

III. OTRAS DISPOSICIONES**MINISTERIO DE JUSTICIA**

7492 *Resolución de 13 de abril de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por don Francisco López Colmenarejo, notario de Madrid, contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Madrid nº 36, por la que se suspende la inscripción de una escritura de protocolización de operaciones particionales.*

En el recurso interpuesto por don Francisco López Colmenarejo, notario de Madrid, contra la nota de calificación del Registrador de la Propiedad de Madrid número 36, don Enrique García Sánchez, por la que se suspende la inscripción de una escritura de protocolización de operaciones particionales.

Hechos**I**

Mediante escritura autorizada por el Notario de Madrid, don Francisco López Colmenarejo, de fecha 5 de junio de 2008, se procedió a la aclaración y rectificación de otra escritura de protocolización de operaciones particionales y a la aceptación de un legado por parte de don Manuel Félix Echevarría de Mier, como sustituto vulgar de su madre premuerta.

II

Presentada copia autorizada de dicha acta en el Registro de la Propiedad de Madrid número 36 fue objeto de la siguiente nota de calificación: «En relación con el documento presentado en el libro Diario de este Registro con el número arriba indicado, le comunico que no ha sido posible su inscripción en los términos solicitados por los motivos que se expresan en la siguiente nota de calificación, pudiendo recoger el título y subsanar la falta durante la vigencia del asiento de presentación o bien ejercitar los recursos correspondientes, sin perjuicio de hacer la anotación preventiva prevista en el artículo 42 de la Ley Hipotecaria, si se solicita expresamente, de conformidad con el artículo 19 de la citada Ley. HECHOS: Partición practicada por el albacea contador-partidor, protocolizada notarialmente, que es ahora rectificadora de manera unilateral por el legatario de un inmueble correspondiente al distrito de este Registro, en el sentido de rectificar la adjudicación efectuada por el contador partidor en el año 1983, aceptar el legado y adjudicarse para sí la finca legada, por sí solo, sin que conste la entrega o puesta en posesión de la cosa legada por el heredero, contador-partidor o albacea facultado para ello, a quienes debe pedir su entrega o posesión, sin que el legatario pueda ocupar por su propia autoridad la cosa legada. Fundamentos de Derecho: Artículos 18 Ley Hipotecaria y 98 de su Reglamento; 659 y 661 del Código Civil; 882, 883, 885 y 1057 del Código Civil; 20 Ley Hipotecaria y 81 de su Reglamento; arts. 32, 34 y 38 Ley Hipotecaria y jurisprudencia que se cita a continuación. Suspendida la inscripción del precedente documento conforme al artículo 81 del Reglamento Hipotecario en relación con los demás artículos citados en los fundamentos de derecho de la calificación registral por las razones que se expresan a continuación: Conforme al artículo 81 Reglamento Hipotecario: «la inscripción a favor del legatario de inmuebles específicamente legados se practicará en virtud de: (conforme a las circunstancias de la herencia) c) escritura de entrega otorgada por el legatario y contador-partidor o albacea facultado para hacer la entrega o, en su defecto, por el heredero o herederos». En cuanto a la manifestación relativa a que el legatario se encuentra en posesión de la cosa legada desde 1981. El causante falleció en el año 1982,

por lo que debe entenderse que esa posesión lo será por título distinto de la propia herencia o sucesión, cuestión que no puede ser apreciada en sede registral. La remisión al volante de inscripción en el padrón municipal no puede tener más valor que el puramente informativo que la ley asigna a tal documento, conforme al artículo 53.1 en relación con el 61 del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales, modificado por RD. 2612/96 de 20 de Diciembre. Conforme al artículo 885 del Código Civil, el legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla. Que tal exigencia legal no puede quedar alterada por el hecho de que la cosa legada se encuentre en posesión del legatario por otro concepto (Resolución Dirección General de los Registros y Notariado 19 noviembre de 1952), siendo la entrega y posesión por el heredero o persona facultada para ello requisito complementario para la efectividad del legado (Resolución DGRN de 19 de mayo de 1947, STS 29 mayo de 1963 y 21 de abril de 2003). Que tal entrega puede efectuarla el Juez cuando no la realice el heredero o albacea facultado para darla (RDGRN 12 de noviembre de 1927). Del testamento del causante se han expedido copias a lo largo de los años a diferentes Juzgados de Primera Instancia e Instrucción que ponen de manifiesto que sobre el mismo se han podido plantear cuestiones en el orden judicial que aconsejan aplicar con prudencia el limitado ámbito de la calificación registral (conforme a los documentos presentados) de manera especial en aquellos documentos obtenidos por el otorgamiento unilateral de un interesado sin el concurso de las demás personas que deban prestar su consentimiento, practicando rectificaciones de los títulos en una posición jurídica distinta del otorgante de aquellos, y con cuya inscripción pudieran provocarse situaciones de inatacabilidad del derecho inserto por razón de los efectos que nuestro ordenamiento jurídico atribuye al Registro de la Propiedad conforme a los principios de legitimación y buena fe registral. Contra la presente nota de calificación: 1. Puede interponerse recurso en el plazo de un mes a contar de la fecha de su notificación ante la Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia, que podrá presentarse en este Registro para dicha Dirección General, o en los registros y oficinas previstas en el artículo 38,4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y artículo 327 de la Ley Hipotecaria. 2. O ser impugnada directamente en el plazo de dos meses a contar de la fecha de su notificación ante el Juzgado de Primera Instancia de la capital de la provincia a la que pertenezca el lugar en que esté situado el inmueble, siendo de aplicación las normas del juicio verbal (artículo 66, párrafo 1.º, artículo 324, párrafo 1.º y artículo 328, párrafo 2.º de la Ley Hipotecaria). También puede solicitarse, en el plazo de quince días desde la notificación de la presente, una segunda calificación por el Registrador sustituto en la forma prevista en el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria, en la Resolución de la citada Dirección General de 4 de julio de 2002 y en el RD 1039/2003 de 1 de agosto. Madrid a 3 de julio de 2008. El Registrador, fdo. Enrique García Sánchez».

Instada calificación sustitutoria, con fecha 14 de julio de 2008, fue confirmada esta calificación por el Registrador de Móstoles número 3.

III

Contra la anterior nota de calificación, don Francisco López Colmenarejo, notario de Madrid interpone recurso en virtud de escrito de fecha 28 de Julio de 2008, en base entre otros a los siguientes argumentos: que en la escritura el otorgante no procede a la adjudicación del legado, sino a la aclaración de que a la fecha del fallecimiento del causante la adjudicación efectuada por el contador partidor debió haberse hecho a su favor, por la sustitución vulgar para el supuesto de premoriencia que el causante estableció en su testamento; la entrega del legado se había ya verificado en la escritura de 1984; que es evidente así que el legatario no transgrede lo dispuesto en el artículo 885 del Código Civil; que no se pretende ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino simplemente aclarar la escritura de protocolización de operaciones particionales otorgada en 1984; por otro lado el legatario ya venía poseyendo la finca desde la fecha referida; a todo ello hay que añadir que no existen legitimarios; exigir al legatario, a cuya madre ya fue entregado

el legado por el contador partidor, a que de nuevo el contador partidor se lo entregue (encontrándose fallecido) o que lo haga la heredera (igualmente fallecida) parece romper cualquier norma de sentido común y economía procesal.

IV

El Registrador emitió informe el día 17 de septiembre de 2008, mantuvo su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 885 del Código Civil; artículo 81 a) del Reglamento Hipotecario; y resoluciones de este Centro Directivo de 28 de abril de 1876, 18 de julio de 1900, 19 de noviembre de 1952, 25 de mayo de 1971, 27 de febrero de 1982, 25 de septiembre de 1987, 20 de septiembre de 1988 y 13 de enero de 2006.

1. Se plantea en este recurso, si habiéndose adjudicado indebidamente un bien inmueble por el contador partidor a favor de un prelegatario, que había premuerto al testador, puede por sí sola la persona en quien opera la sustitución vulgar prevista en el testamento, rectificar por sí sólo la primera escritura y adjudicarse el legado. El recurrente entiende que sí por no existir legitimarios y encontrarse ya en posesión de la cosa legada. La nota de calificación registral se basa en la imposibilidad de manifestación unilateral, y en la necesidad de entrega por el heredero o albacea con facultades para ello, sin que quepa otra solución por el hecho de que se encuentre el legatario en posesión material de la cosa legada.

2. En efecto, el artículo 885 del Código Civil establece que el legatario no puede ocupar por sí la cosa legada, debiendo exigir tal entrega al albacea facultado para la misma o a los herederos. Y, aunque podría pensarse que tal entrega es simplemente de la posesión y nada tiene que ver con la inscripción de la cosa legada a favor del legatario, ya que éste cuando el legado es de cosa específica propia del testador, adquiere la propiedad desde el fallecimiento de éste (cfr. artículo 882 del Código Civil), como ha dicho la doctrina más autorizada, los legados, cualquiera que sea su naturaleza, están subordinados al pago de las deudas y, —cuando existan legitimarios que no es el caso—, al pago de las legítimas. La dispersión de los bienes perjudicaría la integridad de la masa hereditaria, y, por tanto, a los acreedores.

3. Por su parte, la legislación hipotecaria, ya desde la Ley de 1861, ha entendido que la entrega por el heredero es necesaria para verificar la inscripción a favor del legatario. En este sentido, la Exposición de Motivos de la primera Ley Hipotecaria, al justificar la anotación preventiva a favor del legatario expresa: «Cuando la cosa legada es determinada o inmueble con arreglo a los principios del derecho, la propiedad pasa al legatario desde el momento en que expira el testador; el heredero es el que tiene que entregarla, pero sin que por ello pueda decirse que ni un solo momento ha estado la cosa en su dominio. Esto supuesto, mientras llega el caso de que la tradición se verifique, justo es, por lo menos, que tenga derecho el dueño a impedir que la cosa se enajene a un tercero que por tener inscrito su derecho y ser el adquirente de buena fe pueda después defenderse con éxito de la reivindicación». Y, aunque la doctrina científica y la de ésta Dirección (cfr. Resoluciones de 28 de abril de 1876 y 18 de julio de 1900) ha afirmado que tal entrega no es necesaria en el caso de que se trate de un prelegatario, ello no ocurre así mas que cuando tal prelegatario es heredero único, pues, si existen otros herederos, y como también ha afirmado este Centro Directivo (cfr. Resolución de 25 de septiembre de 1987), no puede uno solo de ellos (sin constarle la renuncia de los demás) hacer entrega del legado. En efecto, tampoco es posible la entrega de legados de cosa específica a favor de determinados herederos forzosos (prelegatarios) habiendo otros herederos forzosos que no prestan su consentimiento, y sin que conste haberse realizado previamente la disolución de la sociedad conyugal, así como el inventario, la liquidación y adjudicación de la herencia en

su totalidad y, consiguientemente, sin que haya sido determinado el haber hereditario correspondiente a los herederos forzosos que no intervienen en la escritura.

4. En el supuesto de hecho de este expediente, no se trata de un prelegado, sino de un legado de inmueble específico a favor de quien no es heredero del causante. En el testamento se disponían diversos legados, además de éste; se instituyó heredero a otra persona y se nombró albacea contador partidor. No estamos por tanto ante la excepción a la regla general de necesidad de entrega por el heredero a que se refiere el apartado anterior.

5. Ahora lo que se pretende es rectificar unilateralmente la escritura de protocolización de operaciones particionales en la que el inmueble legado fue indebidamente adjudicado a su madre premuerta, cuando él debió ser el adjudicatario en virtud de la cláusula de sustitución vulgar prevista en el testamento. A la falta de consentimiento del testador para adjudicarse por sí solo el legado (cfr. artículo 81.a) Reglamento Hipotecario), se añade aquí el obstáculo de que se pretende la rectificación unilateral de una escritura pública, sin intervención ni del albacea contador partidor que la otorgó, ni del heredero. El hecho de que hoy en día, tanto heredero testamentario como albacea están fallecidos, y el hecho de que no existan legitimarios, no es razón para permitir el acceso al Registro de la Propiedad de una escritura de rectificación llevada a cabo sin intervención de las mismas personas que la otorgaron o sus herederos, pues al Registro sólo cabe el acceso de títulos plenamente válidos. Por el contrario, para obtener la inscripción deberá ser el heredero del heredero premuerto el que consienta la rectificación y efectúe la entrega de la posesión jurídica del inmueble legado o bien acudirse a un procedimiento judicial al efecto (cfr. artículo 1218 Código Civil y 82 de la Ley Hipotecaria).

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del Registrador en los términos que resultan de los anteriores pronunciamientos.

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, 13 de abril de 2009.—La Directora General de los Registros y del Notariado, M.^a Ángeles Alcalá Díaz.