

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCR009953

**RESOLUCIÓN de 19 de diciembre de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Mahón, por la que se suspende la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos de una comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal en virtud de los cuales se modifican los estatutos de la misma.**

(BOE de 12 de marzo de 2020)

**SUMARIO:**

**Registro de la Propiedad. Propiedad horizontal. Modificación de los estatutos. Prohibición de determinados usos. Autorización por la comunidad de alquileres turísticos o vacacionales. Mayoría necesaria para su aprobación.**

La Ley sobre propiedad horizontal ha superado dos características propias del clásico concepto de la copropiedad romana o por cuotas, de la que se aparta al no reconocer a los copropietarios la acción de división ni el derecho de retracto, y por eso dota a esa comunidad sobre los elementos comunes de una regulación especial en la que **los intereses comunitarios predominen sobre el individual** y encuentren su debida protección jurídica a través del órgano competente y con las facultades y límites que la propia Ley señala. Por ello se atribuye a la junta de propietarios, como órgano colectivo, amplias competencias para decidir en los asuntos de interés de la comunidad, si bien tratándose de determinados acuerdos (los que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad), sólo serán válidos cuando se adopten por unanimidad, salvo que la misma Ley lo exceptúe.

Uno de los supuestos en que se exceptúa la unanimidad es el contemplado en el artículo 17.12, introducido por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, que reduce la mayoría necesaria al voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación para el acuerdo, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, por el que se limite o condicione el ejercicio de lo que se conoce como alquiler o explotación turística de las viviendas. Sin embargo, en este caso, el acuerdo tiene precisamente la finalidad contraria, modificar los estatutos de la comunidad para ampliar o aclarar los usos a que pueden destinarse los departamentos, incluyendo entre ellos el arrendamiento de temporada, explotación turística o vacacional, y disponiendo en un nuevo artículo estatutario que quedan autorizados por la comunidad los alquileres turísticos o vacacionales.

El texto literal del mencionado artículo restringe su ámbito de aplicación al acuerdo por el que se «limite o condicione» el ejercicio de dicha actividad. Es decir, su finalidad es reducir la mayoría necesaria para el acuerdo que limite o condicione el alquiler turístico, no para el acuerdo adoptado con una finalidad contraria como es permitir de manera expresa esa actividad. Así, no puede servir de fundamento para reducir la mayoría necesaria en este caso al voto favorable de tres quintas partes de propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, sino que habrá que acudir a la regla general del apartado 6 del mismo artículo 17, que exige la unanimidad del total de los propietarios para los acuerdos no regulados expresamente en dicho artículo que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad, que es el supuesto ahora analizado.

**PRECEPTOS:**

Código Civil, art. 397.

Ley Hipotecaria de 1946, arts. 13, 17, 18, 32, 38 y 326.

Ley 49/1960 (LPH), arts. 5, 10, 14, 16 y 17.

En el recurso interpuesto por don T. C. M., en nombre y representación y como presidente de una comunidad de propietarios, contra la nota de calificación del registrador de la Propiedad de Mahón, don Celestino



Ricardo Pardo Núñez, por la que se suspende la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos de una comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal en virtud de los cuales se modifican los estatutos de la misma.

### Hechos

#### I

Mediante escritura autorizada el día 17 de julio de 2019 por el notario de Mahón, don Enrique Garí Munsari, con el número 1.040 de protocolo, don T. C. M., en nombre y representación de una comunidad de propietarios, como presidente de la misma, elevó a público el acuerdo adoptado por la junta general de la comunidad el día 27 de abril de 2019, con el voto favorable de tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representaban las tres quintas partes de las cuotas de participación, en virtud del cual se modificaba el artículo 25.a) de los estatutos de la comunidad y se añadía un nuevo artículo 33 a los mismos.

#### II

Presentada la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Mahón, y una vez acreditada la autoliquidación del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Registro de la Propiedad de Mahón.

El Registrador de la Propiedad firmante, tras examinar los antecedentes del Registro y previo examen y calificación del precedente documento que motivó el asiento 50-0 del Diario 156, de conformidad con el artículo 18 y demás concordantes de la Legislación Hipotecaria, ha calificado desfavorablemente el mismo, por lo que procede a suspender el asiento solicitado y extender la siguiente nota de calificación:

#### I. Hechos.

El día 17 de julio de 2019, bajo asiento 50-0 del Diario 156, se ha presentado en este registro escritura de la misma fecha autorizada por el notario de Mahón don Enrique Garí Munsari, en copia papel con autoliquidación del ITP y AJD del día 14 de los corrientes.

En la citada escritura don T. C. M., en representación de la Comunidad de Propietarios "(...)", sita en la urbanización (...), término municipal de Es Mercadal, finca registral 8046, inscrita al folio 65 del tomo 1654 del archivo, eleva a público el acuerdo de modificar el artículo 25.º de los Estatutos que rigen la comunidad y de añadir un nuevo artículo 33.º de orden a los mismos.

El acuerdo fue adoptado por la Junta General Extraordinaria de la comunidad de propietarios, celebrada, en segunda convocatoria y debidamente convocada, el 27 de abril de 2019, con el voto favorable de tres quintas partes, que a su vez representan tres quintas partes de las cuotas de participación.

#### II. Fundamentos de Derecho.

1. Primer fundamento. El acuerdo cuya inscripción se pide modifica el artículo 25 de los estatutos de la PH por lo que, al no haberse adoptado por unanimidad, contradice el artículo 17. 6 de la LPH que literalmente dice:

"Los acuerdos no regulados expresamente en este artículo, que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad, requerirán para su validez la unanimidad del total de los propietarios que, a su vez, representen el total de las cuotas de participación."

2. Segundo fundamento. El artículo 25 de los Estatutos, cuya reforma se pretende, dispone literalmente:

"Los distintos departamentos de la urbanización sólo podrán dedicarse a vivienda (...).



Según el artículo 50.7, de la Ley 9/2012, de 19 de julio, del turismo de las Illes Balears hay que entender por vivienda la que está destinada a uso permanente (es decir, no temporal e intermitente). Por tanto, la norma estatutaria que fija el destino de los departamentos a 'vivienda' supone una restricción fuerte de uso porque impide su utilización para todo uso, que no sea vivienda en sentido estricto, es decir, pare destino cómo vivienda con vocación de habitualidad y permanencia.

En consecuencia, el acuerdo cuya inscripción se pretende perjudica a los propietarios disidentes que hayan adquirido pisos del edificio con anterioridad a su adopción, en la confianza de que el destino a vivienda cuando se impuso como único uso admisible en estatutos, les garantizaba absoluta protección frente a futuras decisiones de la Junta de propietarios que intentasen levantar la prohibición mediante acuerdos de cualquier tipo sin contar con el consentimiento individual de cada uno de ellos."

3. Tercer fundamento. Ciertamente el citado artículo 17.6 de la LPH excepciona del régimen de unanimidad los supuestos regulados en el mismo artículo; entre ellos, por tanto, el regulado en el art. 17.12, de la ley que literalmente dice:

"12. El acuerdo por el que se limite o condicione el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los términos establecidos en la normativa sectorial turística, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación. (...) Estos acuerdos no tendrán efectos retroactivos.

Ahora bien, en el presente caso, no es de aplicación el artículo 17.12 de la LPH con la redacción dada por el RDL 21/2018, de 14 de diciembre. El artículo en cuestión hace referencia únicamente a los acuerdos por los que "se limite o condicione el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994 de 24 de noviembre".

Por tanto, como se sigue de su letra, la finalidad del precepto es facilitar la introducción de restricciones o prohibiciones de uso para explotación turística donde no la hubiere. No la de levantar las ya existentes. En consecuencia, el régimen de mayorías que introduce el citado artículo puede amparar acuerdos adoptados, por las mayorías reforzadas que establece, solo a los efectos de limitar o restringir el uso turístico; no para habilitar ese uso, más cuando consta ya prohibido en estatutos.

Resolución.

En consecuencia de todo ello, calificado el documento, se suspende la inscripción del mismo por el defecto subsanable de haber sido adoptado en acuerdo de modificación de estatutos en la Junta General Extraordinaria de la Comunidad de Propietarios celebrada en segunda convocatoria y debidamente convocada, el 27 de abril de 2019, no por unanimidad del total de los propietarios que, a su vez, representen el total de las cuotas de participación, si no solo con el voto favorable de tres quintas partes, que representan tres quintas partes de las cuotas de participación. Todo ello de conformidad con el art. 50.7 de la Ley 6/2017 de 31 de julio, de modificación de la Ley 8/2012 de 19 de julio del turismo de las Illes Balears y los art. 17.6 y 17.12 de la Ley de Propiedad Horizontal.

La suspensión de la práctica de la inscripción determina la prórroga del asiente de presentación, conforme al artículo 323 de la Ley Hipotecaria.

Contra dicha calificación cabe (...)

Mahón, a 2 de septiembre de 2019. El Registrador (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos del registrador).»

III

Contra la anterior nota de calificación, don T. C. M., en nombre y representación y como presidente de una comunidad de propietarios, interpuso recurso el día 27 de septiembre de 2019 en virtud de escrito y con base en los siguientes argumentos:



«Cuestión previa. En cuanto a la razón por la cual la Comunidad se ha visto forzada a aprobar el acuerdo cuya inscripción se pretende, en los términos que resultan de su certificación.

Es voluntad del recurrente poner de manifiesto que, con carácter previo a la convocatoria del acuerdo cuya inscripción se pretende, han sido innumerables las reuniones y consultas que tanto el propio Presidente de la Comunidad, como la propia Administradora de la misma, han mantenido con los diferentes Organismos Públicos implicados en el llamado “alquiler vacacional”, las cuales tenían por objeto lograr adaptar la realidad de la Comunidad, es decir, la existencia de actividades de alquiler turístico por parte de los propietarios que así lo decidían, desde la propia existencia del complejo, a la actual y novedosa regulación que de los mismos ha establecido la vigente ley sectorial de Les Illes Balears.

Y ha sido precisamente como consecuencia de las manifestaciones que dichos organismos públicos les han trasladado y, muy especialmente, las realizadas por parte de los propios Registros de la Propiedad, y algún notario, que han acabado por “aceptar” que los estatutos de la Comunidad prohíben destinar los apartamentos al alquiler turístico, tal y como reiteradamente se les ha insistido, Y decimos “han acabado por aceptar” por cuanto al recurrente no le ha quedado más remedio que convocar la Junta en los términos que resultan de la misma, es decir, partiendo de la base que los estatutos de la propiedad prohíben el alquiler turístico, a sabiendas que lo contrario, no iba a ser aceptado ni por el Notario ni por el Registrador.

Como prueba de ello, valga remitirnos tanto a las advertencias que posteriormente ha efectuado el propio Notario Don Enrique Garí Munsuri, en el acta de elevación a público del propio acuerdo, como al fundamento tercero y cuarto de la calificación negativa del Registrador, los cuales serán objeto de un extenso debate en la alegación tercera.

Hecho que se pone expresamente de manifiesto a los efectos de liberar al recurrente respecto de la teoría de los actos propios, para el hipotético caso que dicho acto pudiera servir de base a esta Dirección General como argumento en contra del mismo,

Y en los siguientes,

Hechos:

Primero. En cuanto a la Comunidad de propietarios “(...)”

La comunidad está formada por un total de 97 apartamentos turísticos, Como prueba de ello (...)

“Por resolución de la Alcaldía, en sesión del día 19 de octubre de 1988, acordó conceder a V. la licencia que tiene solicitada para la construcción de 97 apartamentos turísticos a ubicar en la parcela H-5 del (...)”

En cuanto a la numeración (H-5) la misma se corresponde con dicha Comunidad, tal y como consta en los antecedentes del Registro de la Propiedad de Mahón y, en cuanto a las siglas C.I.T.V. se corresponden con la calificación de Centro de Interés Turístico Nacional dado que la referida Comunidad pertenece a la Urbanización (...) la cual fue objeto de dicha calificación por parte del Estado. No en vano el Consell Insular, con fecha de 16 de julio de 2018, ha aprobado la zonificación de alquiler turístico, declarando a la urbanización “(...)” como zona apta para la comercialización de estancias turísticas en viviendas de uso residencial.

En relación a su pertenencia a la referida Urbanización (...) valga destacar que la misma dispone de servicios de restauración, supermercados, autobuses y, en definitiva, lo habitual en este tipo de complejos, los cuales están a disposición de sus clientes o usuarios exclusivamente durante el periodo estival (de mayo a octubre) razón por la cual el uso que de los apartamentos realizan sus propietarios no es precisamente el de vivienda permanente.

La Comunidad “(...)” fue construida en el año 1990 por la promotora (...) y, por aquel entonces, la citada promotora procedía a la venta de los apartamentos facilitando su posterior “alquiler estival” (por días o semanas) como un valor añadido de la propia compra, facilitando incluso un plan de amortización de los mismos,

A mayor abundamiento, las cedulas de habitabilidad concedidas por el Consell Insular de Menorca a los apartamentos de la Comunidad, lo eran bajo la calificación de “apartamento turismo” tal y como consta en la cédula de fecha 22.10.1992 concedida al apartamento número (...)

Pero tanto es así, que incluso en una reciente resolución del Director Insular de Ordenación Territorial, del Consell Insular de Menorca, de fecha 07 de enero de 2016, se pone de manifiesto la imposibilidad de conceder a un apartamento de la Comunidad “(...)” la correspondiente cédula de habitabilidad de la ocupación como vivienda, por cuanto el apartamento en cuestión es turístico, precisando para ello del correspondiente cambio de uso, haciendo extensiva dicha calificación de turística a los 96 apartamentos restantes, prueba ello de una evidente contradicción (...)

Por tanto, y una vez situada a esta Dirección General frente a las características, calificación, ubicación y servicios tanto de la Urbanización “(...)” como de la propia Comunidad recurrente, tan sólo añadir, y en relación a



la adopción del acuerdo cuya inscripción ha sido calificada negativamente, que el mismo fue aprobado favorablemente en Junta por 53 departamentos y con el voto en contra de 4, lo que sumado a los no presentes y, por ende, favorables al acuerdo transcurrido el plazo legal establecido sin haberse opuesto, computan un total de 93 votos a favor y 4 en contra, o lo que es lo mismo, que el 95,88% está a favor y el 4,12% en contra de un hecho, el “alquiler turístico o vacacional”, que se lleva realizando desde la construcción del propio complejo en los años 1990.

Segundo. En cuanto al Fundamento de Derecho Primero, relativo al quórum necesario para la adopción del acuerdo objeto de inscripción.

Remitiéndonos al contenido que resulta de la propia calificación, para evitar reiteraciones innecesarias, el mismo invoca el incumplimiento del artículo 17, apartado 6, de la Ley de Propiedad Horizontal, que prevé la unanimidad para la aprobación o modificación de las regias contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o de los estatutos de la comunidad, cuando, y según resulta de la certificación expedida por el Secretario Administrador de la Comunidad de Propietarios “(...)”, la aprobación del acuerdo se basa en el artículo 17,12 de la referida Ley, que establece una mayoría reforzada de 3/5. En definitiva un acuerdo que, tras su aprobación, puede llevar aparejada de manera implícita la modificación del título constitutivo o de los estatutos, sin precisar para ello de la unanimidad establecida en el reiterado artículo 17.6 de la LPH invocado en la calificación.

En ese sentido, entendemos que el legislador, cuando ha procedido a la modificación de la Ley de Propiedad Horizontal mediante la introducción del citado apartado 12, en su artículo 17, en méritos del Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de alquiler, lo ha hecho con la finalidad de facilitar la adopción de acuerdos relativos a esta materia, limitando o condicionando su ejercicio, por medio de una mayoría cualificada, sin que ello impida que esa misma mayoría cualificada sea válida para autorizar los mismos, con o sin la existencia de limitación o condición alguna. Lo contrario no sólo supondría la vulneración de la ponderación de intereses entre los partidarios y los detractores, sino también la vulneración de la igualdad de derechos consagrada en la CE.

Esta parte, y contrariamente a la interpretación que efectúa el Registrador de la Propiedad de Mahón en su calificación, entiende que la literalidad del artículo 17.12 de la LPH permite la adopción del acuerdo relativo al alquiler turístico o vacacional, máxime cuando dicho precepto no tiene efectos retroactivos, es decir, que el mismo no le es de aplicación a aquellas comunidades que ya disponen de un acuerdo al respecto, antes de su entrada en vigor, sino a las futuras comunidades, es decir, aquellas en las que no existe acuerdo alguno sobre la materia, ya sea limitándola, condicionándola o, como en el caso de la Comunidad de Propietarios “(...)”, simplemente autorizándola con sujeción a “las disposiciones legales vigentes”.

Coincidiendo con nuestra interpretación, valga destacar la que realiza al respecto de dicho precepto (artículo 17.12 LPH) el notario autorizante, Don Enrique Garí Munsuri, quien en la propia acta de elevación a público del acuerdo de la Junta advirtió de la posible irretroactividad de la modificación de la Ley de Propiedad Horizontal por la que se modifica la mayoría exigible para adoptar el acuerdo que es objeto de elevación a público. Es decir, y salvo error, entendemos que para el notario Don Enrique Gen Munsuri (y dejando a salvo su particular interpretación de que los departamentos sólo pueden ser destinados a vivienda), si la modificación de la LPH le es de aplicación a la Comunidad de “(...)”, el acuerdo adoptado por la Junta sería válido.

Por tanto, y de conformidad con lo anterior, entendemos que la adopción del acuerdo realizado en la Junta General Extraordinaria de la Comunidad de Propietarios “(...)” se ajusta a derecho, en cumplimiento de lo establecido en el reiterado artículo 17.12 de la LPH.

Tercero. En cuanto al Fundamento de Derecho Segundo y Tercero, relativo a la “presunta” prohibición de los Estatutos respecto del uso admisible de los departamentos.

Remitiéndonos al contenido que resulta de la propia calificación, para evitar reiteraciones innecesarias, ambos Fundamentos de Derecho parten de la siguiente premisa:

- El arrendamiento o alquiler vacacional está prohibido por los Estatutos.

Tal es así que en la literalidad de la calificación negativa se manifiestan términos como “único uso admisible” o “cuando consta ya prohibido en los estatutos”, todo ello amparado en el artículo 25 de los Estatutos que dispone:

“Los distintos departamentos de la urbanización sólo podrán dedicarse a vivienda. A) Queda expresamente prohibido destinarlos a industrias, comercios, talleres, granjas, garajes públicos, clínicas, colegios, parvularios, cafeterías, bares, salas de fiestas o de juegos y, en general, todo lo que exceda el uso propio de vivienda o alojamiento familiar” (...)



Respecto a ello, cabe manifestar que dicha aseveración es más bien una “interpretación” del Registrador de la Propiedad, más que una realidad por cuanto,

a) En ningún artículo de los Estatutos se prohíbe de manera expresa el “alquiler turístico o vacacional”.

Tal y como declaró el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de octubre de 2011, “se reitera como doctrina jurisprudencial que las limitaciones o prohibiciones referidas a la alteración del uso de un inmueble en el ámbito de la propiedad privada exige, para que sean eficaces, que consten de manera expresa”, y del contenido de los estatutos es evidente que tal prohibición no resulta. En ese sentido son innumerables las resoluciones que el TS ha adoptado acerca del derecho a la propiedad privada como un derecho reconocido por el artículo 33 de la Constitución y que está concebido ampliamente en nuestro ordenamiento, sin más limitaciones que las establecidas legal o convencionalmente, limitaciones que, en todo caso, deben ser interpretadas restrictivamente.

Como prueba de lo anterior, valga señalar la reciente Resolución adoptada por la propia Dirección General de los Registros y del Notariado, de 27 de junio de 2018, en la que, de manera sucinta reconoce la posibilidad de que los estatutos del régimen de propiedad horizontal, “en cuanto conformadores del régimen jurídico, por aplicar tanto a los elementos comunes como a los privativos que componen su objeto, delimiten el contenido de estos últimos estableciendo restricciones a sus posibles usos (artículos 5 y 7 de la Ley sobre propiedad horizontal), pero “para que dichas limitaciones tengan alcance real y excluyente de otros usos posibles es preciso por un lado que estén debidamente recogidas en los estatutos (*vid.* Resoluciones de 12 de diciembre de 1986 y 23 de marzo de 1998) y por otro que lo sean con la debida claridad y precisión (Resolución de 20 de febrero de 1989).

Y es en los fundamentos de derecho de la referida Resolución donde de manera clara e inequívoca se establecen los parámetros que deben regir las referidas prohibiciones o restricciones, ya sea por lo que respecta a la realización de determinadas actividades o al cambio de uso del inmueble. Así, en su fundamento tercero establece;

“En la Sentencia de 3 de diciembre de 2014, entre otras, expresó lo siguiente: ‘(...) 1. En el ámbito de la propiedad horizontal, resulta posible el establecimiento de limitaciones o prohibiciones que en general atiendan al interés general de la comunidad. Prohibiciones estas que, como indican las sentencias de 20 de octubre de 2008 y 30 de diciembre de 2010, citadas por la de 5 de octubre de 2013, referidas a la realización de determinadas actividades o al cambio de uso del inmueble, que es lo sucedido en el caso del recurrente, deben constar de manera expresa: la sentencia de esta Sala de 24 de octubre de 2011 declaró en su fallo: ‘Se reitera como doctrina jurisprudencial que las limitaciones o prohibiciones referidas a la alteración del uso de un inmueble en el ámbito de la propiedad privada exige, para que sean eficaces, que consten de manera expresa’. Por lo demás, a fin de tener eficacia frente a terceros deben estar inscritas en el Registro de la Propiedad. 2. Existe, pues, una plena libertad para establecer el uso que se le puede dar a un inmueble en el ámbito de la propiedad horizontal, de tal forma que los copropietarios no pueden verse privados de la utilización de su derecho a la propiedad del inmueble como consideren más adecuado, a no ser que este uso esté legalmente prohibido o que el cambio de destino aparezca expresamente limitado por el régimen de dicha propiedad horizontal, su título constitutivo o su regulación estatutaria, como señalan las sentencias de 23 de febrero de 2006 y 20 de octubre de 2008, entre otras” (...)

Por tanto, y con el debido respeto, la interpretación que realiza el Registrador al respecto de la prohibición del alquiler por estancias vacacionales, con base en los propios estatutos, es un ejemplo de medida limitativa y resulta discriminatoria, injustificada y desproporcionada, y se halla en confrontación directa tanto con la jurisprudencia del Tribunal Supremo como con la doctrina de la propia Dirección General.

b) Al tiempo de constituirse la comunidad de propietarios, le era de aplicación la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1985.

Desde un punto de vista lógico no puede entenderse que los Estatutos prohíban el arrendamiento temporal de las viviendas, o el alquiler vacacional de las mismas, ya que en sentido contrario debe entenderse entonces que el único arrendamiento permitido es el que posibilita al arrendatario establecer en la vivienda su residencia permanente, circunstancia esta, por otro lado, imposible de pensar teniendo en cuenta el carácter de “lugar turístico” del punto en que se encuentra el total inmueble.

También desde un planteamiento razonable es evidente que la utilidad que para la comunidad representó la previsión de establecer la prohibición de actividades, contenida en el transcrito apartado A) del artículo 25 de los estatutos, vino motivada por cuanto la inexistencia de tal previsión hubiese conllevado el desarrollo de esas actividades y con ello el quebranto de la naturaleza “turística o estival” de los propios apartamentos, al establecerse un arrendamiento por un tiempo superior al que se entiende por “vacacional”.



c) En el artículo n.º 23 de los Estatutos está permitido el arrendamiento de los apartamentos.

La simple lectura del referido artículo alude a la posibilidad de arrendar, sin distinguir entre sus distintos tipos; estival, temporal o permanente de entonces (año 1990) o vacacional y turístico (en la actualidad).

d) El Registrador de la Propiedad omite en su calificación la expresión “alojamiento familiar” que consta en el artículo 25 de los Estatutos.

En el contenido completo del referido artículo 25 de los Estatutos se prohíbe expresamente destinar los apartamentos a industrias, comercios, talleres, granjas, garajes públicos, clínicas, colegios, parvularios, cafeterías, bares, salas de fiestas o de juegos, “salvo” y, en general, todo lo que exceda del uso propio de vivienda o alojamiento familiar.

En ese sentido, tal y como consta en la reiterada calificación negativa, el Registrador de la Propiedad hace suya la descripción respecto del concepto de vivienda que establece el artículo 50.7, de la Ley 8/2012 de 19 de julio del turismo de las Illes Balears, para interpretarlo en sentido estricto, hasta el punto de negar la cesión del uso de la misma con carácter temporal e intermitente. ¿Está el Registrador negando con ello el arrendamiento de temporada? ¿Está negando con ello la posibilidad de arrendar que prevé el artículo 23 de los Estatutos? Todo apunta a que sí, por cuanto su particular interpretación impone una restricción inexistente, dado que los estatutos no establecen que los departamentos sean exclusivamente destinados a la necesidad permanente de vivienda, expresión por todos los juristas conocida y que, de ser así, constaría en los mismos.

Y, evidentemente, ello no sólo invade el derecho dominical de los propietarios así como vulnera el principio de legalidad o de permisión (lo que no está prohibido está permitido) sino que, además, obvia el gran abanico de posibilidades que establecen los estatutos cuando, no sólo no prohíben lo anterior, sino que además autorizan de forma expresa el alojamiento familiar.

¿Si en lugar de alojamiento familiar se hubiera consignado en los Estatutos alojamiento hotelero también se consideraría prohibida toda cesión de uso?

¿Por qué razón no se puede considerar un alojamiento familiar a la estancia de una familia en un apartamento estival por un periodo de 1 o 2 semanas?

Por todos es sabido lo que significa un alojamiento hotelero, pero parece ignorarse o no buscar respuesta frente a lo que significa un alojamiento familiar. Frente a ello, hemos ido en busca de la interpretación que sobre dicho concepto realiza el máximo órgano responsable del Turismo en Menorca y resulta que la propia “Fundación de Fomento del Turismo de Menorca”, entidad constituida a iniciativa del Consell Insular de Menorca, entiende como alojamiento familiar precisamente un “alojamiento turístico”.

#### Alojamiento familiar-Alojamiento turístico.

Tal es así que la propia página web oficial de Turismo de Menorca cuya dirección es <http://www.menorcams/contingut.aspx?idpub.10493>, promueve el turismo en Menorca a través de este tipo de alojamientos, indicando que la oferta es inmensa, ya sea en apartamentos y villas que permiten un tipo de estancia más independiente, o en Hoteles, con un abanico mayor de servicios.

En definitiva, para aquello que el Consell Insular de Menorca califica y describe como actividades de turismo llevadas a cabo en un alojamiento familiar, cuya literal nomenclatura consta en el artículo 25 de los estatutos, para el Registrador de la Propiedad de Mahón, con el debido respeto y en estrictos términos de defensa, se trata de una cesión permanente.

No en vano, debemos tener en cuenta que, como consecuencia de la diversidad normativa existente en España, este tipo de vivienda es denominada de diferente moda por las CC.AA. Así, podemos encontrarnos ante “viviendas de uso turístico” (Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, La Rioja, Comunidad de Madrid y País Vasco), “con fines turísticos” (Andalucía), “vacacionales” (Islas Canarias y Principado de Asturias), “viviendas turísticas” (Comunidad Valenciana y Comunidad Floral [sic] de Navarra) o de “alojamiento turístico extrahotelero” (Cantabria).

Y todo ello, con independencia de que, en la actualidad, este tipo de arrendamientos precisen de una serie de requisitos, pasen a tener una regulación específica y sectorial o conlleven una fiscalidad distinta, factores todos ellos que evidentemente no fueron tenidos en cuenta por la promotora en el año 1990, pero que en ningún caso constan prohibidos en los Estatutos.

A juicio de esta parte, no es dable que, a raíz de la nueva normativa sectorial, la cual conlleva la regulación de una “actividad” arrendaticia, suponga que dicho tipo de arrendamientos pasen a considerarse industrias, comercios, talleres, granjas, garajes públicos, clínicas, colegios, parvularios, cafeterías, bares, salas de fiestas o de juegos, actividades todas ellas prohibidas expresamente por los Estatutos pero que nada tienen que ver con el concepto y la finalidad de un arrendamiento, sea del tipo que sea. Como tampoco es dable que el



Registrador de la Propiedad haga suya la descripción respecto del concepto de vivienda que establece el artículo 50.7, de la Ley 8/2012 de 19 de julio del turismo de las Illes Balears, cuando los estatutos son de 1990.

En ese sentido, valga el “pantallazo” (...) como prueba de lo manifestado acerca de la web oficial de Turismo de Menorca y sin perjuicio de que esta Dirección General ahonde en la interpretación dada por el Departamento de Turismo de Menorca al respecto de los “alojamientos familiares” (...)

e) Del contenido de las propias actas de la Comunidad de propietarios.

La realidad es que a lo largo del tiempo y desde la división en régimen de propiedad horizontal de los distintos apartamentos que forman parte de la Comunidad “(...)”, éstos han sido objeto de alquiler por periodos de tiempo muy cortos, (días o semanas) en época estival, lo que actualmente se conoce como alquiler turístico.

Tal es así que en las propias actas de las diferentes e innumerables Juntas de Propietarios que se han celebrado a lo largo de todo este tiempo, en las mismas se recogen, entre otras muchas cuestiones y en lo que resulta de interés a la presente:

- La aprobación de normas de regulación del régimen interno para todos aquellos propietarios que alquilan estivalmente sus viviendas, con obligación de mantenerlas en un lugar visible del propio apartamento objeto de alquiler.

- La aprobación de medidas de convivencia entre los propietarios que alquilan estivalmente sus apartamentos y los que no lo hacen y, por tanto, los ocupan en el mismo periodo.

- La adaptación de las instalaciones y su mantenimiento, por razón de los alquileres estivales.

- La prohibición de realizar obras privativas en el periodo estival, desde el mes de mayo a octubre.

- La obligatoriedad de que todos los trabajos de mantenimiento general de la Comunidad (pintado, sustitución de tejas, mejoras, etc.) sean realizadas fuera del periodo estival y, en todo caso, finalizadas antes del mes de mayo.

- Acuerdos relativos al cierre de contadores de agua y riego fuera del periodo estival.

En definitiva, un largo etcétera de hechos que demuestran que dichos apartamentos sólo son ocupados en un 99% de los casos exclusivamente durante el mes estival, ya sea por sus propietarios o por los inquilinos, éstos últimos durante periodos muy cortos, resultando inviable, tal y como venimos reiterando, que su uso tenga carácter de vivienda permanente en los términos que defiende el Registrador.

Como ejemplo de todo ello, valga destacar el contenido parcial que a continuación se reproduce, relativo a las actas de la Comunidad de los años 1994, 1996, 1997, 2000, 2001, 2003, 2005, 2006, 2007, 2013, 2014, 2017, 2018, a saber (...)

A los anteriores hechos le son de aplicación los siguientes,

Fundamentos de Derecho:

I. Competencia. El artículo 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria, determina que las calificaciones negativas del Registrador podrán recurrirse ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

II. Tramitación. Los artículos 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria fijan la forma y los trámites previstos para este tipo de recurso.

III. Legitimación. De conformidad con el artículo 325 de la Ley Hipotecaria, el Presidente de la Comunidad de Propietarios “(...)” está legitimado para la interposición del presente recurso, por ostentar la representación legal de la misma.

IV. Fundamentos de la pretensión.

- Artículo 17,12 de la Ley 49 /1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal.

- Artículo segundo, del Real Decreto Ley 7 / 2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de alquiler.

- Ley 8/2012, de 19 de julio, del turismo de las Illes Balears.

- Constitución Española.

- Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964.

- Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994.

- Estatutos de la Comunidad de Propietarios “(...)”, Artículos 23 y 25.



- Jurisprudencia del Tribunal Supremo.
- Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Por todo lo cual,

A la Dirección General Suplico. Que habiendo por presentado este escrito y sus documentos, en tiempo y forma, se sirva admitir uno y otros y, en sus méritos, tenga por interpuesto recurso gubernativo contra la calificación negativa de 02 de septiembre de 2019 y la correspondiente suspensión de la inscripción, efectuada por el Registrador de la Propiedad de Mahón, del acuerdo relativo a la modificación del artículo 25.º de los Estatutos que rigen la comunidad de propietarios “(...)” y añadir un nuevo artículo 330, de orden a los mismos, en relación a la finca registra’ 8046, inscrita al folio 65 del tomo 1654 del archivo, elevado a público en méritos de la escritura autorizada por el Notaría de la misma ciudad, Don Enrique Garí Munsuri, en fecha 17 de julio de 2019 y, revocada que sea la misma, acuerde en su lugar.

a) Con carácter principal, la inscripción del acuerdo adoptado por la Junta General Extraordinaria de la Comunidad de Propietarios “(...)”, en fecha 27 de abril de 2019, y cuyo contenido damos por reproducido para evitar reiteraciones.

b) Con carácter subsidiario, se proceda a declarar que los Estatutos de la comunidad de propietarios “(...)” no prohíben expresamente el llamado “alquiler turístico o vacacional” y, por tanto, no se precisa de la modificación del título constitutivo.»

#### IV

El registrador emitió informe confirmando la nota de calificación en todos sus extremos y elevó el expediente a este Centro Directivo.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 397 del Código Civil; 13, 17, 18, 32, 38 y 326 de la Ley Hipotecaria; 5, 10, 14, 16 y 17 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 y 23 de julio de 2005, 14 de octubre de 2006, 9 de febrero y 4 de noviembre de 2008, 5 de febrero y 22 de septiembre de 2009, 13 de enero de 2011, 11 de abril y 31 de mayo de 2012, 25 de abril, 1 de julio y 27 de noviembre de 2013, 7 de abril, 30 de junio y 24 de julio de 2017, 9 de mayo de 2018 y 29 de mayo de 2019.

1. Se plantea en este expediente si para la inscripción de la modificación de los estatutos de una comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal, consistente en modificar el artículo número 25, apartado a), de dichos estatutos, relativo al uso a que pueden destinarse los departamentos y a los usos que quedan prohibidos, y en añadir un nuevo artículo número 33, relativo a la autorización en la comunidad de los alquileres turísticos o vacacionales, basta que el acuerdo haya sido adoptado con el voto favorable de tres quintas partes del total de propietarios, que a su vez representan tres quintas partes de las cuotas de participación, o si por el contrario es necesario que el acuerdo se adopte por unanimidad del total de los propietarios que, a su vez, representen el total de las cuotas de participación.

La inicial redacción del artículo 25 disponía lo siguiente: «Los distintos departamentos de la urbanización soto podrán dedicarse o vivienda. A) Queda expresamente prohibido destinarlos a industrias, comercios, talleres, granjas, garajes públicos, clínicas, colegios, parvularios, cafeterías, bares, salas de fiestas o de juegos y, en general, todo lo que exceda et uso propio de la vivienda o alojamiento familiar (...)». La nueva redacción que se propone del artículo 25 dispone: «Los distintos departamentos de la urbanización, sólo podrán dedicarse a vivienda, para uso propio, arrendamiento de temporada, explotación turística o vacacional. A) Queda expresamente prohibido destinarlos a industrias, comercios, talleres, granjas, garajes públicos, clínicas, colegios, parvularios, cafeterías, bares, salas de fiesta, juegos o negocios de similar naturaleza».

Además, se incorpora, por razón del mismo acuerdo, un nuevo artículo a los estatutos que literalmente dice: «Artículo 33: Los alquileres turísticos o vocacionales quedan autorizados por La comunidad y se rigen por tos disposiciones Legales vigentes».



2. Como cuestión preliminar previa debe recordarse la reiteradísima doctrina de este Centro Directivo según la cual conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria no pueden tenerse en cuenta para la resolución del recurso documentos que no hayan sido presentados en tiempo en forma en el Registro, de forma que el registrador no pudo examinarlos a la hora de emitir su calificación (cfr. Resoluciones de 14 de octubre de 2006, 4 de noviembre de 2008, 5 de febrero de 2009, 13 de enero de 2011, 11 de abril y 31 de mayo de 2012, 7 de abril 30 de junio y 24 de julio de 2017 y 9 de mayo de 2018, entre otras).

Por este motivo no pueden ser tenidos en cuenta para la resolución de este recurso los documentos aportados por el recurrente con motivo de la interposición del recurso que sin embargo no fueron aportados inicialmente al presentar el título en el Registro ni por tanto fueron tampoco tenidos en cuenta para la calificación por el registrador, como la licencia de construcción, la cédula de habitabilidad, una resolución del Director Insular de Ordenación Territorial del Consell Insular de Menorca, el contenido de una página web o las actas de reuniones precedentes de la comunidad de propietarios, ni en general cualquier documento no aportado en su momento para la calificación por el registrador.

3. En cuanto al defecto señalado por el registrador en su nota, cabe señalar que la Ley sobre propiedad horizontal ha superado dos características propias del clásico concepto de la copropiedad romana o por cuotas, de la que se aparta al no reconocer a los copropietarios la acción de división ni el derecho de retracto, y por eso dota a esa comunidad sobre los elementos comunes de una regulación especial en la que los intereses comunitarios predominan sobre el individual y encuentran su debida protección jurídica a través del órgano competente y con las facultades y límites que la propia Ley señala (cfr. la Resolución de 15 de junio de 1973).

Por ello se atribuye a la junta de propietarios, como órgano colectivo, amplias competencias para decidir en los asuntos de interés de la comunidad (cfr. artículos 14 y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal), si bien tratándose de determinados acuerdos (los que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad), sólo serán válidos cuando se adopten por los propietarios en los términos previstos en la regla sexta del artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, es decir por unanimidad (siquiera sea presunta, como permite la regla octava de tal precepto); e incluso con el voto en contra de un disidente, si prospera la acción para obtener la sustitución de la unanimidad por vía judicial, en el llamado «juicio de equidad» a que se refiere el párrafo tercero de la regla séptima del mismo artículo 17, norma que el Tribunal Supremo ha considerado aplicable también a los actos que requieren unanimidad, atendiendo a la realidad social actual -cfr. Sentencia de 13 de marzo de 2003-, salvo que se trate de acuerdos que la misma ley exceptúa de la regla de unanimidad (cfr. los artículos 10 y 17).

Uno de los supuestos en que la misma ley exceptúa la unanimidad es el contemplado en el apartado 12 del citado artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, introducido en dicha Ley por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, que reduce la mayoría necesaria al voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación para el acuerdo, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, por el que se limite o condicione el ejercicio de lo que se conoce como alquiler o explotación turística de las viviendas («la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística» son los términos que emplea la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos), así como para el acuerdo por el que se establezcan cuotas especiales de gastos o un incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda donde se realice dicha actividad, siempre que estas modificaciones no supongan un incremento superior al 20%, si bien en cualquier caso estos acuerdos no tendrán efectos retroactivos, según dispone el mismo apartado 12.

Este artículo 17.12 es aquel que ha servido de base en la escritura y en el que se ampara el recurrente para entender que basta la citada mayoría de tres quintos y no la unanimidad. Sin embargo, el precepto, tal como se acaba de exponer, se refiere al acuerdo «por el que se limite o condicione el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994» y en este caso el acuerdo tiene precisamente la finalidad contraria, modificar los estatutos de la comunidad para ampliar o aclarar los usos a que pueden destinarse los departamentos, incluyendo entre ellos el arrendamiento de temporada, explotación turística o vacacional, y disponiendo en un nuevo artículo estatutario que quedan autorizados por la comunidad los alquileres turísticos o vacacionales.

La modificación estatutaria es un acto de la junta como órgano colectivo de la comunidad, pero este apartado 12 del artículo 17 no puede servir de fundamento para reducir la mayoría necesaria en este caso al voto favorable de tres quintas partes de propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de



participación, sino que habrá que acudir a la regla general del apartado 6 del mismo artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, que exige la unanimidad del total de los propietarios que, a su vez, representen el total de las cuotas de participación, para los acuerdos no regulados expresamente en dicho artículo que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad, que es el supuesto ahora analizado. Es más, según reiterada doctrina de esta Dirección General (cfr. Resoluciones de 23 de julio de 2005, 9 de febrero de 2008, 22 de septiembre de 2009 y 25 de abril y 1 de julio de 2013), si en el Registro apareciesen inscritos derechos de dominio adquiridos por terceras personas en un momento posterior a la fecha de adopción de los acuerdos debatidos, sería necesario que dicha modificación de los estatutos cuente con el consentimiento de esos nuevos titulares de elementos privativos, por cuanto estos terceros no pueden verse afectados por las modificaciones del título constitutivo que no hubieren sido inscritas oportunamente (cfr. artículos 5 de la Ley sobre propiedad horizontal y 13, 17, 32 y 38 de la Ley Hipotecaria).

Alega el recurrente que «la literalidad del artículo 17.12 de la LPH permite la adopción del acuerdo relativo al alquiler turístico o vacacional», cuando lo cierto es que el texto literal del dicho artículo restringe su ámbito de aplicación, como ya se ha dicho, al acuerdo por el que se «limite o condicione» el ejercicio de dicha actividad. Además, la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, que es el que introduce este nuevo apartado 12 en el artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, establece que «en materia de viviendas de uso turístico, también se recoge en el título II una reforma del régimen de propiedad horizontal que explicita la mayoría cualificada necesaria para que las comunidades de propietarios puedan limitar o condicionar el ejercicio de la actividad»; es decir, su finalidad es reducir la mayoría necesaria para el acuerdo que limite o condicione el alquiler turístico, no para el acuerdo adoptado con una finalidad contraria como es permitir de manera expresa esa actividad.

4. Por último, en relación con lo suplicado con carácter subsidiario por el recurrente, no corresponde a esta Dirección General interpretar si los estatutos de la comunidad, tal como ahora constan inscritos, admiten o no el uso turístico de las viviendas. La interpretación del artículo 25 de los estatutos inscritos de la comunidad solo es posible y necesaria ahora en la medida en que sirva para la resolución de este caso concreto -la confirmación o revocación del defecto señalado por el registrador en su nota-, y para ello no es necesario interpretar si la redacción actual del mismo admite o no el alojamiento turístico, sino solo los requisitos necesarios para llevar a cabo la modificación estatutaria en los términos acordados, cuestión esta que ya se ha analizado.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador.

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

ante 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 del legatario, ya que cuando el legado es de cosa específica propia del testador, aquél adquiere la propiedad desde el fallecimiento de éste, los legados, cualquiera que sea su naturaleza, están subordinados al pago de las deudas y, cuando existen herederos forzosos, al pago de las legítimas. La dispersión de los bienes perjudicaría la integridad de la masa hereditaria, y, por tanto, a los acreedores.

La legislación hipotecaria, ya desde la Ley de 1861, ha establecido que **tal entrega es necesaria para verificar la inscripción en favor del legatario**. Y, aunque según la doctrina científica y la de esta Dirección General 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, no puede uno solo de ellos (sin constarle la renuncia de los demás) hacer entrega del legado. 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 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.

#### PRECEPTOS:

Código Civil, arts. 440, 609, 882, 883, 885 y 891.  
Ley Hipotecaria de 1946, arts. 18 y 19 bis.  
Decreto de 2 de junio de 1944 (Rgto. Notarial), art. 209.  
Decreto de 14 de febrero de 1947 (Rgto. Hipotecario), art. 81.

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 fenecimiento 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 a1 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 legitimarlos 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 o pone 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 calificadora.

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.