

Sobre garantía registral del pago en el legado de cosa ajena (*).

En la vigente Ley Hipotecaria, dispone el art. 42 que «podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondientes: ... séptimo: el legatario que no tenga derecho, según las leyes, a promover el juicio de testamentaria».

Tal es el medio que se les reconoce, en la actualidad a los beneficiarios de legados para que puedan garantizar la efectividad de los mismos; es decir, que el legislador pone a su alcance un instrumento—la anotación preventiva—que pueden utilizar con la finalidad de que esa ventaja que la disposición testamentaria supone a su favor, se convierta en realidad, ya que de no tomarse precaución alguna a este respecto, pudiera suceder que por actuaciones del obligado a su pago se defraudara el interés del legatario, convirtiendo en ilusorio el beneficio que le atribuye el legado.

Pero si esta razón que aconseja proteger el interés del legatario siempre se tuvo en cuenta, no siempre, por el contrario, se utilizó el mismo procedimiento para procurarle estas garantías, por lo que resulta de interés una referencia histórica, siquiera sea muy breve, que nos muestre los momentos más significativos de su evolución y los diferentes modos que en ellos previó el legislador para lograr esa finalidad.

(*) Estas consideraciones forman parte de un trabajo más extenso dedicado al estudio del cumplimiento del legado de cosa ajena.

En el Derecho Romano se le concedía al legatario, para garantía de su derecho, una hipoteca legal sobre todo lo que el gravado hubiera conseguido del patrimonio hereditario, tanto en el caso de eficacia real del legado como en el de eficacia meramente obligatoria. Se le imponía al gravado con la manda una prohibición legal de enajenar las cosas legadas, cuyo efecto era impedir que se adquirieran a través de la usucapión las cosas que se enajenaran contrariando esa prohibición; éstas eran las principales medidas que en orden a la garantía de los legados adoptaba el Derecho Romano; además de ellas se daba la *cautio legatorum servandorum causa*, una *missio in bona* para el caso de que el heredero no pudiera o no quisiera prestar dicha caución, y finalmente la llamada *missio antoniniana*, que completaban el cuadro de las garantías a que nos venimos refiriendo (1).

En nuestro Derecho la más característica manifestación en este sentido es la Ley 26 del título 13 de la Partida V, que establece una hipoteca legal tácita: «otrosí dezimos, que los bienes de cada un ome que fiziese mandas en su testamento, que fincan obligados a aquellos a quienes fizo las mandas, fasta que sean pagados dellas».

Posteriormente, la Ley Hipotecaria de 1861, haciendo aplicación del criterio restrictivo que adopta frente a las hipotecas ocultas (2), sustituye esa hipoteca legal tácita que tradicionalmente garantizaba la efectividad de los legados, por una anotación preventiva, solución que se justifica, además de por las razones que impulsaron al legislador a restringir las hipotecas legales tácitas, por la consideración de que este nuevo procedimiento resulta más adecuado a la vista del carácter transitorio del peligro que se trataba de evitar (3).

(1) Puede verse una detallada exposición sobre esta materia en Gangi, *La successione testamentaria nel vigente Diritto italiano*, vol. II, Milano, 1948, pág. 293.

(2) Cfr. su Exposición de motivos.

(3) Cfr. Roca Sastre, *Derecho Hipotecario*, t. III, Barcelona, 19 , pág. 490. En contra de esta resolución se pronuncia Canales e Ibañez, que estima hubiera sido más sencillo, y sobre todo más eficaz, en bien de los legatarios—en particular cuando no tuvieran noticia de sus legados, por ser menores, incapacitados, ausentes o por otro motivo—, «el de haber ordenado que el heredero no pudiera enajenar los bienes de la herencia hasta después de haber acreditado que habían sido satisfechos dichos legados o garantizados al menos por medio de hipotecas voluntarias constituidas de acuerdo con aquéllos» (*Legislación Hipotecaria Española*, Granada, 1875, pág. 510).

No obstante, el peligro que justifica la anotación preventiva que se concede a los legatarios, tal y como resulta expuesto en la aludida Exposición de motivos, es el de la posibilidad «de las dilapidaciones o fraudes de un heredero poco respetuoso a la memoria de su favorecedor», que tendrían como consecuencia la frustración de los beneficios a percibir por el legatario en razón de la manda establecida, por lo que se le protege mientras por otros medios más eficaces y directos no pueda obtener las mandas.

Es de tener en cuenta que en la Ley Hipotecaria, y de acuerdo con los diferentes tipos de legados y sus características, en orden a la protección de los mismos, se establecen tres clases de anotaciones preventivas: a) las que pueden solicitar los legatarios de bienes inmuebles determinados o de créditos o pensiones consignados sobre ellos (art. 47 L. H.); b) las que se conceden a los legatarios de género o cantidad (art. 48 L. H.), y c) las atribuidas a los legatarios de rentas o pensiones periódicas, impuestas por el testador determinadamente a cargo de alguno de los herederos o de otros legatarios sin declarar personal esta obligación (art. 88 L. H.). Pues bien: a la vista de estos diferentes grupos y de las consecuencias diversas que tiene la anotación con arreglo a uno u otro (en cuanto al procedimiento, efectos, etc.), resulta de gran interés determinar con arreglo a qué normas deberá realizarse la anotación preventiva en el supuesto del legado de cosa ajena.

Ya hemos tenido ocasión de ver que el legado de cosa ajena se configura de dos formas distintas, correspondientes a las dos etapas o fases en que puede encontrarse a la hora de su cumplimiento. Efectivamente, en un primer momento, a raíz de la muerte del testador, al legatario corresponde un derecho de crédito, en cuya virtud puede exigir del heredero gravado que realice las gestiones encaminadas a la adquisición y entrega de la cosa legada, y no siéndole posible, la entrega de su justa estimación. En un segundo momento, que aparece una vez adquirida por el heredero la cosa ajena, surge para el heredero la obligación de entregar al legatario la misma cosa legada, que ya está en su poder como consecuencia de las gestiones que anteriormente ha realizado, y por ello sólo cumplirá el contenido del legado, entregando la cosa objeto del mismo, dando así satisfacción a la voluntad del testador y al derecho del legatario tal como resulta del testamento.

¿Qué consecuencias tendrán estas circunstancias en cuanto a las garantías que corresponden al legatario de cosa ajena, respecto a la efectividad de su legado.

No cabe la menor duda de que en tanto la cosa siga perteneciendo al tercero, resultará imposible realizar una anotación sobre la misma, porque, como dice Roca Sastre (4), ésta sólo puede recaer sobre bienes hereditarios, y en este sentido llevan razón los autores que niegan tal posibilidad o, a lo sumo, admiten la anotación cuando se trate de cosa propia del heredero o legatario que hubieran aceptado la herencia o legado (5), supuesto éste que no es del que aquí nos estamos ocupando.

Pero si bien no es practicable esta anotación preventiva sobre cosa ajena, en cambio sí resultará posible realizarla cuando la cosa legada haya sido adquirida por el heredero obligado a entregarla en virtud del mandato testamentario (6), ya que se darán las mismas circunstancias del supuesto de legado de cosa específica existente en la herencia, y, por consiguiente, el legatario podrá ser considerado como de bienes inmuebles determinados a los que se refiere el art. 47 de la Ley Hipotecaria, a los fines de concederle una especial anotación preventiva.

Frente a esta solución, considera Roca Sastre (7) que no puede admitirse esta demora en el derecho del legatario de cosa ajena para asegurar por medio de anotación preventiva la efectividad de la manda que le favorece, ya que en el tiempo que debe transcurrir hasta que el heredero adquiera la cosa legada, pudiera aquél resultar defraudado, y por ello se muestra partidario de concederle la anotación propia de los legados de género o cantidad. A esta misma conclusión llega algún otro autor que ha tratado del tema (8).

(4) Op. cit., pág. 494.

(5) Cfr. la cita de Gayoso, en Roca, op. cit., pág. 494.

(6) En este sentido, Muñoz Casillas, *Contestación a las preguntas de Derecho Hipotecario*, 1921, I, pág. 216. También Morell y Terry se expresa a este respecto: que «la anotación no puede tener lugar hasta tanto que se adquiera la finca o se realice esa aceptación. Si no es posible la adquisición, el legatario se convierte en legatario de cantidad» (*Comentarios a la Legislación hipotecaria*, 917, III, pág. 137).

(7) Op. y loc. citados.

(8) Cfr. *Legislación hipotecaria*, de Campuzano, corregida por López Torres, Madrid, 1942, II pág. 17.

Me parece muy razonable la opinión expuesta. Efectivamente, debe proveerse al de cosa ajena, como a los demás legatarios, de un medio que le asegure la efectividad de su legado, y en consecuencia atribuirle la posibilidad de realizar una anotación preventiva sobre los bienes hereditarios, para de ese modo conseguir tal finalidad; las mismas razones que justifican la existencia de esa garantía para los demás legados, pueden ser aducidas para defender su aplicación en el supuesto del de cosa ajena, pues tan digno de protección es ante la Ley este legatario como los favorecidos con cualquier otro tipo de legado, ya que a los mismos peligros que ellos, se encuentra sometido en lo referente a la posible defraudación por parte del heredero gravado.

Por mi parte, no obstante, estimo que no se agotan las posibilidades de garantía del pago del legado de cosa ajena con la anotación preventiva, propia de los de género o cantidad; a mi entender, si bien éste es el cauce adecuado para lograrla en la primera fase del cumplimiento de este legado, es decir, que podrá utilizarse por el legatario desde que se produce la muerte del testador hasta que el heredero adquiere la cosa perteneciente a un extraño, esto no quiere decir que terminen con ello las posibles garantías para el pago de este legado; quiere decir que, una vez la cosa ajena esté nunca en el caudal hereditario, porque al no dero—por haberla adquirido del tercero titular de ella en cumplimiento del mandato del testador—, puede el legatario solicitar nueva anotación preventiva, ésta ya sobre la misma cosa legada que fué adquirida por el heredero, por lo que cabe una anotación del tipo de las que pueden darse sobre bienes inmuebles determinados, que se regulan en el art. 47 de la Ley Hipotecaria.

Se ha opuesto a esta clase de anotación, en el supuesto concreto que nos ocupa, la apreciación de que no resulta posible que la cosa objeto de la disposición testamentaria en poder del heredero proceder del patrimonio del causante no puede estar en su herencia (9).

Frente a esta objeción de Traviesas, se ha argumentado que realmente al adquirir el heredero la cosa ajena, ésta entra a formar parte del caudal hereditario, porque de él salieron los bienes

(9) Traviesas, *Legados*, en «Rev. Der. Priv.». XVIII (1931), pág. 182, nota 20.

utilizados para realizar la adquisición, produciéndose, pues, una subrogación real (10).

Verdaderamente debe considerarse admisible este tipo de anotación, y a ello no es obstáculo el argumento de Travicasas, ya que con independencia de la cuestión acerca de si la cosa ajena llega o no a entrar en el caudal hereditario una vez que la adquiere el heredero obligado al cumplimiento del legado, puede resolverse sobre la conveniencia y posibilidad de conceder una anotación preventiva en esa segunda fase del cumplimiento del legado de cosa ajena.

Unas simples consideraciones alrededor de la obligación que pesa sobre el heredero respecto al pago de este legado, dejarán sentada la conveniencia de admitir esta segunda anotación preventiva que va a recaer directamente sobre la cosa legada por el testador: no debe olvidarse que si bien la primera anotación de este legado, como de género o cantidad, cumple su misión de asegurar en todo caso al legatario la percepción del importe de la cosa ajena, que le será debido cuando al heredero no le sea posible realizar su adquisición a fin de hacerle entrega de ella, en cambio, resultará inadecuada por insuficiente una vez que se haya producido aquella adquisición; en efecto, llegado este momento, desaparece para el heredero la posibilidad de cumplir entregando la justa estimación: el objeto de su obligación, la prestación que debe, será ahora la cosa legada, que él adquirió del tercero que fuera su titular, y sólo cumplirá el legado mediante la entrega de la cosa misma; la obligación subsidiaria de entregar la justa estimación, que es a lo que alcanza la garantía proporcionada por la primera anotación, únicamente entrará en juego en el supuesto de imposibilidad de prestar la cosa *in natura*, supuesto ya descartado desde el instante en que el heredero dispone de la cosa.

Y si como consecuencia de lo expuesto la garantía que produce la anotación del legado de cosa ajena como de género o cantidad, pierde virtualidad porque no puede proporcionarle la seguridad del cumplimiento del legado de la misma forma a que tiene derecho, habrá de proveerse al legatario de un instrumento que le resulte eficaz a la hora de garantizar la percepción de la

(10) Esta es la solución propugnada por Roca Sastre, op. cit., pág. 494.

manda, tal como se había previsto por el testador—es decir, mediante la entrega por el heredero de la misma cosa legada—, y el procedimiento que mejor sirve a estos fines es permitir al legatario que establezca una anotación preventiva sobre la misma cosa legada; la anotación de su crédito, que pudo hacer con anterioridad, sólo le garantiza la justa estimación (11), pero no la entrega de la cosa legada, que es a lo que tiene derecho, y cuya adquisición puede asegurarse por medio de esta segunda anotación preventiva.

Concurre, además, en apoyo de la admisión de este sistema, el hecho de que se dan las mismas circunstancias que, según la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, a que antes aludía, justifica la necesidad de las anotaciones preventivas encaaminadas a asegurar el pago de los legados; también aquí hay un legatario que de momento no puede reclamar la efectividad de su derecho—que es recibir la cosa legada—, y por ello debe instaurarse un medio para evitar que mientras llega el instante en que le sea posible hacerlo, pueda el heredero frustrar su legítimo derecho enajenando aquella cosa objeto del legado, que con anterioridad había adquirido del tercero propietario de ella; y al existir una misma razón de ser, deberá aplicarse un mismo procedimiento.

Conviene recalcar la trascendencia que para el derecho del legatario tiene la admisión de esta segunda anotación preventiva, sobre todo en lo que respecta a la enajenabilidad de los bienes anotados, con las importantes consecuencias prácticas que este hecho supone.

En efecto, mientras que las anotaciones de legados de género o cantidad—que será la que puede realizar el legatario de cosa ajena antes de que ésta sea adquirida por el heredero—atribuyen a sus titulares un verdadero derecho de realización de valor, semejante al de la hipoteca, pero con prelación limitada a los derechos adquiridos con posterioridad a la anotación (12), en cam-

(11) Con esta finalidad, y para resolver las posibles dudas acerca de la cantidad que ha de asegurarse con esta anotación preventiva, es conveniente hacer constar que debe tenerse en cuenta, lo referente a cuál sea la justa estimación de la cosa legada, ya que precisamente es esto lo que se asegura con tal procedimiento.

(12) Roca Sastre, *Derecho Hipotecario* cit., III, pág. 508.

bio, las de legados de cosa determinada inmueble propia del testador—ya la del legado de cosa ajena en la segunda fase de su cumplimiento, es decir, cuando ya la ha adquirido el heredero, que debe asimilarse como se acaba de exponer—, confiere al que la realiza a su favor una doble ventaja.

En primer lugar, la que supone la reserva del puesto registral a la inscripción definitiva, que podrá realizarse cuando se lleve a cabo el cumplimiento completo del legado (en cuyo caso el procedimiento a seguir es el de una simple conversión de la anotación en inscripción) (13); y

En segundo lugar, produce la consecuencia de cerrar el Registro, tal como se prevé en el art. 17 de la Ley Hipotecaria para las anotaciones por defectos subsanables del título o por imposibilidad del Registrador; y la doctrina reconoce la procedencia de tal solución, estimando Roca que en este caso tal poder de cierre es consecuencia lógica del cambio de titularidad que provoca esta anotación preventiva dentro de la temporalidad del asiento; y no porque implican por sí mismas prohibición de disponer, sino porque la relación básica anotada acapara toda la titularidad del inmueble o derecho real, objeto de la anotación, y ello impide la posterior enajenación por parte del heredero (14).

Además, la posibilidad de esta doble anotación cumple otra función: como es sabido, la anotación preventiva de los legados de género o cantidad puede pedirse «sobre cualquiera bienes inmuebles de la herencia», siempre que no se trate de bienes inmuebles legados especialmente a otros (15), y sin que a ello sea obstáculo que los bienes ya estén anotados a favor de otros legatarios (16); pues bien: esta última circunstancia puede provocar que por razón de las cargas o bienes anotados, llegue la anotación, antes de extinguirse, a ser insuficiente para la seguridad del legado, y en este caso, aunque el legatario, al amparo del art. 87 de la Ley Hipotecaria, puede pedir que se constituya sobre otros bienes diferentes, si no los hay el derecho del legatario quedará in-

(13) De acuerdo con la regla 3.ª del art. 197 del Reglamento Hipotecario.

(14) Cfr. la obra citada, III, págs. 415 y sigs., el diferente efecto de la enajenación y gravamen de los bienes afectados por anotaciones preventivas de legado, según sean de género o cantidad o de cosa específica.

(15) Ley Hipotecaria, art. 48.

(16) Arts. 48 y 54 de la Ley Hipotecaria.

suficientemente protegido; de aquí que una solución sea anotar a su favor la cosa que del tercero adquirió el heredero, a fin de asegurar la efectividad de su legado, mientras que la entrega de la cosa ajena por el heredero o legatario gravado, autoriza a convertir la anotación en inscripción definitiva, de acuerdo con lo dispuesto por la regla 3.^a del art. 197 del Reglamento Hipotecario, de aplicación a este supuesto.

Creo que todas estas razones justifican sobradamente la admisión de esa duplicidad de anotaciones para las dos fases sucesivas del cumplimiento del legado de cosa ajena, por no existir consideración que se oponga a ello y ser medio el más eficaz de garantizar los derechos propios del beneficiario de un legado de este tipo.

BERNARDO MORENO QUESADA

Profesor adjunto de Derecho civil
en la Universidad de Granada.