

las inscripciones se remiten a la novena y sexta. C) En la inscripción 23, de fecha 10 de junio de 1976, se hace constar que según reciente medición la superficie es de 30 metros cuadrados. Que según el acta de notoriedad y el informe del arquitecto, aportadas en el recurso gubernativo, en la planta baja hay dos tiendas ($31,75 \text{ m}^2 + 39,42 \text{ m}^2 = 71,17 \text{ m}^2$) mas la superficie ocupada por el portal y las escaleras de acceso a los pisos superiores. Que como fundamentos de derecho hay que señalar: 1. Que la cuestión objeto del recurso ha variado al haberse aportado documentación complementaria con dicho recurso; pues según dicha documentación la otra tienda sigue existiendo y con una superficie de 39,42 metros cuadrados construidos y 34,18 metros cuadrados útiles, a los que hay que añadir el portal y las escaleras. 2. Que, por lo tanto, la cuestión planteada es si se puede inscribir un exceso de cabida respecto de un elemento de un edificio al que se aplica la Ley de Propiedad Horizontal aunque no tenga título constitutivo, que ha sido declarado en expediente de dominio, en el cual solo se ha tenido en cuenta una superficie de 30 metros cuadrados en el edificio, y según los datos registrales dicho exceso ya ocupa la total superficie del solar, por lo que ambas mediciones son incompatibles y debería procederse previamente a la rectificación de la superficie del edificio en su conjunto. 3. Que dicho edificio está sujeto a la Ley de Propiedad Horizontal, artículo 2 de la Ley 8/1999, de 6 de abril, sobre Propiedad Horizontal, y para cualquier modificación de la misma (por ejemplo, el solar) es necesario el consentimiento unánime de todos los propietarios (cfr., Resolución de 5 de junio de 1998). 4. Que debe tenerse en cuenta lo que dice la Resolución de 2 de marzo de 2001 y 23 de noviembre de 2000. Que según lo expuesto se considera que para hacer constar el exceso de cabida de un elemento del edificio, al que se le aplica la Ley de Propiedad Horizontal, cuando este exceso es incompatible con la superficie atribuida al edificio, exige una previa rectificación de dicha superficie solar, debiendo constar el consentimiento de los demás propietarios del edificio, ya que ésta es una rectificación que afecta a sus derechos inscritos en el Registro de la Propiedad, pudiendo ser un título hábil el de constitución de régimen de propiedad horizontal, pero no considerándose suficiente el auto judicial declarando el exceso de cabida de dicho elemento.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 2, 5, 12 y 17 de la Ley de Propiedad Horizontal, 200 y 201 de la Ley Hipotecaria y 272 y siguientes de su Reglamento, así como las Resoluciones de esta Dirección General de 19 de noviembre de 1988, 2 de febrero de 2000 y 2 de marzo de 2001.

1. Se presenta en el Registro testimonio de un Auto dictado en expediente de dominio con objeto de hacer constar en el Registro la mayor cabida de un local comercial. Dicho local está sito en un edificio en propiedad horizontal, aunque la misma no se halla inscrita formalmente, por ser las primeras inscripciones de principios de siglo, y no haberse adaptado a la Ley de 21 de julio de 1960. Del expediente, que declara acreditada la mayor cabida, resulta que el edificio ocupa un solar de 30 metros cuadrados, y el local a que se refiere el mismo figura inscrito con una superficie de 11 metros cuadrados diciéndose que mide realmente 25,79 metros cuadrados útiles. Del Registro resulta que en la planta baja, además del citado local existe otro y las escaleras de subida a los pisos superiores.

El Registrador suspende la inscripción porque, en virtud de los datos anteriores, duda sobre la identidad de la finca estimando que el expediente encubre una adquisición del otro local.

El interesado aporta en el recurso acta notarial de presencia, unida a planos y certificados de arquitecto de donde parece desprenderse que el error radica en la inscripción, pues el local objeto del recurso tiene la superficie aludida, y los otros 39,18 metros cuadrados útiles.

2. El artículo 326 de la Ley Hipotecaria impide tener en cuenta documentos no presentados al Registrador al momento de la calificación, sin perjuicio de, en su caso, volverlos a presentar para una nueva calificación.

3. El recurso ha de ser estimado. Resulta del testimonio del Auto que se ha citado a todos los colindantes —incluido el Ayuntamiento por razón de la vía pública—, e incluso a todos los demás conductores de los pisos que componen la finca, ninguno de los cuales ha comparecido. Por ello, a la afirmación del Juez de que está acreditada la mayor cabida no puede oponerse, como hace el Registrador, dudas sobre la identidad de la finca, cuestión cuyo juicio depende exclusivamente del Juez, y así lo entiende el Reglamento hipotecario que estima tal objeción aplicable en exclusiva a la inscripción de excesos de cabida mediante título público, que es el que regula su artículo 298.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su

notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 10 de mayo de 2002.—La Directora general, Ana López-Monís Gallego.

Sr. Registrador de la Propiedad de Markina.

13540 *RESOLUCIÓN de 15 de mayo de 2002, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Tudela del Duero don José Antonio Gutiérrez Enríquez, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Valladolid número 5, doña María José Triana Álvarez, a inscribir una escritura de adjudicación de herencia y declaración de obra nueva.*

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Tudela del Duero don José Antonio Gutiérrez Enríquez, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Valladolid número 5, doña María José Triana Álvarez, a inscribir una escritura de adjudicación de herencia y declaración de obra nueva.

Hechos

I

El 12 de diciembre de 2001, ante el Notario de Tudela de Duero don José Antonio Gutiérrez Enríquez, fue otorgada escritura de liquidación de sociedad de gananciales y adjudicación de herencia y declaración de obra nueva, causada por el fallecimiento de don Jesús Manuel G. A., fallecido bajo testamento abierto otorgado el 7 de octubre de 1999, ante el Notario de Laguna de Duero doña María Cruz Cano Torres en el que lega a su esposa el usufructo universal y vitalicio de todos los bienes que compongan la herencia con relevación de las obligaciones de hacer inventario y prestar fianza, e instituye herederas universales, por iguales partes, a sus hijas doña Noelia y doña Verónica, a quienes sustituirán legalmente sus descendientes. En la citada escritura interviene su esposa doña Marina F. D., en su nombre y derecho y, además, de por sí, en representación de sus dos hijas, y se procede por ella a liquidar la sociedad de gananciales; a realizar las operaciones de adjudicación de herencia; a determinar unilateralmente que la obra nueva que se declara fue realizada a expensas de su sociedad de gananciales.

II

Presentada copia de la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Valladolid número 5, fue calificada con la siguiente nota: «Presentado el precedente documento el 16 de 2002, bajo el asiento 1.005 del Diario 30, acompañado de los siguientes documentos: 1. Testimonio expedido el 18 de diciembre de 2001, por el Notario de Tudela de Duero don José Antonio Gutiérrez Enríquez, de la diligencia otorgada con la misma fecha, por don Alfonso Capellán Velasco. 2. Copia autorizada del testamento otorgado por don Jesús Manuel González Almaraz, el 7 de octubre de 1999, ante el Notario de Laguna de Duero doña María Cruz Cano Torres, número 2.500 de su protocolo, expedida por el citado Notario el 29 de noviembre de 2000. 3. Los certificados de defunción y del Registro General de Actos de Última Voluntad del causante; solicitando se practique las operaciones en el mismo contenidas, sobre la finca rústica en Traspinedo, única radicante en este distrito hipotecario; el Registrador que suscribe ha procedido a su calificación y, previo examen de los antecedentes del Registro, ha resuelto no practicar la operación solicitada por observarse el defecto insubsanable de que compareciendo doña Marina F. D., además de por sí, en nombre y representación de sus hijas menores doña Noelia Marina y doña Verónica G. F., se procede por ella a determinar unilateralmente que la obra nueva que se declara fue realizada a expensas de su sociedad de gananciales y adjudicarse más de lo que por su legítima le corresponde, produciéndose en consecuencia una situación de conflicto de intereses entre la madre y sus hijas menores, que hace preciso el nombramiento de un defensor judicial que represente a las menores en la liquidación de la sociedad de gananciales y partición de herencia —artículo 163 del Código Civil— y que, en su caso, todo ello sea aprobado judicialmente, —artículo 1.060, párrafo 2.º, del Código Civil. Además se observa que, en descripción de la tierra, se dice que linda: Este, Nicolás Aguado, mientras que del Registro y de la obra nueva resulta ser Nicasio Aguado. Contra la presente calificación podrá interponerse recurso ante la Direc-

ción General de los Registros y del Notariado, según el trámite previsto en los artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria, en el plazo de un mes desde la fecha de la notificación de la calificación, recurso que se deberá presentar en este Registro de la Dirección General de los Registros y del Notariado, debiéndose acompañar el título objeto de la calificación, en original o por el testimonio y una copia de la calificación efectuada. La resolución expresa o presunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado será recurrible ante los órganos del orden jurisdiccional civil, siendo de aplicación las normas del juicio verbal. La demanda deberá interponerse en el plazo de dos meses desde la notificación de la resolución practicada al interesado o tratándose de recurso desestimado por silencio administrativo, en el plazo de un año desde la fecha de interposición del recurso gubernativo ante los Juzgados de la capital de la provincia a la que pertenece el lugar en que esté situado el inmueble. Todo ello sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados a contender entre sí acerca de la eficacia o ineficacia del acto o negocio contenido en el título calificado a la de este mismo.

Valladolid, 31 de enero de 2002.—El Registrador.—Firma ilegible.

III

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la referida calificación, y alegó: Que la Registradora comete un grave error en la interpretación del testamento y la voluntad del acusante. Que conforme dicho testamento no puede hablarse de legítima, ni tiene sentido la expresión utilizada en la nota de calificación, según la cual doña Marina procede a adjudicarse «más de lo que por su legítima le corresponde». Que el conflicto de intereses no se da ni puede darse por la mera concurrencia de los hijos menores sujetos a patria potestad con el cónyuge superviviente, sino que, como tiene declarado la propia Dirección General, es una cuestión de hecho que debe ser aplicada conforme a las circunstancias del caso. Que en este caso se trata de una partición efectuada sin la formación de lotes, sino mediante la mera adjudicación de porciones indivisas y derechos expresados por el causante en su testamento y sin que por ello pueda producirse perjuicio de una incorrecta valoración de los lotes a adjudicar. Que contiene la partición un acto previo de declaración de obra nueva sobre una finca rústica, vivienda unifamiliar de 88,99 metros cuadrados, valorada en 4.000.000 de pesetas. Que la finca sobre la que se edificó fue adjudicada en vida de ambos cónyuges con carácter ganancial, por ello el régimen de dicho bien ha de ser siempre ganancial en virtud del principio de «superficie sólo cedit» (cfr. Resolución de 14 de marzo de 1991). Que es cierto que de haberse realizado la obra enteramente a expensas del patrimonio privativo del causante, existiría un derecho de reembolso a cargo de la sociedad de gananciales que entregaría la masa relicta privativa. En todo caso el bien continuaría siendo de naturaleza ganancial y sujeto a las normas de partición practicadas. Que sobre el importe del reembolso habrá de recaer, además el usufructo universal del cónyuge, y que sería deudora la sociedad de gananciales. Que hay que seguir teniendo en cuenta que el cónyuge superviviente tiene treinta y ocho años en el momento de practicarse la partición, lo cual hace que la valoración del usufructo se aproxime a la del pleno dominio. Que la Registradora no ha tenido en cuenta la Resolución de 23 de julio de 1990.

IV

La Registradora de la Propiedad informó: Que el problema planteado es determinar si en las operaciones realizadas existe conflicto de intereses entre la madre y las hijas que haga preciso el nombramiento de un defensor judicial que represente a las menores en la liquidación de la sociedad de gananciales y partición de herencia (artículo 163 del Código Civil), y, en su caso, que todo ello sea aprobado judicialmente (artículo 1.060, párrafo 2.º, del Código Civil). Que la doctrina ha señalado que existe un conflicto de intereses entre padres e hijos en aquellos casos en que a las ventajas de aquéllos corresponde el daño de éstos. Que la jurisprudencia también ha tratado de formular orientaciones generales, conforme a las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1934, 6 de noviembre de 1939 y 30 de noviembre de 1961. Que se considera que en el caso planteado el hecho de hacerse partición conforme al testamento no implica que desaparezca el concepto de legítima, ni impide que no exista conflicto de intereses. Que lo que caracteriza la legítima en el Código Civil es que es de orden público y así lo preceptúa el artículo 813. Que en el caso que se trata, el tercio de legítima resulta gravado con un usufructo a favor de la viuda. Que si bien doctrinal u jurisprudencialmente está admitida la «cautela socini», la adjudicación al menor en los términos del caso que se estudia, gravada con el usufructo vitalicio a favor de la madre

y representante de los menores, genera una situación de conflicto de intereses que exige que los menores en la partición estén representados por alguien con el que no tengan conflicto de intereses, es decir, por un defensor judicial. Que para mayor abundamiento, en el caso planteado, se procede por parte de la madre y representante de los menores a declarar unilateralmente que la obra nueva fue realizada a expensas de la sociedad de gananciales, volviendo a producirse conflicto de intereses entre la madre y los hijos menores. Que se hace imprescindible que en la formación del inventario de los bienes relictos intervenga el defensor judicial (cfr. Resolución de 3 de julio de 1995). Que la Resolución de 23 de julio de 1990 es anterior a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya disposición final decimoctava agrega un segundo párrafo al artículo 1.060 del Código Civil.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 808, 813 y 1.060 del Código Civil y las Resoluciones de esta Dirección General de 10 de enero de 1994 y 25 de abril de 2001.

1. Se presenta en el Registro un testamento acompañado de partición de herencia otorgada por la viuda en su propio nombre y en el de sus dos hijas menores de edad. En el testamento se nombró a la esposa usufructuaria universal y herederas universales a las dos hijas del causante. En la partición, además de la declaración de una obra nueva, que se dice realizada con dinero ganancial, se adjudica la mitad de todos los bienes relictos a la viuda, por ser tales bienes gananciales, adjudicándose también a dicha viuda el usufructo universal de la mitad indivisa restante y a las hijas la nuda propiedad de esta mitad, siguiendo la disposición del testamento.

La Registradora deniega la inscripción porque la declaración de la viuda de que la obra nueva se realizó con dinero ganancial y la adjudicación a la misma de más de lo que por legítima le corresponde produce una contraposición de intereses entre la madre y las hijas que precisa intervención de defensor judicial y, además, aprobación judicial.

2. Tiene razón la Registradora cuando afirma que la afirmación de que una obra se realizó con dinero ganancial supone un conflicto de intereses entre la madre y las hijas, pues ya la determinación del inventario lo supone en este caso. Además, la existencia de una «cautela socini» supone también dicha contraposición de intereses, pues tal fórmula admitida doctrinal y jurisprudencialmente consiste en que los legítimos reciben mayor porción de lo que por legítima les corresponde, pero gravada con el usufructo del viudo. Pues bien, la expresada cautela trae consigo una alternativa por la que los hijos legítimos tienen que optar y el hecho de ejercitar por ellos esa opción su madre, acarrea también la contraposición de intereses, ya que dicha representante se ve afectada por el resultado de la opción. Por todo ello es imprescindible la intervención del defensor judicial y el cumplimiento de los demás requisitos a que se refiere el artículo 1060 del Código Civil.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, confirmando la calificación de la Registradora.

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, 15 de mayo de 2002.—La Directora general, Ana López-Monís Gallego.

Sr. Registrador de la Propiedad de Valladolid.

13541 RESOLUCIÓN de 24 de mayo de 2002, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Marbella, don Álvaro E. Rodríguez Espinosa, contra la negativa de la señora Registradora de la propiedad número 4 de dicha ciudad, doña Nieves Ozámiz Fortis, a inscribir una escritura de resolución de contrato, en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Marbella, don Álvaro E. Rodríguez Espinosa, contra la negativa de la señora Registradora de la propiedad número 4 de dicha ciudad, doña Nieves Ozámiz Fortis, a inscribir una escritura de resolución de contrato, en virtud de apelación del recurrente.