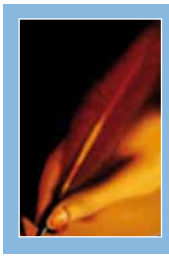

Doctrina

El artículo 885 CC y la cohabitación entre heredero y legatario

LA LEY 3280/2013

El artículo 885 del Código Civil y la cohabitación entre heredero y legatario

Pablo RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA
RODRÍGUEZ-PALMERO Abogados

El análisis de determinados aspectos del art. 885 CC y, en particular, del momento en que el legatario puede pedir la entrega de la cosa legada, obliga a plantearse (de nuevo) el fundamento de aquel precepto. La conclusión aquí alcanzada discrepa de la actualmente mayoritaria, que habla de garantía del pago a acreedores y legitimarios, para volver a situarla en la posesión civilísima de los herederos.

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ARTÍCULO 885 DEL CÓDIGO CIVIL

Como es conocido, en el legado de cosa específica, el legatario está obligado a pedir su entrega al heredero o albacea, sin que le esté permitido tomar por sí la posesión de aquélla. Dice el art. 885 Código Civil (en adelante CC): «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».

Previamente al análisis de las principales cuestiones tratadas en este artículo (la situación existente con anterioridad a la entrega de la cosa, las características de dicha entrega y la protección del derecho del legatario), haremos constar algunas consideraciones generales, que permiten la mejor comprensión del precepto arriba transcrito:

a) La necesidad de que los legados sean entregados por el heredero aparecía ya recogida en el Derecho Romano, en el que se rechazaba también que los legatarios tomasen por sí mismos la posesión de aquéllos.

Tratando del interdicto *quod legatorum*, que permitía al heredero reclamar la entrega de las cosas legadas, para posteriormente ser él mismo quien las repartiera entre los legatarios, decía el Digesto (lib. 43, tít. 3, 1): *«Interdictum quod legatorum apellatur continet hanc causam, quod quis legatorum nomine non ex voluntate heredis pccupavit, id restituat heredi; etenim aequissimum Praetori visum est, unumquemque non sibi ipsum ius dicere occupatis legatis, sed ad herede petere. Regidit igitur ad heredes per hoc interdictum ea, quae legatorum nomine possidentur, ut perinde legatari possint eum convenire»* («el interdicto *quod legatorum* contiene esta causa, que uno le restituya al heredero lo que a título de legado ocupó sin la voluntad del heredero; porque al Pretor le pareció muy justo que cada cual no se definiese a sí mismo al derecho habiendo ocupado los legados, sino que se los pidiera al heredero. Así pues, vuelve a los herederos por medio de este interdicto lo que se posee a título de legado, para que del mismo modo puedan demandarle a él los legatarios»).

En el mismo sentido, las Partidas consideraron que la entrega de los legados era obligación de los herederos (leyes 37 y 38, tít. 9, Part. 6.ª) y de los testamentarios (ley 2, tít. 10, Part. 6.ª).

Coherentemente con tales antecedentes, el proyecto de CC de 1851 decía en su art. 700, con una redacción casi idéntica a la actual: «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 se halle autorizado para darla». Como excepción a tal norma, GARCÍA GOYENA sólo mencionaba el caso en que con anterioridad a la muerte del testador la cosa estuviera en poder del legatario, hipótesis en que afirmaba que «podrá éste retenerla».

b) Respecto del fundamento de la norma, se han enunciado las siguientes tesis:

i) El denominado, en el Derecho Justinianeo, «honor del heredero», de acuerdo con el que aquél quedaba configurado como intermediario entre el testador ya fallecido y los beneficiarios de la herencia a título singular. Consecuencia de tal concepción era la necesidad de que el heredero celebrase un acto formal de entrega de la cosa, así como de investidura de la cualidad de legatario (1).

Este fundamento carece de vigencia en la actualidad, entre otras razones porque —como veremos—, la entrega de la cosa legada no requiere formalidad alguna. A mayor abundamiento, la doctrina y jurisprudencia tienen reconocidos diversos supuestos en los que no es preciso llevar a cabo la entrega prevenida en el art. 885 CC.

ii) Buena parte de la doctrina encuentra el fundamento de la norma en la posesión civilísima que, por ministerio de la ley y desde el momento de la muerte del causante, se produce en favor del heredero (art. 440 CC, párrafo 1.º: «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»).

Siguiendo a VALLET, esta posesión no es una mera ficción o emanación del derecho a poseer, sino una posesión real y verdadera, aunque no material; tal sustrato faculta al heredero para actuar como sigue (2):

— Podrá ocupar, por sí mismo, los bienes hereditarios por nadie detentados.

— Asimismo, mediante el interdicto de adquirir, el heredero podrá reclamar esos bienes cuando estén detentados por meros precaristas (en el sentido amplio que la jurisprudencia atribuye a tal concepto).

— Siempre que tal posibilidad no haya prescrito, el heredero puede promover los interdictos de retener y recobrar la posesión (hoy, la tutela sumaria de la posesión) en caso de perturbación o despojo sufrido por el causante, o acontecido en el período comprendido entre la delación y la ocupación material de los bienes.

Pues bien, tal automática transmisión posesoria en favor del heredero justifica que deba ser éste quien entregue el bien al legatario.

iii) No obstante, actualmente es mayoritaria la tesis que entiende que la necesidad de que

OPINIÓN

El art. 885 CC, relativo a la entrega de la cosa legada, plantea numerosas cuestiones de gran interés, de las que en este artículo únicamente son objeto de análisis algunas de ellas.

Este trabajo constituye un buen ejemplo de hasta qué punto cuestiones como el fundamento o la naturaleza de cierta institución (a menudo menospreciadas) son inescindibles de su régimen jurídico. Así lo demuestra el hecho de que las dudas relativas al fundamento del artículo mencionado aparecen planteadas, no como objetivo inicial de estas líneas, sino sólo como consecuencia del planteamiento de una cuestión muy concreta: la determinación del momento desde el que el legatario está legitimado para solicitar la entrega de la cosa legada.

Asimismo, el artículo es muestra de la posibilidad del surgimiento de dudas sobre cierta postura, considerada pacífica, partiendo de los conceptos esenciales del Derecho; en este caso, de la concepción de la legítima como límite a la voluntad del testador.

Por último, anunciamos que se intentan llenar, al menos en parte, ciertos vacíos detectados en el régimen de la coexistencia que la Ley impone al heredero (poseedor del bien, pero no propietario) y al legatario (propietario pero no poseedor). Al menos en apariencia, esta materia se ha visto tradicionalmente enfocada sin suficiente consciencia de los conflictos a los que puede dar lugar: entre otras causas, porque el legatario, como destinatario final del bien, con frecuencia tendrá mayor interés que el heredero en que éste defienda contundentemente la cosa legada.

la entrega sea llevada a cabo por el heredero constituye una garantía para el correcto reparto de los bienes hereditarios.

Concretamente, se afirma que sólo con posterioridad al pago de las deudas y legítimas es posible determinar si los legados perjudican a acreedores o legitimarios, que tienen preferencia para recibir los bienes hereditarios.

Dice literalmente LACRUZ BERDEJO: «El mantenimiento de la unidad de la posesión de la herencia obedece a una importante razón práctica: los legados, aun de cosa cierta, están subordinados, como hemos visto, al pago de las deudas y satisfacción de las legítimas, y la dispersión de los bienes perjudicaría la integridad de una masa que, al igual que en la vida del causante, sirve de garantía a los acreedores, y ahora especialmente a los legitimarios» (3).

En similares términos se pronuncia ROCA SASTRE, al considerar que la necesidad de autorizar la escritura de entrega es una garantía para el heredero, que debe comprobar si el pasivo hereditario deja un haber líquido suficiente para el íntegro pago del legado, o si conlleva su ineficacia o reducción (4).

Los autores que apoyan este fundamento aducen, finalmente, que es coherente con el art. 1025 CC («Durante la formación del inventario y término para deliberar, no podrán los legatarios demandar el pago de sus legados») y 1027 CC («El administrador no podrá pagar los legados, sino después de haber pagado a todos los acreedores»).

Desde este momento, advierto que no se comparte aquí este fundamento: principalmente, porque la concepción de la legítima como reglamentación negativa, y la consideración de que la entrega de la cosa legada no constituye verdadera *traditio*, resultan incompatibles con la descrita protección preventiva de las legítimas. Como veremos, en nuestro Derecho la legítima únicamente otorga posibilidad de reacción *a posteriori*, esto es, en caso de constatarse que no ha sido respetada, pero no puede influir en el desenvolvimiento de todo el fenómeno hereditario hasta convertirlo en una sucesión de cautelosos pasos tendentes a que la lesión de esa legítima nunca tenga lugar.

II. LA SITUACIÓN JURÍDICA CREADA CON ANTERIORIDAD A LA ENTREGA DE LA COSA LEGADA

Sin duda, una de las cuestiones más interesantes que plantea el art. 885 CC es la situación jurídica que se produce desde el fallecimiento del causante hasta la entrega del bien legado.

Ello requiere poner en relación aquel precepto con el art. 882 del mismo Cuerpo Legal, de acuerdo con el que (siempre que el legado no esté sujeto a término o condición) el legatario es, *ipso iure* y con independencia de su voluntad, propietario del bien desde el fallecimiento del testador. Dice aquel precepto, en su párrafo 1.º: «Cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere, y hace suyos los frutos y rentas pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte». En coherencia con ello, nuestros Tribunales tienen reiteradamente declarado que no son de aplicación a los legados las normas relativas a la aceptación y repudiación de la herencia (arts. 988 y ss. CC).

Como puede comprobarse, de la combinación de los arts. 885 y 882 CC resulta que, durante el período comprendido entre la muerte del causante y la entrega de la cosa legada, su posesión corresponde al heredero, mientras que su propiedad se atribuye al legatario (quien, a pesar de no tenerla en su poder, correrá con el riesgo de su pérdida o deterioro).

La escisión de propiedad y posesión y, por tanto, la necesaria cohabitación entre heredero y legatario, ha sido detallada por la Dirección General de Registros y del Notariado («DGRN»), que ha manifestado que a) la entrega del bien por parte del heredero constituye un requisito complementario para la efectividad del legado, que con anterioridad no puede considerarse plenamente eficaz, y b) no obstante, tal entrega no merece la calificación de *traditio* en el sentido contemplado en los arts. 609 y 1095 CC, pues se lleva a cabo en favor de quien ya es propietario. De acuerdo con ello, ROCA SASTRE habla de una mera puesta en posesión de la cosa legada (5).

La mejor muestra de la postura de la DGRN se encuentra todavía, probablemente, en su famosa resolución de 19 de mayo de 1947 (LA LEY 4/1947), que, basándose en parte en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, se pronunció en los siguientes términos: «Considerando que el art. 882 CC, según el cual se transmite al legatario la propiedad del legado de cosa específica y determinada propia del testador desde que éste muere, es

necesario ponerlo en relación con el 885 del mismo Cuerpo legal (...). Considerando que la Exposición de Motivos de nuestra primitiva Ley Hipotecaria, que por su luminosa doctrina y el acierto que preside su redacción constituye el más valioso elemento interpretativo de nuestro ordenamiento inmobiliario, al tratar de la materia de anotaciones preventivas y referirse a la de legados, consigna: que "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 entregar, pero sin que por ello pueda decirse que ni un solo momento ha estado la cosa en su dominio", y agrega que "mientras llegue 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 estas palabras demuestran que la tradición de la cosa legada compete a los herederos. Considerando que esta solución es la unánimemente proclamada en nuestro Derecho inmobiliario y defendida por los más destacados comentaristas del Código civil, los cuales convienen en que la entrega constituye un requisito complementario para la efectividad del legado (...)».

También los Tribunales mantienen esta doctrina, citando todavía la resolución transcrita; así, por ejemplo, la STS de 21 de abril de 2003 (LA LEY 12683/2003).

En relación con pronunciamientos doctrinales sobre la situación derivada de la combinación de los arts. 882 y 885 CC, destacamos los siguientes:

a) DIAZ CRUZ manifiesta que la armonía entre ambos preceptos no puede ser más clara: efectivamente, la propiedad corresponde al legatario desde la muerte del testador, pero dado que en la mayoría de los casos el objeto legado se encontrará en poder del heredero, el Legislador no ha querido que el legatario se apodere bruscamente de él, debiendo pues solicitar su entrega.

Por esa razón, el autor —al igual que otros muchos— afirma que el art. 885 CC carece de aplicación en los casos en que el legatario se halle en posesión de la cosa con anterioridad al fallecimiento del testador (6).

b) Atendiendo más a los principios sucesorios que a la realidad social, OSSORIO MORALES señala que la prohibición de que legatario prive de la posesión al heredero descansa en la posesión civilísima contemplada en el art. 440 CC (7).

c) Tras destacar la excepcionalidad de la situación, GUTIÉRREZ JEREZ afirma que la adquisición automática de la propiedad proclamada en el art. 882 CC es falsa, cuando menos si no se introducen ciertos matices. A su juicio, lo que el legatario adquiere por ministerio de la Ley es una titularidad sólo plenamente efectiva mediante la entrega de la cosa, de modo que con anterioridad sólo existe, a los efectos de la clasificación formulada por DE CASTRO, una situación jurídica de pendencia y preventiva (8).

Asimismo, afirma GUTIÉRREZ JEREZ que desde el fallecimiento del testador el legatario toma posesión del derecho de propiedad, pero no del bien sobre el que tal derecho recae (9).

Otros autores introducen el mismo matiz; así, CALVO MEIJIDE manifiesta que, admitido en nuestro Derecho que la posesión recaiga sobre derechos, y no sólo sobre cosas (art. 430 CC), al legatario le corresponde la posesión civilísima del derecho al legado, pero no del propio bien objeto de aquél (10).

d) Por mi parte, considero oportuno realizar las siguientes precisiones:

i) La excepcionalidad de la situación derivada de los arts. 882 y 885 CC debe ser relativizada: como explica el propio DE CASTRO, las relaciones jurídicas colocan a las personas en situaciones protegidas de modos muy diversos.

La atribución de un derecho subjetivo constituye la mayor protección que el Derecho puede otorgar, pero existen otras muchas situaciones que el Legislador juzga merecedoras de cierta tutela: entre ellas, revisten especial importancia las situaciones jurídicas interinas, definidas como aquéllas que nacen bajo el signo de la limitación y responden a la finalidad transitoria de mantener determinado *status quo*, en tanto no se den las circunstancias necesarias para que la situación interina sea sustituida por la definitiva.

ii) Situados en el marco de tales situaciones jurídicas interinas, no compartimos que la situación analizada deba calificarse como de pendencia, caracterizadas por otorgar protección interina en favor del titular de un derecho subjetivo transitoriamente indeterminado (por ejemplo, los derechos bajo condición, las sustituciones hereditarias, las reservas o los derechos concedidos al concebido o al ausente).

Tal discrepancia se basa en que, en el caso del legatario que todavía no ha recibido la cosa, el futuro titular del derecho subjetivo pleno (incluida la facultad posesoria) es perfectamente conocido de antemano. En este punto, debe recordarse que la citada resolución DGRN de 19 de mayo de 1947 (LA LEY 4/1947) ya mencionaba la obligación del heredero de no enajenar a un tercero la cosa legada.

En consecuencia, considero que la situación estudiada encuentra mejor cobijo en las denominadas por DE CASTRO titularidades temporalmente limitadas, en las que un derecho subjetivo está meramente aplazado por cierto tiempo.

iii) Desde otro punto de vista, cabría plantearse si la situación del legatario no poseedor encaja en la categoría del *ius ad rem*, que únicamente obtuvo mejor acogida en Derecho español tras el cambio de denominación impuesto por BUSSI, que calificó como *expectativa jurídica* aquella situación que otorga cierta protección a la esperanza de adquisición de un derecho todavía no perfeccionado por faltar alguno de los elementos legalmente exigidos (11).

A mi juicio, la subsunción de la situación en esta categoría no puede descartarse, en parti-

cular considerando que la existencia de *ius ad rem* ha sido singularmente apreciada —como lo demuestran ciertos pronunciamientos de la DGRN, y revela PUIG BRUTAU, basándose en RAISER (12)— en los casos en que, exigiendo la plena constitución o eficacia de un derecho real la inscripción registral, ello todavía no ha tenido lugar, dándose entre tanto lugar a una anotación preventiva. Debe recordarse que el legatario tiene la posibilidad de obtener la anotación preventiva de su derecho, de acuerdo con los arts. 42.7.º y 47 Ley Hipotecaria (en adelante LH) («El legatario de bienes inmuebles o de créditos o pensiones consignadas sobre ellos podrá pedir en cualquier tiempo anotación preventiva de su derecho»).

III. ALGUNOS ASPECTOS SOBRE LA ENTREGA DE LA COSA LEGADA

Dedicamos este apartado a analizar ciertas cuestiones específicas relativas a la entrega de la posesión contemplada en el art. 885 CC; concretamente a) el modo en que dicha entrega debe realizarse; b) las personas potencialmente involucradas en ella, y c) la determinación del momento en que la entrega puede ser reclamada por parte del legatario.

a) En relación con el modo en que debe efectuarse la entrega, debe consignarse lo siguiente:

i) No requiere ninguna formalidad específica, obviamente salvo que se pretenda su acceso al Registro de la Propiedad, caso en que deberá cumplirse lo prevenido en el art. 81 Reglamento Hipotecario (en adelante RH).

De hecho, es comúnmente admitido que la entrega puede ser tácita, e incluso que puede tener lugar mediante la ocupación del bien por el legatario, siempre que medie el consentimiento del heredero; así lo afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1966: «(...) la entrega simple del legado u ocupación consentida por el heredero, al no exigirse una forma especial para la entrega por el art. 885 CC, precepto que sólo prohíbe al legatario ocupar la cosa legada por su propia autoridad, no negando la posibilidad de aquella entrega simple u ocupación consentida por el heredero».

ii) Caso de que la cosa legada se halle gravada con algún derecho real, el heredero no está obligado a liberarlo para a continuación entregar al legatario el pleno dominio; así se deriva del art. 868 CC: «Si la cosa legada estuviere sujeta a usufructo, uso o habitación, el legatario deberá respetar estos derechos hasta que legalmente se extingan».

Si la cosa está gravada con algún derecho real de garantía (salvo que el testador disponga otra cosa: posibilidad generalmente aceptada), la obligación garantizada deberá ser pagada por el heredero, pues constituye un pasivo de la herencia. Si sobre la cosa pesa cualquier otra carga, ésta pasará al legatario (art. 867 CC).

Se reconoce una excepción a la improcedencia de que el contador-partidor entregue los legados: que se trate de un albacea, con las facultades reconocidas en el art. 902 CC, en el que concurra, además, aquella condición

iii) Los gastos necesarios para la entrega —entre los que suelen comprenderse los derivados de que aquélla se efectúe en cierto lugar, o mediante documento público— serán de cargo de la herencia, siempre que no perjudiquen las legítimas (art. 886, párrafo 3.º, CC).

En relación con los gastos en que el heredero haya tenido que incurrir para la conservación de la cosa legada, se aplicará el general art. 453 CC, que obliga a su reembolso, en su caso con derecho de retención en favor del poseedor (al mismo resultado lleva, por cierto, la aplicación analógica del art. 1779 CC propuesta por algunos autores).

El heredero no incurrirá en responsabilidad en caso de evicción o vicios ocultos de la cosa legada, pues el art. 860 CC sólo la impone si la cosa fuere indeterminada y se señalase sólo por su género y especie.

Por último, si bien es cierto que el legado se extingue cuando la cosa perece en vida del legatario, o después sin concurrir culpa del heredero (art. 869.3.º CC), algunos autores —por ejemplo, GUTIÉRREZ JEREZ, siguiendo a ALBADALEJO— consideran que, en tal hipótesis, debe presumirse que la voluntad del testador fue que el legatario percibiese el valor de la cosa perdida. Si la pérdida tuvo lugar tras el fallecimiento del testador, procede aplicar las disposiciones generales contenidas en los arts. 1182 y ss. CC (13).

b) Más controvertidas se presentan las cuestiones que afectan a las personas involucradas en la entrega, como pasamos a comprobar:

i) Caso en que existan varios herederos, la petición de entrega del legado debe trasladarse a todos ellos, quienes decidirán por mayoría cualquier cuestión a aquélla relativa, por aplicación de los arts. 398 (sobre la comunidad ordinaria) y 895 CC (sobre los albaceas mancomunados).

En coherencia con ello, no es admisible que uno de los herederos realice por sí solo la entrega, sin constar la renuncia del resto, como manifiesta la resolución DGRN de 25 de septiembre de 1987 (LA LEY 3994/1987): «Tratándose, pues, de una herencia a que están llamadas diferentes personas no puede uno solo de los llamados sin constarle renuncia de los demás hacer entrega del legado de cosa específica. Pues no sólo él, sino todos los herederos están gravados con el legado (cfr. art. 100 de la Compilación), y sin consentimiento de las personas gravadas no podrá el legatario tomar posesión por su propia autoridad de la cosa o derechos legados (cfr. art. 222 de la Compilación de Cataluña)».

En cualquier caso, la facultad decisoria de los herederos tiene un límite: en ningún caso puede implicar una negativa a entregar el legado y, por tanto, a cumplir la voluntad establecida por el testador (14).

En caso de que existan varios legatarios, la STS de 25 de mayo de 1992 (LA LEY/3231/1992) habla de una correlativa existencia de una comunidad ordinaria sobre la cosa legada.

ii) Como hemos visto, el albacea estará legitimado para entregar el bien cuando «se halle autorizado para darla» por el testador.

Tal necesidad de autorización nos remite a las facultades específicas que el testador puede otorgar al albacea con base en el art. 901 CC («Los albaceas tendrán todas las facultades que expresamente les haya conferido el testador, y no sean contrarias a las leyes»), y cuya distinción de aquéllas que deben entenderse naturalmente comprendidas en el albaceazgo (art. 902 CC) resulta a menudo dificultosa.

Acerca de esta cuestión, la resolución DGRN de 12 de julio de 1974 entendió, en un caso en que el testador hizo constar que el albacea tenía todos los derechos anejos a su cargo, que la facultad de entrega no había sido otorgada; no obstante, la resolución de 27 de febrero de 1982 sí consideró concedida tal facultad habiendo sido dotado el albacea de «las más amplias facultades».

En cualquier caso, existiendo herederos, el albacea deberá contar con su beneplácito, pues también lo necesita para pagar los legados en metálico (art. 902 CC).

iii) Como autorizado a entregar la cosa legada, el art. 81, apartados b) c) y d), del Reglamento Hipotecario cita al contador-partidor,

quien además parece poder llevar a cabo aquélla sin consentimiento de los herederos: singularmente, nótese que el apartado d) cita al contador-partidor sin más especificación, mientras al mencionar a continuación al albacea, inmediatamente precisa que éste debe estar facultado.

La lectura de aquel artículo plantea, pues, dos cuestiones: de un lado, si el contador-partidor está efectivamente legitimado para la entrega de la cosa legada; de otro lado, si esa legitimación requiere o no del consentimiento de los herederos.

Para responder tales interrogantes, resulta útil consignar una breve mención a la delimitación de los cargos de albacea y contador-partidor, cuestión sobre la que se han sostenido posturas diversas:

— Algunos autores, como CASTÁN u OGAYAR, manifiestan que albacea y contador-partidor son figuras netamente diferenciadas: así, mientras al segundo le corresponde la partición, el albacea debe ejecutar las demás operaciones necesarias para cumplir la voluntad del testador.

Si bien estos autores admiten que puede atribuirse al albacea la facultad de partir, entienden que en ese caso los cargos no se confunden, sino que simplemente concurren en la misma persona (15).

— Por su parte, ALBADALEJO manifiesta que el contador-partidor es un albacea con la específica misión de contar y partir, bien como única facultad (en cuyo caso nos hallaremos ante un albacea particular), bien conjuntamente con otras (hipótesis en la que nos encontraremos ante un albacea universal) (16).

— Nuestro Tribunal Supremo, sin diferenciar con precisión ambas figuras, aplica analógicamente al contador-partidor las reglas del albaceazgo.

De acuerdo con ello, pasamos a dar respuesta a las preguntas antes formuladas:

— A pesar de que algunos autores han destacado la utilidad de la mención al contador-partidor en el RH (17), la mayoría manifiesta que aquélla infringe el art. 885 CC.

Se reconoce, no obstante, una excepción a la improcedencia de que el contador-partidor entregue los legados: que se trate de un albacea (con las facultades reconocidas en el art. 902 CC) en el que concurra, además, aquella condición.

— Reunidos ambos cargos en la misma persona, pudiera llegar a pensarse que existe una contradicción en cuanto a su capacidad de actuación, pues —se ha alegado— como albacea requiere autorización de los herederos para entregar, mientras que como contador-partidor no le sería precisa aquella autorización.

No obstante, dado que el principio de legalidad impone la prevalencia del art. 885 CC, debe entenderse que la autorización de los herederos será siempre preceptiva. En este sentido, la resolución DGRN 12 de julio de 1974, que, tras manifestar que los albaceas no investidos de tal específica facultad no pueden entregar la cosa legada, añade que ello no se ve alterado por el hecho de que aquéllos tengan la adicional condición de contadores-partidores. Puede leerse: «(...) la cuestión concreta que plantea este expediente es si unos albaceas contadores-partidores nombrados «con todos los derechos y obligaciones anejos a dicho cargo» pueden hacer entrega de un legado consistente en bienes inmuebles determinados, sin el consentimiento de los herederos, y sin haber realizado operación particional alguna (...) no aparecen expresamente facultados para la operación realizada en la escritura discutida pues solamente se les ha conferido las de tipo general, señaladas en el art. 902 del Código Civil y que no se discuten, y al no haber comparecido los herederos a prestar su consentimiento, adolece dicho acto del defecto señalado en la nota de calificación. QUINTO.- que la circunstancia de que los albaceas tengan además la cualidad de contadores-partidores, no influye para entenderse alterada la doctrina expuesta —aparte de que en la escritura comparecen únicamente con el primer carácter— ya que por faltar en el Código Civil una regulación completa de la figura del contador-partidor, la jurisprudencia ha declarado ya, en principio, le serán aplicables las mismas normas del Albaceazgo, si bien teniendo en cuenta la propia función del cargo, que es la de contar y partir, —e incluso para que pudieran ostentar las del art. 1057 CC— sería necesario una especificación más explícita que en este supuesto no ha tenido lugar».

iv) Un último interrogante cabe plantearse en relación con las personas involucradas en la entrega: si, cuando la cosa legada se halle en poder de un tercero, es necesario que el legatario le pida que la ceda al heredero para que éste se la entregue a él, o puede reclamarla directamente para sí.

Con carácter general, los autores se inclinan por la segunda posibilidad, pudiendo hacer uso el legatario de la acción reivindicatoria o de cualquier otra vía derivada del origen de la posesión del tercero. No obstante, en estas hipótesis debe tenerse particularmente en cuenta la posibilidad de que esa reivindicación no prospere por el juego de los arts. 464 CC (en relación con bienes muebles) y 34 LH (en relación con los inmuebles) (18).

c) Por último, una vez el heredero o albacea han aceptado, respectivamente, la herencia y el cargo, nos planteamos desde qué momento el legatario puede reclamar la entrega de la cosa legada.

Dejando al margen la posibilidad de que el testador haya previsto alguna especialidad, o de que nos hallemos ante algún caso excepcional (por ejemplo, arts. 196, 1025 y 1027 CC), nos preguntamos si para cursar aquella reclamación debe esperarse a que el heredero haya llevado a cabo la liquidación y partición de la gerencia.

i) La mayoría de los autores manifiesta que tal petición sólo puede ser efectuada una vez llevadas a cabo tales operaciones, pues únicamente entonces es posible comprobar si los legados tienen cabida en la cuota de la que el testador puede disponer, sin causar perjuicio a los herederos forzosos (19).

Ésta es también la postura mantenida por la DGRN, que por tanto sólo permite la entrega con anterioridad a ese momento cuando los legitimarios concurran a la ella, o permitan que se haga sin su concurso. Dice la resolución de 27 de febrero de 1982: «(...) aun cuando la entrega de los legados puede hacerse por los albaceas, si éstos se hallan autorizados para ello por el testador, por permitirlo así el art. 885 CC, para que aquélla pueda tener lugar, debe preceder la liquidación y partición general de la herencia, 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, a no ser que los expresados herederos concurran también a la entrega o manifiesten su conformidad con que ésta se efectúe sin cumplir dicha formalidad, pues al constituir una garantía y un derecho en favor de los mismos, claro es que pueden renunciar a él, si tienen la necesaria capacidad legal».

En el mismo sentido, la resolución de 20 de septiembre de 1988 (LA LEY 1690/1988): «Tercero. El segundo extremo de la nota de calificación plantea la cuestión de decidir si es posible la entrega de legados de cosa específica habiendo herederos forzosos que no prestan su consentimiento y sin que conste haberse realizado el inventario, la liquidación y adjudicación de la herencia en su totalidad y, consiguientemente, sin que haya sido determinado el haber hereditario correspondiente, en el presente caso, a la heredera legitimaria que no interviene en la escritura (sí intervienen y consienten los otros dos hermanos que son, además, los legatarios). Sobre esta cuestión persiste la doctrina de la Resolución de 27 de febrero de 1982: no es posible la entrega 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 la heredera forzosa 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». Y evidentemente no equivale a esta exigida liquidación general previa, la inconcreta afirmación realizada en la escritura por el comisario contador-partidor y los otros dos hermanos de que la heredera legitimaria «ya recibió en vida del testador o causante su parte hereditaria»».

ii) Otros autores, singularmente CALVO MEIJIDE, defienden que el heredero está obligado a entregar el legado desde la aceptación de la herencia, con independencia de que más adelante, al llevar a cabo la partición, pueda comprobarse que el legado resulta inoficioso y debe ser consecuentemente reducido.

Este autor invoca los siguientes argumentos: primero, el respeto a la voluntad del causante como regla esencial del fenómeno sucesorio, que obliga a que el legado por él ordenado sea entregado sin considerarlo sujeto a ningún término o condición; segundo, la analogía con las donaciones, que pasan al patrimonio del donatario y cuya eventual inoficiosidad sólo será detectable más tarde (20).

iii) Por mi parte, comparto la tesis de CALVO MEIJIDE; no obstante, en su argumentación echo en falta los dos principales argumentos que justifican la posibilidad de reclamar la entrega aun antes de liquidación y partición; a saber:

— Que, en lo que atañe a la invocada protección de los legitimarios, así lo impone la concepción funcional de la legítima como reglamentación negativa o de freno, de acuerdo con la cual aquélla no constituye un límite apriorístico a la voluntad del testador, sino únicamente la concesión, caso de verse infringida, de la posibilidad de reacción.

Así se desprende, en particular, de los arts. 815 («El heredero forzoso a quien el testador haya dejado, por cualquier título, menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma»), 817 («Las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas») y 820 CC (que prevé, una vez fijadas la legítimas, el orden en que deben ser reducidas otras disposiciones).

— Que esa conclusión se ve reforzada por el hecho de que, como hemos visto, la entrega del legado no constituye una *traditio* ni, por tanto, un acto de disposición en sentido estricto, sino la mera culminación de la voluntad del testador en relación al destino de cierto bien.

Un último comentario debe hacerse constar: la admisión de la posibilidad de reclamar la cosa legada desde la aceptación de la herencia, sin esperar a su liquidación y partición, deja vacío de contenido el fundamento mayoritariamente otorgado al art. 885 CC: la necesidad de constatar, previamente a la entrega, si el legado perjudica o no las legítimas.

Pues bien, a mi juicio ello obliga a volver, como fundamento de la norma estudiada, a la posesión civilísima del heredero, algo que a su vez conlleva importantes consecuencias prácticas (en particular, respecto de sus excepciones, en las que no es posible entrar en este momento).

IV. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DEL LEGATARIO

Anteriormente hemos realizado algunas observaciones acerca de la naturaleza del derecho del legatario durante el período previo a la recepción de la cosa.

Más concretamente, nos corresponde en esta sede llevar a cabo una incursión en las vías existentes para la protección del derecho del legatario no poseedor, materia en la que destaca la ausencia de una previa exposición sistemática.

Tratando de llenar tal vacío, analizaremos: primero, la protección del bien legado por el heredero; segundo, la protección de su derecho por el legatario, y tercero, la protección que el legatario puede llevar a cabo frente a ciertos comportamientos del propio heredero, pues la doble condición en que se encuentra el bien (su propiedad corresponde al legatario; su posesión al heredero) impone una cohabitación propicia para el surgimiento de conflictos entre esas personas.

1. Protección del bien legado por parte del heredero

Como consecuencia natural de su condición de poseedor del bien (arts. 441 y 446 CC), al heredero corresponden, en exclusiva, las facultades de tutela sumaria de la posesión —entre otros, GUTIÉRREZ JEREZ (21)— o el ejercicio de la acción de desahucio; respecto de esta última, así lo entendió ya la STS de 29 de mayo de 1963: «el tema litigioso se reduce a determinar si el adjudicatario con título inscrito en el Registro de la Propiedad está legitimado para el ejercicio de la acción de desahucio (...) y en tal supuesto es obvio que el heredero adjudicatario mediante la partición no sólo ha adquirido el dominio individual de lo adjudicado de acuerdo con lo previsto en el art. 1068 del Código sustantivo, sino que se ha subrogado en todos los derechos y acciones del causante sobre la finca (...) aunque el legatario adquiere la propiedad de la cosa legada desde la muerte del testador a tenor de lo dispuesto en el art. 882 del Código sustantivo, ello no le faculta por sí Dará ocupar la cosa, sino que conforme a lo previsto en el 885 ha de pedir su entrega y posesión al heredero o albacea, lo que constituye, según sentencia de esta Sala de 19 de mayo de 1947, un requisito complementario para la efectividad del legado, con todo lo cual queda claro que la cosa la retiene en su poder o posesión el heredero, mientras no la haya entregado, razón que robustece la tesis antes expuesta, que está legitimado para el ejercicio de las acciones propias de esta clase de juicios, reducido por naturaleza a cuestiones posesorias».

2. Protección del bien legado por parte del legatario

i) Frente a cualquiera que pretenda desconocer la propiedad del legatario, éste puede ejercitar, al margen de la correspondiente acción declarativa, la reivindicatoria.

ii) No obstante, una vez anotado preventivamente su derecho (arts. 42 y 47 LH), el legatario no podrá beneficiarse de la protección concedida por el art. 41 LH, por cuanto la acción ahí prevista sólo se concede a los titulares de derechos inscritos («las acciones reales procedentes de derechos inscritos», reza el precepto).

iii) Asimismo, cabe plantearse la posibilidad de reacción del legatario en los casos en que, frente al ataque posesorio de un tercero, el heredero permanezca impasible.

A mi juicio, el legatario sí dispone de tal capacidad, con base, entre otros, en los siguientes preceptos:

— El art. 1111 CC, que regula la acción subrogatoria. Contra esta posibilidad pudiera argüirse que esa acción está prevista para la protección del acreedor, no de quien ya es propietario.

No obstante, no debe olvidarse el amplísimo concepto generalmente concedido a la expresión «derechos y acciones» contenida en el precepto, así como que el legatario, además de propietario, es acreedor a la entrega de la posesión, que puede solicitar mediante la acción personal *ex testamento*.

En cualquier caso, es claro que el precepto revela la posibilidad de proteger situaciones análogas a las del legatario no poseedor, al impedir que la pasividad del titular

del derecho subjetivo (que pudiera no estar interesado en su ejercicio) pueda perjudicar a terceros (que sí tienen interés legítimo en que aquel derecho sea ejercitado).

Para evitar que el heredero transmita el bien a un tercero de quien el legatario pudiera no recuperarlo, puede solicitar la anotación preventiva de su derecho, lo que enervará la protección basada en la fe pública registral

—A la misma conclusión conduce la protección que al acreedor condicional dispensa el art. 1121 CC («El acreedor puede, antes del cumplimiento de las condiciones, ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho»).

Es más: tal protección debe concederse al legatario con mayor motivo que al acreedor condicional, pues mientras éste puede o no devenir acreedor definitivo, el legatario culminará con seguridad (salvo que el heredero incumpla sus obligaciones) la adquisición de todas las facultades integrantes del derecho subjetivo de propiedad.

— Por último, citamos el art. 1937 CC: «Los acreedores, y cualquier otra persona interesada en hacer valer la prescripción, podrán utilizarla a pesar de la renuncia expresa o tácita del deudor o propietario».

De nuevo, el precepto recoge el principio que permite al legatario protegerse de la inactividad del heredero: que los interesados en que determinado derecho se mantenga o conserve puedan actuar a pesar de que no lo haga así el titular del derecho subjetivo directamente afectado.

3. En particular, la protección instada por el legatario frente al heredero

Como hemos dicho, la concurrencia de derechos de dos personas sobre un mismo bien obliga a la cohabitación o convivencia entre el heredero (poseedor no propietario) y el legatario (propietario no poseedor, pero que aspira a adquirir en breve esa segunda condición).

Analicemos algunos supuestos que pueden dar lugar a conflictos entre tales personas:

i) En ocasiones, el heredero (normalmente, ante el escaso atractivo económico de la herencia) puede no aceptarla ni la repudiarla, alargando de este modo una situación de incertidumbre a la que el legatario estará interesado en poner fin.

Si bien la citada resolución DGRN de 19 de mayo de 1947 (LA LEY 4/1947) ya planteaba tal posibilidad (último Considerando: «no cabe desconocer situaciones en que por falta de activo hereditario o escasa cuantía del mismo, los herederos carezcan de interés para aceptar la herencia y dificultan con su actitud pasiva la entrega de los legados establecidos»), a continuación afirmaba que una mejor protección del legatario en estos supuestos debería pasar por una reforma legislativa.

Por mi parte, considero que, sin necesidad de dicha reforma, el legatario dispone de medios suficientes para la protección de su derecho; por ejemplo:

— La *interpellatio in iure* reconocida en los arts. 1004 y 1005 CC, de acuerdo con los que puede requerirse al heredero para que acepte o repudie, entendiéndose, de no manifestar nada, que la acepta.

— La petición de nombramiento de administrador prevista en el art. 1026 CC («Hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios, se entenderá que se halla la herencia en administración. El administrador, ya lo sea el mismo heredero, ya cualquiera otra persona, tendrá, en este concepto, la representación de la herencia, para ejercitar las acciones que a ésta competan y contestar las demandas que se interpongan contra la misma»).

ii) Para evitar que, incumpliendo sus obligaciones, el heredero transmita el bien a un tercero de quien el legatario pudiera no recuperarlo, puede solicitar la anotación preventiva de su derecho, lo que enervará la protección basada en la fe pública registral.

Si el legatario no lo hizo así, o se trata de bienes muebles, únicamente podrá reclamar del heredero la indemnización equivalente al valor del bien que debió entregar.

iii) Con carácter general, para obtener la entrega de parte del heredero, el legatario dispone de dos acciones: la acción reivindicatoria y la personal *ex testamento*.

Obviamente, el momento en que tales acciones puedan ejercitarse dependerá de la postura que se adopte en relación a si la entrega de los legados debe o no llevarse a cabo tras la liquidación o partición de la herencia. ■

NOTAS

(1) MUCIUS SCAEVOLA, «Código Civil español», tomo III, Madrid, 1904, págs. 360 y ss.

(2) Juan VALLET DE GOYTISOLO, Apuntes de Derecho sucesorio, Madrid, 1955, págs. 288 a 290.

(3) José Luis LACRUZ BERDEJO, Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones, Ed. Bosch, Barcelona, 1993, pág. 268.

(4) Ramón María ROCA SASTRE, Derecho Hipotecario, tomo II, 5.ª edición, Barcelona, 1968, pág. 600.

(5) Ramón María ROCA SASTRE, Anotaciones al Derecho de Sucesiones de Kipp, tomo V, volumen 2.º, pág. 170.

(6) Mario DIAZ CRUZ, Los legados, Ed. Reus, Madrid, 1951, págs. 590 y 591.

(7) Juan OSSORIO MORALES, Manual de la Sucesión Testada, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pág. 375.

(8) Federico DE CASTRO Y BRAVO, Compendio de Derecho civil. Introducción y derecho de la persona, 5.ª ed., Madrid, 1970, pág. 136.

(9) Luis Javier GUTIÉRREZ JEREZ, «Sobre el art. 885 del CC y la entrega de los legados», Revista Jurídica del Notariado, núm. 80, octubre-diciembre 2011, págs. 54 y otras.

(10) Alberto CALVO MEIJIDE, La posesión en el Derecho hereditario, Ed. Trivium, Madrid, 1991, pág. 105.

(11) Emilio BUSSI, La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune, Padova, 1937, pág. 10.

(12) José PUIG BRUTAU,«Fundamentos de Derecho Civil, tomo III-1.º, Ed. Bosch, Barcelona, 1978, pág. 19 y siguientes.

(13) LUIS Javier GUTIÉRREZ JEREZ, ob. cit., pág. 75.

(14) Por todos, Luis Javier GUTIÉRREZ JEREZ, ob. cit., pág. 64.

(15) Tomás OGAYAR Y AYLLÓN, Contadores-partidores mancomunados: caducidad de su nombramiento, Ed. Reus, Madrid, 1960.

(16) Manuel ALBADALEJO GARCÍA, Comentarios al Código Civil y las Compilaciones forales, tomo XII, volumen 1, Ed. Revista de Derecho Privado.

(17) Por ejemplo, JOSÉ PUIG BRUTAU, ob. cit., págs. 416 y 417.

(18) Mario DIAZ CRUZ, ob. cit., págs. 591 y 592.

(19) Por ejemplo, José Luis ALBÁCAR LÓPEZ y JAIME DE CASTRO GARCÍA, Código Civil. Doctrina y jurisprudencia, Ed. Trivium, Madrid, 1991, pág. 883.

(20) Alberto CALVO MEIJIDE, ob. cit., pág. 113.

(21) Luis Javier GUTIÉRREZ JEREZ, ob. cit., pág. 57.