunya es remet a les lleis hipotecàries i a la Llei d'enjudiciament civil.

professors —amb tota mena d'orientacions polítiques— que va elaborar un manifest contra el projecte de llei de la nova oficina judicial. Vegeu la notícia en el diari ABC: <<http://www.abc.es/20090221/nacional-tribunales/cien-catedraticos-profesores-firman-20090221.html>>. I la resposta del sindicat Unidad de Acción de los Secretarios Judiciales, de 20 de febrer de 2009, a: <<http://www.unidad-de-accion.com/foro/viewtopic.php?t=3011>>.

13. De fet, els articles 427-39 i 427-45 CCCat relacionen la demanda de reducció de llegats per raó de la quarta falcidia amb la mesura cautelar genèrica de l'anotació preventiva de la demanda. Sembla adient, quan es tracta de reduir els llegats, d'anotar la demanda. Tot i que sembla perfectament possible, i més precís, l'anotació preventiva del llegat reduït que es proposa en la pètica de la demanda de reducció de llegats.

3. PROCEDIMENT JUDICIAL DE LA MESURA CAUTELAR DE L'ANOTACIÓ PREVENTIVA DEL LLEGAT

3.1. LEGITIMACIÓ PER A DEMANAR LA MESURA CAUTELAR

El primer inconvenient que trobem respecte de la petició de l'anotació preventiva del llegat és la legitimació per a demanar-la. En aquest sentit, l'article 42.7 LH estableix:

Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente:

[...]

Séptimo. El legatario que no tenga derecho, según las leyes, a promover el juicio de testamentaría.

I l'article 782.1 LEC (abans 1036 de la LEC de 1881 i de forma més extensa els art. 1052 i seg. CC)^{14, 15} estableix en el seu apartat primer que «[c]ualquier coheredero o legatario de parte alícuota podrá reclamar judicialmente la división de la herencia [...]».

Per tant, de la combinació dels articles 42.7 LH i 782.1 LEC resulta que estan legitimats tots els legataris menys els que ho siguin d'una part alícuota.

Però, què vol dir exactament ser legatari d'una part alícuota? Convé aclarir-ho perquè la determinació per part de la doctrina de l'àmbit del procediment de divisió de l'herència ha patit alguna confusió. I val la pena centrar quin és l'àmbit del procediment, atès que la doctrina no és pacífica i la pràctica dels tribunals ha demostrat que té fissures importants.

14. El judici de testamentaria de la LEC de 1881 ha estat derogat per la LEC de 2000, de manera que actualment ni tan sols conserva el nom de *juici de testamentaria*. El judici actual es denomina *de divisió de l'herència*, i així es titula el capítol I del títol II del llibre IV, el qual, al seu torn, es titula «Dels processos especials».

15. I la LEC de 1855 establia en el seu art. 406:

Son parte legítima para promover el juicio voluntario de testamentaría:

1.º Los herederos ó cualquiera de ellos.

2.º El cónyuge que sobrevivía.

3.º Los legatarios de parte alícuota del caudal, ó cualquiera de ellos.

Opinem que l'expressió equívoca «ó cualquiera de ellos» vol dir senzillament tots junts o bé algun d'ells: deixava clar que per a tenir la legitimació no era necessari tenir totes les quotes alícuotes sumades, ni tan sols la majoria. Volia dir que qualsevol hereu o legatari per si sol amb la quota que fos podia promoure el judici. Ara la LEC no ho diu, perquè no cal dir-ho. L'expressió era equívoca tal vegada perquè era redundant. (Carmen MINGORANCE, «La anotación preventiva de legado de parte alícuota», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 72 (2009), p. 279-293.)

La regulació d'aquest procediment de divisió de l'herència actualment es troba en els articles 782 i següents de la LEC de 2000. Però la partició de l'herència regulada en els articles 1051 i següents CC també conté normes processals.¹⁶ I, de la mateixa manera, el Codi civil de Catalunya, en regular la comunitat hereditària i la partició, també afegeix algunes normes processals.

Doncs bé, la partició, la divisió i l'adjudicació de béns que ha de fer el comptador partidor (i ha d'aprovar el jutge) només pot referir-se als béns no disposats i adjudicats expressament pel testador, òbviament. Altrament, és a dir, si es realitza una partició o una adjudicació judicial sense tenir-ho present, es contradiria la voluntat del testador. No es poden incloure, doncs, en l'inventari, béns dels quals el causant ha disposat expressament adjudicant-los a cada un dels hereus, ja sigui adjudicant-ne una part concreta, ja sigui adjudicant-los en comunitat ordinària. La divisió de l'herència només pot afectar els béns dels quals el testador no ha disposat expressament.¹⁷ Llavors,

16. Ignacio SANCHO, «Comentario del artículo 782 LEC», a Miguel Ángel FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, José M. RIFÀ i José Francisco VALLS (coord.), *Comentarios a la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, Barcelona, Iurgium, 2000, p. 3654, diu: «Para que proceda la partición es necesario que se haya abierto la sucesión, a consecuencia de la muerte y fallecimiento del causante, y que exista un llamamiento plural. La partición persigue impedir o poner fin a la comunidad de herederos mediante la distribución entre ellos de las titularidades contenidas en el caudal hereditario. Esta distribución puede haberla realizado el propio testador, por actos *inter vivos* o por última voluntad (art. 1057.1º CC) [...] En defecto de lo anterior, los propios herederos, si “fueren mayores de edad y gozaren de libre disposición de sus bienes, podrán distribuirse la herencia a la manera que tengan conveniente” (art. 1058 CC); y a falta de acuerdo, los herederos y legatarios que representen más del 50 % del haber hereditario podrán solicitar del juzgado el nombramiento de un contador partidor dativo (1057.2º CC)».

17. La Sentència del Tribunal Suprem (STS) de 15 de febrer de 1988 (RJ 1988/1987) admet la partició parcial de l'herència respecte dels béns dels quals no va disposar expressament el causant. Diu el fonament jurídic sisè: «[...] denuncia la infracción del artículo 1056 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial reflejada entre otras en la Sentencia de esta Sala de 9 de marzo de 1961 (RJ 1961\945), al considerar erróneamente la resolución recurrida que el testamento rector de la sucesión de don I. P. sin duda por inadvertencia dice F. por V., queda así salvada, entraña una partición parcial de su herencia, que ha de respetarse, la que contradice la citada sentencia; es de tener en cuenta que según sienta la expresada sentencia, la testadora adscribe determinados bienes de la herencia a cada uno de sus dos herederos individualizando alguno de ellos, pero sin llegar a dividir y adjudicar todos los que integran su patrimonio, lo que hay que entender de pleno conocimiento de ello, por lo que no puede estimarse realizada la partición de la herencia por la causante, supuesto bien distinto al que se considera en el recurso en el que el testador hace una distribución y adjudicación de la plena totalidad de sus bienes que constituyen su herencia, como no menos respecto a las deudas al disponer sean pagadas por los instituidos herederos por iguales partes, y como expresión de ser esta distribución total la que responde a su voluntad con emotivas palabras dice que “todo cuanto dispongo me lo ha dictado el corazón y abrigo la esperanza de que comprenderéis que al disponer esta repartición entre vosotros sólo me guía el deseo de que ninguno de vosotros salga perjudicado respecto a los demás y querría haber acertado para que al disfrutar de ello guardéis el mejor recuerdo mío y no dudéis de cuánto os he querido siempre a todos”, y si bien en el complementario codicilo hace referencia a los bienes omitidos, un chale y un piso, aclara el uno por olvido el otro por adquisición posterior, y según reseña la recurrente aún existe una tercera finca, es claro que todo ello no representa sino una mínima parte dentro de la totalidad de la herencia que cabe encajar en lo dispuesto por el artículo 1079 como entiende el juzgador de instancia, y no cabiendo duda que no resulta infringido el artículo 1056 del Código Civil el motivo ha de ser desestimado».

sobre aquests béns dels quals el causant ha disposat, hi ha comunitat hereditària dels hereus, i cada un és hereu d'una part alíquota ideal d'aquesta comunitat hereditària, i no de la comunitat ordinària.¹⁸ De manera que, si el testador ha distribuït l'herència amb llegats, ja sigui de forma concreta, ja sigui especificant la quota de la comunitat (ordinària), no escaurà mai aquest procediment especial de partició, perquè no es pot partir el que ja ha estat partit pel testador. Perquè el judici de divisió es refereix exclu-

18. Luis Díez-PICAZO i Antonio GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, vol. IV, Madrid, Tecnos, 1978, p. 570, defineixen la partició de l'herència com «el acto que extingue el estado de indivisión y comunidad, atribuyendo bienes y derechos singulares a los coherederos. Sus cuotas —ideales— se transforman en bienes concretos, desapareciendo totalmente la comunidad hereditaria, o transformándose en comunidad ordinaria (pues los comuneros lo mismo pueden acordar repartirse los bienes hereditarios, que proyectar sus cuotas en cada uno de ellos)».

La STS de 28 de maig de 2004, entre d'altres, l'ha definit així: «el concepto de partición de la herencia, sinónimo a división de la misma es el acto que pone fin a la comunidad hereditaria mediante la adjudicación a los herederos de las titularidades activas que forman parte del contenido de la herencia. Con la partición cesa la comunidad hereditaria y el derecho en abstracto que tienen los coherederos sobre la herencia se transforma en derecho concreto sobre los bienes que se le adjudican a cada uno (artículo 1068 del Código civil). Antes de la partición, la comunidad hereditaria está formada por el patrimonio hereditario cuya titularidad corresponde a los coherederos conjuntamente; es decir, éstos tienen derecho hereditario que no está concretado sobre bienes determinados, sino que recae sobre el total que integra el contenido de la herencia; es una sola comunidad sobre la universalidad de los bienes y derechos hereditarios. Los titulares, coherederos, lo son del todo considerado unitariamente, sin corresponderles una participación concreta en cada uno de los bienes y derechos».

La STS de 25 de maig de 1992 afegeix que «en tanto no se practique la partición de la herencia no se puede hablar de que tal finca sea objeto de una copropiedad por iguales partes entre los coherederos, sino que la misma forma parte de la comunidad hereditaria». I la de 6 d'octubre de 1997 diu: «todos los herederos tienen una comunidad hereditaria con derechos indeterminados mientras no haya partición».

M. Jesús OSTOS, «Proceso de división judicial de la herencia», a Xavier O'CALLAGHAN (coord.), *La partición de la herencia*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, p. 20, comenta, seguint diversos autors (Tomé Paule, Márquez Carrasco, Cortes Domínguez, Moreno Catena):

Se conoce con el nombre de proceso de división de la herencia, un procedimiento contencioso, de carácter universal, colectivo y especial por el que se solicita del órgano judicial competente que decrete un conjunto de actuaciones encaminadas a la conservación, intervención, administración, división y adjudicación de un caudal hereditario cuando no hay acuerdo entre los herederos.

En este artículo —1056— se concede al testador la facultad de hacer él mismo la partición. El testador en virtud de esa facultad no sólo fija la cuota de cada heredero o legatario sino que señala los bienes que integran la cuota. Por ello, la partición hecha por el testador no extingue la comunidad hereditaria, como las demás especies de partición, sino que la evita. Por tanto la esencia de esta partición es que el testador divide a priori su patrimonio entre los herederos que instituye.

No hay partición cuando el testador se limita a ordenar que un bien concreto se incluya en la cuota de un determinado heredero. Si existe partición aunque no incluya la totalidad del patrimonio hereditario y se haga precisa una nueva partición complementaria referida a los bienes no incluidos en los hechos por el testador. La esencia de esta partición —testamentaria— es impedir que al morir el testador surja la comunidad hereditaria y, por tanto, cada heredero adquiera directa e inmediatamente los bienes que le hayan sido adjudicados.

sivament a la partició de les parts alíquotes de la comunitat especial hereditària, no pas de la comunitat ordinària.¹⁹ Per a la partició de la comunitat ordinària s'ha d'acudir al procediment ordinari de divisió de la cosa comuna, l'*actio communi dividundo*.

Per contra, hi ha algun autor que, al nostre modest entendre, s'equivoca en plan-tejar l'àmbit d'aquest procediment. Així, Busto Lago diu: «En el inventario han de integrarse también los bienes respecto de los que hay disposición expresa del testador en forma de legado o de institución *ex re certa* pues han de ser tenidos en cuenta en la liquidación de la comunidad hereditaria»,²⁰ però es tracta d'una opinió absolutament aïllada. No tenim constància que cap altre autor segueixi aquesta opinió.²¹

Per tant, el legatari legitimat per a demanar l'anotació preventiva del llegat serà el que no és legatari d'una part alíquota de la comunitat hereditària, perquè en aquest cas primer s'ha d'instar la divisió de l'herència, per a obtenir i concretar quin és el bé llegat o la quota ordinària del bé llegat.

És clar que no es pot demanar l'anotació preventiva del llegat en el Registre de la Propietat si no s'ha fet la partició i s'ha adjudicat el llegat. Això no vol dir que no es pugui prendre cap mesura per a protegir el patrimoni del causant, perquè l'article 792.1.2 LEC disposa que el legatari pot demanar la intervenció de l'herència.²²

19. Es tracta de dividir, partir i, si escau, adjudicar la comunitat especial hereditària de les parts alíquotes o ideals (comunitat germànica, enfront de la romana o proindivisió).

La característica de la comunitat hereditària és que els cohereus no tenen una quota sobre cada un dels béns de l'herència, sinó sobre el conjunt patrimonial, de manera que no es pot disposar de la quota corresponent. (Per aquesta raó, per exemple, no es permet l'embargament de la quota alíquota sobre la universalitat patrimonial —art. 46, 3r par., LH i 166.1, 2n par., RH— fins que no es faci l'adjudicació especial, encara que sigui en proindivisió.)

L'art. 56 del Codi de successions diu: «Si el testador no ha fet la partició [...]». I ara, amb altres paraules, ho diu l'art. 464-4.2 CCCat, cosa que implica que, si ho ha fet, no escau fer cap partició. La veritat és que no calia que ho diguéssim, perquè és una cosa molt evident. I també ho diu el mateix art. 794.2 LEC de 2000.

20. José Manuel BUSTO, «Aspectos sustantivos de las operaciones particionales de la herencia», a José Luis SEOANE (dir.), *La división judicial de patrimonios: Aspectos sustantivos y procesales*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 311, col·l. «Cuadernos de Derecho Procesal».

21. Fins i tot és contrari al criteri de l'Audiència Provincial d'A Coruña (casualment, on Busto Lago és magistrat suplent) Seoane Spiegelberg, que en les pàgines 515 i següents del mateix llibre esmentat en la nota anterior diu tot el contrari: «[...] cuando la partición se llevó a efecto por el testador no cabe acudir a la partición judicial». I aquest darrer autor cita —en la p. 515— una interlocutòria de la mateixa Audiència Provincial d'A Coruña que va acollir la inadequació del procediment perquè el testador havia fet la partició. Interlocutòria, doncs, que contradiu frontalment el que afirma Busto Lago en la cita anterior.

22. Aquest article diu: «al tiempo de solicitar la división judicial»; en canvi, penso que hauria d'haver previst que es pogués demanar la intervenció de l'herència també abans de la divisió, de la mateixa manera que la LEC permet demanar les mesures cautelars abans d'interposar la demanda principal. No hi ha, però, cap impediment, més que la literalitat de la norma, per a interpretar que es pot demanar la intervenció abans de demanar la divisió de l'herència i aplicar per analogia el que disposa per a les mesures cautelars l'article 730.2 LEC. I sembla que dins de les actuacions que es poden practicar no s'inclou poder demanar la intervenció.

I, en tot cas, pot fer-ho l'Administració judicial,²³ i res no impedeix que l'Administració judicial demani i el jutge acordi alguna altra mesura cautelar, com podria ser, al meu entendre, l'anotació preventiva en el Registre de la demanda de divisió de l'herència.

Un cop determinat el llegat, el legatari es trobarà en situació de poder demanar, si escau, l'anotació preventiva del llegat de l'article 47 LH. I, com veurem més endavant, amb independència que sigui demandant (situació habitual) o també demandat «pur».

3.2. PROCEDIMENT JUDICIAL DE L'ANOTACIÓ PREVENTIVA DEL LLEGAT PREVIST EN LA LLEI HIPOTECÀRIA

L'article 57 LH estableix que el procediment —judicial— per a demanar l'anotació preventiva del llegat és el judici verbal. El legislador del 2000 no ha modificat el procediment que preveu la Llei hipotecària, fet que sembla un oblit. La redacció originària ha patit poques modificacions. El legislador de l'any 1861 tenia clar que la *ratio* de l'anotació preventiva del llegat, com la de les altres anotacions, és salvar el dret del legatari, com dèiem, «de las dilapidaciones o fraudes de un heredero poco respetuoso con la memoria de su favorecedor».²⁴ I l'exposició de motius afegia: «Este derecho no debe ser ilimitado; solo debe durar el tiempo que los legatarios no tengan expedita la facultad de reclamar con éxito la cosa legada». Qüestió que té un clar reflex en els períodes de caducitat de l'article 87 LH i en la transformació de l'anotació en hipoteca a què es refereix l'article 88 LH.

No neguem vigència a aquest procediment que regula la Llei hipotecària, però, certament, el trobem un xic embolicat, confús i desfasat. Poc efectiu.

Gete-Alonso afirma que les garanties que la LH ofereix al legatari són de reserva de rang (anotació que es transforma en inscripció), de publicitat en garantia de l'oposabilitat del seu dret a tercers, de béns de la massa hereditària, i fins i tot de preferència de crèdits enfront d'altres legataris.²⁵ Aleshores no hi ha d'haver impediment per a poder encabir la petició de la mesura en el procediment previst per la LEC per a les mesures cautelars (art. 730 i seg. LEC).

Si la quantia de la demanda principal de reclamació del llegat no excedeix els sis mil euros i, per tant, es tramita pel procediment verbal, no sembla gaire lògic tramitar a la vegada un judici paral·lel també verbal per a anotar preventivament el llegat en el

23. Ramón ESCALER, *La administración judicial*, Barcelona, Atelier, 2004, p. 114, apunta que en els judicis divisoris de l'herència es pot demanar l'administració judicial amb caràcter provisional a instància d'una part.

24. Paràgraf extret del pròleg de la LH de 1861, seguint Ramón M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, p. 521.

25. María del Carmen GETE-ALONSO, «Las garantías hipotecarias del legado. Examen de la anotación preventiva del legado», *Revista Jurídica de Catalunya*, any 1981, núm. 2, p. 361.

Registre; és millor tramitar la petició de la mesura cautelar dins del procediment principal a través del procediment dels articles 730 i següents de la LEC i en la corresponent peça separada.

Per tant, creiem que la regulació d'aquest procediment no impedeix que es pugui demanar l'anotació preventiva del llegat per via dels articles 730 i següents de la LEC. Deixant de banda el criteri que sostindrem tot seguit, pensem que, en tot cas, són vies diferents, però no pas excloents. Fins i tot no sembla desafortunat interpretar que la referència que fa la Llei hipotecària al judici verbal es pot entendre referida al judici especial de mesures cautelars dels articles 730 i següents de la LEC, que es tramita com un judici verbal (amb les seves especialitats). Res no impedeix complementar la regulació de les mesures cautelars de la LEC amb la regulació de la LH i l'RH.

Davant aquesta regulació dual per a demanar l'anotació, doncs, són possibles diverses opcions interpretatives que ja s'han insinuat:

a) Afirmar que la norma especial preval per sobre de la general i, per tant, sostenir que el procediment aplicable és el regulat en la LH i exclou el regulat en la LEC.

b) Afirmar que la norma posterior deroga l'anterior i que, per tant, el procediment aplicable és el regulat en la LEC, i exclou el regulat en la LH.

c) Afirmar que els dos procediments continuen vigents, però diferenciats, sens perjudici de complementar-se l'un a l'altre en allò que no estigui previst.

d) O bé afirmar que ambdues regulacions s'han de refundre en un únic procediment, complementant-se i entenent que l'esment al judici verbal que fa l'article 57 LH fa referència al judici verbal amb especialitats dels articles 730 i següents de la LEC.

L'opció interpretativa que es triï ha de tenir presents diversos aspectes que la doctrina científica ja ha analitzat: la conveniència de la regulació general *versus* la regulació específica, la de la responsabilitat de qui demana la mesura *versus* el control judicial, la de la prevenció *versus* la indemnització, la de l'efectivitat *versus* la prohibició d'indefensió, etcètera.²⁶

Les dues primeres opcions ens semblen descartables, perquè equivalen a negar *prima facie* a un dels dos texts la seva eventual utilitat, i pensem que la LH regula correctament alguns aspectes concrets de l'anotació preventiva del llegat, i si bé conté bàsicament aspectes substantius, també hi ha algunes particularitats processals pensades per a la mesura cautelar especial que regula. I la regulació de la LEC ha establert un bon procediment per a acordar mesures cautelars, àgil, sintètic i modern. De manera que prescindir de l'un o de l'altre ens sembla innecessàriament dràstic.

26. FRANCISCO RAMOS, *Las medidas cautelares civiles: Análisis jurídico económico*, Barcelona, Atelier, 2006, p. 705 i seg.

En canvi, les dues darreres opcions són perfectament admissibles; de fet, no són ni antagòniques entre si. Permeten fer una interpretació integradora i optar per una fusió. Com dèiem, és lògic que la LH, per la seva promulgació abans fins i tot que el Codi civil i per la matèria a què es refereix, contingui normes processals. Resulta pràctic refondre aquesta normativa per a simplificar-la i per a poder obtenir un procediment més útil i eficaç.

Seguidament suggerirem les particularitats que es podrien aplicar, de manera que integrem les particularitats que ha de tenir el procediment de l'anotació preventiva del llegat amb la interpretació general que s'ha de donar a alguns dels preceptes generals que s'apliquen a totes les mesures cautelars.

3.2.1. *Procediment de la Llei d'enjudiciament civil com a procediment rector*

Considerem que el procediment judicial (no davant el registrador) rector o preferent ha de ser el previst en la Llei d'enjudiciament civil, és a dir, els articles 730 i següents. És un procediment més concís, actual, modern i efectiu, amb millor tècnica. Una anàlisi de la pràctica dels darrers quasi deu anys d'aplicació demostra que, en general, el resultat és satisfactori. En canvi, el procediment de la LH i l'RH és menys concret. I sistemàticament més dispers.

3.2.2. *No-necessitat d'acreditar el periculum in mora*

De la LH i el CCCat es deriva la no-necessitat d'acreditar el *periculum in mora*, almenys plenament,²⁷ sobretot si a més a més es compleixen els pressupòsits i requisits formals que exigeix la LH. I també si tenim en compte que el concepte de *periculum* és un concepte que està patint una certa crisi (Pérez Daudí), sobretot com a conseqüència de l'auge d'altres paràmetres més útils i pràctics per a acordar o denegar la mesura cautelar que fins ara eren completament secundaris, com, per exemple i

27. Vicente PÉREZ, «La excesiva importancia del *periculum in mora* para la adopción de medidas cautelares», *Justicia: Revista de Derecho Procesal* (Barcelona), any 2007, núm. 3-4, p. 170-171, comenta que en les mesures merament asseguratives no hauria de ser necessari acreditar totalment el requisit del *periculum in mora*.

La diferenciació entre el «*periculum* objetivo» i el «*periculum* subjetivo» que fa aquest autor es reflecteix nítidament a la pràctica amb la pregunta següent que es pot fer al demandat: «Pensa vostè vendre la finca?» Si la resposta és «sí», el *periculum* esdevé evident per simple reconeixement, i si la resposta del demandat és «no», aleshores certament el *periculum* (el subjectiu) no s'acredita, però llavors el demandat reconeix, pràcticament, que la mesura cautelar no el perjudica, i per això precisament escau acordar-la. Si no pensa vendre, aleshores (deixant de banda alguna contraal·legació —com la necessitat de finançament—) no ha de tenir inconvenient a permetre practicar l'anotació. Sembla un joc de paraules, però no ho és.

sobretot, el perjudici que pot causar la mesura (Ramos Romeu) o la proporcionalitat i la idoneïtat de la mesura en funció del dret, acompanyada d'un control àgil i ràpid de la mesura cautelar almenys en finalitzar la primera i la segona per a evitar despeses judicials de temps i diners,²⁸ o un bon funcionament del sistema de responsabilitat que impliqui que les parts hagin de mesurar —mai més ben dit— les seves forces abans de demanar la mesura cautelar (Ramos Romeu).²⁹

Si aquests nous criteris han de ser els aplicables al règim general de les mesures cautelars, encara amb més raó seran els aplicables a les mesures l'eficàcia de les quals finalitza amb la «simple» anotació en el Registre de la Propietat, i encara més quan l'anotació està doblement motivada per tenir la pretensió al final de convertir-se precisament en inscripció.

De fet, la proposta no és pas innovadora. Hi ha una altra mesura cautelar en matèria de successions catalana que tampoc no requereix acreditar el *periculum*: l'anotació preventiva de la llegítima (arg. ex art. 451-15.2 CCCat). I aquest fet no ens sorprèn gens, atès que la institució del llegat implica l'atribució de la llegítima (art. 451-7 CCCat). Per tant, si per a la llegítima no és imprescindible ni pressupòsit el *periculum*, tampoc, i encara amb menys motius, ho ha de ser pel pressupòsit de doble condició de llegat i llegítima.

28. Fins i tot penso que l'actor que demana una mesura cautelar hauria d'oferir, si les circumstàncies es preveuen canviants, també els paràmetres per a modificar la mesura o per a adequar-la a la situació. Per exemple, ho ha de fer si la pretensió principal de fons és la llegítima, o el llegat d'una part de l'herència, i en el cabal relicte només hi ha una sola finca de pisos que no està inscrita en règim de propietat horitzontal, de manera que, fins que no es divideixi en propietat horitzontal, per a l'hereu s'ha d'anotar sobre tota la finca però amb la previsió que, un cop dividida en propietat horitzontal, la mesura es pugui modificar i adequar anotant el llegat només sobre el nombre de finques resultants equivalents al llegat (o la llegítima). I aquesta previsió penso que hauria de formar part de la pètica de l'actor, de manera que també l'hereu (o el gravat), demandat, pugui adequar les circumstàncies a una millor situació de proporcionalitat de la mesura i sobretot per a no gravar excessivament el mateix demandat. De manera que, un cop anotada la mesura sobre una part de les finques resultants, es facilita fins i tot el compliment del pagament de la llegítima o del llegat si aquest consisteix en diners.

29. Actualment, crec que no descobrim res, l'oposició a la petició de mesures cautelars es demostra que és més eficaç si no es fa frontalment o directament a l'existència del *fumus* o del *periculum*. La tàctica processal demostra que és millor quan l'oposició és indirecta i consisteix més a proposar mesures alternatives menys oneroses, o sobretot quan consisteix a advertir justificadament de la responsabilitat i el dany (la teoria del dany conegut és de vegades demolidora) que pot causar la mesura en el supòsit que s'acordi tal com proposa l'actor. O quan consisteix a centrar-se en un increment de la caució, o en la caució substitutòria prevista en els articles 746 i 747 LEC. És més senzill moltes vegades que l'oposició se centri més en les contramesures que no pas en la conveniència d'acordar-la, i això fa que l'actor o bé no pugui pagar la caució o bé es replantegi la intensitat de la seva petició, per prudència davant l'eventualitat de causar el dany respecte del qual expressament l'ha advertit el demandat. S'ha de fer notar a l'actor que demana la mesura cautelar que, com feia Pascal, s'han de sospesar les conseqüències (Francisco RAMOS, *Las medidas cautelares civiles*, p. 35) i s'ha de traslladar la discussió al pla de les conseqüències.

3.2.3. *No-necessitat de justificar la urgència o necessitat de l'anotació*

Una altra conseqüència que deriva de la peculiaritat de la mesura és la no-necessitat de justificar la urgència o necessitat de l'anotació quan es demana abans d'interposar la demanda principal. Perquè precisament potser no hi ha ni urgència ni necessitat, sinó simple conveniència asseguradora no solament enfront de l'hereu gravat, sinó enfront de tercers que podrien estar executant crèdits contra el causant, o enfront d'un altre tercer qualsevol, perquè el causant encara no havia inscrit el seu dret en el Registre, per no haver presentat l'escriptura de manifestació d'herència o per qualsevol altra raó.

3.2.4. *Inaplicació de la preclusió dels vint dies prevista en l'article 730.2 de la Llei d'enjudiciament civil*

En aquesta mesura cautelar no escau l'aplicació, també en part pels motius del paràgraf anterior, de l'exigència de l'article 730.2 LEC d'interposar la demanda principal dins els vint dies següents a l'acord de l'anotació preventiva del llegat. No té sentit que el legatari no pugui demanar anotar la mesura cautelar sense interposar obligatòriament la demanda principal; i de nou, amb més raó, en aquest supòsit, en què la LH no exigeix aquest requisit.

3.2.5. *Sobre l'exigència de caució*

En general entenem que no és exigible, necessàriament, prestar caució. I entenem que l'ofertament no ha de ser un pressupòsit d'admissió. Si la doctrina (Ramos Romeu,³⁰ Pérez Daudí) ja sosté que no ho hauria de ser en el règim general, encara menys ho hauria de ser en el nostre cas, en què la regulació de la LH no l'exigeix.³¹

3.2.6. *La interpretació flexible de l'apartat 4 de l'article 730 de la Llei d'enjudiciament civil*

També és necessari fer una interpretació flexible de l'apartat 4 de l'article 730 LEC, és a dir, cal que no sigui necessari justificar de forma plena l'aparició de fets i

30. Francisco RAMOS, *Las medidas cautelares civiles*, p. 319 i seg.

31. Vicente PÉREZ, «Los criterios jurisprudenciales de adopción de las medidas cautelares», *Justicia: Revista de Derecho Procesal* (Barcelona), any 2007, núm. 1-2, p. 87-88, i la jurisprudència que cita, especialment la Interlocutòria de la Secció Setzena de l'Audiència Provincial de Barcelona de 22 de març de 2006 (JUR 2006/231548) i la Interlocutòria de la Secció Dotzena de l'Audiència Provincial de Barcelona de 28 de juliol de 2005 (JUR 2006/222477).

circumstàncies noves per tal d'acordar l'anotació després d'haver interposat la demanda. De manera que allò que realment tingui rellevància sigui la situació en el moment en què es demana la mesura, sense tenir en compte si es podia o no haver demanat abans. Perquè, si no, l'exigència que diu «demani la mesura al principi, o es quedarà sense poder-ho fer després» no és prou justificació, a part que encareix el procediment amb peticions de mesures que potser sense la preclusió no s'haurien interposat.

3.2.7. *Manteniment de la mesura cautelar fins a l'execució*

En aquesta mesura cautelar també es planteja la conveniència d'interpretar flexiblement l'article 731.1 LEC perquè la seva aplicació literal ens sembla d'allò més desafortunada.

L'article 731.1 LEC disposa que «[n]o s'ha de mantenir una mesura cautelar quan el procés principal hagi acabat, per qualsevol causa llevat que es tracti d'una sentència condemnatòria o interlocutòria equivalent, cas en què s'han de mantenir les mesures acordades fins que transcorri el termini a què es refereix l'article 548 d'aquesta Llei. Transcorregut el termini, si no se'n sol·licita l'execució, s'han d'aixecar les mesures que s'hagin acordat». I afegeix un segon paràgraf que diu: «Tampoc no es pot mantenir una mesura cautelar si el procés queda en suspens durant més de sis mesos per una causa imputable al sol·licitant de la mesura».

El primer paràgraf no es pot interpretar literalment. L'article no distingeix entre execució definitiva i execució provisional, i probablement no és necessari perquè la referència a l'article 548 LEC implica que només ens referim a l'execució definitiva. En tot cas, hem de convenir que no seria admissible de cap manera que qui ha vençut, qui té raó, en definitiva, es veïés compel·lit a demanar l'execució provisional per a no veure «caducada» la mesura cautelar. Per altra banda, no beneficiaria gens el demandat que l'actor demanés l'execució provisional. Seria, a més a més, una norma també antieconòmica.³²

El segon paràgraf s'ha d'interpretar amb una atenció especial, perquè, en comptes de dir que la causa de la suspensió no ha de ser imputable al sol·licitant, hauria de dir que la mesura no es mantindrà si el sol·licitant abandona l'impuls processal. Perquè el procediment pot estar en suspensió per causa del sol·licitant durant més de sis mesos però sense que hi hagi desídia d'aquest, sinó ben al contrari, per perjudicia-

32. Manuel ORTELLS, «Comentario al artículo 731 LEC», a Vicente GIMENO (coord.), *Proceso civil práctico*, tom VIII, núm. 2, La Ley, p. 3-422, en comentar l'article 731 LEC, considera també aplicable l'article 548 LEC a l'execució provisional. Opinem que això no és així perquè, al marge del que hem explicat, en l'execució provisional el *dies a quo* a l'efecte de demanar-la no és pas els vint dies de l'art. 548 LEC; ben al contrari, no hi ha termini preclusiu: només s'estableix el termini a partir del qual es pot demanar, és a dir, quan s'admet la preparació del recurs d'apel·lació (art. 527 LEC).

litat o perquè esdevé incapaç i el nomenament del tutor o la causa de la prejudicialitat es retarda per culpa dels tribunals, i no pas per la inactivitat del sol·licitant o en general per situacions alienes a la voluntat d'aquest.

I la qüestió de l'execució definitiva és també controvertida. La majoria dels autors sostenen que l'article és lògic. Nosaltres creiem que no. Pensem que l'actor ha de ser lliure de demanar o no l'execució. El termini dels vint dies s'ha d'interpretar de forma flexible. Si no demanar l'execució no perjudica el demandat, no veiem correcte que les mesures s'aixequin de forma automàtica. La doctrina més autoritzada en matèria d'execució (Cachón Cadenas) ha dit, i alguna jurisprudència ha recollit (la de l'Audiència Provincial de Barcelona pràcticament tota), que el termini dels vint dies no és aplicable a l'execució provisional més que per a tenir un termini per a acomplir la interlocutòria que commina el demandat, i que aquest termini és el de gràcia per a pagar sense incloure les costes judicials.

Considerem que la sentència estimatòria de la demanda, si no es demana l'execució provisional, ha de poder modificar en benefici de l'actor la mesura cautelar incrementant la garantia i si escau, per regla general, atenuant la caució. No veig inconvenient a, per exemple, substituir l'anotació preventiva del llegat, la llegítima o la demanda, per l'anotació de la sentència. Tant per a garantir la nova situació com fins i tot per a permetre una millor publicitat i informació a tercers. Aquesta opinió no la segueix el Tribunal Suprem, que considera que la modificació no escau.³³

Sembla, doncs, que és lògic pensar que l'article 731.1 LEC està pensat exclusivament per a supòsits d'execució definitiva.³⁴ Tot i que ja anunciem que la nostra opinió

33. Interlocutòria del Tribunal Suprem de 30 de novembre de 2005 (JUR 2006/7669), que diu: «Tal es así que el propio legislador ha situado la anotación preventiva de sentencia en trámite de ejecución provisional de sentencia no firme y la anotación preventiva de demanda como medida cautelar, y, si bien es cierto que el ordinal 11º del art. 727 de la LEC constituye la vía para la adopción de cualesquiera medidas no expresamente previstas en dicho precepto —como lo sería la anotación preventiva de la sentencia dictada en apelación—, lo es igualmente que no puede prescindirse de las circunstancias concurrentes en el litigio en el que se solicite, como es el caso, puesto que el legislador lo supedita a la garantía de la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse, que, en el caso que nos ocupa, ya fue asegurada a través de la medida cautelar de anotación preventiva de demanda. Es más, conviene recordar, dada la circunstancia de que estamos refiriéndonos a la anotación preventiva de una sentencia, que, solicitada como medida cautelar, el carácter restrictivo que ha conferido el legislador a estas peticiones pendiente recurso (art. 730.4 LEC) impone a la parte la cumplida acreditación de hechos sobrevenidos en tal momento que la justifiquen y que no existieran en el momento inicial del proceso, sobre los que hubiera podido postular una medida cautelar en el momento ordinario (art. 730), es decir con la formulación de la demanda (como este proceso, adecuadamente, se hizo)».

34. Interlocutòria de la Secció Primera de l'Audiència Provincial de Lleó de 30 de desembre de 2010 (JUR 2010\127759): «[...] ha de interpretarse que el plazo que establece la norma es precisamente que transcurridos los veinte días del plazo de espera para instar la ejecución a que remite al art. 548, si cumplido ese plazo no se solicita la ejecución se levantarán las medidas, por eso utiliza la norma la expresión: “Transcurrido el plazo si no solicitare la ejecución...”, y así lo entiende ahora el Tribunal; así pues, ha de revocarse la decisión adoptada al respecto en el auto impugnado».

pot ser controvertida, creiem que també és desafortunada l'aplicació —literal— de l'article a l'execució definitiva. Imposar a l'actor que en vint dies ha de sol·licitar l'execució si no vol veure desaparèixer les mesures cautelars acordades ens sembla injust, il·lògic i contrari al principi dispositiu i de rogació. Pensem que l'automatisme preclusiu que imposa l'article de demanar l'execució o quedar-se sense mesura cautelar és incoherent i, a més a més, innecessari. L'actor té cinc anys per a demanar l'execució i, si el fet de no demanar l'execució no causa cap perjudici al demandat —que potser es troba en rebel·lia—, el jutge no pot aixecar les mesures automàticament sense infringir el principi dispositiu. El demandat té legitimitat per a demanar perfectament que s'executi la sentència (fins i tot podria complir-la). Pot al·legar un interès legítim (si el té pel principi de bilateralitat per a no acceptar el desistiment, també l'ha de tenir per a executar la sentència si no ho fa qui ortodoxament ho ha de fer, que no és altre que l'actor). Lluny de tot això, la Llei imposa normes inflexibles a qui ha vençut el plet, però la Llei hauria d'emparar, per sobre de tot, a qui té raó.

Una possible interpretació d'aquest article, que deixaria airosament salvat el legislador, seria entendre el termini dels vint dies en el sentit que, si el demandant denuncia que ha transcorregut el termini o fins i tot demana que s'executi la sentència, encara que només sigui a través d'un simple escrit de tràmit amb una succinta justificació del seu interès, s'inicia per a l'actor —aleshores sí— un període preclusiu de vint dies per a demanar l'execució, i en cas contrari s'aixecarien les mesures. En casos en què el demandat pot demanar l'execució,³⁵ s'evidencia la injustícia d'aquest article, que perjudica només l'actor, ja que el demandat pot demanar l'execució, o almenys pot denunciar un eventual abús de dret de l'actor si el fet de no demanar l'execució li causa un perjudici, per tal que aleshores desplegui els seus efectes el termini dels vint dies de l'article 548 LEC.³⁶ De la mateixa manera que per a l'execució

35. La bona doctrina i alguna jurisprudència han admès que sobretot en condemnes sinal·lagmàtiques —per exemple: atorgament d'escriptura i pagament del preu— el demandat té legitimitat per a demanar directament l'execució de la sentència.

36. En part analitza aquesta problemàtica la Interlocutòria de la Secció Tercera de l'Audiència Provincial de Burgos núm. 147/2005, de 21 de març de 2005 (JUR 2005\115414):

SEGUNDO. Según la parte apelante, T. P., S. L., procede el alzamiento y cancelación de la medida cautelar de anotación preventiva de la demanda porque dado el tiempo transcurrido desde la firmeza del Auto de esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de fecha 28.7.2003 que declaró la imposibilidad de cumplimiento de la sentencia de fecha 5.4.1999 en sus propios términos, con reserva expresa a favor de la parte actora ejecutante para interesar la indemnización pertinente, dicha parte aun no ha interesado la determinación de la indemnización sustitutiva con arreglo a lo dispuesto en el artículo 717 de la LECiv y no lo hará hasta tanto el Tribunal Constitucional no se pronuncie sobre el recurso de amparo interpuesto contra el citado Auto (como así reconoce la misma parte ejecutante —D. V.— al decir que de hacerlo entraría en contradicción con la deseada restitución de la condena de hacer que contiene la sentencia firme), lo que dice constituye un abuso de derecho que no puede recibir respaldo judicial, a la par que causa graves e importantes perjuicios de tipo económico y financiero a la parte apelante.

provisional s'apliquen els vint dies de l'article 548 LEC per a evitar que el demandat hagi de pagar o consignar les costes quan ignora si l'actor vol o no executar provisionalment, és equitatiu fer aquesta mateixa interpretació analògica de la forma que hem proposat, és a dir: si concedim els vint dies de pagament voluntari a l'executat provisionalment, també és lògic concedir-los a l'executant definitiu per a no veure aixecades les mesures cautelars quan és al demandat a qui interessa que la sentència s'executi. En cas contrari, estaríem interpretant una norma a favor de l'executat, i no de l'executant, que és a qui finalment s'ha de protegir, perquè te raó. Com deia Chiovenda per a un altre supòsit però aplicable també al que ara mantenim, «la necessità di usare il processo per farlo bene no deve tornare a donar di chi ha ragione» i «il processo deve dare a chi ha il diritto tutto e esattamente la cosa che è giusta».³⁷

3.2.8. *Manteniment de la mesura cautelar si es desestima la demanda*

La no-aplicació de l'article 744.1 LEC comportarà el manteniment de la mesura, perquè si es desestima la demanda principal no hauria d'escaure l'aixecament immediat de la mesura. Com apunten Ramos Romeu³⁸ i Pérez Daudí,³⁹ la interpretació de l'article 744.1 LEC ha de fer-se en el sentit que l'aixecament de les mesures cautelars a causa de la sentència absolutòria només es pot donar en els supòsits en què el demandant no interposa cap recurs contra la sentència, de manera que l'aixecament

La parte apelante funda el alzamiento y cancelación de la medida de anotación preventiva en una razón de índole jurídica, cual es el carácter accesorio de las medidas cautelares a que se refiere el artículo 731.1 de la LECiv al establecer que «no se mantendrá una medida cautelar cuando el proceso principal haya terminado por cualquier causa, salvo que se trate de sentencia condenatoria o auto equivalente, en cuyo caso deberán mantenerse las medidas acordadas hasta que transcurra el plazo a que se refiere el artículo 548 de la presente Ley. Y trascurrido dicho plazo, si no se solicitare la ejecución, se alzarán las medidas que estuvieren adoptadas».

Habiendo finalizado el proceso con sentencia estimatoria de la demanda, conforme al artículo 731.1 de la LECiv las medidas cautelares adoptadas solo pueden ser alzadas si en el plazo de 20 días desde la notificación al ejecutado de la sentencia firme, el ejecutante no hubiere solicitado la ejecución. Por ello, como quiera que en el presente caso el ejecutante presentó demanda ejecutiva, la medida cautelar de anotación preventiva de la demanda se entiende que se mantuvo como definitiva en tanto en cuanto no se diese completa satisfacción al acreedor ejecutante, no obstante no haberse solicitado expresamente en la demanda ejecutiva el mantenimiento o conversión de aquella en definitiva.

37. Giuseppe CHIOVENDA, *Institutioni di diritto processuale civile*, vol. I, Nàpols, Giovene, 1950, p. 143.

38. Francisco RAMOS, *Las medidas cautelares civiles*, p. 150, 151 i 160.

39. Vicente PÉREZ, «Los criterios jurisprudenciales», p. 84-85. I cita dues interlocutòries molt interessants: la de la Secció Quarta de l'Audiència Provincial de Barcelona de 14 de febrer de 2003 (JUR 2003/166035) i la de la Secció Tercera de l'Audiència Provincial de Castelló de 20 de juny de 2006 (AC 2006/1626).

no pot ser automàtic.⁴⁰ També ho va dir la Interlocutòria del Tribunal Suprem de 22 de gener de 2002 (JUR 2002/35790).⁴¹

No es pot confondre la desestimació de la demanda en primera o segona instància amb la pèrdua absoluta del *fumus boni iuris*, que és el que sembla que fa l'article. La mitjana de revocacions de sentències de primera instància és elevada i caldria, abans d'acordar l'aixecament de la mesura cautelar, estudiar la conveniència de mantenir-la o no, i on s'ha de decidir és en el mateix recurs d'apel·lació, perquè, si no, aquest no tindria sentit.⁴² Vegeu, en contra d'aquesta interpretació, la Interlocutòria

40. També és interessant la Interlocutòria de la Secció Dinovena de l'Audiència Provincial de Barcelona núm. 13/2010, de 22 de gener de 2010 (JUR 2010\113847):

Lo cierto es que el art. 744 de la LEC, con carácter general, ordena el alzamiento de las medidas cautelares de forma inmediata en caso de ser absuelto el demandado. No establece ningún plazo para ese alzamiento, a pesar de prever la posibilidad de que la parte que instó la adopción de la medida cautelar solicite su mantenimiento. Tampoco establece ningún plazo para que, desde que se dicte la resolución absolutoria del demandado, el actor pueda solicitar el mantenimiento de la medida cautelar.

Desde luego no puede considerarse el plazo del art. 548 de la LEC al que se remite el art. 731 del mismo Cuerpo Legal. Ese precepto se refiere a la situación contraria a la que aquí se estudia: sentencia estimatoria de la demanda y no mantenimiento de las medidas cautelares más allá del plazo para solicitar la ejecución de la sentencia. Lo mismo que no puede considerarse la situación que describe el art. 731.2 de la LEC, porque se refiere a la ejecución provisional de la sentencia estimatoria de la demanda para la que se adoptaron las medidas cautelares y no, como aquí sucede, a la ejecución provisional de la sentencia por haber sido estimada la demanda reconventional en la que no se solicitó medida cautelar.

41. Citada per la Interlocutòria de la Secció Cinquena de l'Audiència Provincial de Las Palmas núm. 56/2006, de 24 de març de 2006 (JUR\2006\169449), que tracta un cas realment curiós en què la demandada absoluta va demanar l'execució provisional d'acord amb l'article 731.1 LEC només per a obtenir l'aixecament de les mesures. Tot i la sorpresa de la Sala, l'Audiència estima parcialment el recurs aplicant una economia processal certament discutible:

En definitiva, el artículo 744 citado, establece el alzamiento de las medidas cautelares adoptadas tras sentencias no firmes, en el supuesto de que sean absueltos los demandados en primera y segunda instancia, considerando, el último inciso del párrafo primero de la citada norma, la posibilidad de mantener la medida oídas las partes y aumentando la caución —Vid. Auto T.S. de 22 de enero de 2002 (JUR 2002\35790)—, norma que resulta de aplicación al caso de autos y supone, en conclusión, la inaplicación del artículo 731.2 de la ley procesal citada puesto que, como se expuso, las sentencias absolutorias no son objeto de ejecución provisional.

Procede, por lo expuesto, la estimación parcial del presente recurso, por cuanto, a pesar de que el procedimiento elegido —ejecución provisional— por la dirección letrada del recurrente no fue el adecuado para obtener resolución acorde con su pretensión —alzamiento de medida cautelar—, lo cierto es que, en aplicación del artículo 744 de la LEC, resultaba oportuno acoger la misma.

42. Especialment la Interlocutòria de la Secció Quarta de l'Audiència Provincial de Barcelona de 14 de febrer de 2003 i també el comentari de Vicente PÉREZ, «Los criterios jurisprudenciales», p. 85-86.

de la Secció Tercera de l'Audiència Provincial de Santa Cruz de Tenerife d'11 d'octubre de 2008 (JUR\2008\48072).⁴³

3.2.9. Possibilitat d'altres mesures diferents a l'anotació preventiva del llegat

Creiem flexible la idea de permetre la possibilitat de demanar i acordar altres mesures alternatives segons els casos encara que la petició principal sigui el lliurament del llegat. Per exemple, la de l'embargament preventiu si es tracta d'una quantitat de diners. De fet, l'article 48 LH parla de l'anotació preventiva del valor del llegat, que és pràcticament un embargament.

Sobre la possibilitat que l'Administració judicial pugui reclamar un llegat, la Interlocutòria de l'Audiència Provincial de Barcelona de 4 de març de 2011 s'hi mostra favorable.⁴⁴

43. Diu la resolució: «[...] es claro que nos encontramos ante el procedimiento establecido en el art. 731, por lo que estimamos que la competencia para el alzamiento de la medida viene otorgada por el mencionado precepto al juez de instancia, que es el competente para despachar la ejecución provisional. Por lo tanto, no pueden aceptarse las impugnaciones referidas ni a la falta de competencia ni a la ausencia de procedimiento».

Però, en canvi, aquesta Sentència és interessant per un altre aspecte: l'efecte expansiu en l'execució provisional en relació amb les mesures cautelars quan intervenen una pluralitat de parts. En aquest sentit, diu: «TERCERO.- Dispone el art. 731.2 de la LEC que cuando se despache la ejecución provisional de una sentencia, se alzarán las medidas cautelares que se hubieran acordado y que guarden relación con la ejecución, precepto del que se ha venido señalando que solo puede ser entendido e interpretado en el sentido de considerar que la medida adoptada que guarde relación con la ejecución pasa a convertirse en medida definitiva y, por tanto, de ejecución y apremio. Las recurrentes con relación al referido precepto plantean dos cuestiones, la primera es la referida a que siendo tres los actores, solo a instancia de dos de ellos, D. A. y la entidad M. SL, se ha despachado ejecución provisional de la sentencia, pues tal y como consta D. J. no la ha pedido, con respecto a la sentencia dictada por la Sección Cuarta de esta Audiencia, habiendo quedado sin efecto la despachada en relación con la sentencia dictada en la primera instancia. La segunda cuestión, es que la medida que se alce ha de guardar relación con la ejecución provisional que se despacha. Es cierto que el referido precepto no contiene disposición alguna por la que requiera que la ejecución despachada sea solicitada por todas las partes con posibilidad de ejecutar provisionalmente, pero esa ausencia no es obstáculo para ser entendido en el sentido pretendido por el recurrente, pues si la finalidad de la norma contenida en el citado artículo no es otra que evitar la doble imposición a la parte ejecutada provisionalmente, en el sentido de que no está obligada a soportar la ejecución provisional de la sentencia y medidas que la garanticen, lo cierto es que ello será de aplicación cuando la ejecución pedida por una parte beneficie a ambas, no solo a la que ha interpuesto la demanda sino a la otra que no lo ha hecho, y en este caso no se ha acreditado que la ejecución despachada beneficie a D. J.».

44. Interlocutòria de la Secció Setzena de l'Audiència Provincial de Barcelona de 4 de març de 2011 (JUR 2011\180648) (ponent: Agustín Ferrer Barriendos):

PRIMERO. La parte dispositiva del Auto apelado es del tenor literal siguiente: «QUE DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO LA SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES DE ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA Y NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRA-

DOR JUDICIAL DE LA EMPRESA V. S.A promovida por el procurador Sr. De A. F., en nombre y representación de D. D. contra D. C. A., D. P. E., D. A., DOÑA E. Y V. C. V. S.A. con condena en costas de este incidente a la parte demandante».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El Sr. D. formalizó demanda reconvenional contra los herederos del fallecido Sr. R. en reclamación, entre otras cosas, de la entrega de los legados establecidos a su favor en el testamento de 23 de junio de 2006 pero de forma matizadamente diferente de la que constituía motivo de demanda principal y de la cuarta vidual, a determinar en el proceso. Al mismo tiempo formuló demanda de medidas cautelares en una doble dirección: Por un lado, anotación preventiva de demanda respecto de todos los inmuebles que constituyen el patrimonio inmobiliario de la herencia en garantía de la reclamación de la cuarta vidual y, por otro lado, la administración judicial de la sociedad «V. C. V. SA» de la cual el causante tenía el 51% del capital, en garantía de la efectividad del legado de usufructo de acciones de la citada sociedad.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda cautelar y contra dicha resolución recurre la parte demandante de medidas cautelares reiterando en esta alzada su pretensión inicial.

SEGUNDO. Hacemos propia y damos por reproducida la exposición doctrinal sobre las medidas cautelares que se contiene en el fundamento jurídico segundo de la resolución recurrida.

En relación a la administración judicial de la sociedad V., no se discute la existencia de «buen derecho», pues uno de los legados a favor del Sr. D. es precisamente el usufructo vitalicio de una participación del diez por ciento de las acciones que componen el total capital de la sociedad.

La controversia en la adopción de esta medida cautelar ha girado en relación a la concurrencia en el caso del peligro en la demora porque, de lo actuado, ningún motivo concreto hay para pensar que la demora en la entrega de este legado pueda significar su ineffectividad. Se trata de una sociedad consolidada en el mercado, de razonable rentabilidad a pesar de la crisis, con accionistas ajenos a la familia, con cuentas auditadas por auditoría externa y, además, de momento no son los herederos los detentadores de las acciones. De hecho, la parte solicitante de las medidas no aporta más indicación en este sentido que el hecho de que se haya aumentado la retribución de la actual administradora de forma acusada en relación a la que percibía el causante que era el anterior administrador. Razona en el sentido de que, si el sueldo del administrador es mayor, el dividendo teóricamente podría ser menor. Consideramos que el que el dividendo sea mayor o menor depende de muchas más cosas que del nivel del sueldo de la administradora. En cualquier caso esto no justifica el peligro de demora a efectos de medida cautelar; al contrario, desde tal óptica se perjudicaría aún más la expectativa del apelante si además de ese aumento de sueldo aprobado por la junta introducimos el coste (y el efecto comercial perturbador) de una administración judicial.

Lo cierto es que no hay prueba de nada objetivo y concreto que permita presumir actuación irregular y lo cierto es también que se le ha venido pagando la parte de dividendo conforme a cuentas auditadas y aprobadas, sin que conste irregularidad.

TERCERO. Si la perturbadora medida de administración judicial carece de justificación razonable, tampoco parece que la cuestión de la cuarta vidual requiera de medida cautelar. El Sr. D. reclamó la cuarta vidual en reconvenión, pero dejó su cuantificación concreta a lo que resultara del proceso; en garantía de tal pretensión solicitó la medida cautelar de anotación de demanda al amparo de lo que previene el art. 386 del Código de Sucesiones de Cataluña, que es la norma aplicable a esta sucesión, pues el fallecimiento accidental del Sr. R. ocurrió el 26 de octubre de 2008. Esta anotación constituye, una medida cautelar específica o excepcional, dado que se establece en consideración a un derecho esencialmente de crédito y, aunque su significación legal parece corresponderse con una cierta automaticidad dado que se trata de una medida poco perturbadora y relacionada con necesidades subsistenciales, no es menos cierto que, como toda medida cautelar, justifica su racionalidad mediante la satisfacción de los requerimientos ordinarios de este tipo de medidas.

3.2.10. *Inadmissió de la declinatòria*

En general no s'hauria d'admetre la declinatòria, d'acord amb l'article 725 LEC.

En el presente caso y en este momento, no caben sino prospecciones económicas aproximadas respecto de si la congrua subsistencia del apelante (o la satisfacción de las necesidades del apelante según dicción del actual art. 452-1 del código civil catalán) puede justificar la pretensión de la cuarta viudal. Ambas partes las hacen, cada una computando las diversas magnitudes que pueden determinar la existencia del derecho mediante criterios abiertamente parciales. Por ejemplo, la parte apelante se olvida de computar el usufructo de la vivienda de Gavà Mar, que dada la juventud del viudo (30 años) y el valor del inmueble, no deja de constituir un valor hereditario bastante importante; la parte apelada computa una importante cantidad que posiblemente perciba el apelante a consecuencia del accidente que motivó el fallecimiento de la causante, cuando lo cierto es que ni tal responsabilidad hasta el momento se ha declarado judicialmente ni se ha transaccionado aquella reclamación. Tampoco parece muy razonable que el apelante reduzca las posibilidades, de cara a la congrua subsistencia, que le ha permitido la percepción de 120.000 de euros del seguro de vida de «L. E.», a lo que sería una escueta renta periódica bajo el argumento de que eso es lo que produciría si se colocara al 3%. La Sra. Magistrada Jueza del Juzgado de Primera Instancia, efectúa también unos cálculos prospectivos que le llevan a concluir que no concurre la necesidad de la cuarta viudal y añade que, aun en el caso de que hubiera de entender que existe la apariencia de buen derecho, lo que no observa que concorra es el peligro de mora procesal.

Sin necesidad de entrar de nuevo en prospecciones más o menos aleatorias, compartimos esta última apreciación, significando: Que si existiera un derecho a percibir una cantidad líquida adicional en concepto de cuarta viudal, esta no sería cuantitativamente importante, pues conforme se establece en art. 382 del Código de Sucesiones la imputación de diversas magnitudes para cómputo de este derecho implica la disminución de aquella cuarta parte líquida de la herencia. Estaríamos pues en el mejor de los casos para el apelante ante una acción de complemento de la cuarta viudal de relativamente escaso alcance. Por otro lado, existen bienes suficientes en la herencia, entre ellos los once inmuebles que se pretenden objeto de la medida cautelar, que permitirían muy holgadamente satisfacer lo que por vía de complemento de cuarta viudal pudiera resultar y, finalmente, no puede dejarse de mencionar que, con independencia de la cuestión sobre si el usufructo de la vivienda de Gavà Mar se debe extender o no a las dos plazas de aparcamiento y un trastero que existen en el edificio (que da la impresión de ser el motivo del conflicto, cuestiones personales aparte), lo cierto es que este proceso empieza precisamente con una demanda de los herederos para poder entregar los legados a que tiene derecho el apelante, lo que no deja de ser indicativo de una actitud por su parte bastante alejada de la intención de malbaratar el patrimonio hereditario, parte del cual por cierto (el 51% de las acciones de V.) ni siquiera está a su disponibilidad ya que el testador encomendó a su hermana E. la detentación de ese paquete de acciones hasta que el menor de los hijos, que en el momento de la vista de las medidas se dijo tenía 19 años, alcance los 25 años de edad.

ÚLTIMO. Conforme dispone el art. 398.1 con relación al 394 de la Ley de enjuiciamiento civil, las costas del recurso deberán quedar de cuenta de la parte apelante.

PARTE DISPOSITIVA

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por D. contra la resolución del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Gavà de fecha 16 de abril de 2010, con imposición de las costas del recurso a la parte apelante y pérdida del depósito efectuado para recurrir.

La presente resolución es firme. Devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia con testimonio para su cumplimiento.

3.2.11. *Admissió de la mesura en situacions consentides durant molt de temps*

És dubtós si seria aplicable el segon incís de l'apartat 1 de l'article 728 LEC, és a dir, si és procedent en casos d'anotació preventiva del llegat denegar l'anotació preventiva perquè el legatari ha estat consentint la situació durant molt temps.⁴⁵

Nosaltres optem per pensar que no hauria de ser aplicable almenys respecte de les anotacions preventives de llegats específics de béns immobles, atès que l'article 47 LH diu que «se podrá pedir en cualquier tiempo». I, sobretot, si tenim present que l'anotació preventiva d'un llegat específic d'un bé immoble es transformarà en anotació definitiva. Diferent és respecte del llegat de gènere o quantitat, que fixa terminis concrets que des del nostre punt de vista són difícils de justificar. Tal vegada el límit temporal dels cent vuitanta dies després de la mort del causant (art. 48 LH) s'hauria de poder interpretar com una simple presumpció respecte de l'acte propi que representa haver consentit la situació, sense limitar al jutge la llibertat d'adoptar la mesura cautelar de l'anotació preventiva del llegat (i amb més raó una altra mesura cautelar igualment òptima). Perquè una interpretació literal ens duria a l'absurditat que no es pogués adoptar la mesura de l'anotació preventiva del llegat però sí la de la demanda, o la de la legítima, etcètera. Fins i tot en el supòsit que el *periculum* (subjectiu)⁴⁶ hagués aparegut després dels cent vuitanta dies, no tindria cap sentit no admetre l'anotació pel fet d'haver transcorregut els cent vuitanta dies.

I potser seria adient reservar el procediment regulat en la LH per a quan no es demana l'anotació preventiva del llegat juntament amb la demanda principal, o no es té previst demanar-la de forma imminent. Tot esperant, senzillament, que el gravat lliuri el llegat.

La Interlocutòria de l'Audiència Provincial de Barcelona de 19 de setembre de 2001⁴⁷ sembla que homologa, tot i que ho fa *obiter dictum*, la vigència del procediment de la LH.

45. Com sosté Francisco RAMOS, *Las medidas cautelares civiles*, p. 524-526, aquest article 728.1.2 LEC ratlla la inconstitucionalitat i fins i tot innecessàriament, perquè la interpretació no pot ser que l'acte mateix no tingui repercussió o estigui relacionat amb els drets de les parts en el fons, i si l'ha de tenir —com aquest autor defensa— aleshores en realitat forma part del *fumus boni iuris* i se n'hauria de poder discutir el fons, és a dir, la conveniència de la mesura cautelar sospesant el dret de les parts. No fer-ho desvincula la tutela cautelar de la tutela sobre el fons. I, això, al marge del *periculum in mora*, que, és clar, pot haver modificat la situació i que tampoc no justifica la necessitat del precepte, perquè la valoració dels danys a les parts per acordar o no acordar la mesura cautelar també pot fer-la el jutge sense fer valoracions —diu— apriorístiques, i en aquest sentit la valoració forma part d'apreciar l'existència del *periculum in mora*. En el nostre cas es reforça l'opinió d'aquest autor pel fet que en la regulació «substantiva» de l'anotació preventiva del llegat que fa la LH no es troba cap precepte similar al de l'art. 728.1.2 LEC.

46. Vicente PÉREZ, «La excesiva importancia del *periculum in mora*», p. 170.

47. Sentència de la Secció Setzena de l'Audiència Provincial de Barcelona de 19 de setembre de 2001 (JUR 2001/316121) (ponent: Laura Pérez de Lazárraga Villanueva):

PRIMERO.- Contra la resolución dictada en primera instancia, por la que se deniega la anotación preventiva del legado a favor de la demandante de una cantidad de dinero, interpone recurso de apelación ésta última, alegando al efecto, y en esencia, que cuando el artículo 48 de la Ley Hipotecaria señala que procede la anotación de dicho legado sobre los bienes inmuebles de la herencia «siempre que no hubieren sido especialmente legados a otros» se está refiriendo, al emplear el término «otros», a los que no sean herederos porque, según la misma, si en esta expresión se incluyen los herederos que reciben los inmuebles de la herencia, y como herederos aunque por vía de «prelegados» en cuanto distribución de la misma, se habría arbitrado un medio para burlar el derecho de un legatario, no heredero pero legitimario, como lo es la recurrente, de recibirlo o, en este caso, de garantizarlo con bienes de la propia herencia.

Asimismo esta parte alega que, de conformidad con lo previsto en el artículo 358 del Código de Sucesiones, hay que considerar que los demandados obligados al pago del legado son ante todo herederos, reiterando que la figura utilizada por el testamento del prelegado sirve para la individualización y distribución de los bienes de la herencia entre los herederos, y no para otros legatarios no herederos.

Atendidas las anteriores alegaciones hay que comenzar por poner de manifiesto que el artículo 257 del Código de Sucesiones, vigente en Cataluña y aplicable a la sucesión que nos ocupa, establece que «El coheredero o el heredero único favorecidos con algún legado, lo adquieren íntegramente a título de legatarios y no de herederos, aunque el testador lo haya impuesto determinadamente a cargo de ellos mismos», disponiendo a su vez el artículo 268 del mismo cuerpo legal que «El heredero favorecido por un legado puede aceptar la herencia y repudiar el legado, y a la inversa».

De tales preceptos se desprende que la figura del prelegado se perfila como una sucesión desvinculada de la hereditaria propiamente dicha, razonando así y al efecto la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de julio de 1.999 que «Como señala la mejor doctrina, la Compilación eliminó el régimen romano del prelegado, pero continúa utilizando la misma terminología, si bien se convirtió en tan sólo una palabra para designar la disposición a título particular hecha a una persona ya llamada a título universal. La disposición tiene como consecuencia la atribución de títulos autónomos, que el heredero puede aceptar o repudiar independientemente; ordenación ésta recogida, sin alteraciones dignas de mención, en el actual Código de Sucesiones», aludiéndose de forma expresa en esta resolución a la independencia entre herencia y legado.

Por consiguiente, en principio no podemos entender que los bienes prelegados en este caso se adquieran por los demandados en su condición de herederos o que su aceptación de la herencia haya comportado la ineficacia de esos legados como tales porque, según hemos visto, el heredero favorecido por un legado lo adquiere íntegramente a título de legatario y no de heredero.

Teniendo en cuenta lo expuesto y analizando ya las normas de la Ley Hipotecaria tenemos que el artículo 48 dispone que «El legatario de género o cantidad podrá pedir la anotación preventiva de su valor, dentro de los ciento ochenta días siguientes a la muerte del testador, sobre cualesquiera bienes inmuebles de la herencia, bastantes para cubrirlo, siempre que no hubiesen sido legados especialmente a otros» y el artículo 52 que «El legatario que no lo fuere de especie y dejare transcurrir el plazo señalado en el artículo 48 sin hacer uso de su derecho, sólo podrá exigir después la anotación preventiva sobre los bienes de la herencia que subsistan en poder del heredero; pero no surtirá efecto contra el que antes haya adquirido o inscrito algún derecho sobre los bienes hereditarios.»

Poniendo en relación ambos preceptos se llega a la conclusión de que no es posible anotar preventivamente un legado de cantidad sobre unos inmuebles que han sido ya legados especialmente a otras personas, sin que quepa realizar la distinción que verifica la recurrente, según se trate de herederos o no herederos, y ello porque la Ley no distingue y porque, como ya hemos visto, aunque una persona tenga las dos condiciones, de heredero y de legatario, los títulos de adquisición son autónomos e independientes, sin que por tanto, y a los efectos de adquirir los bienes inmuebles especialmente legados, se diferencien de las restantes personas que únicamente tengan la condición de legatarios.

El procediment de la LH també resulta vigent a partir de diverses resolucions de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques de la Generalitat de Catalunya, la Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat (RDGRN) de 18 de maig de 2006,⁴⁸ la RDGRN de 19 de maig de 1947,⁴⁹ la RDGRN d'11 d'agost de 2006⁵⁰

Desde otro punto de vista, el que el citado artículo 52 indique que se puede hacer la anotación sobre los bienes de la herencia que subsistan en poder del heredero no puede llevarnos a considerar que si los inmuebles legados están en poder del mismo cabe la anotación analizada porque este precepto es más restrictivo que el anterior, el 48, al referirse a la anotación solicitada después de los ciento ochenta días siguientes a la muerte del testador, anotación que, según sus términos, y a diferencia de la pedida en dicho plazo, «sólo» podrá realizarse sobre unos determinados bienes, no teniendo sentido que en ésta última no quepa sobre los legados y en cambio, y cuando se pida después, sí. Finalmente hay que tener en cuenta que la anotación preventiva de legado, como tal anotación y habida cuenta de las consecuencias que comporta de publicidad frente a terceros, ha de adoptarse siempre de forma restrictiva y cuando se cumplan todos y cada uno de los requisitos legalmente establecidos, que aquí no se dan.

SEGUNDO.- Por otra parte la recurrente invoca su condición de legitimaria, condición que, aunque concurre, no permite, por sí sola, la anotación del legado litigioso ya que el artículo 366 del Código de Sucesiones establece que «El derecho a la legítima no autoriza para promover el juicio de testamentaría, pero el legitimario puede pedir que sea anotada preventivamente en el Registro de la Propiedad la demanda de reclamación de la legítima o del suplemento de ésta. En cambio, la legítima no da lugar por ella misma a ningún otro asiento en el citado Registro, fuera de la anotación preventiva de legado, si cupiera».

Por ello, al no haberse interpuesto una demanda en reclamación de la legítima o de su suplemento, la posibilidad de una anotación preventiva como la que nos ocupa ha de remitirse a las normas, más estrictas, relativas a los legados, en cuya aplicación, y por lo razonado, no tiene cabida la que pretende la apelante.

Frente a ello tampoco es oponible el artículo 358 del Código de Sucesiones porque de este precepto lo único que se desprende es que si los que resultan ser legitimarios son además instituidos herederos o legatarios, lo que se les deje por éstos últimos conceptos ha de atribuirse necesariamente a la legítima que legalmente les corresponda, circunstancia que no incide en la cuestión litigiosa, máxime cuando en el primer párrafo del antes reseñado artículo 366 se señala que el heredero, no el legitimario, es quien «responde personalmente del pago de la legítima y del suplemento de ésta».

Por último hay que dejar constancia de que aquí, y además de los inmuebles legados, existen otros bienes, por lo que, en principio, no toda la herencia se ha repartido mediante legados, y cualquier otra cuestión, como lo pueda ser la eficacia y validez de los legados, su posible inoficiosidad o reducción e incluso la cuarta falcidia, no puede ser examinada en este procedimiento, que se limita a determinar si procede o no una anotación preventiva de legado de cantidad, debiéndose, en todo caso, ventilar aquellas en el procedimiento declarativo que corresponda.

48. RDGRN de 18 de maig de 2006 (JUR\2007\87344):

La inscripción de los legados:

3.1. Planteada, pues, la cuestión de la titularidad dominical del bien legado —que tratándose de un bien inmueble específico y determinado de propiedad del testador como es el caso objeto de este recurso, corresponde directamente al legatario desde el mismo momento de la defunción del causante—, es útil examinar las previsiones de la legislación hipotecaria en materia de inscripción de legados.

3.2. De acuerdo con el artículo 14 de la Ley y el 81 de su Reglamento, la inscripción a favor del legatario de inmuebles legados específicamente se practica en virtud de la escritura de manifestación de legado si el legatario ha sido facultado por el testador para tomar posesión, o bien de la escritura de partición de la herencia o de la escritura de entrega de legados. En el caso que es objeto del recurso, el legatario no ha sido facultado para tomar posesión del legado y tampoco se ha otorgado la escritura de herencia o de entrega de legado, por lo que resulta evidente que la finca legada no se puede inscribir, de entrada, a favor del legatario ni de su adquirente, si se hace una interpretación literal del Reglamento. Éste es, además, el sentido de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 25 de enero de 1990 (RJ 1992, 2573).

3.3. La opción reglamentaria de condicionar la inscripción del legado de cosa específica y determinada del testador a la entrega efectiva de la posesión al legatario por parte del heredero es anterior a la promulgación de la Compilación de 1960 y su razón de ser en Cataluña nunca ha sido clara. Habitualmente se ha querido explicar como garantía del heredero que tiene la posibilidad de pedir la reducción de legados por razón de la cuarta falcidia o de los legitimarios, que pueden pedirla por inoficiosidad. Esta interpretación no tiene en cuenta, sin embargo, que los artículos 280.2 y 373.4 facultan al legatario afectado por la reducción para evitarla abonando al heredero o al legitimario, en dinero, el importe de la reducción y que, en todo caso, el legatario adquiere la propiedad de la cosa legada en el mismo momento de la muerte de su causante. Por tanto, el derecho a la reducción de legados, tanto si es por razón de la falcidia como por razón de la legítima, se concreta en un simple derecho de crédito contra el legatario, que no debería tener ninguna garantía real, menos aún después de la supresión, en Cataluña, de la mención legitimaria que preveía el artículo 15 de la Ley Hipotecaria).

3.4. A pesar de esto, es preciso admitir que la literalidad del artículo 271.3 del Código de Sucesiones relacionada con la del 81 del Reglamento hipotecario no permite que el legatario inscriba a su favor la finca legada sin el consentimiento del testador o del heredero.

CUARTO. Las anotaciones preventivas de legado.

4.1. El artículo 47 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946, 886) establece que el legatario de bienes inmuebles determinados puede pedir en cualquier tiempo la anotación preventiva de su derecho sobre los bienes que son su objeto.

4.2. Esta anotación preventiva, a diferencia de las anotaciones que pueden pedir los legatarios de cosa genérica y de cantidad que prevén los artículos 48 y siguientes de la Ley Hipotecaria, no exige el convenio entre heredero y legatario o mandamiento judicial previsto en los artículos 57 y 58 de la misma Ley. La diferencia de tratamiento, a pesar de que no es clara en la letra de la Ley, resulta obvia sobre la base de la finalidad de la norma. Cuando se trata de legados de cosa genérica o de cantidad, que son de naturaleza obligacional, la anotación se debe practicar sobre bienes que pueden llegar a ser del heredero y, por tanto, es preciso su consentimiento o el mandamiento judicial porque el heredero puede haber pagado el legado o puede haberlo extinguido de cualquier otra manera, por compensación, por ejemplo, al margen del Registro. Cuando se trata de legados de cosa específica propiedad del testador, la cosa legada pasa a ser propiedad del legatario de manera directa y el heredero sólo puede cumplir con el legado entregando aquella cosa concreta. Por ello la anotación preventiva no necesita el consentimiento del heredero. Tanto es así que el artículo 151 del Reglamento hipotecario incluso impide a los herederos inscribir a su favor los bienes determinados legados específicamente a otras personas, y el artículo 48 de la Ley impide practicar anotaciones preventivas de legado de cosa genérica o de cantidad sobre las cosas legadas específicamente a otra persona.

4.3. Una interpretación sistemática de la Ley conduce al mismo resultado: el artículo 47 encabeza la regulación de las anotaciones preventivas de legado con una norma única relativa a los legados de cosa específica propiedad del testador que el legatario puede pedir en cualquier momento. El 48 y siguientes hacen referencia a los legados de cantidad o de cosa genérica con el fin de dotar de una garantía real sobre los bienes de la herencia no legados a terceros en relación a los acreedores del heredero y, en principio, es preciso pedir las anotaciones dentro de los 180 días siguientes al de

i la RDGRN de 13 de gener de 2006,⁵¹ referides totes a peticions en què l'objecte és la inscripció de l'anotació preventiva però sense un plet principal.

la defunción del testador. Así pues, la anotación del artículo 47 tiene por finalidad dar publicidad a la existencia del legado sobre la misma finca de la que es objeto. La anotación del 48 y siguientes, otorgar una determinada garantía sobre unos bienes que no son los legados pero que pueden pasar a formar parte del patrimonio del heredero que debe cumplirlos, con el efecto de dar una determinada preferencia en una hipotética realización de valor.

4.4. La finalidad de la anotación preventiva del legado de cosa específica y determinada es, precisamente, la de permitir que el legatario que no ha sido facultado para tomar posesión del legado por su propia autoridad pueda hacer constar su derecho en el Registro en los casos en que, o bien se desconoce la existencia o la identidad del heredero, o bien hay una multiplicidad de herederos que no se ponen de acuerdo entre ellos, o simplemente hay una negativa del heredero o los herederos a hacer entrega de la posesión del legado. En estos casos, el legatario tiene dos vías: la de reclamar judicialmente la entrega de la posesión o la de esperar a que los herederos queden determinados o se pongan de acuerdo entre ellos y le entreguen la finca legada. Es obvio que si para obtener la anotación fuese necesaria la intervención judicial, la anotación del artículo 47 de la Ley Hipotecaria resultaría inútil, como ha destacado de manera continuada la doctrina catalana que se ha ocupado de la materia.

4.5. En el caso que motiva este recurso el legatario no ha pedido la anotación preventiva de legado, por lo que el registrador no la puede practicar, ya que su actuación siempre debe ser a petición de la parte interesada.

49. RDGRN de 19 de maig de 1947 (RJ\1947\1044):

CONSIDERANDO. Que la exposición de motivos de nuestra primitiva Ley Hipotecaria, que por su luminosa doctrina y el acierto que preside su redacción, constituye el más valioso elemento interpretativo de nuestro ordenamiento inmobiliario, al tratar de la materia de anotaciones preventivas y referirse a la de legados consigna que: «cuando la cosa legada es determinada o inmueble, con arreglo a los principios del Derecho, la propiedad pasa al legatario desde el momento en que expire el testador; el heredero es el que tiene que entregar, pero sin que por ello pueda decirse que ni un solo momento ha estado la cosa en su dominio», y agrega que «mientras llegue el caso de que la tradición se verifique, justo es, por lo menos, que tenga derecho el dueño a impedir que la cosa se enajene a un tercero, que por tener inscrito su derecho y ser el adquirente de buena fe, pueda después defenderse con éxito de la reivindicación...», y estas palabras demuestran que la tradición de la cosa legada compete a los herederos.

CONSIDERANDO. Que esta solución es unánimemente proclamada en nuestro Derecho Inmobiliario y defendida por los más destacados comentaristas del Código Civil, los cuales convienen en que la entrega constituye un requisito complementario para la efectividad del legado, al mismo tiempo que una circunstancia «sine qua non» para el legatario que quiera disfrutar por sí mismo la cosa legada con independencia de la adquisición dominical, que tendrá lugar en los términos prevenidos por el citado artículo 882.

50. RDGRN d'11 d'agost de 2006 (RJ\2006\6101).

51. RDGRN de 13 de gener de 2006 (RJ\2006\645):

TERCERO.- El artículo 885 del Código Civil establece que el legatario no puede ocupar por sí la cosa legada, debiendo exigir tal entrega al albacea facultado para la misma o a los herederos. Y, aunque podría pensarse que tal entrega es simplemente de la posesión y nada tiene que ver con la

3.2.12. *Legitimació per a demanar la mesura cautelar si el legatari és el demandat*

Respecte de la legitimació per a demanar la mesura cautelar, volem reiterar el que hem dit en el corresponent apartat anterior, però afegirem que en general pot fer la petició de mesures cautelars no només l'actor, sinó també, excepcionalment, el demandat «pur»⁵² (tot i que l'art. 721 LEC limita aquesta petició només al demandant i reconvinent, i els art. 726, 727, 728, 733, 734, 738, 739, 742, 744, 745 i 746 LEC es refereixen al demandat com el subjecte passiu de la mesura cautelar).⁵³ En els plets referits a aquesta matèria, en els quals, com hem vist, la pètitia de la demanda pot ser declarativa negativa, cal que l'hereu interposi la demanda per tal de declarar que el llegat és ineficaç, i aleshores la contestació a la demanda, que planteja l'excepció impenitiva de validesa, pot anar acompanyada de la petició de la mesura cautelar de l'anotació preventiva del llegat. En aquests casos, doncs, en què el legatari és el demandat, i a diferència dels litigis en què el legatari és el demandant, curiosament sorgeix quasi sempre el *periculum in mora*, o, més ben dit, s'evidencia de forma especialment marcada, precisament pel fet que l'hereu interposa la demanda. Per tant, s'ha de permetre al demandat, excepcionalment, que pugui sol·licitar la mesura cautelar.

inscripción de la cosa legada a favor del legatario, ya que éste, cuando el legado es de cosa específica propia del testador, adquiere la propiedad desde el fallecimiento de éste (cfr. artículo 882 del Código Civil), como ha dicho la doctrina más autorizada, los legados, cualquiera que sea su naturaleza, están subordinados al pago de las deudas y, cuando existen legitimarios —lo que no es el caso—, al pago de las legítimas, y la dispersión de los bienes perjudicaría la integridad de la masa hereditaria, y, por tanto, a los acreedores. Por su parte, la legislación hipotecaria, ya desde la Ley de 1861, ha entendido que tal entrega es necesaria para verificar la inscripción a favor del legatario; en este sentido, la Exposición de Motivos de la primera Ley Hipotecaria, al justificar la anotación preventiva a favor del legatario expresa: «Cuando la cosa legada es determinada o inmueble con arreglo a los principios del derecho, la propiedad pasa al legatario desde el momento en que expira el testador; el heredero es el que tiene que entregarla, pero sin que por ello pueda decirse que ni un solo momento ha estado la cosa en su dominio. Este supuesto, mientras llega el caso de que la tradición se verifique, justo es, por lo menos, que tenga derecho el dueño a impedir que la cosa se enajene a un tercero que por tener inscrito su derecho y ser el adquirente de buena fe pueda después defenderse con éxito de la reivindicación». Y, aunque la doctrina científica y la de esta Dirección (cfr. Resoluciones de 28 de abril de 1876 y 18 de julio de 1900) ha afirmado que tal entrega no es necesaria en el caso de que se trate de un prelegatario, ello no ocurre así más que cuando tal prelegatario es heredero único, pues, si existen otros herederos, y como también ha afirmado este Centro Directivo (cfr. Resolución de 25 de septiembre de 1987 [RJ 1987, 6574]), no puede uno solo de ellos (sin constarle la renuncia de los demás) hacer entrega del legado.

Por todo ello, recogiendo las tesis de la doctrina y la Jurisprudencia, el artículo 81 del Reglamento Hipotecario, recoge los títulos necesarios para verificar la entrega a favor del legatario, permitiendo solamente la solicitud unilateral del legatario cuando toda la herencia se hubiera distribuido en legados y no hubiera persona autorizada para realizar la entrega.

52. Que no formula reconvenió.

53. FRANCISCO RAMOS, *Las medidas cautelares civiles*, p. 134-144.

3.2.13. *Caducitat de la mesura cautelar*

L'article 87 LH estableix la caducitat d'un any. Aquesta caducitat fa referència exclusivament al procediment registral, no pas al judicial, que gaudeix del règim general de caducitat de les anotacions preventives, és a dir, quatre anys i les pròrrogues corresponents.

3.2.14. *Sobre els documents que s'han d'adjuntar a la petició*

Els articles 57 LH i 149 RH exigeixen que, quan ha de fer-se l'anotació preventiva del llegat, s'han de presentar els títols i la documentació pertinents i la relació de béns que es pretén d'anotar. Aquesta exigència no és una particularitat que distorsioni el procediment previst en la LEC, ja que també en la LEC s'han d'aportar els documents juntament amb la demanda, i en tot cas en l'acta de la vista.

3.2.15. *Acumulació d'interessats a anotar preventivament el llegat*

Els articles 48.2 i sobretot 58 LH preveuen expressament la intervenció d'altres legataris en el procediment. Si bé no és habitual la previsió expressa d'intervenció processal, no té cap particularitat especial. I entenc que tant pot intervenir un altre legatari com a tercer adhesionari, com a demandant o com a demandat. I el règim general de la seva intervenció es preveu en l'article 13 LEC.

L'article preveu la situació d'un altre legatari que demana també en la posició de demandant, conjuntament amb el legatari originari, l'anotació preventiva del llegat. Però la intervenció d'aquest eventual segon legatari pot ser també en la posició de demandat, coadjuvant l'hereu (o obligat a lliurar el llegat, o propietari del bé), atès que els seus interessos —els del legatari intervinent— poden ser contraris a l'anotació del llegat del sol·licitant originari.

3.2.16. *Recursos i recurs d'apel·lació*

L'article 68 LH estableix:

Las providencias decretando o denegando la anotación preventiva en los casos primero, quinto, sexto y séptimo del artículo 42 serán apelables en un solo efecto.

En el caso octavo del mismo artículo será apelable en ambos la providencia cuando se haya opuesto a la anotación el que tuviere a su favor algún derecho real anterior sobre el inmueble anotado.

La LEC preveu també, lògicament, que el recurs d'apel·lació tingui un sol efecte (devolutiu). És a dir, sense l'efecte suspensiu. (És clar que la redacció de l'article 68 LH, en referir-se també a la denegació, comet una incongruència, atès que, quan es denega la mesura cautelar, és impossible que el recurs tingui efecte suspensiu, ja que si s'ha denegat, és impossible suspendre res.)

3.2.17. Possibilitat de contradicció d'altres interessats per a denegar l'anotació

L'article 55 LH estableix:

La anotación preventiva de los legados y de los créditos refaccionarios no se decretará judicialmente sin audiencia previa y sumaria de los que puedan tener interés en contradecirla.

La redacció d'aquesta norma implica, doncs, la necessitat, com a càrrega procesal, de citar els altres interessats, ja sigui com a demandats, ja sigui per la via de l'article 150.2 LEC. No creiem que aquest sigui un supòsit d'intervenció provocada de l'article 14 LEC, atès que l'article no conté una previsió legal expressa per a ser demandats, sinó que tan sols demana que tingui audiència qui pugui tenir interès a contradir la mesura cautelar.

4. BIBLIOGRAFIA CITADA

- BUSTO, José Manuel. «Aspectos sustantivos de las operaciones particionales de la herencia». A: SEOANE, José Luis (dir.). *La división judicial de patrimonios: Aspectos sustantivos y procesales*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 285-444. (Cuadernos de Derecho Procesal)
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Institutioni di diritto processuale civile*. Vol. I. Nàpols: Giovene, 1950.
- CUADRADO, Manuel. *Responsabilidad por razón de legados: Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. Tom IV. Madrid: Thomson-Civitas, 2003, p. 5191-5197.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. *Estudios sobre la jurisprudencia civil*. T. III. Madrid: Tecnos, 1976.
- *Fundamentos de derecho civil patrimonial*. Tom III. Madrid: Civitas, 1995.
- DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. Vol. IV. Madrid: Tecnos, 1988.
- ESCALER, Ramón. *La administración judicial*. Barcelona: Atelier, 2004, p. 114.
- GETE-ALONSO, María del Carmen. «Las garantías hipotecarias del legado. Examen de la anotación preventiva del legado». *Revista Jurídica de Catalunya*, any 1981, núm. 2, p. 327-361.
- MINGORANCE, Carmen. «La anotación preventiva de legado de parte alicuota». *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 72 (2009), p. 279-293.
- ORTELLS, Manuel. *Las medidas cautelares*. Madrid: La Ley, 2000.

- ORTELLS, Manuel. «Comentario al artículo 731 LEC». A: GIMENO, Vicente (coord.). *Proceso civil práctico*. Tom VIII, vol. 2. Madrid: La Ley, 2001.
- OSTOS, M. Jesús. «Proceso de división judicial de la herencia». A: O'CALLAGHAN, Xavier (coord.). *La partición de la herencia*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, p. 20.
- PÉREZ, Vicente. «La deficiente regulación de las medidas cautelares específicas». *Justicia: Revista de Derecho Procesal* [Barcelona], any 2007, núm. 3-4, p. 172-173.
- «La excesiva importancia del periculum in mora para la adopción de medidas cautelares». *Justicia: Revista de Derecho Procesal* [Barcelona], any 2007, núm. 3-4, p. 170-171.
- «Los criterios jurisprudenciales de adopción de las medidas cautelares». *Justicia: Revista de Derecho Procesal* [Barcelona], any 2007, núm. 1-2, p. 87-88.
- RAMOS, Francisco. *Las medidas cautelares civiles: Análisis jurídico-económico*. Barcelona: Atelier, 2006.
- ROCA SASTRE, Ramón M. *Derecho hipotecario*. T. III. Barcelona: Bosch, 1954.
- RUIZ DE LA FUENTE, María Consuelo. «El derecho constitucional a la ejecución de sentencias firmes». A: CACHÓN, Manuel; PICÓ, Joan (coord.). *La ejecución civil: Problemas actuales*. Barcelona: Atelier, 2009.
- *Las intimaciones judiciales en el proceso civil*. Barcelona: Atelier, 2011.
- SANCHO, Ignacio. «Comentario al artículo 782 LEC». A: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel; RIFÁ, José M.; VALLS, José Francisco (coord.). *Comentarios a la nueva Ley de enjuiciamiento civil*. Barcelona: Iurgium, 2000.