

Se presenta testimonio del Auto dictado en Expediente de Dominio para reanudación del tracto en que se declara justificado el dominio por el promotor del expediente y que la describe así: «Urbana. Casa en Cuenca en la calle Alfonso VIII, número 20, que consta de planta baja y cuatro plantas más, con un solar de cincuenta y siete metros cuadrados y una superficie construida de doscientos sesenta y cuatro metros cuadrados. Linda, Izquierda entrando, otra casa propiedad de Pedro Martínez Herráiz; por la derecha con otra casa de Cecilio Albendea Escribano; y por la espalda o fondo, con los muros del cerro de Mangana y el asilo de los ancianos desamparados.»

La Registradora suspende la inscripción por los siguientes defectos 1.º) No corresponderse la descripción con la que figura en el Registro; 2.º) Figurar el portal de la casa inscrito a favor de persona distinta de aquella que ha sido tenida como titular registral último

El interesado recurre.

2. Manifiesta el recurrente que, cuando pretendió la inmatriculación por título público de la casa se le dijo que estaba inscrita, dándosele los datos de inscripción de la finca. Pero, acompañándose al Auto que ahora se pretende inscribir el título que se pretendió inmatricular, la nota que la Registradora extendió al pie de aquel título, después de describir la casa tal y como figura inscrita, concluye: «por lo que existe la duda racional de que pueda tratarse de la misma finca o de parte deslindada de la que se pretende inmatricular.»

El primero de los defectos ha de ser revocado, sin perjuicio de la no registración de la ampliación de cabida. El hecho de que sean distintos los linderos no obsta para la inscripción de un expediente de dominio para la reanudación del tracto, ya que en el procedimiento se ha entendido que la finca, con su nueva descripción, es la misma que la que figura inscrita y cuyo tracto se reanuda.

3. El segundo defecto ha de ser confirmado. Aparece un titular registral que, ni él ni sus causahabientes han sido parte en el procedimiento, por lo que la cancelación de su inscripción (consecuencia obligada del expediente de reanudación de tracto) sería contraria al artículo 20 de la Ley Hipotecaria, y, en definitiva, al artículo 24 de la Constitución Española, que proscribiera la indefensión.

Esta Dirección General ha acordado revocar el primero de los defectos y confirmar el segundo.

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, 9 de diciembre de 2004.—La Directora General, Pilar Blanco-Morales Limones.

Sra. Registradora de la Propiedad de Cuenca.

612

RESOLUCIÓN de 10 de diciembre de 2004, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por doña V. y don A.R.M., contra la negativa del Registrador de la Propiedad número uno de Zamora, don Gerardo Vázquez Ruiz del Árbol, a inscribir una escritura de partición de herencia.

En el recurso gubernativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña María Teresa Mesonero Herrero, en nombre y representación de doña V. y don A.R.M., contra la negativa del Registrador de la Propiedad número uno de Zamora, don Gerardo Vázquez Ruiz del Árbol, a inscribir una escritura de partición de herencia.

Hechos

I

Por escritura otorgada ante el Notario de Zamora, don Antonio Hernández Rodríguez-Calvo, el día 29 de agosto de 2003, don D.T.T. y don O.G.M. en su condición de albaceas contadores-partidores, procedieron a formalizar las operaciones particionales al fallecimiento de don V.R. de las H. El aludido causante falleció en Zamora, el día 6 de mayo de 2003, bajo testamento abierto otorgado el día 19 de agosto de 2002, ante el mismo fedatario bajo cuya fe se formaliza la partición, en el cual, tras declarar que es viudo de sus únicas nupcias y de ordenar unos prelegados, instituye herederos por partes iguales a sus dos hijos y a los dos nietos de un hijo premuerto (estos últimos por estirpes) y nombra albaceas contadores-partidores a don D.T.T. y don P.G.M. «solidariamente, con todas las facultades y la específica de entrega de legados, y con prórroga legal por

diez años». En la escritura de partición antes señalada los dos albaceas contadores-partidores, además de la adjudicación en pago de los legados en la forma ordenada por el testador, liquidan la herencia, adjudicando diecinueve fincas entre los dos hijos del testador y determinadas cantidades en metálico a los dos nietos.

II

Presentada copia autorizada de la escritura en el Registro de la Propiedad número uno de Zamora fue calificada con la siguiente nota: «Previo examen y calificación del precedente documento que se presentó el día 13 de octubre de 2003, motivando el asiento 848 del Diario 139 se retiró a petición del presentante el día 30 de octubre de 2003, aportada para su despacho el día 28 de noviembre de 2003, se observa lo siguiente: Hechos: Los albaceas contadores-partidores en la partición de herencia adjudican los bienes en la siguiente forma: Los inmuebles a dos de los herederos del causante, doña V. y don A. R. M., y a los otros dos herederos, don R. y don J. R. F., se les satisface su cuota hereditaria mediante adjudicación de una cantidad en metálico. Fundamentos de Derecho: Primero.—El citado artículo 1061 del Código Civil dispone «En la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie». En este caso no se guarda la posible igualdad de las adjudicaciones. Segundo.—Las excepciones que se señalan en el artículo 1062 del Código Civil no se dan en la presente partición. Tercero.—Respecto a las facultades de los albaceas es de aplicación lo dispuesto en la Sección Undécima, del Capítulo II, Libro III.—Cuarto.—En cuanto al contador partidor no se dan los requisitos previstos en los artículos 841 y siguientes del Código Civil para el pago en metálico de la porción hereditaria, ya que el citado 841 señala «El testador, o el contador-partidor expresamente autorizado por aquél.»; lo que en el presente caso no se produce. Quinto.—La igualdad a que se refiere el artículo 1061 es predicable claramente respecto a las particiones realizadas por los contadores partidores (Sentencias de 10 de febrero de 1947 y 30 de enero de 1951). El comisario se halla sujeto a la igualdad de la homogeneidad de las adjudicaciones. La sentencia de 14 de diciembre de 1957, impone el deber de guardar la posible igualdad entre los lotes sin que proceda adjudicar todas los bienes a un heredero y satisfacer a los demás su parte en metálico, porque ello constituye un acto de enajenación que escapa a la facultad del contador, y requiere el consentimiento todos los herederos, así también se manifiesta en la Resolución de fecha 10 de enero de 1903. Si el testador quiere facultar al comisario para algo más que una división hecha por tercero tal como la concibe la ley, debe decirlo. Los comisarios contadores partidores cuando el testador no les haya dado facultades especiales han de atenerse para el cumplimiento de su función a las normas generales contenidas en primer término en el artículo 1061 del Código Civil, y procurarán guardar la posible igualdad entre los lotes sin que proceda adjudicar todos los bienes a un heredero y satisfacer a los demás su parte en metálico, porque constituye un acto de enajenación que escapa a las facultades del contador y requiere el consentimiento de todos los herederos, y salvo que esté en los casos del artículo 1062.1 del Código Civil (Resolución de 2 de diciembre de 1964). Calificación: Vistos los referidos Hechos y Fundamentos de Derecho, se deniega la inscripción y no se toma anotación de suspensión por no haberse solicitado. La presente calificación negativa provoca la prórroga del asiento de presentación por el plazo de sesenta días a contar desde la notificación de la presente calificación, conforme a lo previsto en el artículo 323 de la Ley Hipotecaria, en su redacción dada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre. Contra esta calificación puede interponerse recurso, en el plazo de un mes desde su notificación, en este Registro o en los Registro u oficinas públicas previstos en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (artículo 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria, reformada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre), sin perjuicio de que el interesado pueda solicitar la calificación del Registrador sustituto con arreglo al cuadro de sustituciones del que puede informarse en este Registro, en el plazo de quince días siguientes a la notificación, conforme al artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria y el Real Decreto 1039/2003, de 1 de agosto de 2003. Zamora, 18 de diciembre de 2003. El Registrador. Firmado: Gerardo Vázquez Ruiz del Árbol.»

III

La Procuradora de los Tribunales doña María Teresa M.H., en nombre y representación de doña V. y don A.R.M., interpuso contra la nota de calificación recurso gubernativo en el que alega: Que se ha procurado evitar la división de los bienes que, como consecuencia, disminuirían su valor, y, de otro que se han adjudicado todos los bienes íntegramente y por separado, para evitar posteriores y costosas divisiones. Que el Registrador de la Propiedad cita en apoyo de su negativa una interpretación rígida del artículo 1061 del Código Civil que efectúa la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1951 y de 14 de diciembre de 1957. Que en la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de enero de 1991, en la que se citan

otras, se señala que el indicado precepto tiene más bien carácter facultativo y orientativo. En el mismo sentido la de 15 de marzo de 1995. Que la adjudicación de bienes no iguales en naturaleza, calidad o especie, no es intrínsecamente mala o ilegal, porque no se admitiría en ningún supuesto; y que el contenido del artículo 1061, es orientativo. Que no se entiende la cita del artículo 841 del Código Civil, pues, el metálico con el que se paga a los nietos su haber, forma parte del caudal relicto. Que hay que estar a lo establecido en el artículo 1058 del Código Civil.

IV

El Registrador de la Propiedad número uno de Zamora, don Gerardo Vázquez Ruiz del Árbol, en su informe argumentó lo siguiente: Que los interesados pueden partir de la manera que tengan por conveniente (artículo 1058 del Código Civil), el testador, también, siempre que no perjudique la legítima (artículo 1056 del Código Civil), pero el contador-partidor sólo tiene la simple facultad de hacer la partición (artículo 1057 del Código Civil) y si es albacea contador-partidor, además, las facultades que les haya conferido o determinado especialmente el testador, entre cuyas facultades pueden estar las del artículo 841 del Código Civil y las legales. Que el contador-partidor sólo tiene facultades particionales y no dispositivas a diferencia del testador y ello explica que al testador no le vincule el artículo 1061 y sí al contador, de lo que resulta que el aludido artículo 1061 del Código Civil es imperativo para el contador-partidor.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1057 y 1061 del Código Civil, 80 del Reglamento Hipotecario, las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1947, 30 de enero de 1951, 14 de diciembre de 1957, 17 de junio de 1981 y 15 de marzo de 1995 y las Resoluciones de esta Dirección General de 2 de diciembre de 1964, 24 de marzo de 2001 y 17 de mayo de 2002.

1. Son hechos relevantes para la resolución del presente recurso los siguientes:

Fallece el titular registral bajo testamento abierto en el que, tras declarar que es viudo de sus únicas nupcias y de ordenar unos prelegados, instituye herederos por partes iguales a sus dos hijos y a los dos nietos de un hijo premuerto (estos últimos por estirpes), nombrando dos albaceas contadores-partidores «solidariamente, con todas las facultades legales y la específica de entrega de legados, y con prórroga legal por diez años».

Practicadas las operaciones particionales por los dos albaceas contadores-partidores nombrados, además de la adjudicación en pago de los legados en la forma ordenada por el testador, liquidan la herencia, adjudicando diecinueve fincas entre los dos hijos del testador y determinadas cantidades en metálico a los dos nietos.

Presentados los documentos en el Registro, el Registrador deniega la inscripción por no guardarse la igualdad en las adjudicaciones, infringiéndose el artículo 1061 del Código Civil, sin que se den las excepciones previstas por los artículos 841 y 1062 del mismo texto legal.

Los dos herederos hijos del testador recurren alegando que una gran parte de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo estima que el artículo 1061 tiene un carácter más facultativo que imperativo.

2. Como ha dicho este Centro Directivo (cfr. Resolución de 2 de diciembre de 1964), en principio, el contador-partidor, siempre que sea posible, debe seguir el principio de igualdad del artículo 1061. La doctrina más autorizada estima que, si bien es cierto que el citado precepto no impone una igualdad matemática absoluta, ni la participación de cada heredero en todos y cada uno de los bienes de la herencia, tampoco puede exagerarse la llamada relatividad de dicho artículo. El precepto es efectivamente facultativo para las particiones realizadas por el testador o por los herederos mayores de edad, pero no tanto para las realizadas por contador-partidor sin facultades especiales (como ocurre en el presente supuesto), como lo demuestra la excepción establecida por el artículo 1062. En este sentido lo ha entendido parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (vid. sentencia de 14 de junio de 1957) al estimar que la partición ha de ser presidida por un criterio de estricta equidad, la cual, evidentemente no se respeta cuando se adjudican todos los inmuebles de la herencia a dos herederos, adjudicando a los otros dos exclusivamente dinero en metálico.

Esta Dirección General ha acordado desestimar 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 noti-

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

Madrid, 10 de diciembre de 2004.—La Directora General, Pilar Blanco-Morales Limones.

Sr. Registrador de la Propiedad de Zamora.

613

RESOLUCIÓN de 13 de diciembre de 2004, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Pontevedra, don Luis Darrieux de Ben, contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 1 de Pontevedra, a inscribir una escritura de préstamo hipotecario.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Pontevedra, don Luis Darrieux de Ben, contra la negativa del Registrador de la Propiedad n.º 1 de Pontevedra, a inscribir una escritura de préstamo hipotecario.

Hechos

I

En fecha diecinueve de febrero de dos mil cuatro, ante el Notario de Pontevedra, don Luis Darrieux de Ben se otorgó escritura de préstamo hipotecario sobre la siguiente finca: «Número cinco.—Piso primero izquierda, letra B) subiendo por la escalera, del tipo B), destinado a vivienda, de la casa en esta ciudad, calle Fernández Ladreda, 32. Cuota: Cinco enteros con cincuenta centésimas de entero por ciento. Inscripción. Inscrita en el Registro de la Propiedad número 1 de Pontevedra, al tomo 594, libro 234, folio 146, finca número 20.525».

Entre los derechos y accesiones inherente al mismo, se encuentra una dieciseisava parte indivisa del siguiente departamento, que forma parte del mismo edificio: Número uno. Planta baja dedicada a servicios del edificio, mide trescientos metros cuadrados de superficie construida. linda. Inscripción: Inscrita en el Registro de la Propiedad número 1 de Pontevedra, al tomo 594, libro 234, folio 138, finca número 20.521.» La hipoteca se constituye sobre ambas fincas registrales sin distribución de responsabilidad hipotecaria.

II

Con fecha veinticuatro de mayo de dos mil cuatro, se emite por el Sr. Registrador de la Propiedad, don Juan Carlos González Nieto, nota de calificación con los siguientes fundamentos de derecho:

1. Que los referidos piso y participación indivisa constan inscritos como fincas independientes, sin que del Registro resulte la asignación de la participación indivisa como anejo del piso, cuya asignación, en todo caso debe ser expresa y, por afectar al título constitutivo de la propiedad horizontal (artículo 3-a de la Ley 49/1960 de 21 de julio) requiere la aprobación por unanimidad de la junta de propietarios del edificio (artículo 5, último párrafo, artículo 8, 14-d y 17-1.ª de la misma Ley).

2. Que, a falta de previa inscripción de la asignación de la participación indivisa como anejo del piso, la inscripción de la hipoteca requiere la previa distribución de la responsabilidad hipotecaria entre ambas fincas, registralmente independientes (artículo 119 de la Ley Hipotecaria).

Por lo que se suspende la inscripción del derecho de hipoteca por el defecto subsanable de falta de previa inscripción de la participación indivisa como anejo del piso.

III

Con fecha veinticinco de julio de dos mil cuatro, se interpone por el Sr. Notario recurso gubernativo contra la calificación del Registrador en el que aduce que en la citada escritura los otorgantes constituyen hipoteca a favor del Banco Español de Crédito sobre la finca descrita en el expositivo I en concreto el piso primero izquierda y sobre los «derechos y accesiones inherentes al mismo», entre los que se encuentra una dieciseisava parte indivisa del departamento 1 del mismo edificio (planta baja dedicada a servicios) que también se describe. Que la escritura de constitución de hipoteca cuya inscripción se deniega describe la dieciseisava parte indivisa del departamento 1 como derecho y accesión inherente al piso en base a la escritura de adjudicación de viviendas de la Cooperativa de Viviendas de la Hermandad de retirados de los tres ejércitos de Pontevedra denominada San José autorizada por don Francisco Castro Lucini en fecha 24 de mayo de 1975 la cual al describir la finca objeto de hipoteca