

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

- 558** *Resolución de 10 de diciembre de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Sepúlveda, por la que se suspende la inscripción de una escritura de elevación a público de un contrato de compraventa.*

En el recurso interpuesto por don C. L. R., abogado, en representación de don A. C. A. contra la calificación del registrador de la Propiedad de Sepúlveda, don Pedro Alfredo Álvarez González, por la que se suspende la inscripción de una escritura de elevación a público de un contrato de compraventa.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Madrid, don Francisco Javier Monedero San Martín, de fecha 21 de diciembre de 2007 con el número 6220 de orden de su protocolo de ese año, se elevó a público un contrato de compraventa por el que don F. A. M. C. vendió una urbana, que comprende dos fincas registrales, a don A. C. A. En la citada escritura de elevación a público del documento privado de compraventa, figura que el título de adquisición de ambas fincas era el de compraventa por parte de don F. A. M. C. en estado de casado en sociedad de gananciales con doña F. B. V., como consecuencia de escritura ante el notario de Segovia, don Alfonso Rodríguez Almeida, –según la escritura de operaciones particionales, es el notario Francisco Castro Lucini–, de fecha 9 de diciembre de 1961; se inscribió con ese carácter de ganancial en virtud de expediente de dominio el 9 de octubre de 1979. El documento privado por el que posteriormente don F. A. M. C. vende la finca y que se eleva a público es de fecha 10 de mayo de 1980, y en él, se declara por el vendedor que la urbana es de su «pleno dominio». Esta escritura está pendiente de inscripción. La elevación a público es en la fecha reseñada de 21 de diciembre de 2007.

Don F. A. M. C. falleció el día 25 de noviembre de 2009. Ocurrió su óbito bajo la vigencia de su último testamento otorgado el día 21 de diciembre de 2007 autorizado por el notario de Madrid, don Francisco Javier Monedero San Martín, bajo el número 6219 de su protocolo. Se otorgan las operaciones particionales ante el mismo notario, don Francisco Javier Monedero San Martín, de fecha 29 de marzo de 2011 con el número 1180 de orden de su protocolo de ese año; en esta escritura comparece el albacea contador partidador designado en el testamento, don A. H. G. A. C., la viuda de segundas nupcias del causante doña S. D. C. y su hija de ese segundo matrimonio doña M. M. M. D. Del expositivo de esta escritura resulta que el fallecido había estado casado en primeras nupcias con doña F. B. V. de quien enviudó y tuvo y viven cinco hijos llamados don F. J., don S., doña A., don G. y don A. De su segundo matrimonio, con la viuda compareciente doña S. D. C., tuvieron una hija llamada doña M. M. M. D., ambas comparecientes en la escritura de operaciones particionales.

En el último testamento válido del causante don F. A. M. C. otorgado el 21 de diciembre de 2007, autorizado por el notario de Madrid, don Francisco Javier Monedero San Martín, se menciona entre otras cosas lo siguiente, que interesa a los efectos de este expediente: Que el matrimonio de don F. A. M. C. con doña F. B. V. lo era con régimen de sociedad de gananciales, que fue disuelto y sustituido por el de separación de bienes en virtud de sentencia de separación matrimonial del Tribunal Eclesiástico de Madrid-Alcalá

número 2 en fecha 17 de marzo de 1971, decretándose su ejecución a efectos civiles mediante auto firme del Juzgado de Primera Instancia número 31 de Madrid de 3 de diciembre de 1971, dictado en los autos de ejecución de sentencia número 311 de 1971, donde se reflejó el acuerdo entre los cónyuges «para considerar bienes propios todos aquellos que estén a nombre de cada uno de los cónyuges, bien sean acciones depositadas o no en los bancos, fincas urbanas o rústicas, participaciones en compañías privadas, participaciones a través de terceros» se acordó «la anotación de la separación legal del matrimonio en el Registro Civil», así como la «separación de los bienes de la sociedad conyugal de gananciales, teniendo cada uno de los cónyuges el dominio y administración de los que le correspondan»; que en fecha de 9 de diciembre de 1961, constante la sociedad de gananciales con doña F. B. V., se adquirieron las dos fincas registrales mencionadas anteriormente, y previamente se había pagado el precio íntegramente con dinero privativo del entonces comprador don F. A. M. C., extremo éste, que no se reflejó ni consta en la escritura. Ninguna de las fincas se hizo constar el cuaderno particional por el óbito de doña F. B. V. otorgado ante el notario de Madrid, don Gaspar Dávila Dávila, el 31 de julio de 1981 bajo 1578 de su protocolo. En la cláusula segunda del testamento reseñado, se establece lo siguiente: «Con el fin de ratificar y completar la eficacia de la compraventa mencionada en... asegurando al adquirente la quieta y pacífica posesión del inmueble y la plena titularidad de su dominio, es deseo del testador hacer el encargo formal a sus hijos y herederos, o quienes por derecho de representación o sustitución ostenten tal condición al fallecimiento de aquél, para que, al momento de abrirse su sucesión, reconozcan dicha transmisión prestando, en cuanto fueran requeridos a tal fin por don A. C. A. o sus causahabientes, su consentimiento para otorgar la escritura pública correspondiente o para la inscripción del pleno dominio de las fincas registrales objeto de la misma en el Registro de la Propiedad de Sepúlveda». Asimismo la cláusula tercera del testamento establece lo siguiente: «Para el caso de que alguno o algunos de sus hijos y herederos, o de quienes a su fallecimiento ocuparen su lugar por derecho de representación o sustitución, no reconozcan la plena eficacia transmisiva de la anterior compraventa o dejaren de prestar el consentimiento aludido a requerimiento de don A. C. A. o sus causahabientes, el testador reduce a su legítima estricta al hijo o heredero que dejare de reconocer la compraventa o de prestar su consentimiento a la misma o a la correspondiente inscripción de dominio en el Registro de la Propiedad, revocando igualmente cualquier disposición mortis causa que a título de donación, legado o adjudicación singular en forma de partición testamentaria, hubiere efectuado en favor del hijo o heredero renuente». Y se completa en las cláusulas siguientes: «Cuarta. Complementariamente a las disposiciones anteriores, y con carácter cautelar y condicional, para el caso de que cualquiera de sus herederos no reconozca el pleno dominio de don A. C. A. sobre el inmueble de Pedraza o deje de prestar su consentimiento en los actos precisos para la inscripción de dicho dominio en el Registro de la Propiedad a favor de don A. C. A., a requerimiento de éste, el testador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 863 del Código Civil, lega en favor de don A. C. A., o de quienes fueren sus causahabientes al fallecimiento del testador, la totalidad de los derechos que eventualmente ostentaren o pudieren ostentar sus herederos, por herencia de su madre doña F. B. V., sobre las dos fincas registrales citadas en la parte expositiva o sobre el inmueble existente en ellas. En igual supuesto, lega también a don A. C. A. aquella cantidad que neto del Impuesto de Sucesiones y Donaciones en su momento vigente represente para él la suma de cinco ochenta mil euros. Quinta.—Se entenderá en todo caso cumplida la condición de la que depende la efectividad de los anteriores legados, cuando al año de haberse abierto la sucesión del causante no existiere otorgada la escritura pública de compraventa aludida o no se hubiere inscrito en el Registro de la Propiedad de Sepúlveda el dominio de ambas fincas en favor de don A. C. A., o sus causahabientes, siempre que previamente se hubiera requerido a los herederos o, en su caso, al albacea testamentario para tal otorgamiento o para los actos necesarios en orden a la inscripción del pleno dominio del legatario sobre el inmueble en el Registro de la Propiedad».

En el cuaderno particional reseñado, sobre las operaciones de la herencia de don F. A. M. C. resulta lo siguiente: «En cumplimiento de las disposiciones testamentarias contenidas en el testamento del causante de 21 de diciembre de 2007 otorgado ante D. Francisco Javier Monedero San Martín, notario del Ilustre Colegio de Madrid, con el número 6219 de su protocolo, por el que se establece un legado condicional a favor de don A. C. A. para el caso de que se cuestionase su pleno dominio de la finca objeto del contrato de compraventa de 10 de mayo de 1980 sobre el inmueble situado en el término municipal de Pedraza (Segovia) y que fue elevado a escritura pública el día 21 de diciembre de 2007 ante D. Francisco Javier Monedero San Martín, cautelarmente se le adjudica el mismo al citado don A. C. A. entendiéndose que no está sujeto a valoración como tal legado por cuanto ya abonó su precio en su día al causante don F. A. M. C., pero, en todo caso, previa valoración de la mitad indivisa del inmueble a los efectos de no perjudicar los derechos legitimarios de los hijos del primer matrimonio de don F. A. M. C., y para el hipotético caso de que ostentaran algún derecho sobre el inmueble transmitido en su día por su padre habida cuenta de la presunción de ganancialidad atribuible al mismo respecto de la sociedad que el testador tenía constituida con su primera esposa doña F. B. V., el citado derecho contingente se ha incluido como pasivo de la herencia en cuanto eventual deuda del causante con su sociedad de gananciales».

II

Las referidas escrituras se presentaron en el Registro de la Propiedad de Sepúlveda el día 18 de julio de 2012, y fue objeto de calificación negativa de 26 de julio que a continuación se transcribe en lo pertinente: «Calificado desfavorablemente el documento reseñado y complementarios aportados, de conformidad con los artículos 18, 19 y 19 bis de la Ley Hipotecaria, se suspende la inscripción a que el mismo se refiere por las causas que se expresan seguidamente, basadas en los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos: se presenta una elevación a público de un documento privado de compraventa otorgado por don F. A. M. C. y don A. C. A. que se suspende en base a los siguientes hechos; Don F. dispone de los bienes como privativos cuando en el Registro constan inscritos como gananciales, don F. estuvo casado en primera nupcias con doña F. B. V. de la que tuvo cinco hijos sin que en la liquidación de gananciales de su primera se incluyeron estos bienes. Se acompaña a esta escritura la escritura de partición de herencia de don F. A. M. en la que comparecen su segunda mujer doña S. D. C. y su hija doña M. M. M. D., en el testamento de don F. A. M. se legaron estos bienes como si fueran privativos: pero estos bienes no se incluyeron en la liquidación de gananciales de su primera mujer y por tanto estamos ante una comunidad postganancial, que es una comunidad de tipo germánico y la titularidad debe recaer en este caso sobre el cónyuge vivo y los herederos del primer matrimonio y por tanto para realizar actos de disposición sobre una comunidad postganancial se necesita el criterio de unanimidad que esta escritura falta y que motiva la suspensión de la misma. Fundamentos de Derecho: Artículo 18 de la LH y artículos 1379 y 1380 del CC y artículos 397 y 597 del CC y STS de 27 de marzo de 1989. Formas de subsanación: Consentimiento de los herederos del primer matrimonio a esta escritura. Contra la presente (). El registrador de la Propiedad, (firma ilegible y sello del Registro) Fdo. Pedro Alfredo Álvarez González».

III

El 7 de agosto de 2012, se solicitó calificación sustitutoria que correspondió al registrador de la Propiedad del Burgo de Osma-Ciudad de Osma, don Javier Ángel González García, quien el 21 de agosto de 2012 emitió su calificación sustitutoria en la que confirmó la nota de calificación negativa hecha por el registrador de la Propiedad de Sepúlveda, reiterando los fundamentos de Derecho que el registrador emitió en su nota.

IV

El día 20 de septiembre, con entrada acreditada el 24 de septiembre, de 2012, don C. L. R., abogado, en representación de don A. C. A. interpuso recurso contra la calificación, en el que en síntesis alega lo siguiente: «1.º.—Error en la calificación del legado ordenado por el testador: El legado de cosa propia de los herederos como título atributivo complementario y suficiente para inscribir las fincas a favor del legatario. La inscripción de las fincas ha sido suspendida por estimar que su carácter ganancial impide la realización de actos dispositivo sobre las mismas sin previo consentimiento de los herederos de la esposa del testador, a cuyo nombre también figuran inscritos para la sociedad de gananciales. En el presente caso no se ha pretendido la inscripción del legado de bienes que el testador considerase privativos, como erróneamente se hace constar en la nota de calificación del registrador de Sepúlveda, sino la inscripción a favor del adquirente de los bienes sobre los que el testador, consciente de su constancia registral como bienes gananciales, ha manifestado su voluntad de transmitirlos por un doble y complementario título para cuya ejecución ha otorgado facultades al albacea contador-partidor nombrado en su testamento. Según el artículo 863 del Código Civil «será válido el legado hecho a un tercero de una cosa propia del heredero o de un legatario quienes, al aceptar la sucesión, deberán entregar la cosa legada o su justa estimación, con la limitación establecida en el artículo siguiente. Lo dispuesto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de la legítima de los herederos forzosos». El artículo 864 añade «cuando el testador, heredero o legatario tuviesen sólo una parte o un derecho en la cosa legada, se entenderá limitado el legado a esta parte o derecho, a menos que el testador declare que lega la cosa por entero». En el supuesto que nos ocupa el testador no ordena el legado de dos fincas que considere propias, como resulta con toda claridad de su disposición testamentaria, sino que ordena el legado de todos los derechos que sus herederos, hijos de su primera esposa, pudieran ostentar sobre dichas fincas para el supuesto de considerar, como así resulta del Registro, que se trata de fincas pertenecientes a la comunidad hereditaria de la primera esposa del testador —y de este mismo o sus herederos al tiempo de su fallecimiento—. En consecuencia, el legado ordenado, en cuanto recae sobre un bien perteneciente a la comunidad postganancial, se ordena específicamente como legado de cosa propia de los herederos por lo que es plenamente válido y eficaz por disposición expresa del artículo 863 del Código Civil, al no afectar derechos legitimarios de los herederos —tal y como así resulta de la escritura de partición— y haber sido realizada su formalización y entrega por el albacea contador-partidor nombrado por el testador en la referida escritura pública de aprobación de operaciones particionales. Así resulta con toda claridad de las cláusulas cuarta y quinta del último testamento del difunto, otorgado el 21 de diciembre de 2007. La calificación registral ahora recurrida se circunscribe a verificar la concurrencia de dos circunstancias: La naturaleza ganancial de las fincas cuya inscripción se interesa, según resulta de su inscripción registral y la prestación de consentimiento de todos los integrantes de la comunidad hereditaria a quienes pertenece la titularidad de las fincas al no haber sido adjudicado en la liquidación de la sociedad conyugal. Pero en su labor calificadora, el registrador no repara en que el conjunto de derechos que los integrantes de dicha comunidad hereditaria pudieran ostentar sobre las fincas en cuestión han sido legados a un tercero, como legado de cosa propia de los herederos y este legado es plenamente válido y eficaz por cuanto lo contempla el transcrito artículo 863 del Código Civil. Además, no afecta a derechos legitimarios de los herederos, tal y como resulta de las operaciones particionales comprendidas en la escritura de 29 de marzo de 2011 presentada a inscripción y ha sido atribuido en una partición realizada por el albacea contador-partidor nombrado por el testador con facultades expresas a tal fin. Podemos llegar a comprender que la compraventa de las fincas objeto de elevación a escritura pública presentada en el Registro no se sea título suficiente para practicar la inscripción solicitada, por figurar inscritas en el Registro como bienes gananciales, no constar el consentimiento de la esposa del disponente ni de sus herederos y no haber sido adjudicado dicho bien a la herencia del vendedor. Pero el obstáculo que supone el contenido del Registro queda

allanado, sin necesidad de ulterior requisito, por medio de la escritura de partición y adjudicación del legado ordenado por el causante, (titular del pleno dominio de las fincas junto con su primera esposa) comprensivo de todos los derechos que pudieran reconocerse a sus herederos, hijos de su primera esposa, sobre dichas fincas. Con el legado ordenado a favor de don A. C. A. se complementa formalmente, y también de forma sustantiva, el tracto y se conforma la titularidad plena de quien ha adquirido el dominio de las fincas mediante dos documentos complementarios, la compraventa y el legado de todos los derechos que pudieran ostentar sobre las fincas de los sucesores de quien estaba llamada a prestar el consentimiento previsto por el artículo 1377 del Código Civil. En definitiva, el legado de los derechos que pudieran ostentar los herederos de la primera esposa del testador sobre las fincas exime de su consentimiento expreso y, consecuentemente, de la adjudicación de las fincas en una previa liquidación de gananciales. Por el mismo fundamento que exonera del consentimiento de los herederos en caso de tratarse del legado de las fincas de su propiedad por haberles sido adjudicadas en una previa liquidación de la sociedad de gananciales, no es preciso este consentimiento cuando lo que el legado se extiende a todos los derechos que dichos herederos tienen como integrantes de la comunidad germánica sobre las fincas, al no constar incluidas en la liquidación de gananciales de la disuelta sociedad conyugal. Se insiste en que no es este un caso diferente al que contempla el artículo 863 del Código Civil y, por tanto, siendo clara la voluntad del testador y no existiendo perjuicio para los derechos legitimarios debe reconocerse plena validez y eficacia al legado adjudicado en la escritura de partición presentada a calificación, permitiendo la inscripción de las fincas en el Registro de la Propiedad. La calificación registral invoca como preceptos que le sirven de fundamento los artículos 1379 y 1380 del Código Civil. El carácter condicional de la disposición testamentaria del bien ganancial debe entenderse sin perjuicio de que, como ocurre en este caso, el testador haya ordenado un legado de derechos propios de los demás partícipes en el acervo ganancial precisamente fundado en su voluntad de que las fincas sean transmitidas al legatario, consciente de que la disposición se refiere a un bien perteneciente a la comunidad postganancial, nacida de la disolución de la sociedad de gananciales pendiente de liquidación. En el presente caso no cabe duda de que las fincas en cuestión pertenecen a la comunidad hereditaria formada al fallecimiento de la primera esposa del testador, al no haber sido objeto de liquidación ni adjudicación a favor de ninguno de los integrantes de dicha comunidad. La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo se ha ocupado del estudio de esa comunidad postganancial, concluyendo que la naturaleza de un bien otrora perteneciente a la sociedad de gananciales pierde su carácter ganancial al disolverse aquélla, por lo que el legado de dicho bien no merece el tratamiento que el Código Civil prescribe para los bienes gananciales en los artículos 1379 y 1380, sino que debe partirse de que dichos bienes pertenecen en comunidad ordinaria, de tipo romano o pro indiviso, regida por los artículos 392 y s.s. del Código Civil, con la particularidad de que no recae la comunidad sobre cada cosa que forma parte de ella sino sobre el conjunto de la misma. Así se pronuncian las sentencias de 23 de diciembre de 1992, 28 de septiembre de 1993, 14 de marzo de 1994, 26 de abril de 1997 y 28 de septiembre de 1998. Siguiendo esta doctrina, es decir, aplicando las normas de la comunidad romana, en efecto no cabe disposición de la cosa común sino con el consentimiento de todos los comuneros. Ahora bien, la disposición mortis causa a título de legado de bienes de la comunidad postganancial o de derechos sobre dichos bienes no puede considerarse legado en parte de cosa propia del testador y en parte de cosa ajena o propia de su cónyuge (o, habiendo premuerto de sus herederos), sino que el legado recae sobre un bien que forma parte de un patrimonio que fue ganancial pero con la disolución de la sociedad conyugal pasó a integrarse en una comunidad romana. Con el fallecimiento de uno de los esposos se forma una comunidad hereditaria entre el supérstite y los herederos, por lo que los bienes integrantes del haber hereditario no son propiamente bienes gananciales. Por tanto, no puede considerarse el legado otorgado como legado de un bien ganancial sino como legado de derechos propios de los herederos, lo que nos lleva a reconocer la validez del legado y su eficacia

plena. En estos mismos términos se pronuncia la sentencia de la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo de fecha 11 de mayo de 2000 (rec. 2375/1995) –ref. La Ley 97786/2000–. Recayendo el legado ordenado no propiamente sobre bienes concretos de la comunidad postganancial sino de los derechos que los herederos (hijos del testador y de su primera esposa) pudieran ostentar sobre dichos bienes, no cabe duda de que se trata del legado de una cosa propia de los herederos efectuado con pleno conocimiento por parte del testador, como resulta del tenor de la disposición testamentaria, y plenamente válido y eficaz por disposición del artículo 863 del Código Civil. Así las cosas, la formalización y entrega del legado que se materializa en el apartado 8 de las adjudicaciones contenidas en la escritura de partición, no requiere del consentimiento de los herederos al haber sido ejecutado por el albacea designado con facultades expresas por el testador. Respecto de la innecesariedad del consentimiento de los herederos se ha pronunciado la Dirección General de los Registros y del Notariado mediante Resolución de 1 de octubre de 2007. El título adquisitivo del pleno dominio de las fincas que nos ocupan queda así integrado por dos actos, ambos plenamente válidos y eficaces, que se complementan y hacen ociosa e innecesaria ninguna actuación adicional: La compraventa y el legado de los derechos que los herederos integrantes de la comunidad hereditaria tenían sobre las fincas. El consentimiento del vendedor y testador no ofrece duda y no se ha sometido a cuestión en la calificación impugnada. El consentimiento de los herederos que se exige en la calificación es innecesario al haber sido legados todos los derechos que correspondían a quienes habrían de prestarlo de no existir el legado o ser inválido o ineficaz. El artículo 18 de la Ley Hipotecaria exige llevar a cabo la calificación registral teniendo en cuenta la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro. El consentimiento de los titulares registrales o sus causahabientes o representantes requerido para que el acto traslativo pueda tener acceso al Registro, bajo la perspectiva de los artículos 17 y 20 de la Ley Hipotecaria, debe acomodarse a la especialidad que supone el título sucesorio inscribible so pena de dejar sin efecto los preceptos que regulan este instituto. El registrador se enfrenta a un título incompleto, prima facie, constituido por la escritura de compraventa de un bien inscrito como ganancial otorgada por uno sólo de los cónyuges. El consentimiento del cónyuge no otorgante de la escritura, o de sus herederos en caso de fallecimiento sin adjudicación específica del bien inscrito a favor del vendedor, se suple por el acto particional en el que el albacea ejecuta la voluntad del testador integrando y completando el iter traslativo mediante la formalización y adjudicación del legado ordenado sobre los derechos pertenecientes a quienes estarían llamados a prestar el consentimiento. De la consideración conjunta de ambos títulos, revestidos de las formalidades extrínsecas legalmente exigidas, resulta el reconocimiento de la propiedad plena del legatario sobre las fincas cuya inscripción se pretende. Si el testador podía legar cosas propias de los herederos y el albacea llevar a cabo su adjudicación, por así autorizarlo los arts. 863 y 885 del Código Civil, no puede haber objeción a la inscripción de las fincas a favor del ahora recurrente, quedando a salvo todos los derechos que pudieran asistir a los herederos. 2.º El albacea contador partidador está facultado para formalizar el legado y hacer la entrega del mismo a favor del legatario. El albacea contador-partidador ha cumplido rigurosamente la voluntad del testador y, después de comprobar que el legado ordenado no perjudica los derechos legitimarios, lo formaliza y hace efectivo a favor del legatario pasando a formar parte de su titularidad. De esta forma el legatario adquiere la propiedad plena de las fincas que el testador, consciente de que la compraventa efectuada en su favor no era título hábil para transmitir el dominio por recaer sobre bienes gananciales, ha querido disponer en su favor a través de los modos que el Código Civil le ofrece. Según los artículos 901 y 902 del Código Civil el albacea está facultado para llevar a cabo la ejecución de la voluntad testamentaria en los términos ordenados en el testamento. El testamento del causante otorga facultades expresas al albacea contador-partidador para «hacer entrega de los legados ordenados por el testador», por consiguiente, está facultado incluso para llevar a cabo la inscripción de inmuebles específicamente legados, según contempla el artículo 81, apartados b) y c) de la Ley

Hipotecaria, que autoriza la inscripción a favor del legatario de los bienes legados en virtud de escritura de partición de herencia o aprobación y protocolización de operaciones particionales formalizada por el contador-partidor en la que se asigne al legatario el inmueble o inmuebles legados, o bien, 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. El precepto citado expresa las personas que, en condiciones de igualdad, están facultadas para otorgar el título requerido para la inscripción registral del legado de manera que la escritura otorgada por el albacea facultado expresamente por el testador es suficiente para obtener la inscripción registral. Es decir, el consentimiento de los herederos no es necesario para obtener la inscripción registral si el título sucesorio ha sido otorgado por el albacea o contador-partidor facultado en testamento. Según el artículo 885 del Código Civil, el legatario debe pedir la entrega y posesión de la cosa legada al heredero o al albacea, pero no es necesario que la pida a ambos, ni requiere de la intervención de los herederos, como viene la calificación registral viene a exigir en el presente caso donde, no basta con que el albacea y contador-partidor haya adjudicado las fincas legadas en cumplimiento de la voluntad del testador que expresamente le facultó a dicho fin, sino que se requiere un consentimiento adicional, de todos los herederos integrantes de la comunidad hereditaria cuyos derechos han sido legados, haciendo de la voluntad testamentaria y de la función del albacea papel mojado. Con el debido respeto, además de cercenar la voluntad del testador y de privar al albacea de sus facultades, la calificación impugnada deja sin efecto el legado ordenado dándole el mismo tratamiento que si fuera nulo o no se hubiera otorgado. Sobre las facultades del albacea la Resolución de 21 de junio de 2003 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (La Ley 12819/2003) se ha pronunciado, considerando innecesaria la intervención de los herederos en la partición, en claros términos. En el caso que nos ocupa, la calificación recurrida da prioridad al derecho de los herederos sobre la voluntad del testador y su ejecución por parte del albacea, con ello priva de todo valor y efecto al legado ordenado y condiciona el reconocimiento de la titularidad sobre las fincas a que su transmisión sea consentida por los herederos. El derecho de los herederos está, en este caso, plenamente salvaguardado y puede hacerse efectivo, de entenderse lesionado, a través de los medios que la ley reconoce: bien impugnando el testamento, alguna de sus disposiciones, la escritura de partición y, con ello, la inscripción registral practicada. Pero en este caso se ha llegado a la situación inversa: se deniega la inscripción a favor del legatario y se le obliga a instar de los herederos un consentimiento legalmente innecesario, condenando al legatario a un peregrinaje de reclamaciones, seguramente necesitados de auxilio judicial, cuando su derecho debía verse colmado y atendido aplicando estrictamente las disposiciones testamentarias, rectamente observadas en la escritura de partición otorgada por el albacea designado, y las normas del orden civil que la calificación registral impugnada ha desatendido».

V

El 24 de septiembre se remitió el recurso al notario autorizante de la escritura calificada, don Francisco Javier Monedero San Martín, aunque por error no se le había pedido informe, lo que se subsanó con la petición correspondiente en oficio de 2 de octubre de 2012. Se emite este informe con fecha 7 de octubre de 2012, que tiene entrada en el Registro el 9 de octubre. De este informe resulta en síntesis lo siguiente: «La cuestión sobre la que debate, se centra en determinar si es posible practicar la inscripción de una adjudicación en pago de un legado formalizado en una escritura de partición de herencia complementada con otra escritura de elevación a público de un contrato privado de compraventa autorizadas ambas por mí el notario los días 29 de marzo y 21 de diciembre de 2011 y 2007 respectivamente. Según resulta de la nota de calificación del registrador de la Propiedad de Sepúlveda, las fincas cuya transmisión se pretende inscribir con la titulación presentada, al estar inscritas con carácter ganancial a nombre del causante y también en su día, disponente, exigirían el consentimiento de los herederos de su cónyuge, por darse la circunstancia de haberse producido también su fallecimiento.

Contra dicha calificación, se interpuso por parte interesada el correspondiente recurso gubernativo, que se fundamenta, –y teniendo en cuenta las previsiones hechas por el causante en su testamento si se diera el concurso de determinadas circunstancias, como es el caso–, en considerar que los citados inmuebles, son objeto de un legado de cosa ajena propia de los herederos, y cuya posibilidad está fuera de toda duda, con arreglo a lo establecido en el artículo 863 del Código Civil. Vistos someramente los antecedentes, a los efectos del presente informe, hemos de partir de lo dispuesto en el artículo 1.392 del Código Civil cuando establece: «La sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho: 1.ª.–Cuando se disuelva el matrimonio». La muerte determina, pues, y sin necesidad del concurso de requisito posterior alguno el fin de la existencia de la comunidad ganancial. Ante este hecho, y de acuerdo con la mejor doctrina científica y jurisprudencial, opera «ope legis» la transformación de un patrimonio en régimen de mancomunidad, o comunidad germánica, a un patrimonio regido, por la reglas aplicables a la comunidad ordinaria, –arts. 392 y s.s. del Código Civil–, con la singularidad añadida de que el objeto unitario de la propia comunidad, no son los elementos singulares que la componen, sino el propio patrimonio, individual y singularmente considerado; y este patrimonio se integra por la totalidad de los bienes y derechos del causante, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes. Desde esta perspectiva, y mientras esta situación no se actualice jurídicamente, existirán bienes calificados como gananciales en los respectivos títulos de propiedad y en los consecuentes asientos registrales, pero en realidad dichos bienes, habida cuenta el fallecimiento de uno de los cónyuges, como se sostiene, han pasado a formar parte de una comunidad global a la que concurren diversos interesados (cónyuge y herederos). Hechas las anteriores reflexiones preliminares, la cuestión objeto del referido recurso, podría ser abordada desde dos perspectivas distintas, esto es, desde el propio acto de disposición ínter-vivos, materializado en el documento privado de compraventa posteriormente elevado a escritura pública, o desde el título sucesorio, donde el causante, como decíamos y tras hacer una serie de previsiones, concluye calificando el referido acto de disposición mortis causa, –caso de tener que buscar la solución por esta vía– como un legado de cosa propia de los herederos que es plenamente eficaz con arreglo a la normativa reguladora, siempre y cuando deje a salvo las legítimas de los herederos forzosos. En cuanto al análisis jurídico del acto inicial de disposición, nos interesa –y aun cuando no sea materia del presente recurso– en la medida que la solución que en Derecho proceda, pueda ser también determinante para sostener la viabilidad del acto sucesorio posterior. A dichos efectos, el testador, y como consta debidamente acreditado en la documentación aportada para su inscripción en el Registro de la Propiedad de Sepúlveda, había adquirido en el año 1961, dos inmuebles para su sociedad de gananciales, fincas éstas que fueron inscritas posteriormente en el Registro de la Propiedad tras la tramitación de un expediente de dominio. El día 10 de mayo de 1980, se formaliza en documento privado la venta por don F. A. M. C. a favor del comprador (a la postre legatario) dándose la circunstancia de que su cónyuge anterior, y del que estaba separado judicialmente, –doña F. B. V.–, ya había fallecido, pues dicho acontecimiento tuvo lugar el 16 de septiembre de 1979. En este momento así, como en el que tuvo lugar con la elevación a público del citado documento privado de compraventa, que fue como se ha dicho el 21 de diciembre de 2007, dichos bienes habían dejado de ser bienes gananciales, pues de haber sido así, toda la problemática se centraría en la posible aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.222 del Código Civil, y que por dicha razón no va a ser objeto de nuestro análisis. En síntesis, su transmitente realiza en el primer caso, y confirma en el segundo con la eficacia añadida que le brinda el otorgamiento de un documento público, un acto de disposición sobre determinados bienes, bienes éstos, sobre los que tienen interés también, y dado el fallecimiento anterior del cónyuge, quienes son sus herederos, que a la sazón, resultan ser también los del propio disponente. Dadas pues las citadas circunstancias, la citada venta no lo es en puridad de bienes gananciales, lo es de bienes que pertenecen al disponente y eventualmente también a los integrantes de la comunidad hereditaria de la causante, razón por la que el fenómeno se encuadra en una típica compraventa de cosa cuya «propiedad es parcialmente ajena», y

que lo es, al formar parte de un patrimonio en el que concurren distintos interesados. No es este el lugar, donde, –dados los limitados efectos del presente informe–, indagar sobre la virtualidad jurídica de la figura y sobre la que, dado el carácter puramente obligacional de la compraventa, se ha pronunciado positivamente la jurisprudencia y doctrina moderna. Nos interesa únicamente concretar que en el supuesto de hecho planteado, se pretende la inscripción de unos bienes sobre los que concurren también unos legítimos derechos que son ajenos en parte al testador, y sobre los que éste ha establecido un destino perfectamente predeterminado en su testamento. Ello, nos lleva analizar la disposición testamentaria, en la que el causante, atribuyendo a la disposición el carácter de legado de cosa ajena, dispone de los mismos a favor de la persona, a quien en su día vendió. Se basa el recurso planteado fundamentalmente en la admisibilidad legal del legado de cosa ajena. Sin embargo, en nuestra opinión, y sin ser distinta la solución y en coherencia con los razonamientos que preceden, estamos en presencia de un legado de cosa parcialmente ajena, y al que es aplicable lo dispuesto en el artículo 864 del Código Civil cuando dispone «Cuando el testador, heredero o legatario tuviesen sólo una parte o derecho en la cosa legada, se entenderá limitado el legado a esta parte o derecho, a menos que el testador declara expresamente que lega la cosa por entero». La voluntad del testador es clara y meridiana: no existe duda alguna que su voluntad es legar la cosa por completo, por lo que y en aplicación también de lo dispuesto en el artículo 863, se deberá entregar la cosa legada, y que con arreglo a lo dispuesto en su párrafo segundo, se entenderá sin perjuicio de la legítima de los herederos forzosos. El único problema práctico que plantea la aplicación de la disposición testamentaria es la de su ejecución. Literalmente, el artículo 863 examinado, establece que quien debe entregar la cosa legada es el propio heredero al aceptar la sucesión. Esta norma sin embargo, debe ser aplicada de acuerdo con el principio lógico que inspira nuestro Código Civil en materia de posesión, pues con arreglo a lo dispuesto en el artículo 441 nadie puede adquirir la posesión violentamente mientras exista un poseedor que se oponga a ello. En el caso debatido, la posesión la tiene y mantiene desde su adquisición –sin que conste oposición ni impugnación alguna– el que a la postre resulta su legatario. Por este motivo decae la necesidad de formalizar su entrega material por los herederos gravados con el legado, pues como decimos ésta ya estaba consumada incluso con fecha anterior a la del contrato de compraventa. Quedan pues reducidos los trámites formales al acto estrictamente particional motivado por la necesidad de instrumentar la ejecución de la voluntad testamentaria. Y en este sentido el contador partidor nombrado por el causante tiene amplísimas facultades para cumplimentarlas, y específicamente la del legado objeto del presente recurso sin que sea imprescindible, necesario e incluso conveniente hacer partícipes a los herederos para que presten su consentimiento. De ser así, y que es lo que exige la calificación que se recurre: 1.–La figura del contador partidor, que precisamente es designado por el causante para solventar los posibles problemas que se derivarían de una partición convencional, quedaría total y absolutamente desnaturalizada, resultando inoperante su designación, si la partición que se le tiene encomendada exigiera el consentimiento y beneplácito de los herederos. Y en este sentido la jurisprudencia y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado así lo atestiguan, como queda constancia en el recurso planteado; en definitiva, nombrado el contador, no es necesaria la intervención de los herederos para formalizar la partición. 2.–Los herederos, gravados con el legado de cosas parcialmente ajenas del testador, lo son de ambos cónyuges, y si el legado que a ellos le supone un gravamen no se cumple, de acuerdo con la voluntad del disponente, su derecho en la herencia quedaría reducido a su legítima estricta. El contador partidor dando cumplimiento al legado, ha dispuesto también del resto de la herencia a favor de sus herederos, mucho más allá de sus derechos legitimarios. De aceptarse la no inscripción del legado, nos encontraríamos con una partición de herencia ineficaz erga omnes en cuanto al mismo y plenamente eficaz en cuanto a las adjudicaciones a los herederos con clara contravención a la verdadera voluntad del causante. En conclusión, la entrega del legado, y dado que en nuestro supuesto la posesión de los bienes sobre los que recae ya se encuentran bajo la

disposición del legatario, es un acto estrictamente particional, para el que el contador está amplia y específicamente facultado, siendo suficiente para la práctica de su inscripción, con arreglo al artículo 81 del Reglamento Hipotecario, la presentación de la correspondiente escritura y sin perjuicio en su caso, de la aceptación del legatario. Por tanto, la voluntad del testador, y con arreglo al más elemental principio de libertad sucesoria y autonomía de la voluntad en cuanto al contenido y a la forma de instrumentar de la disposición –ex artículo 668 del Código Civil,– debe ser respetada, pues aquella es la única y verdadera ley que rige la sucesión, con la limitación que impone el sistema legitimario, y que en el caso debatido no ha sido conculcado».

VI

Mediante escrito con fecha de 11 de octubre de 2012, el registrador de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo (con registro de entrada el día 16 del mismo mes).

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 397, 597, 861, 862, 863, 864, 885, 901, 902, 1379, 1380 y 1392 del Código Civil; 17, 18, 19, 19 bis, y 20 de la Ley Hipotecaria; 81 del Reglamento Hipotecario; Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1997, de 11 de mayo de 2000 y de 10 de julio de 2005; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de junio de 2003, 17 y 18 de enero, 20 y 23 de junio, 1 de octubre y 19 de noviembre de 2007 y 2 de junio y 4 de julio de 2009.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de elevación a público de un documento privado de compraventa complementada con una escritura de operaciones particionales de la herencia del vendedor en ese documento privado, en la que concurren las circunstancias siguientes: las fincas que se venden son de titularidad ganancial del primer matrimonio del vendedor, pero en el documento de compraventa se venden en calidad de bienes propios del mismo; fallece el vendedor y en el último testamento válido del mismo, se hace relato de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales con su primera esposa, así como que en esa liquidación no se hizo mención de esas fincas por considerar que habían sido adquiridas en su día con dinero privativo suyo, lo que no se puede acreditar; así como de la posterior venta que de las mismas se hizo en calidad de bienes propios del vendedor; en el testamento, para dar solución a esa situación que perjudicaba al comprador, se ordena por el testador a sus hijos y herederos –en especial a sus hijos del primer matrimonio– que procedan a ratificar la escritura de elevación a público del documento privado de compraventa referido, a facilitar la pacífica posesión del comprador en las fincas vendidas, y se sanciona a aquel de los hijos que no respete esta orden con la reducción a la legítima estricta y corta que le corresponda; además como complemento de todo esto, hace una disposición cautelar consistente en un legado a favor del comprador, de los derechos que cualquier heredero que no hubiese ratificado la venta de las fincas, tenga sobre las mismas, por título incluso de herencia de su difunta madre y primera esposa del vendedor; este legado está condicionado a que no se produzca la referida ratificación; lo completa con disposición de legado por el importe fiscal que en su caso se pudiera producir en perjuicio del comprador; por último, establece una presunción de cumplimiento de esa condición, en el caso de que transcurrido un año desde la apertura de su sucesión no se hubiere cumplido la orden dada a sus herederos, una vez hubieren sido estos requeridos a tal efecto.

La escritura pública de operaciones particionales y cuaderno particional, fue otorgada por el albacea contador partidor testamentario y la viuda de segundas nupcias junto con la única hija de ese segundo matrimonio. No intervienen los cinco hijos de primer matrimonio. En el contenido del mismo, se da cumplimiento a la voluntad del testador adjudicando las referidas fincas al que fue comprador en su día, habilitando una partida del valor de las mismas en el pasivo del inventario.

2. El registrador de la Propiedad suspende la inscripción por la falta de consentimiento de los hijos de primer matrimonio, fundamentando que se trata de unas fincas de carácter postganancial y por lo tanto es preciso ese consentimiento unánime de los partícipes en esa comunidad, por considerarla de carácter germánico, puesto que participa de la naturaleza de la sociedad de gananciales.

El recurrente justifica la validez de la adjudicación en el cuaderno particional, fundamentando que se trata de un legado de cosa propia de los herederos, lo que es título atributivo complementario de la elevación a público, suficiente para la inscripción de las fincas a favor del comprador y legatario. Sustenta esto en que la comunidad postganancial convierte los bienes en copropiedad o comunidad ordinaria sobre los mismos, de carácter romano o pro indiviso. Por lo tanto, cabe a su juicio que la mitad indivisa pertenezca al comprador por su compra y la otra mitad por el legado de cosa propia de los herederos. Sostiene el recurrente que el albacea contador partidador está facultado para formalizar el legado y hacer entrega del mismo a favor del legatario, con lo que no se requiere del consentimiento de los herederos al haber sido ejecutado por ese albacea contador partidador con facultades expresas del testador.

El notario autorizante fundamenta en su informe que los bienes postgananciales son una comunidad ordinaria o romana de los partícipes en la misma; por lo tanto entiende que se trata de un legado de cosa «parcialmente ajena»; en la parte que pertenecía al causante, fue transmitida con el otorgamiento de la escritura objeto del expediente, momento en el que ya no se trataba de bienes gananciales sino de comunidad postganancial; y respecto a la parte que pertenecía a la comunidad de herederos de la primera esposa, entiende que se trata de un legado de cosa en parte propia y en parte ajena o legado de cosa parcialmente ajena, cuya regulación se detalla en el artículo 863. Como quiera que la voluntad del testador es clara, respecto de que se entregue la totalidad de la cosa legada, el único obstáculo es el de la ejecución de la entrega de ese legado que se resuelve con las reglas del cumplimiento de la voluntad del causante –ex 863–; y como se ha nombrado el contador con amplias facultades, no es precisa la intervención de los herederos estando a salvo sus legítimas.

3. La primera cuestión planteada es la de la naturaleza de los bienes de la sociedad de gananciales que está disuelta pero no liquidada. La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1997 estableció que surge un período intermedio de comunidad postmatrimonial sobre la antigua masa ganancial cuyo régimen es el de cualquier cotitularidad ordinaria, en la que todo comunero ostenta una cuota sobre el «totum» ganancial que subsistirá hasta la liquidación, en la que se materializará sobre cada bien. Esta comunidad es equiparable a la hereditaria. La reiterada doctrina de este Centro Directivo en Resoluciones de 17 y 18 de enero, 20 y 23 de junio, 1 de octubre, 19 de noviembre de 2007, 2 de junio y 4 de julio de 2009, ha establecido que no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa de todos y cada uno de los bienes que la integran y de la que pueda disponer separadamente, sino que por el contrario la participación de aquellos se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo, en tanto que conjunto de bienes con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación, que presupone la actuación conjunta de ambos cónyuges o de sus respectivos herederos y solamente cuando concluyan las operaciones liquidatorias, esa cuota sobre el todo cederá su lugar a las titularidades singulares y concretas que a cada uno de ellos le correspondan en esas operaciones liquidatorias.

Así pues, como ha determinado este Centro Directivo, sólo se puede disponer de los bienes concretos de una comunidad postganancial, sin necesidad de la previa liquidación y adjudicación de los bienes que la integran, siempre y cuando el acto sea otorgado por todos los interesados que agotan la plena titularidad del bien.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2005 ha determinado que disuelta y no liquidada la sociedad ganancial, ya no son aplicables las normas del Código Civil sobre gestión y disposición de bienes gananciales, pero en cualquier caso, no puede uno solo de los cónyuges vender un bien perteneciente a esa comunidad postganancial

sin el consentimiento del otro o en su caso el de sus herederos o causahabientes. Resulta de esta jurisprudencia que «las consecuencias derivadas del tránsito de un régimen jurídico a otro como consecuencia de la disolución de la sociedad de gananciales, al declarar que “los bienes que, hasta entonces, habían tenido el carácter de gananciales, pasan a integrar (hasta que se realice la correspondiente liquidación) una comunidad de bienes postmatrimonial o de naturaleza especial, que ya deja de regirse, en cuanto a la administración y disposición de los bienes que la integran, por las normas propias de la sociedad de gananciales... sobre la totalidad de los bienes integrantes de esa comunidad postmatrimonial ambos cónyuges (o, en su caso, el supérstite y los herederos del premuerto) ostentan una titularidad común, que no permite que cada uno de los cónyuges, por sí solo, pueda disponer aisladamente de los bienes concretos integrantes de la misma, estando viciado de nulidad radical el acto dispositivo así realizado”».

4. Respecto a la consideración del legado hecho, hay que recordar que en el Código Civil se recogen dos figuras que revisten un particular interés: el legado de cosa ajena y el legado de cosa ganancial. El legado de cosa ajena nos sitúa en el supuesto de diferencia entre la institución de heredero y el legado: mientras cabe legar una cosa ajena, es impensable que la institución de heredero se pueda referir a un patrimonio que no sea del propio testador.

Las normas sobre el legado de cosa ajena descansan en el dato esencial de que el testador sepa o no, al legarla, que la cosa es efectivamente de otro. En el caso que nos ocupa, es evidente que el testador tuvo perfecto conocimiento de la situación de ajenidad –al menos parcial– de la cosa al tiempo del otorgamiento de su testamento. Si lo sabía, el legado es válido y el heredero gravado debe adquirir la cosa legada, y si no puede tendrá que dar al legatario su justa estimación. Contrariamente, si el testador ignoraba que la cosa legada era ajena, el legado es nulo, aunque queda convalidado si el testador adquiere la cosa legada después de hecho el testamento –ex 861 y 862–.

Si la cosa legada pertenece al heredero gravado, el legado es válido, sin perjuicio de la legítima de los herederos forzosos, esto es, que si el heredero gravado tiene esa condición, el gravamen que el legado comporta quedará sin efecto en la medida que perjudique su legítima. Respecto de la interpretación que se deba hacer sobre si el testador debe saber que la cosa que lega es suya o del heredero gravado, es decir si el legado de cosa del heredero sigue las reglas generales del legado de cosa ajena, la respuesta debe ser negativa, porque el artículo 863 que se ocupa de este legado y que viene a continuación de los que regulan el legado de cosa ajena en general, no condiciona a ningún requisito la eficacia del legado.

Ocurre en este supuesto que además se aplica también el artículo 864, que se ocupa del legado en que el testador, heredero o legatario tuvieren solo una parte en la cosa legada, por lo que se entenderá limitado solo a esa parte, a no ser que el testador declare expresamente que lega la cosa por entero, como se ha expresado en el testamento del presente expediente.

La hipótesis de los legados en los que el testador solo tenga parte o un derecho sobre la cosa legada se acerca al supuesto del legado de cosa ganancial, y las discusiones doctrinales sobre la equiparación o no de este legado al de cosa ajena o al de cosa parcialmente propiedad del testador, fue resuelta con la reforma de 13 de mayo de 1981, dándose redacción puntual al artículo 1380 del Código Civil. La solución de que la disposición testamentaria de un bien ganancial produzca todos sus efectos si se adjudica en la liquidación a la herencia del testador, y en caso contrario se entenderá legado el valor que tuviere al tiempo de su fallecimiento, no está exenta de algunas cuestiones no resueltas. Así, la de si es requisito de validez del legado que el testador sepa que lega una cosa que tiene carácter ganancial, o si cree erróneamente que la cosa legada le pertenece por entero. La respuesta debe ser negativa, no sólo porque el artículo 1380 da solución específica al supuesto y no subordina la eficacia del legado a que el testador conozca o ignore el carácter ganancial de la cosa que lega, sino también por el precedente que supone el artículo 864, que no subordina la validez del legado a que el testador conozca o no que sólo tiene una parte en la cosa legada. Pero el artículo 1380 a diferencia

del artículo 864, en el caso de que el testador crea que la cosa era total o parcialmente privativa, extiende el legado a la totalidad de la misma, bien sea a la totalidad, en el caso de adjudicación en el haber del testador, bien sea por su valor, en el caso de adjudicación en haber del cónyuge, o parte en porción de la cosa legada y parte en valor, para los casos de adjudicación parcial, si interpretamos el artículo 1380 en este último caso, de acuerdo con los parámetros del artículo 861.

5. La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2000, tan aludida por el recurrente, establece que «la situación que se da respecto al momento de ordenar el legado es de una comunidad postganancial, comunidad que existe desde que se disuelve la ganancial pero no se liquida y es una comunidad de tipo romano, pro indiviso, regida por los artículos 392 y siguientes del Código Civil, pero no recae la comunidad sobre cada cosa que forma parte de ella sino sobre el conjunto de la misma: así lo expresa la Sentencia de 23 de diciembre de 1993:...»comunidad postmatrimonial sobre la antigua masa ganancial... cotitularidad ordinaria... cada comunero ostenta una cuota abstracta sobre el totum ganancial, pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes...» y, a su vez, se refieren a esta comunidad postganancial las de 23 de diciembre de 1992, 28 de septiembre de 1993, 14 de marzo de 1994, 26 de abril de 1997 y 28 de septiembre de 1998... Concretando el supuesto: aplicando las normas de la comunidad romana, no cabe disposición de la cosa común sino con la unanimidad de todos los comuneros (Sentencias de 19 de diciembre de 1985, 28 de mayo de 1986, 25 de junio de 1990, 23 de octubre de 1990, 30 de junio de 1993). Teniendo en cuenta que en esta comunidad no la hay de cosas concretas, sino de todo el conjunto patrimonial, aquella regla no tiene sencilla aplicación, especialmente si la disposición es, como en este caso, mortis causa: si la cosa concreta fuera común, un legado de la misma por un comunero sería legado en parte de cosa propia (del testador, cónyuge viudo) y en parte de cosa propia del obligado a entregar el legado (del heredero, de su madre, cónyuge premuerto). Pero no es así: el legado recae sobre una cosa que forma parte de un patrimonio que fue ganancial (no liquidada la comunidad) y que ahora es una comunidad romana (no dividida)... De lo que se deduce que no se trata de un legado de cosa ajena. Tampoco... un legado de cosa ganancial. Es un legado de cosa perteneciente a la comunidad postganancial, el cual está fuera de toda normativa legal: ni es ganancial, ni es cosa ajena, ni es cosa común; es cosa integrante de una comunidad que recae sobre todo un patrimonio y que no se conoce, hasta su división, si la cosa legada se adjudicará al testador o no... Siendo una cuestión no regulada, es decir, una relación jurídica sobre la que el ordenamiento no ha dictado norma, se da el caso de laguna de la ley, que debe resolverse aplicando la analogía, tal como prevé el artículo 4.1 del Código Civil y la norma que deberá aplicarse es la del artículo 1380 del Código Civil que contempla la validez del legado de cosa ganancial y su efectividad. En efecto entre el supuesto regulado –legado de cosa ganancial– y el no regulado –legado de cosa de comunidad postganancial– se dan los presupuestos para la aplicación de la norma por analogía que exigió la jurisprudencia (sentencias de 12 de junio de 1990, 4 de junio de 1993, 11 de mayo de 1995): en primer lugar: el supuesto específico no regulado, como es el caso de legado de cosa de comunidad postganancial y, en segundo lugar, identidad de razón: si el legado es de cosa de la comunidad ganancial, los esposos comuneros carecen de poder de disposición exclusivo sobre la misma (como destaca la sentencia de 28 de septiembre de 1998), al igual que si es de comunidad postganancial, y en uno y en otro caso, la cosa puede ser adjudicada al que dispuso de la misma, al hacer la liquidación de los gananciales, en la primera, o la división de la comunidad, en la segunda».

En conclusión, esta jurisprudencia considera que es incorrecta la aplicación del artículo 1380 del Código Civil, ya que no se trata de un legado de cosa ganancial que contempla dicha norma. Pero tampoco es, un legado de cosa ajena ya que la finca formaba parte de la comunidad postganancial integrada por el testador y su primera esposa. Es por lo tanto, un legado de cosa de una comunidad ordinaria, pro indiviso, subsiguiente a la disolución de la comunidad de gananciales y anterior a su liquidación, llamada comunidad postganancial que, carente tal legado de normativa, se procede a la

aplicación analógica del mismo artículo 1380 del Código Civil: «ubi eadem ratio est, ibi eadem iuris dispositio esse debet». Lo cual lleva consigo la validez del legado y la aplicación, no obstante no serlo, del 1380 relativo al legado de cosa ganancial.

6. Así pues, en el supuesto de este expediente, la entrega del legado referido, sea considerado como ganancial, de cosa ajena, de cosa propia o parcial en su caso, o incluso como ha determinado la jurisprudencia analizada en el fundamento de Derecho anterior, aunque se tratase de un legado de cosa postganancial fuera de toda normativa o ley que se regule por analogía a las normas del legado de cosa ganancial, lo cierto es que en cualquiera de estos casos se exige para su entrega la concurrencia de los titulares de la cosa o derechos legados o sus herederos o causahabientes. Sentado esto, queda por determinar si en las operaciones particionales han concurrido estas voluntades.

En primer lugar, la parte que corresponde al causante está representada por el albacea contador partidor que tiene amplísimas facultades para la entrega. En efecto, el testamento del causante otorgó facultades expresas al albacea contador-partidor para hacer entrega de los legados ordenados por el testador, y en consecuencia, está facultado incluso para llevar a cabo la inscripción de inmuebles específicamente legados, según contempla el artículo 81, apartados b) y c) de la Ley Hipotecaria, que autoriza la inscripción a favor del legatario de los bienes legados en virtud de escritura de partición de herencia o aprobación y protocolización de operaciones particionales formalizada por el contador-partidor, en la que se asigne al legatario el inmueble o inmuebles legados, o bien, 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 definitiva, nombrado el contador, no es necesaria la intervención de los herederos para formalizar la partición.

Pero ocurre que la cosa legada o al menos parte de ella, no forma parte íntegramente del caudal hereditario del causante, pendiente de esa liquidación y adjudicación postganancial, por lo que no puede entregar una posesión total de la misma porque no la ostenta. Y prueba de esto y del conocimiento que tenía el testador de su falta de posesión y de la existencia del derecho de sus hijos de primer matrimonio, es que en la cláusula segunda del testamento que se reproduce en los hechos, hace formal encargo a sus hijos o herederos o a quienes por derecho de sustitución o representación ostenten tal condición, para que en el momento de la apertura de la sucesión reconozcan la transmisión a requerimiento del comprador o sus herederos o causahabientes, presten su consentimiento para el otorgamiento de la escritura pública de compraventa correspondiente, o para la inscripción del pleno dominio a favor del comprador en el Registro de la Propiedad. En el caso de que se aplicase por el contador partidor la cláusula tercera del testamento, en virtud de la cual los herederos que no respetasen el formal encargo realizado por el testador, serían reducidos a la legítima estricta y corta que les pudiese corresponder, también es precisa la intervención de los herederos para el cómputo y cálculo de esos mínimos derechos legitimarios en atención a la valoración de los restantes bienes de la herencia, a los efectos de no ser perjudicados en su legítima estricta. Esto es concordante con la necesidad de prestación de su consentimiento para la entrega del legado, sea de cosa ganancial, postganancial, de cosa ajena, parcialmente propia del causante o propia de los herederos.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la nota de 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, 10 de diciembre de 2012.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.