

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**14192** *Resolución de 30 de junio de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por el notario de Las Arenas, Getxo, don Mariano-Javier Gimeno Gómez-Lafuente, contra la negativa del registrador de la propiedad de Durango, a inscribir una escritura de toma de posesión de legado y acta de rectificación complementaria.*

En el recurso interpuesto por el notario de Las Arenas, Getxo, Don Mariano Javier Gimeno Gómez-Lafuente, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Durango, Don Íñigo Silva Fernández, a inscribir una escritura de de toma de posesión de legado y acta de rectificación complementaria.

#### Hechos

##### I

Por escritura autorizada por el notario de Las Arenas, Getxo, Don Mariano-Javier Gimeno Gómez-Lafuente el 15 de mayo de 2007 Don IBC acepta el legado que le hizo su hermano Don FBC, vizcaíno y aforado, en su testamento, conforme al cual «lega a su hermano Isidro la nuda propiedad de los montes del testador, de carácter privativo, sitios en término municipal de Elorrio (Vizcaya) y el usufructo vitalicio de dichos montes, con los derechos de saca, cortas y aprovechamientos normales, incluso la corta total de los montes, los lega por mitad e iguales partes a sus hermanos Isidro y María. Los legatarios serán sustituidos vulgarmente por sus respectivos descendientes y les faculta para tomar posesión por si solos, sin intervención ajena alguna, de los bienes y derechos respectivamente legados. Por la segunda cláusula, dejando a salvo los legados anteriores, instituye heredera universal de su herencia, a su citada esposa, la cual será sustituida vulgarmente por el hijo de esta D JMG y este ultimo a su vez será sustituido vulgarmente por sus descendientes...

En la citada escritura Don IBC, que comparece sólo al otorgamiento, toma posesión del legado, que concreta en una mitad de las fincas descritas en pleno dominio y otra mitad en usufructo.

##### II

Presentada en el Registro de la Propiedad de Durango, fue calificada con la siguiente nota:

«Suspendida la inscripción solicitada por no haber prestado su consentimiento para la toma de posesión del legado Doña EGF, esposa del testador y Doña MBC hermana del legatario:

I. En cuanto a la necesidad del consentimiento de Doña EGF, téngase en cuenta a este respecto lo siguiente:

A) Que Doña EGF tiene derechos legitimarios en cuenta a la herencia de su marido. En el supuesto que nos ocupa, a falta de ascendientes y descendientes tiene derecho al usufructo de dos tercios de todos los bienes, pudiendo incluso afectar a los troncales. No otra cosa se deduce del artículo 58 de la ley reguladora del derecho Civil Foral del País Vasco de 1 de julio de 1992. Es más el artículo 60 de la referida Ley señala que no afectarán a la intangibilidad de los bienes troncales los derechos reconocidos al cónyuge viudo».

B) Que a la vista de lo anterior, cabe la posibilidad de que el legado dispuesto en el testamento esté invadiendo la legítima del cónyuge viudo, debiendo en consecuencia

reducirse por inoficioso (artículos 817 y 820 CC). Lógicamente, la apreciación o no de esta inoficiosidad no puede hacerla unilateralmente el legatario.

C) Confirma la necesidad de que la toma de posesión del legado se haga con intervención del legitimario, aun cuando el legatario haya sido facultado por el testador para tomar posesión del legado por si solo, la letra a) del artículo 81 LH, cuando señala que "La inscripción a favor del legatario de inmuebles específicamente legados se practicará en virtud de: a) Escritura de manifestación del legado otorgado por el propio legatario siempre que no existan legitimarios y aquel se encuentre facultado expresamente por el testador para posesionarse de la cosa legada".

II) En cuanto a la necesidad del consentimiento de Doña MBC, la exigencia del mismo viene dada por el hecho de que la toma de posesión de los bienes legados por parte del legatario interviniente, no se hace en los mismos términos que resultan del testamento, produciéndose un perjuicio para el legado dispuesto a favor de MBC.

Según el testamento el testador legó a su hermano Isidro, la nuda propiedad de los montes del testador sitos en el término de Elorrio y a su vez, el usufructo vitalicio de los mismos los lega por mitad a sus hermanos Isidro y María

En la escritura objeto de calificación, Don Isidro toma posesión de una mitad indivisa en nuda propiedad, correspondiendo el usufructo de esta última mitad a Doña María BC, cuando en realidad Don I debería haberse limitado a tomar posesión de la nuda propiedad de los montes y de una mitad indivisa del usufructo sobre los mismos, de manera tal que correspondería a su hermana María la restante mitad indivisa del usufructo sobre la totalidad de los montes y no tan solo el usufructo sobre una mitad indivisa de los montes referidos.

Se ha efectuado de manera incorrecta la consolidación del usufructo con la nuda propiedad en perjuicio del derecho de Doña María.

No es lo mismo que dos personas sean titulares, cada una de ellas del usufructo de una mitad indivisa de una finca, que esas mismas personas sean cotitulares por mitades indivisas del usufructo sobre la totalidad de la finca. En el primer supuesto, la consolidación reflejada en la escritura sería correcta al tiempo que no sería posible el acrecimiento al que se refiere el artículo 987 CC. En el segundo supuesto, la consolidación sería incorrecta, al tiempo que sí sería posible el acrecimiento.»

### III

Mediante acta de rectificación otorgada ante el mismo Notario, Don IBC rectifica su toma de posesión indicando que la toma de posesión lo es de la nuda propiedad de todas y cada una de las fincas inventariadas y de una mitad indivisa en usufructo de cada una de las fincas.

### IV

Presentada nuevamente en el Registro en unión de la escritura que complementa fue calificada con la siguiente nota:

Calificado el presente documento, en unión de certificado de defunción de Doña EGF y acta de rectificación... Ha vuelto a suspender la inscripción solicitada por no haberse subsanado de manera correcta el defecto puesto de manifiesto en el epígrafe II de la nota de calificación...

Téngase en cuenta a este respecto o siguiente:

A) Que como se indicó en el epígrafe II de la nota de calificación de 27 de junio de 2007, en cumplimiento de lo dispuesto en el testamento, Don Isidro debería limitarse a tomar posesión de la nuda propiedad de los montes y de una mitad indivisa del usufructo de los referidos montes.

B) Que en el acta de rectificación que acompaña al título calificado, en lugar de señalar que Don Isidro toma posesión de la nuda propiedad de los montes y de una mitad

indivisa del usufructo sobre los mismos, se indica que Don Isidro toma posesión de la nuda propiedad de los montes y de una mitad indivisa en usufructo de los referidos montes.

C) Que gramaticalmente ambas expresiones no son lo mismo ni tienen las mismas consecuencias:

Tomar posesión de una mitad indivisa del usufructo sobre los montes equivale a tomar posesión tan sólo de una cuota de los montes en régimen de usufructo. La otra cuota de los montes en régimen de usufructo correspondería a María.

Como ya tuvo ocasión de señalar en la nota de calificación de 27 de junio de 2007, en el primer supuesto, fallecido el legatario se produciría el acrecimiento del usufructo en María sobre la totalidad de los montes y viceversa; mientras que en el segundo supuesto fallecido el legatario, se consolidaría el usufructo con la nuda propiedad en una mitad indivisa de los montes, sin posibilidad de acrecimiento y fallecida María ocurriría lo mismo. Contra la presente nota...

## V

Solicitada conforme al artículo 19 bis de la vigente Ley Hipotecaria y en el real decreto 1039/2003, de 1 de Agosto, por el que se regula el derecho de los interesados para instar la intervención de Registrador Sustituto, una nueva calificación al Registrador de Santurce, Don Gonzalo Álvarez de Lara y Maza, este acordó confirmar la anterior calificación.

## VI

El notario autorizante basó su recurso en lo siguiente:

Que el registrador no fundamenta legal doctrinal ni jurisprudencialmente las razones por las que suspende la inscripción según la cual no es igual adjudicarse una mitad del usufructo de unos montes (como estima que era lo que dispuso el testador en su testamento) que, una mitad indivisa en usufructo de los mismos montes, adjudicación a la que se procede en la escritura rectificadora cuya inscripción se pretende)

Que la cuestión planteada puede ser vista desde dos puntos de vista diferentes:

a) Que la comunidad se encuentra en formación: pues la colegataria no ha aceptado el legado, dado que el artículo 987 consagra un llamamiento conjunto no puede ser de aplicación hasta que ambos acepten. Tampoco puede ser de aplicación el artículo 521 por las mismas razones.

b) Si el usufructo ya estuviere constituido y lo ha sido en favor de varias personas vivas al momento de su constitución habría que hablar de una comunidad constituida. En una comunidad romana se entiende por lo general que existe un único usufructo no así si se constituye por varios títulos y a favor de diversas personas en que puede ser descompuestas a favor de derecho autónomos, en donde se situaría el artículo 490 CC. Al concurrir tantos derechos de usufructo como cuotas ya no se produciría el usufructo singular al que se refiere el artículo 521 CC por lo que no sería aplicable este precepto Y tampoco será, como ocurriría en la comunidad en formación, porque no se da la conjunción entre usufructuario, presupuesto básico para la aplicación del mismo. No se puede dar en el caso planteado en cuanto uno de los usufructuarios ya ha tomado posesión del mismo. En ningún caso será de aplicación pues el derecho de acrecer.

Realiza asimismo unas consideraciones sobre la segunda calificación por entender que la misma no ha sido correctamente realizada en cuanto simplemente se remite a la primera adhiriéndose a su contenido. Cita al respecto las resoluciones de 28 de febrero, 5, 7 y 18 de marzo, 5 y 6 de mayo y 22 de octubre de 2009 que sostiene que no basta la mera «ratificación», dado que la calificación sustitutoria es una auténtica calificación.

## VII

Mediante escrito de 28 de diciembre de 2009, el Registrador de Durango emitió informe y elevó el expediente a este centro Directivo. En dicho informe realiza una narración cronológica de los asientos y actuaciones.

### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 14 e) de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, del Estatuto de Autonomía del País Vasco; la Disposición Adicional 7.ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial; los artículos 324 y 327 de la Ley Hipotecaria; los artículos 490, 521, 982, 987, 1058 del Código Civil; Resoluciones de 22 de mayo de 2000 y 4 de abril de 2005.

1. Como cuestión previa, dado que el recurso se plantea respecto de la sucesión causada por un vizcaíno infanzón –aforado al Derecho Civil del País Vasco–, aunque en materia no regulada por la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, debe analizarse la competencia de este Centro Directivo en la resolución del expediente.

Para ello debe examinarse, en primer lugar, el marco estatutario, integrado por el artículo 14 e) de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, del Estatuto de Autonomía del País Vasco, según el cual la competencia de los órganos jurisdiccionales del País Vasco se extiende a los recursos sobre la calificación de documentos referentes al Derecho Privativo del País Vasco que deban tener acceso a los Registros de la Propiedad.

2. Seguidamente, procede examinar los preceptos correspondientes de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco a fin apreciar si la única cuestión que es objeto de este recurso pertenece o no al Derecho Civil Privativo Vasco.

A tal efecto, del articulado del texto legal se desprende la inexistencia de norma privativa al respecto, en la literalidad de la cuestión así como en su contexto a lo que habría que añadir que el propio sistema de fuentes del ordenamiento Civil vasco, establece expresamente, con carácter supletorio y con integración en los principios generales de su ordenamiento, el carácter subsidiario de las normas del Código Civil, en lo no regulado expresamente (artículo 3 y Exposición de Motivos de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco)

3. La competencia de este Centro Directivo, resulta asimismo derivada, de la aplicación general de la Disposición Adicional séptima de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificada por Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, y artículos de la ley Hipotecaria y resoluciones citadas en Vistos.

Por ello se considera correcta, en este concreto caso, la elevación del expediente por parte del Registrador a esta Dirección General.

4. Entrando en el fondo del asunto, se discute la interpretación, que conforme al Código Civil hay que dar a la expresión «mitad indivisa del usufructo», incluida en la siguiente cláusula del testamento, en virtud del cual, fallecido el causante, un legatario toma posesión de su legado.

«Lega a su hermano I. la nuda propiedad de los montes del testador, de carácter privativo, sitios en término municipal... y el usufructo vitalicio de dichos montes, con los derechos de saca, cortas y aprovechamientos normales, incluso la corta total de los montes, los lega por mitad e iguales partes a sus hermanos I y M. Los legatarios serán sustituidos vulgarmente por sus respectivos descendientes y les faculta para tomar posesión por si solos, sin intervención ajena alguna, de los bienes y derechos respectivamente legados.»

Fallecido el causante, I. otorga por sí sólo escritura de aceptación y toma de posesión de legado en el que se adjudica la mitad indivisa en pleno dominio y una mitad indivisa en nuda propiedad.

Posteriormente, mediante acta notarial de rectificación, expresa que toma posesión de la nuda propiedad de todas y cada una de las fincas inventariadas y de una mitad indivisa en usufructo de cada una de dichas fincas.

En ambos casos el Registrador, con acuerdo de una segunda calificación, deniega la inscripción por el defecto subsanable de omitirse el consentimiento del colegatario en cuanto la toma de posesión no se realiza en igual forma que la prevista por el testador al ordenar el legado.

5. Para resolver el problema planteado es preciso interpretar la cláusula testamentaria transcrita.

Al efecto se debe considerar que el testador distingue intencionadamente entre nuda propiedad y usufructo pues en caso contrario se habría ordenado un legado en el pleno dominio de una mitad indivisa y respecto de la otra mitad existiría un dominio desmembrado entre ambos legatarios. Dado que no es esto lo establecido, la manda debe entenderse en los términos estrictos en que es ordenada por el testador y en la forma más adecuada para que surta efectos.

Esta interpretación lógica, gramatical y sistemática de la cláusula debatida conduce al análisis de la comunidad creada en el usufructo a favor de los dos legatarios. Y más concretamente si la concurrencia del legado de la nuda propiedad conduce, fallecido el testador, a la consolidación automática en la mitad de las fincas como hace el legatario al posesionarse de su manda.

Ha de considerarse que el efecto automático de consolidación no se produce. El reestablecimiento del pleno dominio por concurrencia en el mismo titular de la nuda propiedad y del usufructo desmembrado, presenta en nuestro ordenamiento excepciones. Una es el llamamiento sucesivo ordenado en el título constitutivo del usufructo, ya sea por transmisión o por deductio, en el que el usufructo seguirá el destino previamente prefijado; otra excepción es la prevista en la cláusula debatida en la que se ordena una comunidad sobre el mismo usufructo, y el usufructo de los citados montes... los lega por mitad e iguales partes a sus hermanos I y M.

Frente a esto no cabría alegar el carácter vitalicio del usufructo, en cuanto, en puridad la temporalidad se adecua a la vida del último de los usufructuarios, por concentración en su persona del derecho de goce.

6. Excluida la consolidación por efecto de la concurrencia en uno de los legatarios de ambos derechos, –a la nuda propiedad y al usufructo–, declarada en la escritura de toma de posesión, rectificada, corresponde determinar la norma que debe regir la comunidad en el derecho de goce legado.

Su régimen jurídico, en orden al destino del usufructo, es relevante en cuanto determina si será precisa la concurrencia del colegatario en la posesión que realiza Don I o si por el contrario puede por sí mismo entrar en posesión de lo legado.

La existencia de una comunidad en el usufructo supone la aplicación al supuesto de los artículos 987 y 521 del Código Civil, que no son contradictorios sino que el primero viene justificado por el segundo. En efecto, el acrecimiento previsto en el artículo 987 es especialísimo en cuanto tiene su causa y fundamento en el propio título constitutivo y en la naturaleza temporal del usufructo que, como dijo entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1976, sólo es posible el acrecimiento entre los usufructuarios, en virtud del artículo 521, cuando existe un llamamiento conjunto entre ambos que elude el destino de la consolidación.

La importante consecuencia que supone la exclusión de la consolidación y el eventual acrecimiento en uno de los llamados al usufructo en cuanto supérstite obliga a que en el Registro se publique con total certeza y claridad el destino del usufructo cuando uno de sus titulares fallezca o renuncie. Por ello no es baladí la preposición empleada porque ciertamente el destino prefijado en el título es que mientras uno de los legatarios viva a él corresponde el goce y disfrute de los montes legados, cuyas facultades el testador se cuida de aclarar, definir y detallar –el usufructo vitalicio de dichos montes, con los derechos de saca, cortas y aprovechamientos normales, incluso la corta total de los montes–. Es decir, con concreción del contenido económico atribuible al derecho de usufructo lo que reafirma la voluntad del testador de evitar la consolidación hasta el fallecimiento del último legatario.

Don I., puede, en el caso concreto planteado, en el que no existe heredero ni albacea facultado, al amparo del artículo 882 del Código Civil, tomar posesión de la nuda propiedad de los bienes legados así como de su mitad indivisa en la comunidad de goce, es decir del usufructo legado, más no puede por sí mismo, porque con ello modifica el título sucesorio superponiendo un acto al menos especificativo de derechos, antes de su término natural, atribuirse el usufructo de una mitad, aun indivisa, sin consentimiento del otro titular, colegatario en el derecho de goce de los bienes relictos.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, en los términos que anteceden.

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, 30 de junio de 2009.–La Directora General de los Registros y del Notariado, M.<sup>a</sup> Ángeles Alcalá Díaz.