

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

3545 *Resolución de 18 de diciembre de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Oviedo n.º 5, por la que se suspende la inscripción de una escritura de adjudicación de legado.*

En el recurso interpuesto por don Vicente Martorell García, notario de Oviedo, contra la calificación de la registradora de la Propiedad de Oviedo número 5, doña Isabel María Rodríguez Martínez, por la que se suspende la inscripción de una escritura de adjudicación de legado.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 30 de abril de 2019 por el notario de Oviedo, don Vicente Martorell García, se otorgó adjudicación de legado procedente de la herencia de don A. G. T. Había fallecido el causante el día 30 de marzo de 1945, en estado de viudo, dejando cinco hijos –don S., doña O., doña M., doña M. y don B. G. G.– y dos nietos –don B. y don S. G. P.–, hijos respectivamente de otros dos hijos premuertos. Ocurrió su óbito bajo la vigencia de su último testamento otorgado el día 30 de marzo de 1942 ante el notario de Oviedo, don Luis García-Arango y Castrillón, en el que instituyó herederos a sus cinco hijos y dos nietos por partes iguales, y mejora a su nieto don S. G. P. –legado–, de once fincas que había heredado de su padre, resultantes de un expediente posesorio de 3 de mayo de 1922, y de las cuales habían sido vendidas dos a la apertura de la sucesión.

Don S. G. P. falleció el día 24 de noviembre de 2017, en estado de viudo y dejando seis hijos –don A., don M., doña C., doña B., doña M. C. y doña M. D. G. A.–. Ocurrió su óbito intestado, y mediante acta de declaración de herederos abintestato, de fecha 26 de febrero de 2018, ante el notario de Oviedo don Vicente Martorell García, fueron declarados herederos los seis citados hijos por partes iguales. Ante el mismo notario, con fecha 16 de abril de 2018, los seis citados hijos y herederos aceptaron la herencia de su padre don S. G. P.

Ahora, en la escritura citada de fecha 30 de abril de 2019, se procedió a la adjudicación de las nueve fincas restantes del expediente posesorio referido antes; la otorgaron los seis citados hijos y herederos de don S. G. P.; se manifestaba que el causante don A. G. T. era dueño de esas fincas con carácter privativo por herencia de su padre, y que, así constaba inscrito por expediente posesorio de 3 de mayo de 1922; los comparecientes, hijos y herederos de don S. G. P., se adjudicaban las nueve fincas citadas y requerían al notario, que, realizara acta de notoriedad en la que se manifestaba y resultaba lo siguiente: que «los intervinientes son conscientes de la exigencia del artículo 885 del Código Civil (El legatario no puede ocupar por su propia autoridad) (...)», y que, en este caso hay herederos y legitimarios cuyo concurso era necesario, pero que, la superación de este obstáculo era imposible dado que han transcurrido más de 75 años desde la apertura de la sucesión y no sabían de la existencia de aquellos o de sus herederos al haber tenido que emigrar; que respecto a la necesidad de intervención de los legitimarios, había prescrito por el transcurso de tiempo (más de 30 años); que respecto de la posibilidad de prescindir de los herederos, se hacía constar «(...) que la posibilidad que brinda la Resolución de la Dirección General (...) de acreditar mediante acta notarial de notoriedad que el legatario se encontraba ya en posesión del bien legado al fallecimiento del causante, lo que debería extender al supuesto en que el legatario ha

tomado posesión por sí solo del bien legado después del fallecimiento del testador, y la ha mantenido de forma pacífica e ininterrumpida durante más de un año, pues en tal caso la posesión deviene inatacable por la vía interdictal, sin que tampoco quepa al heredero la vía declarativa contra el legatario/propietario, por lo que carece ya de sentido una entrega meramente formal, máxime cuando ha prescrito también por el transcurso de 15 años (contados desde el fallecimiento del testador el día 30 de marzo de 1945) cualquier acción de los posibles acreedores del testador, sin que conste tampoco en el Registro de la Propiedad anotación preventiva alguna». Tras la práctica de las publicaciones oportunas, mediante diligencia de fecha 17 de junio de 2019, se declaró lo siguiente: «En consecuencia, a la vista de los antecedentes y pruebas practicadas, declaro ser notorio que el legatario don S. G. P. y después sus causahabientes, se encuentran en la posesión de los bienes legados desde el fallecimiento del testador don A. G. T. en 1945, sin que conste reclamación alguna de sus legitimarios o acreedores».

II

Presentada el día 18 de julio de 2019 la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Oviedo número 5, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Hechos:

Primero.

El documento presentado es una escritura de aceptación de legado por fallecimiento de don A.G.T. Dicho causante falleció el 30 de marzo de 1945, en estado de viudo y dejando cinco hijos llamados don S. G. G., doña O. G. G., doña M. G. G., doña M. G. G. y don B. G. G. y dos nietos, hijos de otro hijo e hija premuertos, llamados don S. G. P. y don B. P. G. Su fallecimiento tuvo lugar bajo la vigencia de testamento otorgado el 30 de marzo de 1942 en el que en la disposición Tercera mejora a su nieto don S. G. P. haciéndole legado de le once fincas en la demarcación de este Registro y en el remanente instituye herederos de sus bienes a sus mencionados hijos y nietos.

Y en la cláusula quinta del testamento se expresa que la casa comprendida en la mejora hecha a don Sabino, la usufructuará vitaliciamente la madre del mejorado doña B. P. G. –la cual no comparece ni consta su fallecimiento art. 14 L.H.–.

Segundo.

El nieto mejorado don S. G. P. falleció el 24 de noviembre de 2017 en estado de viudo y dejando seis hijos, don A. G. A., don M. G. A., doña C. G. A., doña B. G. A., doña M. C. G. A. y doña M. D. G..A., únicos comparecientes en el título que ahora se califica.

Tercero.

No intervienen en la escritura ni los herederos del primer causante para la entrega del legado ni los legitimarios, lo que justifican alegando lo siguiente: "que son conocedores de la exigencia del artículo 885 del Cc y del artículo 81 a) del Reglamento hipotecario, en virtud de los cuales resulta necesario el concurso de los legitimarios y herederos del testador que ordenó el legado en favor de su causante, exigencia que le es imposible cumplir, dado que han transcurrido 75 años desde la apertura de la sucesión y nada saben de la existencia de aquéllos o sus herederos".

Respecto a la prescindibilidad de los legitimarios, se justifica por haber prescrito por el transcurso de 30 años (contados desde el fallecimiento del testador) la acción para reclamar sus legítimas, sin que conste tampoco en el Registro anotación preventiva alguna. En cuanto a la prescindibilidad de los herederos, resulta de la posibilidad que brinda la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de julio de 2018 de acreditar mediante acta notarial de notoriedad que el legatario se encontraba ya en la posesión del bien legado al fallecimiento del causante, lo que

debería extender al supuesto en que el legatario ha tomado posesión por sí solo del bien legado después del fallecimiento del testador y la ha mantenido de forma pacífica e ininterrumpida durante más de un año, pues tal caso "la posesión deviene inatacable por la vía intencional, sin que tampoco quepa al heredero la vía declarativa contra el legatario, por lo que carece ya de sentido una entrega formal, máxime cuando ha prescrito también cualquier posible acción de los acreedores...".

Fundamentos de Derecho:

Vistos los artículos 440, 609, 882, 883, 885 y 891 del Código Civil; 18 y 19 bis de la Ley Hipotecaria; 81 del Reglamento Hipotecario; 209 del Reglamento Notarial y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 13 de enero de 2006, 13 de abril de 2009, 19 de abril de 2013, 4 de julio de 2014, 21 de septiembre y 3 de diciembre de 2015, 20 de julio, 8 de septiembre de 2016 y 5 de julio de 2018 y 28 de febrero de 2019.

De conformidad con el artículo 885 del Código Civil, el legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, debiendo exigir tal entrega al albacea facultado para darla o a los herederos. Ello tiene su fundamento en el artículo 440 del mismo Cuerpo legal, cuando dice que «la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia». Y aunque podría pensarse que tal entrega es simplemente de la posesión y nada tiene que ver con la inscripción de la cosa legada en favor del legatario, ya que cuando el legado es de cosa específica propia del testador, aquél adquiere la propiedad desde el fallecimiento de éste, conforme al artículo 882 del Código civil, la Dirección General de los Registros y el Notariado ha puesto de relieve en Resoluciones de 13 de enero de 2006, 13 de abril de 2009 y 4 de julio de 2014, que los legados, cualquiera que sea su naturaleza, están subordinados al pago de las deudas y, cuando existan herederos forzosos, al pago de las legítimas.

En consonancia con tales preceptos, el artículo 81 del Reglamento Hipotecario dispone que: «la inscripción a favor del legatario de inmuebles específicamente legados se practicará en virtud de... a) Escritura de manifestación de legado otorgada por el propio legatario siempre que no existan legitimarios y aquel se encuentre facultado expresamente por el testador para posesionarse de la cosa legada c) Escritura de entrega otorgada por el legatario y por el heredero o herederos». En el presente caso existen legitimarios y el testamento del causante no contiene ninguna previsión sobre la posibilidad de que el legatario pueda por sí solo tomar posesión de la cosa legada, por lo que no sería de aplicación del artículo 81 a) del Reglamento Hipotecario.

Como ha señalado la Dirección General de los Registros y el Notariado en Resolución de 19 de febrero de 2019 "cabe afirmar que fuera de los casos en que el legatario fuera ya poseedor –se entiende posesión al tiempo de apertura de la sucesión– tan solo sería admisible la toma de posesión por el mismo si, no existiendo legitimarios, él testador le hubiera facultado expresamente para ello".

Los legatarios manifiestan en el título presentado que no es necesaria la intervención de los herederos para la entrega del legado porque ya se encontraban en la posesión de los bienes legados desde el fallecimiento del causante, lo que acreditan mediante acta de notoriedad incorporada al título. Es cierto que la DGRN en Resolución de 5 de julio de 2018 contempla la posibilidad de prescindir de los herederos si los legatarios justifican mediante acta de notoriedad encontrarse en posesión del bien legado antes de la apertura de la sucesión, lo que tampoco ocurre en este caso ya que el juicio de notoriedad que hace el Notario se refiere a un momento posterior a la apertura de la sucesión. La extensión que hacen los interesados al caso concreto que estamos calificando de la doctrina expresada en citada resolución encuentra su rechazo en la Resolución de 19 de febrero de 2019.

Se da la circunstancia de que en presente caso los herederos instituidos son además legitimarios, por lo que su intervención resulta imprescindible para garantizar la protección de sus legítimas. Sobre la necesidad de intervención de los legitimarios para

la entrega de los legados ya se pronunciaron las Resoluciones de la D.G.R.N. de 27 de febrero de 1982, 20 de septiembre de 1988 y más recientemente la Resolución, de 9 de junio de 2016 en el sentido de que "no es posible la entrega del legado sin que preceda la liquidación y partición de la herencia con expresión de las operaciones particionales de las que resulte cuál es el haber y lote de bienes correspondientes a los herederos forzosos cuyo consentimiento para la entrega de los legados no consta, porque solamente de este modo puede saberse si dichos legados, se encuentran dentro de la cuota de que puede disponer el testador y no se perjudica, por tanto, la legítima de los herederos forzosos". No cabe objetar, como hacen los comparecientes, la prescripción de acciones. Es posible que ya hayan prescrito las acciones para exigir el pago de las legítimas, por eso tendrá que decidirlo la autoridad judicial en el juicio declarativo correspondiente ya que, como ha señalado la DGRN en Resoluciones de 25 de abril de 1989, 3 de diciembre de 2015 y 8 de septiembre de 2016, la prescripción, sea extintiva o adquisitiva no es una materia que pueda ser calificada por el registrador, ni por el notario, pues requiere una valoración de hechos que escapa por completo a su respectiva función y que solo puede ser realizada judicialmente.

Por todo lo expuesto procede suspender la inscripción solicitada por el defecto subsanable de no constar el consentimiento de los herederos legitimarios y además en cuanto a la casa faltar la comparecencia o acreditar el fallecimiento de la usufructuaria doña Benjamina Paredes García.

La presente nota de calificación lleva consigo la prórroga del asiento de presentación y contra la misma podrá (...)

Oviedo a ocho de agosto del año dos mil diecinueve.—La registradora (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos de la registradora)».

III

Contra la anterior nota de calificación, don Vicente Martorell García, notario de Oviedo, interpuso recurso el día 19 de septiembre de 2019 en el que alegaba lo siguiente:

«Fundamentos de Derecho:

Se recurre únicamente el primero de los defectos (la falta de consentimiento de los herederos/legitimarios), pues la acreditación del fallecimiento de la usufructuaria (madre del legatario y abuela de los adjudicatarios finales) es algo fácil de subsanar, no merece que enturbie el asunto principal de gran importancia práctica, y se pensaba conocido del Registro de una anterior y acertada calificación negativa de unas escrituras de 2004 y 2018, que se dejan sin efecto en la que nos ocupa respecto de las fincas en cuestión.

Primero.

Decaimiento de cualesquiera otros intereses a proteger.—Conforme se manifestó en la escritura, los intervinientes eran conscientes de la exigencia del 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..."), si bien del artículo 81-a del Reglamento Hipotecario resulta la posibilidad de otorgar el legatario la escritura de manifestación de legado, siempre que no existan legitimarios y aquél se encuentre facultado expresamente por el testador para posesionarse de la cosa legada.

En este caso, existen legitimarios y el legatario no ha sido facultado por el testador, con lo cual sus herederos se encuentran con la doble limitación de precisar del concurso de los legitimarios y de los herederos del testador que ordenó el legado en favor de su causante, pues no obstante concurrir dicha doble condición en las mismas personas, la superación de su exigencia precisa de un tratamiento distinto.

Respecto a la prescindibilidad de los legitimarios, se justifica por haber prescrito por el transcurso de 30 años (contados desde el fallecimiento del testador el día 30 de marzo de 1945) la acción para reclamar tales legítimas, sin que conste tampoco en el Registro de la Propiedad anotación preventiva alguna.

En cuanto a la prescindibilidad de los herederos, resulta de la posibilidad que brinda la Resolución Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de julio de 2018 de acreditar mediante acta notarial de notoriedad que el legatario se encontraba ya en la posesión del bien legado al fallecimiento del causante, lo que debería extender al supuesto en que el legatario ha tomado posesión por sí solo del bien legado después del fallecimiento del testador y la ha mantenido de forma pacífica e ininterrumpida durante más de un año, pues en tal caso la posesión deviene inatacable por la vía interdictal (art. 460 del Código Civil), sin que tampoco quepa al heredero la vía declarativa contra el legatario/propietario, por lo que carece ya de sentido una entrega meramente formal, máxime cuando ha prescrito también por el transcurso de 15 años (contados desde el fallecimiento del testador el día 30 de marzo de 1945) cualquier acción de los posibles acreedores del testador, sin que conste tampoco en el Registro de la Propiedad anotación preventiva alguna.

A tal fin, se tramitó y declaró en la propia escritura la notoriedad de que su causante y después los propios adjudicatarios, se encuentran en la posesión de los bienes legados desde el fallecimiento del testador en 1945, sobre las pruebas de las certificaciones catastrales en las que figuran como titulares los adjudicatarios, la declaración de testigos y la publicación de un edicto en el Boletín Oficial del Estado convocando durante el plazo de un mes a tales herederos y legitimarios del testador para que realizasen las alegaciones que estimasen oportunas, sin que evidentemente hayan comparecido.

Segundo.

Apreciación notarial y registral del decaimiento del interés de eventuales terceros.— Frente al anterior planteamiento opone la calificación registral que "...No cabe objetar, como hacen los comparecientes, la prescripción de acciones... pero eso tendrá que decidirlo la autoridad judicial en el juicio declarativo correspondiente ya que, como ha señalado la DGRN en Resoluciones de 25 de abril de 1989, 3 de diciembre de 2015 y 8 de septiembre de 2016, la prescripción, sea extintiva o adquisitiva no es una materia que pueda ser calificada por el registrador, ni por el notario, pues requiere una valoración de hechos que escapa por completo a su respectiva función y que solo puede ser realizada judicialmente".

Veamos si alguna de las resoluciones citadas, en lo que a la postre es el principal fundamento de derecho de la calificación negativa, tiene algo que ver con el tema que nos ocupa: (1) La Resolución DGRN de 25 de abril de 1989, se refiere a un supuesto de cesión del remate en ejecución hipotecaria. (2) La Resolución DGRN de 3 de diciembre de 2015 se refiere a un supuesto de usucapión declarado judicialmente, estimándose el recurso al haber sido citado los herederos del marido de la titular registral, dado el carácter ganancial del bien. (3) La Resolución DGRN de 8 de septiembre de 2016 se refiere a un supuesto de usucapión declarado judicialmente, desestimándose el recurso al no haberse demandado debidamente a la herencia yacente del titular registral.

Pero es que no se quiere declarar la usucapión en favor del legatario ni de nadie (vedado a notarios y registradores, por ejemplo, en Resolución DGRN de 5 de diciembre de 2014). Lo que se pretende aquí es que la acreditación del transcurso del tiempo necesario para la prescripción o decaimiento de los derechos de eventuales terceros, que ni siquiera son titulares registrales pero que podrían resultar perjudicados (herederos, legitimarios y acreedores), unido a la inacción registral de tales terceros, funda y posibilita notarialmente la declaración de una determinada situación patrimonial en favor de quien sí tiene un título público en su favor.

Por el contrario, podemos citar otros muchos supuestos de apreciación notarial y registral del transcurso del tiempo necesario para la prescripción o decaimiento de los

derechos de terceros, que ni son titulares registrales dominicales ni han hecho nada por la constancia registral de sus eventuales intereses (recordemos la conocida máxima de que «el Registro ayuda al que se ayuda»). Por ejemplo y más graves:

– La declaración de obra sin licencia por el transcurso del plazo de prescripción de la acción de demolición, sin que conste en el Registro haberse incoado expediente de disciplina urbanística (artículo 28 de la Ley del Suelo). Nótese que estamos hablando no ya de eventuales intereses de terceros particulares sino de un efectivo interés público.

– La cancelación de hipotecas y condiciones resolutorias en garantía del precio aplazado si dentro del año siguiente al de la prescripción de tales garantías no consta actividad registral en contra (artículo 82 de la Ley Hipotecaria). Nótese que ya no hablamos de eventuales terceros sino de titulares registrales, aunque no sean dominicales.

– La no exigencia de la acreditación de la notificación al arrendatario de vivienda para la inscripción a favor del nuevo adquirente, cuando no se había inscrito dicho arrendamiento, siendo suficiente la manifestación del vendedor sobre la situación arrendaticia y la renuncia al derecho de adquisición preferente, ya que el arrendatario pudiendo inscribir su derecho para estar mejor protegido no lo ha hecho (dos Resoluciones DGRN 11 de enero de 2016 para el régimen vigente entre las reformas de 2103 y 2019). Nótese que ya ni hace falta el transcurso del tiempo para la prescripción del retracto arrendaticio, sino que basta con la inacción registral del arrendatario.

Tercero.

La postura de la Dirección General de los Registros y del Notariado.–La Resolución DGRN de 4 de marzo de 2016 abrió la puerta a esta interpretación más conforme a la lógica de la realidad social (pues no olvidemos que, conforme al art. 3 del Código Civil, la interpretación de las normas no debe conducir a resultados contrarios a la lógica que se deriva de dicha realidad, abocando a una acción procesal que, de ser admitida, sería artificiosa y contradictoria con la situación real) al afirmar «...que fuera de los casos en que el legatario fuera ya poseedor, tan sólo sería admisible la toma de posesión por el mismo si, no existiendo legitimarios, el testador le hubiera facultado expresamente para ello...».

Por su parte, la Resolución DGRN de 5 de julio de 2018 dio un paso adelante al interpretar que si el legatario se encontraba ya en posesión del inmueble legado al fallecimiento del testador (a pesar de no haber sido facultado expresamente para posesionarse del mismo), dado que no se trata de acreditar la prescripción adquisitiva sino tan solo una situación de hecho como es la posesión, "...sería una solución la acreditación de la notoriedad del hecho de la posesión mediante al acta regulada en el artículo 209 del Reglamento Notarial, que tiene por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales, con trascendencia jurídica. Para esto, la ley habilita cuantas garantías juzgue necesarias el notario a los efectos de comprobar, determinar y acreditar de una forma efectiva la notoriedad de un hecho. Con este documento, se acreditaría la posesión continuada del local en el concepto que corresponda y fuera suficiente para entender que la entidad legatario se halla en posesión de la cosa legada y no es necesaria su entrega...".

Sin embargo, la Resolución DGRN de 28 de febrero de 2019 (de la que los interesados fueron suficientemente advertidos por mí), pone el freno en un supuesto, en que la única diferencia con el anterior, era que el legatario no se encontraba en la posesión al fallecimiento mismo del testador, sino que lo había estado desde 1964 hasta ahora, acreditándolo mediante acta notarial de notoriedad. Siempre cabe volver a plantearse el asunto pues, aunque desestimatoria del recurso, adolece dicho pronunciamiento de cierta incongruencia omisiva al no argumentar sobre la alegada

posesión superior al año, inatacable por vía interdictal (art. 460 del Código Civil), y sin realmente justificar el desigual tratamiento.

En nuestro caso, el obstáculo adicional sería la existencia de legitimarios, que hemos abordado ya en los Fundamentos anteriores.

Cuarto.

¿Alternativas?.-Se dirá que por qué no se hace concurrir a tales herederos/legitimarios. Pues porque han transcurrido 75 años desde la apertura de la sucesión y nada saben de la existencia de aquéllos o, con casi toda probabilidad, sus herederos, al haber aquéllos tenido que emigrar. De hecho, y así se dice en el instrumento calificado, en escritura autorizada por el Notario de Oviedo Don Rafael Azpitarte Sánchez, el día 21 de junio de 1949, número 1465 de protocolo, tales herederos/legitimarios vendieron a la madre del legatario el resto de las fincas de la herencia del testador, interviniendo ya mediante un poder otorgado en Argentina.

¿Y un expediente de reanudación del tracto registral? Podría chocar con la objeción de la regla primera del artículo 208 de la Ley Hipotecaria, según la cual, "...No se entenderá producida la interrupción del tracto sucesivo cuando la persona a cuyo favor hubiera de practicarse la inscripción haya adquirido su derecho directamente del titular registral o sus herederos...". Y aunque esta regla se ha visto atemperada en los casos de extraordinaria dificultad (por ejemplo, en las Resoluciones DGRN de 3 de enero de 2017 y 18 de octubre de 2017). Eso es incidir ya en unos costes para quedar al final a la discrecionalidad registral (curioso que el registrador no pueda apreciar un dato objetivo como es el transcurso del tiempo y la inacción registral, anteriormente alegadas, y sí el grado de dificultad de una comparecencia). Por no hablar de las repercusiones fiscales, que no importan para la resolución del recurso, pero sí a los interesados y que motivó una consulta de los mismos atendida negativamente por la Resolución de la Dirección General de Tributos de 15 de julio de 2019 (V4340-19).

En definitiva, a cualquiera se le hace difícil entender que notarios y registradores no podamos ofrecer una vía económica de solución a los herederos de alguien a quien su abuelo le legó específicamente unos inmuebles en un testamento notarial, con el pretendido fin de salvaguardar unos hipotéticos derechos de terceros que hace más de 75 años que no han dado señales de vida, registrales o de otro tipo.

Máxime cuando las garantías procedimentales materiales han sido incluso mayores; y en la línea de las progresistas interpretaciones que en materias conexas brinda la propia Dirección General, por ejemplo en la Resolución DGRN de 14 de abril de 2016 que en relación al expediente de reanudación del tracto registral considera que basta con que el titular registral o herederos no se opongan si la inscripción tiene más de 30 años de antigüedad, cuando en el artículo 208 de la Ley Hipotecaria no se hace mención a plazo alguno».

IV

Mediante escrito, de fecha 24 de septiembre de 2019, la registradora de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 440, 609, 882, 883, 885 y 891 del Código Civil; 18 y 19 bis de la Ley Hipotecaria; 81 del Reglamento Hipotecario; 209 del Reglamento Notarial, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de enero y 26 de abril de 2006, 18 de mayo de 2008, 13 de abril de 2009, 19 de abril de 2013, 4 de julio de 2014, 21 de septiembre y 3 de diciembre de 2015, 4 de marzo, 20 de julio y 8 de septiembre de 2016, 5 de julio de 2018 y 28 de febrero de 2019.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de adjudicación de legado en la que son relevantes los hechos que se producen por el orden siguiente:

– El titular de las fincas legadas había fallecido el día 30 de marzo de 1945, en estado de viudo, dejando cinco hijos y dos nietos, hijos respectivamente de otros dos hijos premuertos; en su último testamento, instituyó herederos a sus cinco hijos y dos nietos por partes iguales, y mejora con legado a su nieto con once fincas que había heredado de su padre, resultantes de un expediente posesorio de 1922, y de las cuales habían sido vendidas dos a la apertura de la sucesión.

– El nieto mejorado fallece intestado el 24 de noviembre de 2017, en estado de viudo y dejando seis hijos que, fueron declarados herederos y aceptaron la herencia de su padre.

– Ahora se otorga escritura de adjudicación del legado de las nueve fincas restantes; la otorgan los seis citados hijos y herederos del mejorado; se manifiesta que el titular registral era dueño de esas fincas con carácter privativo por herencia de su padre, y que, así consta inscrito por expediente posesorio de fecha 3 de mayo de 1922; los comparecientes, hijos y herederos del mejorado, se adjudican las nueve fincas citadas.

– En la escritura de adjudicación del legado, los intervinientes requieren al notario, que, realiza acta de notoriedad de la que se manifiesta y resulta lo siguiente: que «los intervinientes son conscientes de la exigencia del artículo 885 del Código Civil (El legatario no puede ocupar por su propia autoridad) (...)»; que, en este caso, hay herederos y legitimarios cuyo concurso es necesario, pero que, la superación de este obstáculo es imposible dado que han transcurrido más de 75 años desde la apertura de la sucesión y no saben de la existencia de aquellos o de sus herederos al haber tenido que emigrar; que respecto a la necesidad de intervención de los legitimarios, ha prescrito por el transcurso de tiempo (más de 30 años); que respecto de la posibilidad de prescindir de los herederos, se razona que «(...) que la posibilidad que brinda la Resolución de la Dirección General (...) de acreditar mediante acta notarial de notoriedad de que el legatario se encontraba ya en posesión del bien legado al fallecimiento del causante, lo que debería extender al supuesto en que ha tomado posesión por sí solo del bien legado después del fallecimiento del testador y la ha mantenido de forma pacífica e ininterrumpida durante más de un año, pues en tal caso la posesión deviene inatacable por la vía interdictal, sin que tampoco quepa al heredero la vía declarativa contra el legatario/propietario, por lo que carece ya de sentido una entrega meramente formal, máxime cuando ha prescrito también por el transcurso de 15 años (contados desde el fallecimiento del testador el día 30 de marzo de 1945) cualquier acción de los posibles acreedores del testador, sin que conste tampoco en el Registro de la Propiedad anotación preventiva alguna»; mediante diligencia se declaró lo siguiente: «En consecuencia, a la vista de los antecedentes y pruebas practicadas, declaro ser notorio que el legatario don S. G. P. y después sus causahabientes, se encuentran en la posesión de los bienes legados desde el fallecimiento del testador don A. G. T. en 1945, sin que conste reclamación alguna de sus legitimarios o acreedores».

La registradora señala como defecto, además de otro que no se recurre, que no consta el consentimiento de los herederos legitimarios del primer causante del que procede el legado.

El notario recurrente alega lo siguiente: que la intervención de los legitimarios no es necesaria por haber prescrito por transcurso del tiempo la acción para reclamar sus legítimas; que la posibilidad admitida por la Resolución de 5 de julio de 2018, de declarar la notoriedad de que el legatario estaba en posesión de la cosa legada al tiempo de la apertura de la sucesión, se debería extender al supuesto en que el legatario ha tomado posesión por sí solo del bien legado después del fallecimiento del testador y la ha mantenido de forma pacífica e ininterrumpida durante más de un año; que la prescripción por el transcurso del tiempo unido a la inacción registral de los terceros, funda la prescripción extintiva de las acciones de los legitimarios y posibilita notarialmente la

declaración de una determinada situación patrimonial en favor de quien sí tiene un título público en su favor; que no es posible la intervención de unos legitimarios y herederos cuyo paradero se desconoce, y que el expediente de reanudación tracto sucesivo no es posible dado que adquirieron de los titulares registrales o sus herederos; que no hay otras alternativas de adquirir la titularidad registral para los herederos del legatario.

2. En primer lugar, respecto a la necesidad de entrega de la posesión de los legados, hay que recordar la reiterada doctrina de este Centro Directivo (*vid.* Resoluciones en «Vistos»): «En cuanto la cuestión de la falta de autorización a la legataria para ocupar por su propia autoridad la cosa legada y necesidad de la entrega por parte de los herederos, al no existir albacea facultado para darla, 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. A estos hay que añadir aquellos casos en los que el legatario estuviese, antes de la apertura de la sucesión, en posesión de la cosa legada por haberle sido entregada por el causante en vida. Y, aunque podría pensarse que tal entrega es simplemente de la posesión y nada tiene que ver con la inscripción de la cosa legada en favor de la legataria, ya que cuando el legado es de cosa específica propia del testador, aquél adquiere la propiedad desde el fallecimiento de éste (cfr. artículo 882 del Código Civil), este Centro Directivo ha puesto de relieve (cfr. las Resoluciones de 13 de enero de 2006, 13 de abril de 2009 y 4 de julio de 2014) que los legados, cualquiera que sea su naturaleza, están subordinados al pago de las deudas y, cuando existen herederos forzosos –lo que en este caso no acontece–, 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 otra parte, como ha recordado este Centro Directivo en Resoluciones de 13 de enero de 2006, 13 de abril de 2009 y 4 de julio de 2014, la legislación hipotecaria, ya desde la Ley de 1861, ha establecido que tal entrega es necesaria para verificar la inscripción en 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 según la doctrina científica y la de esta Dirección General (cfr. Resoluciones de 28 de abril de 1876 y 18 de julio de 1900) tal entrega no es necesaria en el caso de que se trate de un prelegatario, ello no ocurre así más que cuando tal prelegatario es heredero único, pues, si existen otros herederos (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.

4. El artículo 81 del Reglamento Hipotecario establece que «la inscripción a favor del legatario de inmuebles específicamente legados se practicará en virtud de (...) a) escritura de manifestación de legado otorgada por el propio legatario, siempre que no existan legitimarios y aquel se encuentre facultado expresamente por el testador para posesionarse de la cosa legada (...) c) Escritura de entrega otorgada por el legatario (...) y por el heredero o herederos». Ciertamente, en el supuesto de este expediente no están los legatarios autorizados para tomar posesión por su propia autoridad de la cosa legada, por lo que no procede aplicar el primer apartado del artículo 81 del Reglamento Hipotecario.

Para recapitular, cabe afirmar que fuera de los casos en que el legatario fuera ya poseedor –se entiende posesión al tiempo de la apertura de la sucesión– tan sólo sería admisible la toma de posesión por el mismo si, no existiendo legitimarios, el testador le hubiera facultado expresamente para ello (primero de los supuestos contemplados en el artículo 81 del Reglamento Hipotecario), posibilidad que no se da en el supuesto de

hecho de este expediente, al no haber previsión testamentaria de la causante sobre tal extremo. Por ello, habida cuenta de la inexistencia de contador-partidor o albacea facultado para la entrega, es de aplicación lo previsto en el citado precepto reglamentario, y corresponde a los herederos designados la entrega de la cosa legada, de manera que no cabe la eventual toma de posesión por sí de los legatarios favorecidos en el testamento, dado que tal posibilidad tiene como presupuesto ineludible la de la entrega por los herederos.

5. Alega el recurrente la prescripción de las acciones de los legitimarios por el transcurso del tiempo de manera que, unido a la inacción registral de los terceros, funda la prescripción extintiva de las acciones de los legitimarios y posibilita notarialmente la declaración de una determinada situación patrimonial en favor de quien sí tiene un título público en su favor. Pues bien, es doctrina reiterada de este Centro Directivo (*vid.* «Vistos») que el hecho de la prescripción no es una cuestión que pueda ser apreciada directamente por el registrador; cuestión distinta es que se establezcan legalmente procedimientos especiales para facilitar la liberación de cargas, como el prevenido en el párrafo quinto del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, referido exclusivamente a la cancelación de hipotecas y de las condiciones resolutorias establecidas en garantía del precio aplazado a que se refiere el artículo 11 de la ley Hipotecaria –algunas de las cuales menciona el recurrente en su escrito de interposición–.

Así pues, en cuanto a las alegaciones del recurrente de que ha transcurrido el plazo necesario, y, por ello, ha prescrito el derecho de los legitimarios, aunque tal fuese el plazo aplicable, el registrador no puede, según reiteradísima doctrina de esta Dirección calificar la prescripción, habida cuenta de los limitados medios que puede emplear para realizar su función calificadoradora.

Por lo tanto, en cuanto a las manifestaciones hechas en la escritura y que se reiteran en el escrito de interposición de recurso, ciertamente que aportarían las pruebas para la prescripción, pero la prescripción escapa del ámbito de calificación siendo competencia de los jueces y tribunales. Sin embargo, no se trata de acreditar la prescripción adquisitiva sino tan solo una situación de hecho como es la posesión.

En el concreto supuesto de este expediente, se sustenta esta posesión en la notoriedad que resulta en el acta que contiene la escritura. Así, ha afirmado este Centro Directivo –Resolución de 5 de julio de 2018– que es una solución la acreditación de la notoriedad del hecho de la posesión mediante al acta regulada en el artículo 209 del Reglamento Notarial, que tiene por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales, con trascendencia jurídica. Para esto, la ley habilita cuantas garantías juzgue necesarias el notario a los efectos de comprobar, determinar y acreditar de una forma efectiva la notoriedad de un hecho. Con este documento, se acredita la posesión continuada de la cosa legada en el concepto que corresponda y sería suficiente para entender que la entidad legataria se halla en posesión de la cosa legada y no es necesaria su entrega.

Centrados en el concreto supuesto, en el acta de notoriedad se declara la posesión de la vivienda a favor del legatario de la siguiente forma: «(...) el legatario don (...) y después sus causahabientes, se encuentran en la posesión de los bienes legados desde el fallecimiento del testador don (...) en 1945, sin que conste reclamación alguna de sus legitimarios o acreedores». Así pues, teniendo en cuenta lo siguiente: que la Resolución de este Centro Directivo de 28 de febrero de 2019, determinó que el acta de notoriedad debería declarar el requisito de que «el legatario esté en posesión de la cosa legada al tiempo de la apertura de la sucesión», esto es, que estaba ya en posesión de la cosa legada en ese momento; que como ha dicho este Centro Directivo (*vid.* «Vistos») no es precisa la entrega en «aquellos casos en los que el legatario estuviese antes de la apertura de la sucesión, en posesión de la cosa legada por haberle sido entregada por el causante en vida»; y habiéndose determinado por el acta de notoriedad del expediente, que «se encuentran en la posesión de los bienes legados desde el fallecimiento del testador», esto es, tras su fallecimiento, debe desestimarse el recurso.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la calificación.

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, 18 de diciembre de 2019.–El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.