

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

22571 *Resolución de 20 de octubre de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de San Juan de Aznalfarache, por la que se suspende la inscripción de una escritura de manifestación y aceptación de herencia.*

En el recurso interpuesto por don J. A. G. O. contra la calificación de la registradora de la Propiedad de San Juan de Aznalfarache, doña Julia Cortés Gómez, por la que se suspende la inscripción de una escritura de manifestación y aceptación de herencia.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 16 de mayo de 2023 por el notario de Sevilla, don José Ignacio Guajardo-Fajardo Colunga, se otorgaron las operaciones de manifestación y adjudicación de la herencia causada por doña V. R. L. La causante falleció el día 8 de enero de 2023, en estado de viuda y sin descendientes. Ocurrió su óbito bajo la vigencia de su último testamento, otorgado el día 4 de noviembre de 2020 ante el notario de Sevilla, don Antonio Luis Ruiz Reyes, del que interesa a los efectos de este expediente que instituía heredero a don J. A. G. O.; además, ordenaba dos legados, uno de ellos a favor de don J. A. G. O. y otro a favor de doña M. G. S., de una finca en Castilleja de la Cuesta.

Respecto a este último legado a favor de doña M. G. S., se expresaba en la escritura lo siguiente: «(...) no se hace entrega del mismo por el heredero universal aquí compareciente, al haber quedado el mismo revocado y sin efecto por voluntad de la finada, la cual hizo uso de la facultad de disposición sobre sus bienes y en concreto sobre el legado que constituyó al que se ha hecho referencia en esta cláusula; todo ello conforme lo dispuesto en el artículo 869.2 del Código Civil»; se testimoniaba en la escritura el contrato original –se decía de compraventa– de la citada vivienda legada celebrado entre la causante y doña A. M. H. L. y don J. A. C. G. en fecha anterior al fallecimiento y el justificante del pago de la señal por importe de 5.000 euros. El heredero don J. A. G. O. reconocía la autenticidad de la firma de la testadora en el documento privado y se manifestaba que «queda en consecuencia sin efecto el legado sobre la finca registral n.º 1029».

En la escritura intervenía solo el heredero único que se adjudicaba todas fincas de la herencia, incluida la que es objeto del documento privado.

En el documento privado, de fecha 27 de diciembre de 2022, escrito a máquina, se describía el inmueble que se vendía –finca registral número 1.029 del Registro de la Propiedad de San Juan de Aznalfarache–, se identificaban los vendedores y los compradores, se exponía que «Doña A. M. H. L. y Don J. A. C. G. están interesados en la compra de la finca descrita (...) y que la señora Doña V. R. L. lo está en su venta»; en la parte dispositiva «Acuerdan Primero. Que la parte compradora hace entrega en este acto, mediante transferencia bancaria a la firma de este documento a la parte vendedora, la cantidad de cinco mil euros (5.000 €). En la cuenta corriente designada por la parte vendedora de la entidad BBVA y el recibo que acredita dicho ingreso (...) Dicho importe se entrega en concepto de señal y parte de pago de la compra de la finca urbana (...) Segunda. El precio de la compraventa de la finca objeto de este documento queda establecido en la cantidad de ciento cincuenta y un mil quinientos euros (151.500 €), que la parte compradora hace efectivo de la siguiente forma. A) Cinco mil euros (5.000 €),

que se entregan en este acto en concepto de señal y parte de pago. Mediante transferencia bancaria a la cuenta corriente de la Sra. R. L. o talón bancario según prefiera la parte compradora. B) Ciento cuarenta y seis mil quinientos euros (146.500 €) que serán abonados por la parte compradora el día de la firma definitiva de escrituración ante notario que se fijará por los compradores antes del día 28 de Febrero de año 2023 (...) Cuarto: Se entenderá resuelto de pleno derecho el presente contrato en los términos y efectos previstos en el Atco. 1454 del código civil, si la parte compradora no hiciera efectiva en el momento oportuno la cantidad aplazada o no hiciera acto de presencia el día del otorgamiento de Escritura de Compraventa, quedando a favor de la parte vendedora la totalidad de las cantidades ya abonadas, todo aquello como resarcimiento e indemnización de daños y perjuicios a consecuencia del incumplimiento. Para el supuesto de que la parte compradora, antes del otorgamiento de la escritura de compraventa pretendiera resolver el presente compromiso siempre que el comprador tenga cumplidas las obligaciones contraídas, aquella vendrá obligada a devolver las cantidades percibidas, más otro pago por las cantidades equivalente a las percibidas, en concepto de daños y perjuicios». Acompañaba el justificante de la transferencia bancaria. En el documento, en la primera página, aparecía una nota escrita en tinta de bolígrafo que decía «contrato de Arras Casa nº (...)».

II

Presentada el día 26 de mayo de 2023 la referida escritura en el Registro de la Propiedad de San Juan de Aznalfarache, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Julia Cortes Gómez, Registradora de la Propiedad de San Juan de Aznalfarache – Sevilla–, de conformidad con los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 de su Reglamento, suscribe que previo examen del documento presentado con el asiento 1750 del Diario 121, n.º de entrada 1499, documento autorizado el 16/05/2023 por José Ignacio Guajardo-Fajardo Colunga, n.º de protocolo 1233/2023, se han apreciado las siguientes causas impeditivas para la practica de las operaciones registrales solicitadas que quedan motivadas a través de los siguientes

Hechos:

Se presenta en el Registro una escritura de adjudicación de herencia de Doña V. R. L. Por testamento de fecha 4 de noviembre de 2020, se lega a doña M. G. S. la finca registral 1029 de Castilleja de la Cuesta. En la escritura de adjudicación de herencia se manifiesta que “en la cláusula tercera del testamento, otorgado por la finada, se legaba a Doña M. C. S. la casa sita en calle (...) de Castilleja de la Cuesta... siendo que no se hace entrega del mismo por el heredero universal aquí compareciente, al haber quedado el mismo revocado y sin efecto por la voluntad de la finada, la cual hizo uso de la facultad de disposición sobre sus bienes y en concreto sobre el legado que constituyó al que se ha hecho referencia en esta cláusula; todo ello, conforme a lo dispuesto en el artículo 869.2 del código civil. Queda testimoniada en la presente escritura, el contrato original de compraventa de la vivienda, objeto del legado a que se refiere el párrafo anterior, celebrado entre la finada y doña M. H. L. y don J. A. C. G. en fecha anterior al fallecimiento, así como el justificante de pago de la señal, por importe de 5000 € abonada por el comprador en la cuenta bancaria de la finada, cuya titularidad igualmente se acredita, reconociendo don J. A. G. O. en su condición de heredero la autenticidad de la firma puesta por la vendedora doña V. R. L. en el referido contrato. Queda en consecuencia, sin efecto, el legado sobre la finca registral número 1029”

El contrato de compraventa que hace referencia la citada cláusula, es en realidad un contrato privado de arras, de fecha 27 de diciembre de 2022, sin firma legitimada, en el que la testadora manifiesta su voluntad de vender, y el comprador de adquirir, estipulan un precio, la parte compradora entrega mediante transferencia bancaria a la cuenta de la testadora de una cantidad en concepto de arras penitenciales al amparo del

artículo 1554 del código civil, y quedando aplazado el otorgamiento de la escritura pública de compraventa, así como la entrega de la finca. Se observan los siguientes defectos:

Primero.

El contrato de arras, es un contrato perfecto, pero no consumado. Al no existir una verdadera enajenación consumada, no queda automáticamente revocado el legado. Se trata de unos meros pactos preparatorios de una compraventa, pero no habiendo consumación de la misma, no queda automáticamente revocado el legado. El defecto podría subsanarse si el legatario compareciera prestando su consentimiento a la revocación del legado. Pero a falta de conformidad del legatario, y en tanto que en este caso la revocación no opera de manera automática, no es competencia del notario ni del registrador resolver acerca de la privación de eficacia de un testamento válido, sino que corresponde a los tribunales de justicia. Por tanto, de no concurrir el consentimiento del legatario, es el juez quien debe declarar en su caso, revocado el legado en un procedimiento declarativo en el que deben ser parte todos los interesados, a saber: el heredero como sucesor universal de la testadora que debe cumplir las obligaciones a las que la misma se comprometió con un comprador, el legatario como perjudicado por la revocación de una disposición testamentaria a su favor, y el tercero interesado en la compra, que puede alegar frente al heredero y frente al legatario que la finca le corresponde a él por voluntad de la testadora vendedora.

Segundo.

Resulta incongruente que el heredero manifieste en la escritura que el legado queda revocado por haberla enajenado el testador en documento privado de compraventa y que a continuación proceda a adjudicarse él mismo la finca por título de herencia. Si sostiene que el legado ha quedado revocado por disposición intervivos de la testadora, no puede a continuación proceder a adjudicarse la finca por título de herencia, puesto que la finca ya pertenecería a un tercero. Como tal heredero, quedaría subrogado en las obligaciones derivadas del contrato celebrado por el testador con un tercero, siendo entonces lo procedente elevar a público el contrato de compraventa otorgado por la causante y el comprador. En esa elevación a público, en nombre del causante, comparecería el heredero como sucesor universal, y en virtud de la misma, se enlazaría la titularidad del causante con la del comprador, de modo que la finca pasaría directamente de estar inscrita a nombre del testador, a estar inscrita a nombre del comprador. El heredero en este caso, tendría derecho a percibir no la finca en sí, sino el precio obtenido por su venta, pero no procede una inscripción intermedia de la finca en favor del heredero, por incumplimiento del principio de tracto sucesivo.

Tercero.

El contrato de arras que sirve de base a la elevación a público de la compraventa, no es un documento auténtico, sino un documento privado de arras sin firma legitimada. Al haber fallecido uno de los otorgantes, dicho documento ha adquirido fehaciencia en cuanto a la fecha, pero no en cuanto a la autoría. De estar vivo el vendedor, podría reconocer él mismo la autoría de su firma, pero al no estarlo, requiere que presten consentimiento de todas aquellas personas que puedan verse afectadas por la citada elevación a público. En este caso, además del comprador y el heredero, del legatario.

Artículo 1227 cc: La fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio.

El artículo 1230 cc señala que: Los documentos privados hechos para alterar lo pactado en escritura pública, no producen efecto contra tercero.

En este caso, por escritura pública el testador manifiesta su última voluntad, y ahora por un documento privado de arras, se pretende dejar sin efecto esa última voluntad, mediante la revocación del legado. Ello sería posible si el testador o en este caso, el heredero y el legatario afectado además del comprador, prestaran su consentimiento a esa elevación a público.

Por tanto, constando inscrita la finca en el Registro a favor de la testadora, sin que haya nada que desvirtúe el pronunciamiento registral y siendo válido y eficaz el testamento, la apreciación sobre la legitimidad del contrato de arras o su falsedad, sobre si basta para anular el legado y sobre si se llegó a consumir la transmisión a persona ajena corresponde, en defecto de acuerdo entre las partes, al juez. Si el heredero no dispone de documentación auténtica que acredite que la enajenación de la finca ha tenido lugar, no corresponde al notario ni al registrador pronunciarse acerca de la revocación o no del legado.

Fundamentos de derecho:

Artículos 3, 18, 20 de la ley hipotecaria. Artículos 743, 869.2, 1227, 1230, 1454 del código civil.

El artículo 869.2 del código civil establece que, “2.º Si el testador enajena, por cualquier título o causa, la cosa legada o parte de ella, entendiéndose en este último caso que el legado queda sólo sin efecto respecto a la parte enajenada. Si después de la enajenación volviere la cosa al dominio del testador, aunque sea por la nulidad del contrato, no tendrá después de este hecho fuerza el legado, salvo el caso en que la readquisición se verifique por pacto de retroventa.”

Artículo 743 del Código Civil “serán ineficaces en todo o en parte las disposiciones testamentarias, sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código”. Por tanto, Los supuestos de ineficacia de las disposiciones testamentarias han de ser objeto de interpretación estricta.

La Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 25 de septiembre de 2019, que dice: Pero respecto del ámbito notarial y registral cabe recordar que la privación de eficacia del contenido patrimonial de un determinado testamento exige, a falta de conformidad de todos los afectados, una previa declaración judicial que, tras un procedimiento contencioso instado por quien esté legitimado para ello, provoque su pérdida de eficacia (total o parcial); y ello porque el principio constitucional de salvaguarda judicial de los derechos (cfr. artículo 24 de la Constitución Española) en conjunción con el valor de ley de la sucesión que tiene el testamento formalmente válido (cfr. artículo 658 del Código Civil), conduce inexorablemente a la necesidad de una declaración judicial para privar de efectos a un testamento que no incurra en caducidad ni en vicios sustanciales de forma (cfr. Resoluciones de esta Dirección General de 13 de septiembre de 2001, 21 de noviembre de 2014 y 2 de agosto y 5 de octubre de 2018). Por ello, debe concluirse que en el caso que es objeto de este recurso no podrá prescindirse, sin la pertinente declaración judicial de ineficacia, del testamento del que deriva la condición de legataria de la ex cónyuge del causante.

Por su parte, el Tribunal Supremo, en diversas sentencias relativas a supuestos de compraventa nula de pleno derecho, para determinar si se mantiene o no la revocación del legado, a pesar de la nulidad de pleno derecho del acto dispositivo, centra su atención en si existe o no verdadera voluntad del testador, expresa o presunta. En todas las sentencias concluye que, siendo clara la voluntad del testador, y siempre que el acto dispositivo provenga haya sido realizado por él mismo, dicho acto dispositivo conlleva la revocación del legado. Cuestión distinta es si el acto, no revela un inequívoco y personal consentimiento del testador (si por ejemplo lo otorga un representante o se trate de una enajenación forzosa). Y ello, en base al segundo inciso del artículo 869 dos del código civil, que señala que, “Si después de la enajenación volviere la cosa al dominio del testador, aunque sea por la nulidad del contrato, no tendrá después de este hecho fuerza el legado, salvo el caso en que la readquisición se verifique por pacto de retroventa.” A mi juicio, los efectos en cuanto a la revocación del legado por enajenación del testador, son distintos en los supuestos de compraventa, pero nula de pleno derecho (en el que el que la voluntad del testador es manifiesta e incontestable) y en los supuestos en que únicamente haya otorgado contrato de arras. Si bien parece que la voluntad del testador al celebrar el contrato de arras es la de enajenar la finca y por lo tanto revocar el legado, la realidad es que la firma de un contrato de arras da a las partes la posibilidad de decidir

si finalmente quieren celebrar a posteriori el contrato de compraventa, o por el contrario desistir del mismo “allanándose el comprador a perderlas o el vendedor a devolverlas duplicadas” ex artículo 1554 cc. No hay enajenación consumada, y, por tanto, no se puede entender revocado el legado sin más, sino que por el contrario será necesaria declaración judicial de la revocación del legado. Por otro lado, la firma de un contrato de arras, a los efectos de la revocación o no del legado, podrían equipararse a las enajenaciones bajo condición suspensiva, en las que según la mayoría de la doctrina, sólo hay voluntad de enajenar si se realiza en evento que actúa como condición, y, por consiguiente, sólo se producirá el efecto revocatorio para el caso y momento de que se cumpla la condición. Así, señala L. B. que “La condición suspensiva, en tanto en cuanto no haya vencido, no supone inequívocamente la voluntad de revocar... tampoco supone revocación, pese a la letra del citado artículo 869-2.º. La nulidad de la enajenación por vicio o defecto en la voluntad de enajenar. En esta línea, el Tribunal Supremo, que entiende que el fallecimiento del testador antes de que se cumpla la condición suspensiva, no impide que el legado quede revocado si puede cumplirse a posteriori. Pero el incumplimiento de la condición suspensiva, sí impide la revocación del legado.

Cabe señalar las siguientes sentencias del Tribunal Supremo, todas ellas en el sentido de rechazar la revocación automática del legado por la enajenación de la finca en ausencia del principio de voluntariedad clara e incontestable del testador:

1.º Sentencia de 29 de septiembre de 1986, “expresada la voluntad mortis causa en testamento válido, no puede quedar la misma sin efecto como no hayan sobrevenido, o la revocación de éste en forma expresa y legal o el otorgamiento de otro testamento de contenido incompatible o contrario al del antecedente o si se da el caso de la revocación real (por destrucción material del testamento)... La última voluntad no afectada por alguna de esas modalidades de ineficacia sobrevenida, perdura fuera de ellas en cuanto tal expresión... de última voluntad: cuestión distinguible de las de si su cumplimiento ha debido imposible y de la manera como haya de dársele la siempre debida efectividad.”

2.º STS de 8 de Marzo de 2012 la concesión unilateral de una opción de compra no es equiparable a un contrato de compraventa, sino un precontrato unilateral, que no da lugar al ejercicio de la facultad resolutoria del artículo 1124 del código civil.

Así y en atención al artículo 18 de la Ley Hipotecaria tomando en consideración los citados hechos y fundamentos de derecho y bajo mi responsabilidad acuerdo suspender la práctica de los asientos solicitado.

Procedo a notificar esta calificación al presentador del documento y Notario autorizante de conformidad con el artículo 322 de la Ley Hipotecaria.

De conformidad con el artículo 323 de la Ley Hipotecaria queda prorrogado automáticamente el asiento de presentación por un plazo de sesenta días contados desde la última notificación a que se refiere el párrafo anterior.

De conformidad con el artículo 42.9 de la Ley Hipotecaria no se practica anotación de suspensión por no haber sido objeto de solicitud.

Contra la presente nota de calificación (...)

San Juan de Aznalfarache, veintiuno de junio del año dos mil veintitrés La Registradora Fdo.: Doña Julia Cortés Gómez.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don J. A. G. O. interpuso recurso el día 20 de julio de 2023 mediante escrito en el que alegaba lo siguiente:

«Hechos

Primero.—(...)

Segundo.—Que mediante el presente escrito se interpone Recurso contra la anterior calificación en base a que, a juicio de esta parte, ha existido una extralimitación por parte

de la Sra. Registradora, dicho sea con los debidos respetos, considerando quien suscribe que los motivos que se arguyen para calificar negativamente se fundan en valoraciones del todo subjetivas, permitiéndose desvirtuar la autenticidad y eficacia del contrato y acuerdo inter vivos que se inserta en la escritura.

Tercero.—La revocación del legado otorgado por la testadora a favor de Doña M. G. S. y no entregado por quien suscribe es el principal motivo que lleva a calificar negativamente el documento presentado, sin embargo, el Sr. Notario, quien tuvo a la vista la misma documentación, la consideró suficiente, por serlo, entendiendo revocado el referido legado al quedar debidamente acreditada la voluntad revocatoria de la testadora conforme a lo dispuesto en el art. 869.2 del Código Civil.

Es por ello que, juicio de esta parte, los motivos esgrimidos por la Sra. Registradora no justifican en ningún caso su negativa a inscribir, tal y como se expone a continuación.

Cuarto.—Sobre el denominado por la Sra. Registradora “Contrato de Arras penitenciales”.

Se pronuncia la Sra. Registradora en el apartado “Hechos” de su calificación indicando que el contrato de compraventa al que hacíamos referencia en la cláusula del testamento “es en realidad un contrato privado de arras sin firma legitimada” y que se entrega una cantidad en concepto de arras penitenciales al amparo del artículo 1554 Civil (quiere decir 1454 C. Civil).

En ningún lugar del contrato de compraventa se señala que el mismo sea un contrato de arras, ni por tanto, se indica el carácter de las mismas caso de que lo fuera, sin embargo la Sra. Registradora parte de considerar como un hecho, la circunstancia de considerar el contrato como unas arras penitenciales cuando las partes contratantes no ha realizado mención expresa a tal carácter y ni siquiera han señalado que el contrato sea de arras al no indicarse en todo el contrato la palabra “arras”, y en consecuencia no establecido que el pago se realiza con ese carácter, sino como “señal y la compra”.

Evidentemente, para la consideración que realiza la registradora se está por la misma realizando una interpretación de la voluntad de las partes y en concreto está realizando un análisis de la cláusula cuarta del contrato donde se invoca el artículo 1454 C. Civil, pero no se habla en el mismo de la posibilidad de desistir del contrato de forma expresa en ningún momento, siendo que del tenor literal de la cláusula, más parece que en caso de ser arras, las mismas serían penales que no penitenciales al regularse expresamente cuál sería la indemnización de daños y perjuicios en caso de incumplimiento de las partes.

Ello, prima facie, nos lleva a considerar que la registradora ha realizado una interpretación de la voluntad de las partes en el contrato de compraventa, dando una calificación al mismo, que no le corresponde y que previsiblemente es errónea al considerar el contrato de compraventa como un contrato de arras penitenciales cuando las arras sólo son un pacto del contrato de compraventa que, en el presente caso, además, deberían tener la consideración de arras tanto confirmatorias como penales con los efectos que ello comporta, relativos a que el contrato no puede desistirse.

Como decimos no puede reconocerse un carácter autónomo e independiente a un contrato como el de arras, tal y como hace la Sra. Registradora, ya que el mismo es un pacto o estipulación necesaria respecto de un contrato principal cualquiera que sea la función que a la misma se atribuya (SSTS de 31 de julio de 1992, 12 de diciembre de 1991, 9 de marzo de 1989 y 30 de abril de 1988, entre otras muchas).

Es bien sabido que las arras penitenciales tienen un carácter excepcional y para que se consideren como tales las partes deben expresarlo así claramente, lo que no sucede en el presente.

En todo caso, el Tribunal Supremo ha declarado de manera constante y reiterada que las arras penitenciales tienen un carácter excepcional y por tanto no se presumen, debiendo entenderse en caso contrario que se trata de un simple anticipo a cuenta del precio que sirve, precisamente, para confirmar el contrato celebrado.

STS 581/2013, de 26 Sep.: “Siendo doctrina constante de la jurisprudencia la de que las arras o señal que, como garantía permite el artículo 1454, tienen un carácter

excepcional que exige una interpretación restrictiva de las cláusulas contractuales de las que resulte la voluntad indubitada de las partes en aquél sentido, según declararon las sentencias de 24 de noviembre de 1926, 8 de julio de 1945, 22 de octubre de 1956, 7 de febrero de 1966 y 16 de diciembre de 1970, entre otras, debiendo entenderse en caso contrario que se trata de un simple anticipo a cuenta del precio que sirve, precisamente, para confirmar el contrato celebrado” (Sentencia de 10 de marzo de 1986).

En nuestro caso no se contempla en el contrato de compraventa la posibilidad de desistimiento, y por ello las partes pueden reclamar el cumplimiento de las respectivas obligaciones, y siendo penales no se libera del cumplimiento, sino que castigan el incumplimiento.

En el presente supuesto y pese a que las partes realizaron una referencia expresa al art. 1.454 CC, lo cierto es que no se pactaron arras penitenciales por cuanto no se otorgaron la posibilidad de desistir unilateralmente del contrato de compraventa, sino que previeron las consecuencias indemnizatorias derivadas del incumplimiento de una de las partes.

La lectura de la cláusula del contrato no puede llevar a otra conclusión que lo que se establecía eran las consecuencias indemnizatorias, si la escritura pública no se otorgaba, pero no se preveía de una forma clara, evidente e indubitada que las partes ostentasen la facultad de poder desistir del contrato.

Así se deduce, asimismo, de la interpretación sistemática de la cláusula cuarta del contrato en relación con el conjunto de su clausulado y, especialmente, con el expositivo, donde se habla de parte compradora y vendedora y de la finca objeto de la venta, del dispositivo primero, donde vuelve a hablar de la parte compradora, del segundo, donde se determina el precio de la compraventa y, en fin, del último inciso de la cláusula tercera del mismo que habla de modo expreso de la “elevación a público” de la escritura de compra venta.

Quinto.—Señala el primer motivo de la calificación, que el contrato es perfecto pero no consumado y que al no existir una verdadera enajenación consumada no queda automáticamente revocado el legado —exige por tanto la Sra. Registradora la consumación del contrato para la revocación del legado—, indicando que el defecto podría subsanarse si el legatario compareciera prestando su consentimiento a la revocación. Pero, sigue diciendo que a falta de conformidad y teniendo en cuenta que en este caso la revocación no opera de manera automática no es competencia del notario ni del registrador resolver sobre la privación de eficacia de un testamento válido, sino que corresponde a los tribunales y que de no mediar consentimiento es el juez el que debe revocar el legado en un procedimiento declarativo,

Sintetizado el argumento, el mismo no puede aceptarse por múltiples argumentaciones que lo desvirtúan.

1. Sobre la pretendida necesidad de consumación del negocio para considerar revocado el legado.

No se puede partir de la base de que no estamos ante una “verdadera enajenación consumada” ya que, si bien es cierto que el contrato de compraventa es perfecto (ex. art. 1450 CC), pero no consumado, el requisito de la consumación no se exige para la revocación del legado en el precepto aplicable, que no es otro que el artículo 869 C. Civil. El referido precepto, se basa en la voluntad revocatoria del causante, nunca en la consumación de la enajenación.

Pese a las consideraciones realizadas por la Sra. Registradora, el contrato de compraventa suscrito por la testadora en fecha 27 de diciembre de 2022 supone, sin ningún género de dudas, la manifestación de la voluntad revocatoria tácita de la misma respecto del legado objeto de controversia, requisito éste indispensable para la doctrina y jurisprudencia donde se ha venido interpretando el artículo 869.2 del CC en el sentido de considerar que es el acto voluntario del testador el que permite privar de eficacia al legado.

La doctrina cuando estudia el precepto es unánime al establecer que es imprescindible que la enajenación de la cosa se produzca voluntariamente por el

testador (o por representante autorizado o por tercero sin poder, pero cuya actuación haya sido ratificada por el propietario) y ello por cuanto lo decisivo para entender que queda sin efecto un legado al amparo del artículo 869.2 del Código Civil es la voluntad tácita del testador, que cambia su voluntad de legar mediante la enajenación de la cosa legada. Ello resulta de modo irrefutable del propio texto del artículo, cuando dice que la vuelta de la cosa al dominio del testador, aunque sea por nulidad del contrato, no hace recuperar la fuerza al legado. (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1994). Y es que, en efecto, continúa informando el artículo 869, 2.º, que el legado se entenderá revocado aun cuando después de la enajenación la cosa volviera al dominio del testador, incluso si el contrato de enajenación fuera nulo. Ello se explica porque es suficiente con la perfección de un contrato para que se entienda como manifestación de voluntad suficiente del testador. La presunción de que la voluntad del testador ha cambiado es plenamente eficaz y revoca el legado a pesar de que la enajenación sea inválida. En definitiva, se entenderá que el legado queda revocado siempre que pueda presumirse que la enajenación realizada fue por un cambio de voluntad en el testador.

Como el fundamento del artículo 869,2.º, está en el cambio de voluntad del testador, no parece arriesgado –dice D. P.– sostener que en caso de enajenarse la cosa legada incluso bajo condición suspensiva (lo que no ocurre en el presente caso) deba entenderse revocado legado, sobre todo teniendo en cuenta que siendo nulo el contrato tampoco hay enajenación y sin embargo el articulado considera sin efecto el legado aun siendo el contrato nulo, sin distinción alguna.

“Lo decisivo no es que el bien salga definitivamente o no del patrimonio del causante, sino que éste tenga la voluntad de extraerlo de su patrimonio, deduciéndose de esa voluntad excluyente la intención, lógicamente, de revocar el legado” (Sentencia Audiencia Provincial de Tarragona 27 de octubre de 2010 (Ponente: Ilma. Sra. Doña María Rebeca Carpi Martín).

Existe unanimidad doctrinal en considerar que el precepto referido recoge un supuesto de revocación presunta del legado, de tal suerte que éste queda sin efecto no porque la cosa haya dejado de pertenecer al testador sino porque éste ha modificado su voluntad.

Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2007 en relación con el art. 869 del Código Civil, con contenido muy similar al del art. 306 del Código de Sucesiones y art. 427 - 37-2 C.C.Cat.) “...se trata de una causa objetiva de extinción del legado, pues si el testador dispuso libremente de la cosa para legarla a quien tuvo por conveniente en el momento de otorgar el testamento, igual libertad de disposición conserva para, con posterioridad, poder enajenarla en vida, a título oneroso o gratuito, a quien tuviere por conveniente, lo que la propia ley interpreta como una efectiva revocación del legado hasta el extremo de, aunque después volviera a integrarse en su patrimonio, el legado habría quedado sin efecto, salvo el caso de que dicha reintegración se produzca por pacto de retroventa”.

La revocación es consecuencia no de la enajenación en sí sino del cambio de voluntad del testador en orden al destino relativo a la titularidad de la cosa.

Hay revocación cuando un legado, válido y objetivamente eficaz, pierde su valor por no subsistir la voluntad de quien lo dispuso manifestada implícitamente en la enajenación de la cosa legada (*ademptio legati*).

En el artículo 869.2.º del Código Civil, la revocación es, pues, implícita. Dispone que, “el legado quedará sin efecto si el testador enajena... la cosa legada”; el tenor de la norma es imperativo y no dispositivo –“quedará sin efecto”–, por lo que el acto de enajenación de la cosa, sin más, conlleva la presunción de voluntad de revocar en el testador enajenante *medio temporis*.

Es preciso aceptar, en consecuencia, que ante la enajenación voluntaria debe partirse de la presunción de revocación y no de la presunción de conservación del legado, ya que, según el *id quod plerunique accidit*, el testador al transmitir la cosa legada, contemporáneamente ha revocado el legado por ser evidente la incompatibilidad

entre legado y posterior enajenación, presunción de revocación que, según S. C., es absoluta, no admite prueba en contrario.

Esencial a la revocación es la real o demostrada voluntad de enajenar y no el resultado práctico de la enajenación. Dice con acierto A. que es revocatoria toda enajenación hecha por el testador, incluso la inválida, salvo la invalidez proceda de carencia de una voluntad de enajenar verdadera y libre, aunque no sea eficaz legalmente para enajenar.

Pero es que incluso la norma, literalmente, no distingue entre la enajenación hecha pura y simplemente y la realizada bajo condición, puesto que la condición es un hecho futuro e incierto y, por tanto ajeno a la voluntad de las partes, que ya está determinada y comprometida desde el principio; y la enajenación comporta revocación cuando sea anulable por causas diversas a los vicios del consentimiento, demostrándose con ello que no es a los efectos de la enajenación a lo que se refiere el precepto para admitir la revocación, sino al hecho de la enajenación en sí y a la voluntad que en ella se manifiesta que es incompatible con la subsistencia del legado.

En la doctrina española, O. M., sostiene que, como el fundamento de la presunción está más en el cambio de voluntad del testador que en los efectos conseguidos, en el supuesto de enajenarse la cosa legada bajo condición suspensiva no cumplida, debe entenderse revocado el legado, sobre todo si se tiene en cuenta que en casos de nulidad absoluta del contrato no hay enajenación eficaz y sí revocación del legado.

Audiencia Provincial de Valencia, Sección 8.ª, Sentencia 80/2008 de 12 Feb. 2008, Rec. 874/2007 Ponente: Brines Tarraso María Carmen. La Ley 38743/2008: "En lo atinente al primero de los motivos de impugnación invocado, coincide la Sala plenamente con el juzgador de instancia y la contadora partidora en entender que el tenor literal del artículo 869 del Código Civil es absolutamente claro al establecer que: El legado quedará sin efecto si el testador enajena, por cualquier título o causa. Como han puesto de manifiesto entre otras la STS de 13 de junio de 1994 o la más reciente de 24 de enero de 2006: Esa enajenación a que se refiere el precepto transcrito implica una modificación en la voluntad del testador que hace presumir que su voluntad ha cambiado y, consiguientemente, que el legado ha sido revocado, presunción absoluta que como ha mantenido la jurisprudencia, no admite prueba en contrario,' por tanto, realizada la enajenación, el legado queda tácitamente revocado y no hay en consecuencia lugar a ningún tipo de mejora a favor de quien inicialmente fue nombrado legatario. Ello sucede incluso en los casos en los que el contrato de venta quede nulo, salvo cuando la anulación del negocio tuviera lugar por la existencia de algún vicio del consentimiento. Sin embargo, a excepción de estos supuestos, en los todos los demás el legado queda sin efecto con la celebración del contrato traslativo del dominio."

2. Sobre la necesidad de la conformidad de la legataria para considerar revocado el legado.

La Sra. Registradora requiere para la subsanación, la prestación de conformidad a la revocación de la legataria, lo cual no procede para la inscripción, debido a que la persona que realiza el documento es quien debe hacerlo como único heredero de la causante, no teniendo porque concurrir el legatario a manifestar la existencia de una revocación que no le interesa, y que además sería un acto de colaboración que no realizaría y mucho menos si en nada le beneficia.

Al ser el que suscribe el designado heredero debe ser el mismo exclusivamente quien comparezca al amparo de lo dispuesto en los artículos 661 y 1257 Código Civil.

Resulta cuando menos curioso que, expuesto lo anterior y sin solución de continuidad, en el expositivo de hechos segundo, la Sra. Registradora, prevea la posibilidad de elevar a público el, ahora sí, contrato de compraventa compareciendo el heredero (solo), como sucesor universal, en nombre del causante para que la finca pase a estar inscrita directamente a nombre del comprador, percibiendo, eso sí, el heredero el precio de la venta sin inscripción intermedia a favor del heredero por incumplimiento del principio de tracto sucesivo.

3. Sobre la supuesta privación de eficacia del testamento realizada en la escritura y el papel de notarios y registradores.

En contra de lo que se manifiesta por la Sra. Registrador, el Notario y ella misma si procediera a la inscripción no estarían privando de eficacia a un testamento valido como se expresa, siendo que lo que ha hecho el Notario es comprobar la regularidad formal y material del documento, como debiera haber hecho la registradora y verificar que el contrato de compraventa suscrito junto con el pago de parte del precio recibido en la cuenta de la finada, acreditan sin ningún género de dudas la voluntad revocatoria como único argumento válido para la aplicación del artículo 869 C. Civil, siendo que la voluntad revocatoria en este supuesto debe presumirse por imperio de la ley.

No resulta comprensible que, a falta de intervención del legatario, se nos requiera a promover una manifestación judicial en un litigio actualmente inexistente, según nuestras noticias, para conseguir la declaración de la revocación del legado, ante la claridad con la que se expresa la voluntad revocatoria en el presente supuesto. Entendemos que lo correcto sería proceder a la inscripción (o, en su caso, a negarla por falta de comparecencia del legatario, si entiende que el legado no ha quedado sin efecto), pero no dejar la cuestión a un arbitrio judicial que nadie ha demandado.

Si, una vez inscrita la finca a favor del heredero hubiera al respecto algún inconveniente por la legataria, la misma es la que debe reclamar su legado judicialmente y desvirtuar la presunción legal de revocación que se contempla en el artículo 869 del C. Civil siendo la misma quien debe acreditar la supuesta falta de esa voluntad revocatoria en cualquier procedimiento judicial que considere oportuno o en su caso la supuesta falsedad del documento en cuestión y no invertir las tornas para hacer al heredero que actúa con todas las correcciones formales y materiales, que el mismo deba interponer procedimientos judiciales que no le corresponde iniciar al estar investido de todos los requisitos legales para el otorgamiento.

Quien estuviera interesado en adquirir el legado deberá desmontar la presunción de revocación establecida en el artículo 896 C. Civil, por ello se le encarga al legatario que pruebe que no fue esa voluntad la que imperó en el testador.

Debiera, por tanto, la legataria instar el procedimiento oportuno para el caso de mostrarse disconforme con la revocación del referido legado y sólo en caso de estimarse su pretensión procederse a la cancelación del asiento conforme a lo dispuesto en los artículos 40.d y 79.3.º de la Ley Hipotecaria.

El artículo 18 de la Ley Hipotecaria atribuye al Registrador una función que va más allá del mero control formal de los documentos, incluyendo en el ámbito de la calificación facultades de control de la legalidad del acto o negocio jurídico que incorpora el documento, lo que incluye tomar decisiones en el ámbito de su competencia, no dejar la cuestión a un arbitrio judicial que nadie, insistimos, ha demandado y ello siempre con el límite de lo que resulte del propio documento y de los asientos del registro, de forma que las posibles dudas que pudieran existir, excepción hecha de las que se refieran a la identidad de la finca, deben resolverse a favor de la eficacia registral del título. Su función no es sospechar si existe o no disconformidad por parte de la legataria o si el documento privado es o no auténtico, sino ceñirse a cumplir con los requisitos formales exigidos en la Ley Hipotecaria.

No existe ningún indicio que permita sembrar duda sobre ninguno de estos extremos ni cualquier otro, teniendo en cuenta cómo deben interpretarse las normas en nuestro derecho (artículo 3.1 CC- Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.)

Con la calificación realizada se está vetando al heredero a que pueda otorgar la compraventa sin contar con la legataria, una compraventa cierta realizada en vida por la causante y que el heredero no puede cumplir con esa prestación de hacer a la que por ley está obligado. La registradora entendemos no puede tomar partido por la legataria como hace, considerando sin motivo alguno que el documento de compraventa alberga

dudas sobre su realidad y efectividad al atacarse tanto la falta de legitimación de la firma del contrato, como la falta de consumación y los efectos que de ello la registradora hace derivar.

Se está tomando partido como decimos, obviando las graves consecuencias que ello genera y sin base legal, pues ninguna norma lo establece, más aún del artículo 20 LH resulta lo contrario, pero además parece ignorar la posición jurídica del heredero. A éste por llamarle el testador como su heredero y ser en consecuencia el que tiene que cumplir todas las obligaciones pendientes contraídas en vida por el causante, le corresponde reconocer las obligaciones pendientes y cumplirlas, máxime cuando se trate de obligaciones de hacer cuyo cumplimiento sólo puede realizarlas él. Ante ello, la legataria no se podrá oponer sino impugnar los actos que dicho heredero haya realizado en fraude de su legado, siendo el juez quien debe decidir si el acto realizado es o no fraudulento y sin que ni el notario ni el registrador pueda exigir que comparezca el legatario para que en definitiva tolere el acto por estimar que no defrauda su legado. Lo que no es admisible en cualquier otorgamiento es que por un hipotético negocio fraudulento –el nuestro no lo es– se exijan por el Notario requisitos que el legislador no impone. El legatario es quien tiene que defenderse si considera defraudado su derecho, a él le corresponde la iniciativa, máxime en un tema en el que está en juego intereses privados y no públicos, ejercitando las acciones que la ley le concede para ello, entre ellas la de impugnar los actos que el causante o su heredero haya realizado en fraude de su legado.

La Sra. Registradora nos está diciendo: inviten ustedes a la legataria por sí está o no conforme con la revocación del legado. Las probabilidades de que no lo esté, si se considera perjudicada en relación a los otros llamados a la herencia, son enormes, se está creando una fuente de conflictos, que fue precisamente la que quiso evitar la testadora con su clara voluntad revocatoria manifestada en la venta y creemos que el propio Código Civil, al nombra a uno heredero y por ende continuador de su personalidad y al otro legatario. Efectivamente entre mantener lo ordenado por el testador y su sucesor universal, mientras no sea judicialmente impugnado, o, no considerarlo eficaz, hasta que el legitimario, de una u otra forma, se muestre conforme, el Código Civil opta, a nuestro juicio, claramente por lo primero.

Efectivamente el comprador verá retrasada la formalización pública de su venta, incluso la entrega de la cosa vendida; ello ya ha hecho hacerle perder la financiación al haber solicitado un préstamo hipotecario para la compra, podrá ocasionarle todo tipo de gastos e inconvenientes que el retraso imprevisto de una entrega ocasiona, e incluso se han estipulado cláusulas penales en caso de retraso en la entrega o de incumplimiento.

Sexto.–Sobre la necesidad de elevar a público la compraventa realizada por la testadora.

Partimos de la perfección de la compraventa a falta de su consumación al haber quedado pendiente la entrega del resto del precio y de la finca que fue establecida para un momento posterior, concretamente la fecha límite prevista para su firma era el 28 de febrero de 2023, coincidiendo con los trámites de financiación que los compradores precisaban para atender el pago convenido el día del otorgamiento de la escritura de compraventa.

La opción que plantea la Sra. Registradora resulta del todo impracticable, excediéndose nuevamente en sus consideraciones, pues la elevación a público del contrato no puede exigirse por la misma, ni en modo alguno es contradictoria o incongruente con lo manifestado por el heredero sobre la enajenación realizada por la testadora.

Si como se ha indicado, la enajenación no tiene por qué ser eficaz para que quede revocado el legado, sino que basta la simple voluntad de revocación, de ello se concluye con meridiana facilidad que no pueda exigirse la elevación a público del documento privado de compraventa, ni que ello sea incongruente con la aceptación de herencia realizada, ya que se le escapan a la Sra. Registradora múltiples circunstancias que se encuentran al margen de la documentación presentada, como que el contrato por ejemplo en este momento no pueda elevarse a público por necesitar los compradores

financiación para el pago del resto del precio y la misma no puede ser obtenida con la elevación al no aceptar ello las entidades financieras consultadas por el comprador.

La escritura otorgada por el dicente es un acto perfectamente válido dado que es el heredero quien, a la vista de la revocación del legado, no entrega el mismo y se compromete a consumir la compraventa del inmueble en cuestión cuando pueda hacerlo. No precisando la legitimación de la firma, ni la conformidad de la legataria para ello.

Séptimo.—Sobre la pretendida necesidad de la legitimación de la firma del contrato de compraventa y la denominada falta de documentación auténtica.

Se afirma por la Sra. Registradora que no dispone esta parte de documentación auténtica que acredite la enajenación de la finca al ser un documento privado de arras sin firma legitimada y que por tanto ni el Notario ni la Registradora pueden pronunciarse acerca de la revocación del legado, manifestando ser precisa la legitimación de la firma por el comprador, el heredero y el legatario.

Discrepamos en primer lugar dada la manifestación recogida en la escritura de aceptación de herencia donde el Sr. Notario indica que el único heredero ya reconoce la autenticidad de la firma de la testadora, siendo que además el pago de 5.000 euros por la parte compradora no sólo viene contemplado en el contrato suscrito, sino que además se acredita con justificante bancario que se incorpora a la escritura en cuestión, circunstancia que debe entenderse como suficiente prueba de la conformidad de la parte compradora.

Parece desconocer la Sra. Registradora que no es posible legitimar notarialmente la firma en un contrato de compraventa por imperativo del artículo 258 del Reglamento Notarial, por lo que difícilmente se puede exigir para declarar la autenticidad del documento.

En segundo lugar y en cuanto al consentimiento de la legataria que entiende la Sra. Registradora como necesario, no podemos sino discrepar dado que, revocado su legado al haber sido objeto de compraventa el bien concreto, ninguna intervención se precisa por parte del legitimario que ningún interés, ni derecho tiene ya sobre la herencia, siendo el heredero la única persona legitimada para elevar a escritura pública los documentos privados otorgados por su causante, sin intervención del legatario que además de no haber sido llamado como heredero, ha visto revocado el legado al haber perdido su objeto, no tiene derecho sobre ningún bien de la herencia.

Pero es que, además, si nos remitimos a la fórmula planteada por la Sra. Registradora en el hecho segundo de su calificación, la Ley Hipotecaria no exige en su artículo 20 la intervención del legatario para elevar a público el documento privado, sino sólo la de los herederos legítimos, por lo que queda patente que la conformidad de la legataria no es precisa.

Lo cierto es que con la escritura ahora calificada, en tanto en cuanto tiene un contenido no sólo confesorio sino también volitivo, al consignar el negocio documentado en su integridad y expresar el consentimiento contractual de quienes aparecen con la plenitud del poder dispositivo sobre la finca afectada y con capacidad para realizar el acto traslativo cuestionado, de modo que queda garantizada la autenticidad de dicho consentimiento, con las consecuencias derivadas de la fe pública de que goza el documento público notarial (cfr. artículos 1.218 del Código Civil, 1 y 17.bis, apartado a), de la Ley del Notariado y 1 y 145 del Reglamento Notarial), ha de producir los efectos de toda escritura pública y, en concreto, ha de reputarse título inscribible (artículos 2.1.º y 2.2.º de la Ley Hipotecaria y 7 de su Reglamento).

Respecto de tal cuestión se ha pronunciado la Dirección General en Resolución de 23 de mayo de 2007 al disponer que los contratos, una vez celebrados, solo producen efectos entre las partes contratantes y sus herederos (cfr. artículo 1.257.1 del Código Civil), por cuanto sólo ellos asumen y se les puede exigir, el cumplimiento de las derivadas de aquél, entre las que se encuentra la exigencia de su formalización de forma pública (artículos 1.279 y 1.280 del Código Civil).

Por otra parte, en aquellas escrituras en que se reconoce la existencia de un acto o contrato anterior (artículo 1.224 del Código Civil), el evidente valor reconocitivo de la existencia y contenido del negocio que comportan y la autenticidad que con aquel reconocimiento adquieren, requiere, que tratándose de negocios bilaterales o plurilaterales, concurran al otorgamiento de la escritura todos los que en ellos fueron y así ha de deducirse tanto de las reglas generales en materia de contratación (artículos 1.261.1 y 1.262 del Código Civil), como del propio valor unilateral del reconocimiento (cfr. artículo 1.225).

Por tanto, atendido el contenido de esta resolución y de los preceptos en ella invocados, sólo el dicente, único heredero legítimo de la causante, es la persona responsable de cumplir con las obligaciones nacidas del referido contrato, no realizándose mención alguna en el articulado del Código civil, ni en las resoluciones de la DGRN objeto de estudio a la exigencia de la intervención de la legataria para la adjudicación y partición de la herencia tal y como se pretende por la Sra. Registradora.

Octavo.—Sobre la inscripción parcial.

Destaca esta parte el hecho de que, pese a la calificación negativa, existen dos fincas registrales en la masa hereditaria, y siendo legada una de ellas a quien suscribe, no se haya producido la inscripción parcial de la escritura de aceptación de herencia respecto de la finca registral 1013, lo que agrava aún más, si cabe, el perjuicio causado.

El Registrador tiene que denegar o suspender íntegramente el ingreso del documento si entiende que las cláusulas que no deben acceder al Registro inciden en el total contexto pactado por las partes, situación que aquí no acontece.

Los artículos 19 bis de la Ley Hipotecaria y 434 de su Reglamento contemplan, en caso de calificación negativa que afecte a ciertas cláusulas de un documento, la posibilidad de practicar la inscripción parcial del mismo en virtud de solicitud del interesado. La exigencia de petición expresa de las partes como requisito para practicar la inscripción parcial tiene como presupuesto que el pacto, estipulación o hecho rechazado afecten a la esencialidad del contrato, por lo que, dado que la presentación de un documento en el Registro implica la petición de práctica de todos los asientos que en su virtud puedan practicarse, no es necesaria dicha solicitud expresa cuando el defecto afecte sólo a alguna de las fincas (o a parte de la finca, o de su descripción) o derechos independientes objeto del negocio jurídico y no exista perjuicio para nadie. de modo que en tal caso podrá practicarse la inscripción parcial de oficio por parte del registrador respecto de esa finca –o parte de la misma o de su descripción– o derecho no afectado por el defecto. (Resolución de 20 de marzo de 2020 (3.ª), de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, BOE de 9 de julio de 2020).

Es por ello que venimos a solicitar la inscripción parcial del documento público en lo atinente a la finca registral 1013.

Fundamentos de Derecho

El contrato de compraventa se perfecciona por el consentimiento prestado por comprador y vendedor, de tal manera que, si en el momento de prestarlo estaba definido el objeto y el precio, el contrato es perfecto.

El artículo 1258 del Código Civil dispone: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.”

No estaremos frente a una “reserva” o un “precontrato” y sí ante un contrato de compraventa cuando las partes definen el objeto y el precio a pagar, aunque ni una ni otra se efectúen en ese momento. En este sentido el artículo 1450 del Código Civil dispone: “La venta se perfeccionará entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado.”

El contrato de compraventa se perfecciona por el consentimiento y no requiere como elemento estructural la entrega de la cosa, generando únicamente la obligación de

entregarla, según dispone el artículo 1461 Código Civil: “El vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta.”

En cuanto a la forma el art. 1278 CC dispone: “Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez”.

Exige el art. 1280 CC que la compraventa se debe constar en documento público y a falta de ello el art. 1279 CC establece que “los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez”. Esta situación se ha dado entre heredero y compradores.

El art. 1254 CC: “El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”.

Artículo 1257 CC: “Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley.

Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada.”

El art. 1258 CC: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso ya la ley”.

Tal y como refiere la STS de 16 de Septiembre de 2014: “La exigencia formal del artículo 1280 en relación a que ciertos contratos, entre ellos, la transmisión de derechos reales sobre bienes inmuebles (número primero del citado artículo), consten en documento público no puede ser entendida como una referencia normativa pertinente al presupuesto de validez y eficacia del contrato celebrado, esto es, que incumplida dicha finalidad el contrato resulte inexistente por las partes o carente de eficacia alguna; pues el propio artículo 1279, como proyección del principio espiritualista como criterio rector del formalismo contractual (artículo 1278 del Código Civil), parte de la propia validez y eficacia estructural de los contratos enumerados en el artículo 1280 del Código Civil que no constan en escritura pública al disponer ‘que los contratantes pueden compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez’. La segunda consideración, al hilo de lo expuesto, es que la exigencia de esta finalidad incide, en consecuencia, en el plano del reforzamiento de la eficacia contractual del contrato, pues con su cumplimiento el contrato resulta eficaz frente a terceros.

La conclusión práctica al respecto, conforme al principio de la autonomía de la voluntad, es que, si las partes quieren otorgarle a esta exigencia formal un valor determinante ya para la propia validez del contrato, o bien para su eficacia, esta condición esencial debe figurar inequívocamente en el contenido contractual llevado a cabo, pues de otra forma carece de la relevancia requerida a estos efectos. (...) De la interpretación del contrato celebrado se infiere, sin dificultad, que la meritada exigencia formal no viene revestida del carácter esencial apuntado ya para la propia validez del contrato, o bien, para el curso de su propia eficacia contractual resultando, por el contrario, su configuración genérica conforme al marco descrito del artículo 1280.1 del Código Civil (estipulación novena). En segundo lugar, y atinente al plano de la realidad del contrato se debe señalar que el contrato quedó perfeccionado y ejecutado en sus principales obligaciones pues resulta indiscutido que en el mismo concurren todas las condiciones necesarias para su validez, que se llevó a efecto la entrega de la cosa (con la entrega de llaves y posesión de la plaza de garaje, estipulación primera) y se realizó el pago del precio pactado (estipulación primera).

Por último, y, en tercer lugar, debe también señalarse el hecho crucial de que, pese al tiempo transcurrido, cinco años, ninguna de las partes utilizó el cauce adecuado

previsto para el cumplimiento de esta exigencia formal, esto es, compelerse en vía judicial para que se proceda al otorgamiento de la expresada escritura pública.”

En cuanto al modo, es indiscutible que no se ha producido la entrega material del inmueble como consecuencia del fallecimiento de la testadora. No obstante, de la jurisprudencia aportada se deduce que el requisito para entender revocado el legado no es la consumación de la compraventa, sino la voluntad de enajenación de la testadora, la cual consta perfectamente acreditada.

En cuanto a los efectos revocatorios de la enajenación del bien legado, destacamos las afirmaciones de autores destacados como D. C. quien manifiesta que la presunción es iuris et de iure, esto es, basta la enajenación para que se produzca la revocación tácita del legado. M. afirma que con la mera enajenación existe ya la Presunción del cambio de voluntad en el testador. A juicio de T., la norma recogida en el artículo 869.2.º del Código civil es de valor absoluto: enajenándose la cosa legada por el testador, el legado está necesariamente revocado, pues el animus adimendi falta sólo en las enajenaciones no voluntarias.

En palabras de A. G.: “Como la transformación de la cosa legada, también su enajenación hecha por el testador deja sin efecto el legado porque lo revoca. Lo mismo que en aquel caso, la ley deduce la voluntad revocatoria de la transformación, lo deduce en éste de la enajenación, en cuanto de la voluntad de desprenderse de la cosa la ley colige que el testador, que se priva de ella, desiste también del destino futuro que le había dado, que a su muerte fuese al legatario.

Lo que es privar de efecto al legado, no porque la cosa haya dejado de ser propia del testador, es decir, por razón de su objeto, sino porque se ha revocado, es decir, por razón del cambio de voluntad. (...) Y es también decisivo para solucionar el caso de que la enajenación acordada aún no se haya consumado (como si vendida por el testador la cosa legada, aún no había hecho tradición de ella).

Pues procediendo la extinción del legado de la voluntad, revelada por la enajenación, no hace falta esperar a que se consume para que la extinción se produzca.

Que la pérdida de efecto del legado procede de revocación se demuestra con un argumento irrefutable. Es éste: si no recobra vigor ni aun cuando la enajenación es nula, con lo que realmente la cosa vuelve al testador o se demuestra que en verdad nunca dejó de ser suya (si la enajenación adolecía de nulidad y no de mera anulabilidad), es porque la pérdida de efecto no procede de que la cosa no le pertenezca ya, sino de la voluntad revocatoria que reveló al intentar desprenderse de ella”.

R. S. sostiene que “para que implique voluntad presunta de revocación del legado, la enajenación de la cosa legada ha de ser voluntaria (...) aparte de los casos antes indicados de revocación total o parcial del testamento que contiene la disposición de los legados, la ley presume o infiere, tratándose de legados de cosa específica, la intención o voluntad del testador de revocarlos de ciertos hechos realizados por el propio causante”.

Se parte, por tanto, de una presunción legal que debe ser respetada por los funcionarios públicos que intervienen en los actos de aceptación e inscripción de la herencia en cuestión máxime cuando ha sido acreditada la voluntad de la testadora.

Destacamos el contenido de la SAP Tarragona 27 de octubre de 2010 Ponente: María Rebeca Carpi Martín en un supuesto, similar al que nos ocupa, en el que se había suscrito por apoderados de la testadora contrato de arras y no llegó a consumarse la compraventa con ocasión del fallecimiento de ésta considera revocado el legado. Destacar que aplica el art. 306 del Código de sucesiones de Cataluña entonces vigente: “Así, lo esencial es determinar, en primer lugar, si el contrato llamado de arras, celebrado por los apoderados de la Sra. María Rosario con los compradores antes citados, era un auténtico negocio traslativo en el que se hubiese plasmado la voluntad transmisiva de la causante, pues lo que el art. 306 del Código de Sucesiones establece a este respecto es un tipo de revocación tácita, a partir de la presunción de que el testador que enajena el bien que ha atribuido en legado lo hace con intención de dejar sin efectos dicho legado. En coherencia con ello, por tanto, tiene eficacia revocatoria del legado todo negocio de

enajenación, gratuita u onerosa, en el que se plasme de manera definitiva la voluntad de desprenderse de ese bien, aun cuando dicho negocio pudiese estar afectado de nulidad. (...) lo decisivo no es que el bien salga definitivamente o no del patrimonio del causante, sino definitiva de extraerlo de su patrimonio, deduciéndose de esa voluntad excluyente la intención, lógicamente, de revocar el legado. (...) concluir que el mismo debe ser calificado como auténtico negocio jurídico traslativo, pues con independencia de su calificación como contrato 'de arras', o incluso aun reconduciéndolo a la categoría de precontrato, presentaba todos los elementos necesarios para ser calificado como contrato de acuerdo con el art. 1262 CC, esto es, consentimiento, objeto y causa, de donde resulta acreditado que dicho contrato se había perfeccionado como negocio traslativo, por más que no hubiese acontecido aún su consumación en el momento de producirse el fallecimiento de la Sra. María Rosario y la misma no se llevase nunca a término por haber quedado resuelto posteriormente dicho contrato."

En nuestra opinión, resulta del todo aventurada y desafortunada la observación, completamente subjetiva, que la Sra. Registradora realiza en los Fundamentos de derecho al manifestar: "Si bien parece que la voluntad del testador al celebrar el contrato de arras es la de enajenar la finca y por lo tanto revocar el legado, la realidad es que la firma de un contrato de arras da a las partes la posibilidad de decidir si finalmente quieren celebrar a posteriori el contrato de compraventa, o por el contrario desistir del mismo 'allanándose el comprador a perderlas o el vendedor a devolverlas duplicadas' ex artículo 1554 cc. No hay enajenación consumada, y, por tanto, no se puede entender revocado el legado sin más, sino que por el contrario será necesaria declaración judicial de la revocación del legado. Por otro lado, la firma de un contrato de arras, a los efectos de la revocación o no del legado, podrían equipararse a las enajenaciones bajo condición suspensiva (...)".

El símil que emplea resulta del todo desafortunado en cuanto equipara el contrato de arras con una enajenación sujeta a condición suspensiva, cuando la voluntad de enajenar de la testadora es indiscutible y no se encuentra sujeta a condición alguna, aquí la revocación no está subordinada a evento alguno, la voluntad de enajenar es clara y nace desde que pone la vivienda a la venta y suscribe el contrato de compraventa donde además percibe el importe de 5.000 euros en la cuenta bancaria de su titularidad como parte del pago del precio de la venta.

Así, la registradora ya parte de "parece que la voluntad del testador al celebrar el contrato de arras es la de enajenar la finca y por tanto revocar el legado" pero al considerar sin que conste en el documento, una pretendida posibilidad de desistir del mismo, sin ningún fundamento, lo equipara a una enajenación sujeta a condición suspensiva –que no lo es–. El contrato de compraventa suscrito por la testadora, manifiesta inequívocamente la voluntad de la testadora, la cual no puede ser alterada por una consideración infundada de la Sra. registradora, dicho sea, con los debidos respetos, máxime a la vista de la opinión de la doctrina científica y la jurisprudencia que ha sido invocada en el cuerpo del presente recurso donde queda meridianamente claro que prevalece la voluntad de la causante. Bien podría haberlo equiparado a un contrato nulo, el cual, según lo previsto en el art. 869 CC, haría subsistir la revocación del legado.»

IV

Notificada la interposición del recurso al notario de Sevilla, don José Ignacio Guajardo-Fajardo Colunga, como autorizante del título calificado, el día 27 de julio de 2023 emitió escrito de alegaciones en el que, en síntesis, se expresaba lo siguiente:

Se adhería a las alegaciones del escrito de recurso y alegaba además que «la cuestión central del recurso consiste en dilucidar si el contrato de compraventa, perfecto, pero no consumado, de un bien legado en testamento anterior tiene o no efectos revocatorios del legado con arreglo al artículo 869.2 del Código Civil.

La doctrina es unánime al establecer al respecto que lo decisivo para entender que queda sin efecto un legado al amparo del artículo 869,2 del Código Civil es la voluntad tácita del testador, que cambia su voluntad de legar mediante la enajenación de la cosa legada. Así resulta además de la interpretación sistemática de la totalidad del artículo en cuestión, por cuanto que la vuelta de la cosa a dominio del testador, aunque sea por nulidad del contrato, no hace recuperar la fuerza del legado.

Resulta incomprensible, que, por otra parte, en el expositivo de hechos segundo prevea la posibilidad de elevar a público el contrato de compraventa compareciendo el heredero como sucesor universal, en nombre del causante, para que la finca pase a estar directamente a nombre del comprador, percibiendo el heredero el precio de la venta, y según se manifiesta en la calificación registral, sin inscripción intermedia a favor del heredero por incumplimiento del principio de tracto sucesivo. Si el comprador tiene acción contra el heredero del vendedor para exigir la perfección del contrato y el heredero está obligado a ello, cuestión que nadie duda, es precisamente porque el causante comprometió su voluntad de vender, cuestión esta, que es la determinante para dejar sin efecto el legado.

Se alega por la señora registradora que en el presente supuesto no estamos ante un contrato de compraventa, sino de arras, sin firma legitimada, perfecto, pero no consumado, y que “si bien parece que la voluntad del testador al celebrar el contrato de arras es la de enajenar la finca y por lo tanto revocar el legado, la realidad es que la firma de un contrato de arras da a las partes la posibilidad de decidir si finalmente quieren celebrar a posteriori el contrato de compraventa, o por el contrario desistir del mismo ‘allanándose el comprador a perderlas o el vendedor a devolverlas duplicadas’ ex artículo 1454 CC. No hay enajenación consumada, y por tanto, no se puede entender revocado el legado sin más, sino que por el contrario será necesaria declaración judicial de la revocación del legado”. A este respecto debo alegar:

1. Que las arras no son propiamente un contrato, sino un pacto de otro contrato (art. 1454 CC), en este caso del contrato de compraventa que, como tal, es definido en el propio contrato en cuestión. Así resulta de una interpretación literal de las palabras utilizadas por los contratantes del mismo, donde hablan de parte vendedora y compradora en la intervención, en la exposición y en los acuerdos.

2. Que estamos ante un contrato de compraventa perfeccionado, conforme a lo establecido en el artículo 1450. CC, al haber convenido tanto en la cosa objeto del contrato como en el precio, que se presume válido y eficaz, mientras no se demuestre lo contrario, aun cuando sus firmas no estén legitimadas, lo que, por otra parte, no es posible conforme a lo dispuesto en el artículo 258 del reglamento notarial.

3. Que en el mismo se pactaron unas arras confirmatorias y penales, pues en la cláusula primera del mismo se establece que el importe se entrega “en concepto de señal y parte del pago de la compra”, y en la cláusula segunda se aclara que las mismas funcionan como garantía del cumplimiento del contrato, mediante la pérdida de las arras entregadas o la devolución doblada por el que las ha recibido, lo que supone una indemnización de daños y perjuicios, como expresamente se declara, lo que no impide la exigibilidad de la obligación.

4. Que, aun en el supuesto de que las arras fueran consideradas como penitenciales y el contrato fuese considerado como promesa de vender y comprar, la facultad de desistimiento solo sería eficaz si la otra parte se allana, pues en caso contrario se debe aplicar el régimen del contrato principal, según resulta del artículo 1451 del Código Civil, lo que supone la posibilidad de exigir el cumplimiento y, por tanto, lo que pone de manifiesto la voluntad incondicionada y definitiva de vender.

5. Y que, aun en el hipotético supuesto de que se considerase que la causante/vendedora tenía reservada la facultad de resolución, facultad que le entiendo que no le corresponde conforme a lo expresado, en el supuesto presente no consta que ejercitara tal facultad por lo que debe entenderse que su voluntad de vender se mantuvo hasta su fallecimiento y, por tanto, que el legado, conforme lo expresado al inicio, ha sido tácitamente revocado.

Finalmente destacar que las manifestaciones de la señora registradora respecto a la falta de competencia notarial y registral para “resolver acerca de la privación de eficacia de un testamento válido”, que, según ella, corresponde a los tribunales de justicia, son desafortunadas, ya que en el presente caso no se ha planteado la privación de eficacia de un testamento válido sino solo de una de sus disposiciones, y ello en base a una ineficacia declarada por ley respecto a un hecho cierto y acreditado, como es la venta del bien legado, venta realizada en contrato privado incorporado a la escritura junto con el justificante del pago de la cantidad entregada a cuenta como parte del precio».

V

Mediante escrito, de fecha de 25 de julio de 2023, la registradora de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo. En su informe, a la vista del escrito de recurso, modificaba su concepción de las arras como penitenciales, al no constar esa circunstancia en el documento privado, pero mantenía que podrían ser confirmatorias. Con relación a la inscripción parcial de la escritura, procedía a practicar la inscripción parcial del documento en cuanto a la finca 1.013 con fecha de 21 de julio de 2023.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 661, 743, 858, 859, 869.2, 885, 1227, 1230, 1254, 1257, 1258, 1262 y siguientes, 1278, 1279, 1280, 1281 y siguientes y 1450 y siguientes, en especial el 1454 y 1455, del Código Civil; 3, 18 y 20 de la Ley Hipotecaria; 252 de la Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra; 306 de la Ley 40/1991, de 30 de diciembre. Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña; 1, 145 y 258 del Reglamento Notarial; Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2020; sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 16 de diciembre de 2008; sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 27 de octubre de 2010, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de septiembre de 2008, 16 de noviembre de 2011, 21 de noviembre de 2014 y 17 de marzo de 2017.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de manifestación y adjudicación de herencia en la que concurren los hechos relevantes y circunstancias siguientes:

– La escritura es fecha de 16 de mayo de 2023; la causante fallece el día 8 de enero de 2023 en estado de viuda y sin descendientes; en su último testamento, de fecha 4 de noviembre de 2020, instituye heredero a don J. A. G. O.; además, ordena dos legados: uno de ellos a favor de don J. A. G. O., y otro a favor de doña M. G. S., de la finca 1.029.

– Respecto a este legado a favor de doña M. G. S., se expresa en la escritura lo siguiente: «(...) no se hace entrega del mismo por el heredero universal aquí compareciente, al haber quedado el mismo revocado y sin efecto por voluntad de la finada, la cual hizo uso de la facultad de disposición sobre sus bienes y en concreto sobre el legado que constituyó al que se ha hecho referencia en esta cláusula; todo ello conforme lo dispuesto en el artículo 869.2 del Código Civil»; se testimonia en la escritura un contrato original –se dice de compraventa– de la citada vivienda legada celebrado entre la causante y doña A. M. H. L. y don J. A. C. G. en fecha anterior al fallecimiento, y el justificante del pago de la señal por importe de 5.000 euros; el heredero, don J. A. G. O., reconoce la autenticidad de la firma de la testadora en el documento privado; se manifiesta que «queda en consecuencia sin efecto el legado sobre la finca registral n.º 1029».

– En la escritura interviene solo el heredero único que se adjudica todas fincas de la herencia incluida la que es objeto del documento privado.

– En el documento privado, de fecha 27 de diciembre de 2022, escrito a máquina, se describe el inmueble que se vende –finca 1.029–, se identifican los vendedores y los compradores, se expone que «Doña A. M. H. L. y Don J. A. C. G. están interesados en la compra de la finca descrita (...) y que la señora Doña V. R. L. lo está en su venta»; en la parte dispositiva «Acuerdan Primero. Que la parte compradora hace entrega en este acto, mediante transferencia bancaria a la firma de este documento a la parte vendedora, la cantidad de cinco mil euros (5.000 €). En la cuenta corriente designada por la parte vendedora de la entidad BBVA y el recibo que acredita dicho ingreso (...) Dicho importe se entrega en concepto de señal y parte de pago de la compra de la finca urbana (...) Segunda. El precio de la compraventa de la finca objeto de este documento queda establecido en la cantidad de ciento cincuenta y un mil quinientos euros (151.500 €), que la parte compradora hace efectivo de la siguiente forma. A) Cinco mil euros (5.000 €), que se entregan en este acto en concepto de señal y parte de pago. Mediante transferencia bancaria a la cuenta corriente de la Sra. R. L. o talón bancario según prefiera la parte compradora. B) Ciento cuarenta y seis mil quinientos euros (146.500 €) que serán abonados por la parte compradora el día de la firma definitiva de escrituración ante notario que se fijará por los compradores antes del día 28 de Febrero de año 2023 (...) Cuarto: Se entenderá resuelto de pleno derecho el presente contrato en los términos y efectos previstos en el Atco. 1454 del código civil, si la parte compradora no hiciera efectiva en el momento oportuno la cantidad aplazada o no hiciera acto de presencia el día del otorgamiento de Escritura de Compraventa, quedando a favor de la parte vendedora la totalidad de las cantidades ya abonadas, todo aquello como resarcimiento e indemnización de daños y perjuicios a consecuencia del incumplimiento. Para el supuesto de que la parte compradora, antes del otorgamiento de la escritura de compraventa pretendiera resolver el presente compromiso siempre que el comprador tenga cumplidas las obligaciones contraídas, aquella vendrá obligada a devolver las cantidades percibidas, más otro pago por las cantidades equivalente a las percibidas, en concepto de daños y perjuicios». Acompaña el justificante de la transferencia bancaria. En el documento, en la primera página aparece una nota escrita en tinta de bolígrafo que dice «contrato de Arras Casa nº (...)».

La registradora señala tres defectos: a) el contrato de arras es un contrato perfecto, pero no consumado, y, al no existir una verdadera enajenación consumada, no queda automáticamente revocado el legado; b) resulta incongruente que el heredero manifieste en la escritura que el legado queda revocado por haber enajenado la finca el testador en documento privado de compraventa y que a continuación proceda a adjudicarse él mismo la finca por título de herencia, dado que en su caso pertenecería a un tercero, y c) el contrato de arras de la compraventa no es un documento auténtico, sino un documento privado sin firma legitimada, y, de estar vivo el vendedor, podría reconocer él mismo la autoría de su firma, pero, al no estarlo, requiere que presten consentimiento todas aquellas personas que puedan verse afectadas por la su elevación a público (en este caso, el comprador, el heredero y el legatario).

El recurrente alega lo siguiente: que el legado ha sido revocado al quedar debidamente acreditada la voluntad revocatoria de la testadora; que en ningún lugar del contrato de compraventa se señala que el mismo sea un contrato de arras, por lo que la cantidad pagada lo es a cuenta del precio, tal como consta en la literalidad del documento; que se trata de un simple anticipo a cuenta del precio que sirve, precisamente, para confirmar el contrato celebrado y no de unas arras penitenciales; que, en cuanto a la interpretación sistemática de la cláusula cuarta en relación con el conjunto del contrato, se habla de parte compradora y vendedora y de la finca objeto de la venta, y en el dispositivo primero, se vuelve a hablar de la parte compradora, en el segundo se determina el precio de la compraventa y el último inciso de la cláusula tercera se refiere de modo expreso a la «elevación a público» de la escritura de compraventa; que el contrato de compraventa es perfecto pero no consumado, y el requisito de la consumación no se exige para la revocación del legado; que la vuelta de la cosa al dominio del testador, en su caso, aunque sea por nulidad del contrato, no hace

recuperar la fuerza al legado; que el legado queda sin efecto no porque la cosa haya dejado de pertenecer al testador sino porque éste ha modificado su voluntad; que, al ser el otorgante el designado heredero, debe ser el mismo exclusivamente quien comparezca; que, si una vez inscrita la finca a favor del heredero hubiera al respecto algún inconveniente por la legataria, la misma es la que debe reclamar su legado judicialmente y desvirtuar la presunción legal de revocación; que corresponde al heredero cumplir todas las obligaciones pendientes contraídas por el causante, máxime cuando se trate de obligaciones de hacer cuyo cumplimiento sólo puede realizar él, y, ante ello, la legataria no se podrá oponer sino impugnar los actos que dicho heredero haya realizado en fraude de su legado; que la adjudicación de la finca es un acto perfectamente válido dado que es el heredero quien, a la vista de la revocación del legado, no entrega el mismo y se compromete a consumar la compraventa del inmueble; que, en cuanto a la legitimidad del documento, se acredita con justificante bancario que se incorpora a la escritura, circunstancia que debe entenderse como suficiente prueba de la conformidad de la parte compradora; que la Ley no exige la intervención del legatario para elevar a público el documento privado, sino sólo la de los herederos legítimos; que los contratos, una vez celebrados, solo producen efectos entre las partes contratantes y sus herederos, por cuanto sólo ellos asumen a ellos y se les puede exigir el cumplimiento de las derivadas de aquél, entre las que se encuentra la exigencia de su formalización de forma pública; que solicita en los mismos términos resultantes de la escritura la inscripción parcial en cuanto a la otra finca del inventario de la misma.

El notario autorizante, a la vista del recurso, se reitera en el contenido del mismo y además alega lo siguiente: que lo decisivo para entender que queda sin efecto un legado al amparo del artículo 869.2.º del Código Civil es la voluntad tácita del testador, que cambia su voluntad de legar mediante la enajenación de la cosa legada, lo que así resulta además de la interpretación sistemática de la totalidad del artículo en cuestión, porque la vuelta de la cosa a dominio del testador, aunque sea por nulidad del contrato, no hace recuperar la fuerza del legado; que, si el comprador tiene acción contra el heredero del vendedor para exigir la perfección del contrato y el heredero está obligado a ello, es precisamente porque el causante comprometió su voluntad de vender, cuestión esta que es la determinante para dejar sin efecto el legado; que las arras no son propiamente un contrato, sino un pacto de otro contrato, en este caso del contrato de compraventa que, como tal, es definido en el propio contrato en cuestión, y así resulta de una interpretación literal de las palabras utilizadas por los contratantes del mismo, donde hablan de parte vendedora y compradora en la intervención, en la exposición y en los acuerdos; que estamos ante un contrato de compraventa perfeccionado, al haber convenido tanto en la cosa objeto del contrato como en el precio, que se presume válido y eficaz, mientras no se demuestre lo contrario, aun cuando sus firmas no estén legitimadas, lo que, por otra parte, no es posible conforme a lo dispuesto en el artículo 258 del Reglamento Notarial; que en el mismo se pactaron unas arras confirmatorias y penales, pues en la cláusula primera del mismo se establece que el importe se entrega «en concepto de señal y parte del pago de la compra», y en la cláusula segunda se aclara que las mismas funcionan como garantía del cumplimiento del contrato, mediante la pérdida de las arras entregadas o la devolución doblada por el que las ha recibido, lo que supone una indemnización de daños y perjuicios, como expresamente se declara, lo que no impide la exigibilidad de la obligación; que, aun en el supuesto de que las arras fueran consideradas como penitenciales y el contrato fuese considerado como promesa de vender y comprar, la facultad de desistimiento solo sería eficaz si la otra parte se allana, pues en caso contrario se debe aplicar el régimen del contrato principal, lo que supone la posibilidad de exigir el cumplimiento y, por tanto, lo que pone de manifiesto la voluntad incondicionada y definitiva de vender; que, aun en el hipotético supuesto de que se considerase que la causante/vendedora tenía reservada la facultad de resolución, facultad que no le corresponde conforme a lo expresado, en el supuesto presente no consta que ejercitara tal facultad por lo que debe entenderse que

su voluntad de vender se mantuvo hasta su fallecimiento y, por tanto, que el legado, conforme lo expresado al inicio, ha sido tácitamente revocado.

A la vista del escrito de recurso, la registradora practica la inscripción parcial de la otra finca del inventario, por lo que, la resolución del recurso se limitará a los defectos señalados para la finca objeto del legado.

2. Según el primero de los defectos, la registradora señala que «el contrato de arras es un contrato perfecto, pero no consumado, y, al no existir una verdadera enajenación consumada, no queda automáticamente revocado el legado».

En primer lugar, hay que determinar si procede la calificación hecha por la registradora del contrato como «contrato de arras». El recurrente y el notario autorizante sostienen que se trata de una compraventa perfeccionada, aunque no consumada dado que no pueden entregar aun la cosa vendida.

A estos efectos se hace necesario un análisis pormenorizado de las cláusulas del contrato, para determinar, conforme una interpretación sistemática, la voluntad efectiva de los contratantes (artículos 1281 y siguientes del Código Civil). Los argumentos para sostener que se trata de una compraventa y no un contrato de arras son muchos: que en la interpretación literal de las palabras utilizadas por los contratantes, en la cláusula cuarta en relación con el conjunto del contrato, se refieren a parte compradora y vendedora; también en la intervención; que en la exposición y en los acuerdos se refieren a compraventa; en el dispositivo primero, se vuelven a referir a la parte compradora, y en el segundo se determina el precio de la compraventa y, el último inciso de la cláusula tercera se refieren de modo expreso a la «elevación a público de la escritura de compraventa»; que, hay acuerdo tanto en la cosa objeto del contrato como en el precio; que se pactaron unas arras aparentemente confirmatorias y penales, pues en la cláusula primera del mismo se establece que el importe se entrega «en concepto de señal y parte del pago de la compra», por lo que la cantidad pagada lo es a cuenta del precio; en la cláusula segunda se aclara que las mismas funcionan como garantía del cumplimiento del contrato, mediante la pérdida de las arras entregadas o la devolución doblada por el que las ha recibido, lo que supone una indemnización de daños y perjuicios, lo que no impide la exigibilidad de la obligación, y lo que indica que se trata de un simple anticipo a cuenta del precio que sirve, precisamente, para confirmar el contrato celebrado y no de unas arras penitenciales.

Solo avala la posición de la registradora que, en el documento, en la primera página aparece una nota escrita en tinta de bolígrafo que expresa: «contrato de Arras Casa n.º (...)», pero que, evidentemente ha sido puesta por mano distinta –dado que el documento entero está mecanografiado– y en tiempo distinto de su firma; al margen de esta apreciación, en ningún lugar del contrato de compraventa se señala que el mismo sea un contrato de arras tal como consta en la literalidad del documento.

Ciertamente, es habitual en los documentos privados que haya ciertas discrepancias entre las expresiones que se vierten en los mismos, pero lo esencial es que la voluntad de las partes quede expresada de forma cristalina y que concurren en el contrato los elementos esenciales del mismo: consentimiento, objeto y causa. En numerosas ocasiones ha resuelto este Centro Directivo (cfr. Resoluciones citadas en «Vistos») en supuestos relacionados con la elevación a público de documentos de esta naturaleza. Pero en este supuesto, no hay elevación a público alguna del documento, sino que se incorpora a la escritura para justificar la enajenación de la cosa legada.

En definitiva, como alegan la recurrente y el notario autorizante, son numerosos los apartados del documento y del texto de la escritura en los que se emplea los términos vendedor y comprador, determinación del precio, acuerdos, formas de desembolso y especialmente la entrega realizada de parte del precio que está acreditada con la transferencia bancaria de fecha de la firma del documento privado, por lo que debe entenderse que se trata de un contrato de compraventa efectivo. Por otra parte, los actos coetáneos y posteriores al documento privado –causante-vendedora y compradores– no dejan lugar a duda de que han querido celebrar un contrato de compraventa. Además,

en la realidad social no es infrecuente que los documentos privados adolezcan de imperfecciones.

3. En cuanto al abono de la cantidad de la señal –único término que se utiliza para esta entrega de dinero en el cuerpo del documento privado–, consta como reseñable, en el documento privado, lo siguiente: «la parte compradora hace entrega en este acto, mediante transferencia bancaria a la firma de este documento a la parte vendedora, la cantidad de cinco mil euros (5.000 €). En la cuenta corriente designada por la parte vendedora de la entidad BBVA y el recibo que acredita dicho ingreso (...) Dicho importe se entrega en concepto de señal y parte de pago de la compra de la finca urbana (...) Segunda. El precio de la compraventa de la finca objeto de este documento queda establecido en la cantidad de ciento cincuenta y un mil quinientos euros (151.500 €), que la parte compradora hace efectivo de la siguiente forma. A) Cinco mil euros (5.000 €), que se entregan en este acto en concepto de señal y parte de pago. Mediante transferencia bancaria a la cuenta corriente de la Sra. R. L. o talón bancario según prefiera la parte compradora. B) Ciento cuarenta y seis mil quinientos euros (146.500 €) que serán abonados por la parte compradora el día de la firma definitiva de escrituración ante notario que se fijará por los compradores antes del día 28 de Febrero de año 2023 (...) Cuarto: Se entenderá resuelto de pleno derecho el presente contrato en los términos y efectos previstos en el Atco. 1454 del código civil, si la parte compradora no hiciere efectiva en el momento oportuno la cantidad aplazada o no hiciera acto de presencia el día del otorgamiento de Escritura de Compraventa, quedando a favor de la parte vendedora la totalidad de las cantidades ya abonadas, todo aquello como resarcimiento e indemnización de daños y perjuicios a consecuencia del incumplimiento. Para el supuesto de que la parte compradora, antes del otorgamiento de la escritura de compraventa pretendiera resolver el presente compromiso siempre que el comprador tenga cumplidas las obligaciones contraídas, aquella vendrá obligada a devolver las cantidades percibidas, más otro pago por las cantidades equivalente a las percibidas, en concepto de daños y perjuicios».

En este punto hay que distinguir entre las arras confirmatorias, que son aquellas en las que el comprador entrega una suma de dinero a cuenta del precio convenido, por lo que no son más que un anticipo del precio y por tanto no cumplen una función de garantía ni autorizan para desistir del contrato; las arras penitenciales, que son las arras que autorizan el desistimiento, por lo que cualquiera de los contratantes puede desligarse del contrato unilateralmente, por su sola voluntad, y sin que la otra parte pueda exigir el cumplimiento ni cualquier clase de indemnización; y las arras penales, que son aquellas que funcionan como una garantía del cumplimiento del contrato, sustituyendo la indemnización de daños y perjuicios, pero sin autorizar el desistimiento, es decir, que si el comprador incumple, el vendedor puede optar entre retener las arras en concepto de indemnización de daños y perjuicios o bien exigir el cumplimiento, y si es el vendedor quien incumple, el comprador podrá optar entre exigir el cumplimiento o recuperar las arras duplicadas.

En el documento objeto de este expediente, la «señal» –término que utiliza el documento–, funciona como garantía del cumplimiento del contrato, mediante la pérdida de las cantidades entregadas o la devolución doblada por el que las ha recibido, lo que supone una indemnización de daños y perjuicios, como además expresamente se indica en el documento, lo que no impide la exigibilidad de la obligación. Por tanto, se trataría en su caso de unas arras confirmatorias o penales, pero no penitenciales.

Por último, como alega el notario autorizante, aun en el supuesto de que las arras fueran consideradas como penitenciales y el contrato fuese considerado como promesa de vender y comprar, la facultad de desistimiento solo sería eficaz si la otra parte se allanara, pues en caso contrario se debería aplicar el régimen del contrato principal, lo que supone la posibilidad de exigir el cumplimiento y, por tanto, lo que pone de manifiesto la voluntad incondicionada y definitiva de vender; y, aun en el hipotético supuesto de que se considerase que la causante/vendedora tenía reservada la facultad de resolución, facultad que no le corresponde conforme a lo expresado, no consta que

ejercitara tal facultad, por lo que debe entenderse que su voluntad de vender se mantuvo hasta su fallecimiento.

Por tanto, el documento privado que se testimonia en la escritura de herencia de este supuesto, es un contrato de compraventa perfeccionada pero no consumada; y, a los efectos de la cuestión planteada, la perfección del contrato de compraventa, aunque no se haya producido la entrega de la cosa vendida, produce los efectos propios de las enajenaciones.

4. Sentado esto, hay que hacer la precisión de que la compraventa es un contrato consensual y, como tal, queda perfeccionado por el mero consentimiento entre el vendedor y el comprador, y será obligatoria para ambos, si hubieran convenido en la cosa objeto del contrato y el precio, aunque ni la una ni el otro se hubieran entregado (ex artículo 1450 del Código Civil). Por otra parte, el artículo 869.2.º del Código Civil, establece lo siguiente: «El legado quedará sin efecto (...) 2. Si el testador enajena, por cualquier título o causa, la cosa legada o parte de ella, entendiéndose en este último caso que el legado queda solo sin efecto respecto a la parte enajenada. Si después de la enajenación volviere la cosa a dominio del testador, aunque sea por la nulidad del contrato, no tendrá después de este hecho fuerza el legado, salvo el caso en que la readquisición se verifique por pacto de retroventa».

Es doctrina mayoritaria que la revocación del legado dependerá exclusivamente del acto de enajenar, independientemente de que se haya o no consumado antes del fallecimiento del causante. No obsta al efecto revocatorio de la enajenación que la posible contraprestación se mantenga y sea identificable en el patrimonio del testador hasta su muerte. Caso distinto es el del Derecho navarro, pues la Ley 252 de la Compilación Foral de Navarra dispone «se extinguirá el legado de cosa específica y determinada propia del disponente cuando a la muerte de éste la cosa pertenezca a otra persona por disposición voluntaria de aquel. Sin embargo, si el legatario lo hubiese adquirido a título oneroso de persona distinta del disponente, se entenderá legado el precio o el valor de la contraprestación que dio el legatario». En aplicación de esta norma, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 16 de diciembre de 2008, en una enajenación por medio de representante legal con autorización judicial, en donde el importe de la venta era reconocible en el patrimonio del testador por haberse realizado poco antes de su fallecimiento, consideró que no se producía la revocación del legado. Esta solución no resulta aplicable al derecho común, en donde la revocación depende exclusivamente del acto de enajenar.

El hecho de que la enajenación se condicione suspensivamente o se aplace con un término inicial que se cumplan tras el fallecimiento del testador no obsta al efecto revocatorio de las mismas, teniendo en cuenta que el consentimiento para la enajenación se ha expresado en vida y los efectos son retroactivos del cumplimiento de las mismas. En este sentido, se ha afirmado en la doctrina que, no obstante, se plantean dudas el caso de una enajenación sujeta a condición suspensiva que no se cumple, determinando la ineficacia de la enajenación, pues, en tal caso, no existe una voluntad definitiva de enajenar, sino condicionada a un evento que no llega a materializarse. Otros autores consideran que las enajenaciones realizadas por el testador con condición suspensiva o resolutoria afectan el legado con la misma condición; así, si el testador manifestó su voluntad, al no enajenar puramente, ha de presumirse que ni quiso revocar el legado, ni mantener en absoluto su eficacia, sino que lo dejó pendiente del cumplimiento o incumplimiento de la condición, pues, como en el caso de venta con pacto de retro, el legado resulta eficaz.

Pero en el presente supuesto la venta no está sometida a condición alguna ni pacto de retroventa, por lo que la voluntad de revocar debe reputarse firme.

En definitiva, para que dé lugar a la revocación del legado la enajenación de la cosa, debe tratarse de actos voluntarios del testador, y, como ha sostenido la doctrina, la pérdida de efecto no procede de que la cosa no le pertenezca ya, sino de la voluntad (revocatoria) que reveló al intentar desprenderse de ella. Por ello, procede la revocación del legado de la cosa enajenada aunque la enajenación no se haya consumado y la cosa

siga perteneciendo al testador a su fallecimiento pues procediendo la extinción del legado de la voluntad, revelada por la enajenación, no hace falta esperar a que se consume para que la extinción se produzca.

En general y en el mismo sentido, según la jurisprudencia del Alto Tribunal, la enajenación, por cualquier título, del bien objeto del legado llevada a efecto por el propio testador debe entenderse como acto jurídico inequívoco de su voluntad de dejarlo sin efecto, de manera tal que la misma libertad que determinó la constitución del legado permite ahora privarle de eficacia mediante un negocio jurídico de tal clase, que constituye una expresión tácita de revocación.

Como bien han alegado el recurrente y el notario, lo esencial para entender que queda sin efecto el legado en virtud del artículo 869.2.º del Código Civil, es la voluntad tácita del testador, que revoca el legado ordenado mediante la enajenación de la cosa legada, lo que cohonesta con la interpretación sistemática de la totalidad del artículo 869, por cuanto la vuelta de la cosa a dominio del testador, aunque sea por nulidad del contrato, no hace recuperar la fuerza del legado salvo el caso puntual de la retroventa. Así se ha afirmado en jurisprudencia abundante (vid., por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2020) y en la doctrina. Por tanto, la sola perfección del contrato de compraventa, aunque no se haya producido la entrega de la cosa vendida, produce la revocación del legado y el que sea perfeccionado y no consumado el contrato no afecta en la consideración de su efecto revocatorio del legado. Por ello, ha de entenderse que se ha producido la revocación del legado. En consecuencia, este defecto debe ser revocado.

5. El segundo de los defectos señala que resulta incongruente que el heredero manifieste en la escritura que el legado queda revocado por haberla enajenado el testador en documento privado de compraventa y que a continuación proceda a adjudicarse él mismo la finca por título de herencia, dado que en su caso pertenecería a un tercero.

Ciertamente, habiéndose dispuesto de la cosa legada antes de la apertura de la sucesión, ésta ya no pertenece a la causante, por lo que no procede la adjudicación de la misma a favor del heredero, sino, en su caso, adjudicarle el crédito del pago del precio pendiente de recibir.

En este supuesto, la finca fue enajenada, por lo que no forma parte del caudal hereditario, a diferencia de los casos en los que hay un compromiso de disponer de algo, como por ejemplo una reserva de una finca, en que no se convino la transmisión de la propiedad; es decir, que los bienes pasaron a ser parte de la herencia y, por tanto, con la aceptación de la herencia, los herederos adquieren la propiedad de estos bienes y, al mismo tiempo, adquieren la obligación de cumplir el contrato al que se obligó su causante. En el presente supuesto, de las consideraciones anteriormente expuestas sobre la existencia de un verdadero contrato de compraventa, llegamos a la conclusión de que se trata de un documento privado que debe elevarse a público por el heredero universal, de modo que, en su caso, será inscribible la escritura de formalización de dicho contrato privado. Por ello, no procede que se adjudique la finca al heredero y se inscriba a nombre de este para luego transmitirla al comprador, pues el artículo 20, párrafo quinto, de la Ley Hipotecaria («tampoco será precisa dicha inscripción previa para inscribir los documentos otorgados por los herederos: Primero. Cuando ratifiquen contratos privados realizados por su causante, siempre que consten por escrito y firmados por éste») exceptúa de la necesidad de inscripción previa a favor de los herederos aquellos los documentos que éstos otorguen ratificando el contrato privado de compraventa concertado por el causante (vid., por todas, las Resoluciones de 16 de noviembre de 2011 y 21 de noviembre de 2014). Así lo ha expresado esta Dirección General respecto de las denominadas «adjudicaciones en vacío», es decir las adjudicaciones de bienes hereditarios realizadas a favor de alguno de los herederos con la única finalidad de que el adjudicatario otorgue la escritura de elevación a público

de documentos privados de venta que de dichos bienes hubiera suscrito el causante (cfr. Resoluciones de 3 de septiembre de 2008 y 17 de marzo de 2017).

En consecuencia, este defecto debe ser confirmado.

6. El tercero de los defectos señala que el contrato de arras que sirve de base a la elevación a público de la compraventa, no es un documento auténtico, sino un documento privado de arras sin firma legitimada.

Previamente hay que aclarar que en ningún caso se ha otorgado una escritura de elevación a público del documento privado; es más, no se ha pretendido por el otorgante –heredero universal– ni se ha realizado tal otorgamiento en la escritura de manifestación y aceptación de herencia, dado que ni tan siquiera intervienen los compradores. Por ello, este defecto procedería en el caso de haberse practicado un otorgamiento que no ha existido.

Sentado que la intención y voluntad de los contratantes fue la de celebrar un contrato de compraventa, y que en consecuencia está revocado el legado, hay que determinar, dados los términos de la motivación de la calificación y del escrito de recurso, si el contrato puede ser elevado a público y, en su caso, quién ha de otorgar esa elevación a público.

En la nota de calificación, aunque relativo al segundo de los defectos, la registradora da la contestación a esta pregunta: «En esa elevación a público, en nombre del causante, comparecería el heredero como sucesor universal, y en virtud de la misma, se enlazaría la titularidad del causante con la del comprador, de modo que la finca pasaría directamente de estar inscrita a nombre del testador, a estar inscrita a nombre del comprador. El heredero en este caso, tendría derecho a percibir no la finca en sí, sino el precio obtenido por su venta (...)». Así, serían, en principio, el heredero y los compradores los que elevarían a público el contrato privado, si bien la registradora exige también que comparezca la legataria, cuestión que se resolverá después.

Pero la registradora señala como defecto que en el documento no están legitimadas las firmas de quienes lo suscribieron.

Como alega el notario autorizante, esto no es posible conforme a lo dispuesto en el artículo 258 del Reglamento Notarial: «Sólo podrán ser objeto de testimonios de legitimación de firmas los documentos y las certificaciones que hayan cumplido los requisitos establecidos por la legislación fiscal, siempre que estos documentos no sean de los comprendidos en el artículo 1280 del Código Civil, o en cualquier otro precepto que exija la escritura pública como requisito de existencia o de eficacia. Queda a salvo lo dispuesto en el artículo 207 de este Reglamento (...)». A la vista de esta norma, es consecuente que no hayan sido legitimadas las firmas del documento privado, que, en su caso, en la elevación a público del documento privado, los compradores habrán de reconocer como suyas y el heredero reconocerá la de la testadora-vendedora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria: «(...) ratifiquen contratos privados realizados por su causante, siempre que consten por escrito y firmados por éste (...)».

7. Queda por determinar si es necesaria la asistencia de la legataria a ese otorgamiento.

La registradora ha señalado en el primero y en el tercero de los defectos la necesidad de la intervención de la legataria, bien para subsanar la escritura de aceptación de herencia, bien para la elevación a público del documento privado prestando su consentimiento a la revocación del legado. El recurrente alega que es innecesaria esta intervención.

La institución como heredero y la aceptación de esa condición por el llamado imponen derechos y obligaciones; en consecuencia, el heredero debe cumplir todas las obligaciones pendientes contraídas por el causante (artículo 661 del Código Civil) y le corresponde reconocer esas obligaciones pendientes y cumplirlas, y solo él, a menos que el testador haya dispuesto otra cosa, es el responsable de las mismas (artículos 858

y 859 del Código Civil). Por tanto, al heredero corresponde la entrega de los legados ordenados por el testador y a este deben ser reclamados.

En amparo de su derecho, la legataria puede solicitar la entrega (artículo 885 del Código Civil), en su caso, de la cosa legada, y, a falta de ello, ejercitar sus acciones de impugnación de las actuaciones del heredero en fraude de sus derechos derivados del legado, correspondiendo a los tribunales de Justicia la resolución de las reclamaciones al respecto. En definitiva, es el legatario, en el caso de que considere defraudado su derecho, quien ha de ejercitar las acciones de reclamación del legado e impugnación que la ley le concede para ello, entre ellas la de impugnar los actos que el causante o su heredero haya realizado en fraude de su legado.

En consecuencia, es al heredero a quien corresponde por sí solo –junto con los compradores– cumplir con la obligación de elevar a público el contrato privado de compraventa para dar satisfacción al compromiso de su causante y, al legatario, en su caso, reclamar si procede, la entrega de la cosa legada. Por tanto, este tercer defecto debe ser revocado dado que no se ha realizado ni pretendido siquiera la elevación a público del documento privado. Pero, en el caso de ese otorgamiento, bastaría la intervención del heredero y de los compradores.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto respecto de los defectos primero y tercero, revocando la calificación en esos, y desestimar el recurso respecto del segundo defecto, confirmando la calificación en este extremo.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 20 de octubre de 2023.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.