

10033 *ORDEN de 19 de marzo de 1986 por la que se acuerda el cumplimiento de la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 313.926, interpuesto por doña María Josefa Alzate Aramburu.*

Ilmo. Sr.: En el recurso de lo contencioso-administrativo número 313.926, seguido a instancia de doña María Josefa Alzate Aramburu, oficial de la Administración de Justicia, con destino en el Tribunal Supremo, contra la demandada Administración General del Estado, representada y defendida por su Abogacía, contra la desestimación tácita, producida por silencio administrativo del Ministerio de Justicia, del recurso de reposición interpuesto contra el acto de «retención por sanción», verificado a través de la Habilitación de Personal, con cuantía de 53.211 pesetas, se ha dictado sentencia por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, con fecha de 24 de enero del presente año, cuya parte dispositiva dice así:

«Fallamos: Que estimando en parte el actual recurso contencioso-administrativo interpuesto como demandante por María Josefa Alzate Aramburu, frente a la demandada Administración General del Estado, contra los actos administrativos del Ministerio de Justicia a los que la demanda se contrae; debemos declarar y declaramos no ser conformes a derecho y, por consiguiente, anulamos los referidos actos administrativos al presente impugnados; debiendo la Administración demandada devolver íntegramente, a la parte hoy actora, la cantidad que indebidamente le fue retenida, desestimando el resto de las pretensiones que la demanda actúa; todo ello sin hacer una expresa declaración de condena en costas, respecto de las derivadas del actual proceso jurisdiccional.»

En su virtud, este Ministerio, de conformidad con lo establecido en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 27 de diciembre de 1956, ha dispuesto que se cumpla en sus propios términos la expresada sentencia.

Lo que digo a V. I. para su conocimiento y demás efectos.

Madrid, 19 de marzo de 1986.—P. D., el Subsecretario. Liborio Hierro Sánchez-Pescador.

Ilmo. Sr. Director general de Relaciones con la Administración de Justicia.

10034 *RESOLUCION de 18 de marzo de 1986, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto a efectos meramente doctrinales, por el Notario de Barcelona don Tomás Giménez Duart, contra la negativa del señor Registrador de la Propiedad del número 5 de la misma localidad, a inscribir una escritura de compraventa autorizada por el recurrente.*

Excmo. Sr.: En el recurso gubernativo interpuesto a efectos meramente doctrinales, por el Notario de Barcelona don Tomás Giménez Duart, contra la negativa del señor Registrador de la Propiedad del número 5 de la misma localidad a inscribir una escritura de compraventa autorizada por el recurrente el día 9 de diciembre de 1982,

Resultando que mediante escritura autorizada por el Notario de Barcelona don Tomás Giménez Duart el día 9 de diciembre de 1982, don José Luis Galindo Delgado y su esposa, doña Pilar Alguacil Díez, compraron una vivienda; que el representante de la Compañía vendedora —«Centro de Marketing Inmobiliario, Sociedad Anónima»— don José María Barrau Compte, no compareció en el momento de la autorización del documento, «procediendo a otorgarse la presente por don José Luis Galindo Delgado y doña Pilar Alguacil Díez, previa advertencia que les hago, de la necesidad imprescindible de la aceptación por parte de aquella, insistiendo en su otorgamiento. Doy fe. Están las firmas de los comparecientes»;

Resultando que mediante diligencia extendida a continuación, se hizo constar la comparecencia, al día siguiente de aquel otorgamiento, de don José María Barrau Compte, «en representación indicada de «Centro de Marketing Inmobiliario, Sociedad Anónima» (CMI)», quien, previa lectura íntegra que a su elección efectuó de la escritura que precede, la aprueba y consiente, adhiriéndose en todas y cada una de sus partes, y en lo menestar, la ratifica»;

Resultando que presentada copia del anterior documento en el Registro de la Propiedad número 5 de Barcelona fue calificado con nota del siguiente tenor: «Denegada la inscripción del presente documento por adolecer de los siguientes defectos: A) Al ser la compraventa un contrato consensual y bilateral, y resultar otorgada la escritura de compraventa únicamente por la parte compradora, la adhesión y ratificación que hace el representante de la Sociedad vendedora en la diligencia posterior es nula, ya que el negocio

jurídico contenido en la escritura resulta inexistente conforme al artículo 1.445 y concordantes del Código Civil. B) El otorgamiento y los pactos formalizados en la citada escritura no se han podido producir en realidad, al no comparecer en ella una de las partes, ya que aquéllos presuponen el encuentro de voluntades y el consentimiento de ambas partes para el nacimiento de la compraventa ante el Notario autorizante de la misma, por lo que no se ha podido cumplir lo exigido por la estructura básica de los instrumentos públicos y por los artículos 176 y 193 del Reglamento Notarial. C) El documento presentado, en el que se observa la unidad de acto —artículos 180, 197 y 210 del Reglamento Notarial— no puede ser incluido en ninguno de los supuestos en que aquella se dispensa, a los que se refiere el párrafo segundo del artículo 176 del Reglamento Notarial. No se formaliza en la escritura, evidentemente, una oferta de contrato contempladas en el artículo 1.262 del Código Civil, ni la citada diligencia puede ser de aceptación o de ratificación, ni de adhesión a una oferta o a un negocio jurídico preexistente, pues en este caso, dicha oferta o el negocio bilateral no existen; la oferta, porque no ha sido realizada, y el negocio jurídico, por haber sido otorgados los pactos exclusivamente por una de las partes y, además, sin asumir ni poder asumir la intervención ni los pactos de la otra parte que no comparece. D) Se infringen los artículos 147 y 176 del Reglamento Notarial, ya que al comparecer una sola parte se tendría que haber formalizado necesariamente un instrumento distinto, que podría haber sido el de la oferta de compra de la finca u otros posibles legalmente. También se vulnera el artículo 148 del citado Reglamento, ya que no se ha podido cumplir, al no otorgarse otra escritura diferente, con la regla imprescindible de la «severidad en la forma», con lo que tal vez pueda explicarse por motivos de urgencia, pero éstos y cualesquiera otros, no pueden admitirse y justificarse legalmente al producir las infracciones expresadas. E) En la diligencia no se hace constar que el compareciente tiene capacidad para otorgarla, ni se da fe especial de que le ha sido leída la misma o que se le ha permitido leerla; tampoco se dice que presta consentimiento a su contenido, por lo que, respecto a dicha diligencia, se infringen los artículos 25, párrafo tercero, de la Ley del Notariado, y el 167 y 193 de su Reglamento. Siendo insubsanables los defectos a, b, c y d, y subsanable el e, no se practica anotación preventiva de suspensión la que no ha sido solicitada. Esta nota se extiende con la conformidad del Registrador titular de este Registro. Barcelona, 27 de abril de 1983.—El Registrador. Firma ilegible»;

Resultando que don Tomás Giménez Duart, Notario autorizante de la escritura, interpuso recurso gubernativo, a efectos meramente doctrinales, y alegó: Que el representante de la Sociedad vendedora no pudo comparecer en el momento de la autorización y ante la imposibilidad de la parte compradora de reiterar la comparecencia en fechas inmediatas posteriores, optó por autorizar el título mediante otorgamientos sucesivos, en la forma prevista por el artículo 176, párrafo segundo, del Reglamento Notarial en la redacción dada por el Decreto de 22 de julio de 1967; que aceptando el defecto subsanable señalado con la letra e) de la nota —pese a contener, a su juicio, un exceso de formalismo—, recurre contra los demás, calificados de insubsanables; que en contra del sentido general de la nota de calificación, no existe en nuestro derecho positivo ningún precepto sustantivo que imponga, con carácter general, la unidad de acto o prestación simultánea del consentimiento por ambas partes, sino que se deduce la regla general contraria de diversos preceptos del Código Civil, tales como el 1.258 —los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento—, 1.262, 2.º —contratación por carta y, por extensión, entre ausente, 1.278— los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones necesarias para su validez, 633 —sobre aceptación de donaciones—; que en el presente caso no estamos ante un supuesto regulado en el 1.262, 2.º del Código Civil, sino ante la formalización de un negocio jurídico ya perfecto, e incluso en gran parte, consumado, con anterioridad a la mera formalización del título, es decir, ante una recíproca compulsión y aceptación de lo dispuesto en el artículo 1.279 del Código Civil; que aún cuando se entendiera, frente a la postura de Registrador y Notario, que el título contiene una sucesiva oferta y aceptación, resulta evidente que la llamada «teoría del conocimiento» que se desprende del párrafo segundo del artículo 1.262, no es de orden público, ni tal precepto imperativo, como lo prueba la solución contraria —«teoría de la emisión o mero conocimiento»— dada por el artículo 54 del Código de Comercio para una categoría tan amplia como la de los contratos mercantiles; que la parte que primeramente comparece manifiesta, no que eleva a público un documento privado que quizá no existiera, sino que da forma al negocio jurídico que con la parte que posteriormente comparecerá ya ha concluido, manifestando incluso a determinados efectos fiscales que «la operación que se formaliza es anterior al 31 de diciembre de 1981; de donde se deduce que el contrato ya se ha perfeccionado antes del otorgamiento del título notarial al no tener este carácter constitutivo; que

frente a lo arguido por el Registrador, precisamente por no ser la compraventa un contrato formal, sino consensual, se perfecciona con independencia del otorgamiento de la escritura; que en cuanto a la bilateralidad, ambas partes han otorgado que aceptan en su integridad el título, y parece absurda la postura del Registrador, según la cual los títulos se otorgan al unísono o no existen; que el sucesivo encuentro de voluntades no tiene un significado físico —como parece entender el señor Registrador—, sino jurídico; que en cuanto al principio de unidad de acto conviene distinguir sus dos aspectos, formal-instrumental y material-negocial; que la unidad de acto formal significa que la lectura, la conformidad del uno o los varios comparecientes, y la autorización por el federativo deben producirse en una cadencia temporal no interrumpida, y es competencia de la legislación sustantiva reguladora del negocio concreto, y, en nuestro caso, el Código Civil en ningún momento exige la unidad de firma, como antes quedó expuesto, y por ello el artículo 176 del Reglamento Notarial permite el otorgamiento sucesivo o por adhesión «cuando la Ley no exigiere expresamente el requisito de la unidad del acto»; que frente a esta argumentación nada prueban los artículos 180, 197 y 210 del Reglamento Notarial, invocados por el Registrador, pues se refieren a la unidad del acto en su sentido formal; que el Notario no debió redactar un instrumento distinto, en contra de lo que deduce el Registrador del artículo 147 del Reglamento Notarial, sino que fue, precisamente, la interpretación de la voluntad de ambas partes lo que llevó a redactar el instrumento en los términos discutidos; en cuanto al artículo 148 del Reglamento Notarial, también esgrimido en la nota, que el ajustarse a lo realmente querido por las partes es lo que ha dado lugar a la calificación negativa del Registrador, y ello, probablemente, no hubiera sucedido si, como se dice en la nota, se hubiera redactado un documento distinto que hubiera resultado conceptualmente no verdadero; que en orden a la propiedad del lenguaje, que el documento no está redactado en un aceptable castellano, aun reconociendo ciertas deficiencias de puntuación y acentuación que no cree sean susceptibles de calificación, respecto a la severidad de la forma, que una forma, para ser severa, ha de ser, ante todo, conceptualmente verdadera, como ocurre en el presente caso, no haciendo asumir a una de las partes el mandato verbal de la otra cuando en realidad no lo ostenta, aunque ello vaya en detrimento de la elegancia estructural del instrumento;

Resultando que el Registrador informó que cuando se trata de un negocio jurídico que pretende acceder al Registro, la forma pública adquiere el carácter de elemento esencial, aunque el negocio que en ella se recoja sea sólo consensual; que este recurso recae, por exigencias de los artículos 18 y 3.º de la Ley Hipotecaria, sobre la legalidad de las formalidades extrínsecas y la validez del contenido del documento y en él se discute si un instrumento público preparado para otorgarse en unidad de acto puede utilizarse y autorizarse igualmente sin unidad de acto, mediante la simple indicación al final de aquel de que no comparece una de las partes que al principio se da como compareciente, ratificando ésta a continuación, mediante una diligencia considerada de adhesión; que la no comparecencia de una de las partes exige legalmente al Notario, en aras a la exactitud y autenticidad esenciales a su función, modificar la escritura preparada, ya que su estructura jurídica y sus formalidades legales quedaron esencialmente alteradas al no comparecer el representante de la parte vendedora; que al no comparecer el representante aludido no pudo exponer que «la Compañía ... es propietaria de la siguiente finca», ni convenir los elementos esenciales, naturales y accidentales del contrato de compraventa, ni en el otorgamiento, vender y transferir ..., ni tampoco el Notario pudo dar fe de conocer al señor Barrau en el día del otorgamiento, pese a que en la escritura puede leerse «del conocimiento del señor Barrau ... yo, el Notario, doy fe»; que por todo ello, el pretendido negocio jurídico contenido en la escritura, tal y como se formaliza en la misma, no podía producirse legalmente y, por consiguiente, la diligencia posterior, llamada de adhesión, a dicho negocio inexistente, resulta necesariamente nula; que aun cuando no existiera falsedad de carácter penal ni dolo, se produce una inexactitud manifiesta en la autenticación del instrumento público, que deviene contradictorio al estar redactado para otorgarse y formalizarse en unidad de acto, y después se aprovecha para otorgarse y formalizarse sin unidad de acto; que existe, además, una incoherencia sustancial, pues, pacta, por seis veces, quien ni siquiera comparece; se da, además, una inexactitud básica al darse fe de la capacidad y de la prestación del consentimiento del señor Barrau, y una falta de precisión al decir el funcionario autorizante que están las firmas de los comparecientes; que lo correcto en estos casos es retrasar la autorización del instrumento hasta el día en que puedan comparecer ambas partes simultáneamente, o bien redactar un instrumento distinto, ya mediante un mandatario verbal, con lo cual el mandante puede ratificar su contenido en escritura o diligencia posterior, ya haciendo constar en la escritura la voluntad negocial de una persona de celebrar con otra el contrato que se determina, si ésta presta su consentimiento en determinado plazo, el cual puede hacerse constar mediante

diligencia de adhesión; que, en rigor, el procedimiento que se discute en este recurso no puede considerarse correcto y utilizable cuando no comparece una de las partes que debía comparecer en las escrituras preparadas con unidad de acto, porque el instrumento autorizado no se adapta a los hechos auténticos ni a la voluntad de la parte compareciente; que el fedatario emplea principalmente tres argumentos: Primero, la escritura de compraventa es una mera formulación notarial de un contrato previo ya perfecto. Segundo, se trata de un otorgamiento sucesivo o de un simple caso de contratación entre ausentes. Tercero, siendo aceptable el castellano utilizado, de lo que adolece el título, es de una excesiva severidad formal; que frente al primer aserto del recurrente, la generalidad de la doctrina considera que cuando se pasa del negocio privado a la forma pública notarial se produce una «renovatio contractus», siendo el consentimiento «nuevo, distinto e independiente del que las partes hubieren prestado al negocio preliminar»; que no se trata el caso controvertido de un supuesto otorgamiento sucesivo, pues ello requiere, conforme al artículo 176 del Reglamento Notarial, la aceptación de una oferta, previa y debidamente formalizada en la escritura anterior, y la voluntad negocial de la parte compareciente de celebrar con otra, no presente, la compraventa; que tampoco se trata de un caso de contratación entre ausentes, pues aparte de otras consideraciones, no se cumple el requisito de comunicación fehaciente de la aceptación del oferente; que en cuanto a la severidad de la forma, el funcionario autorizante ha incumplido el artículo 176 del Reglamento Notarial, pues no ha redactado el documento de acuerdo con la declaración de voluntad de los otorgantes —y otorgantes son únicamente los que comparecen, por sí o representados—, el artículo 147 del mismo Reglamento, pues no ha adaptado la voluntad de los otorgantes a las formalidades jurídicas necesarias para su eficacia, y el 148 del citado texto, pues no ha empleado en la redacción un lenguaje claro, puro, preciso, sin términos oscuros ni ambiguos, ni se ha ajustado a la verdad en el concepto;

Resultando que el Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona dictó Auto desestimando el recurso y manteniendo la nota de calificación por estimar que «la escritura ratificada ha de calificarse de incorrecta en sus términos y contenido, porque lo que en ella se afirma queda desvirtuado con la diligencia final», que aunque el lapso de tiempo que media entre el otorgamiento y la ratificación es corto, «es, sin embargo, suficiente para que las circunstancias que en aquella ocasión se tuvieron en cuenta pudieran haber cambiado en el momento de la ratificación, por lo que resulta ineludible la unidad de acto para el tipo de contrato que en la escritura se consigna»; y que, aun cuando la falsedad de lo consignado en la escritura no sea punible, la diligencia posterior al acto no la dota de validez ni la convalida;

Resultando que don Antonio de Anzizu Furets, como apoderado del recurrente, se alzó de la decisión presidencial.

Vistos los artículos 1.218, 1.223, 1.258 y 1.445 del Código Civil; 3.º y 18 de la Ley Hipotecaria; 27 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 y 147, 176-2.º, 178, 180, 193, 197 y 210 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944;

Considerando que la cuestión a la que pueden ceñirse los cuatro defectos recurridos es la de dilucidar si puede tener acceso al Registro de la Propiedad una escritura redactada formalmente como de compraventa, pero en la que no comparecen las partes simultáneamente, sino sólo una de ellas y después, al día siguiente, la otra, lo que se hace constar mediante una diligencia de adhesión;

Considerando que el control de la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos (cfr. artículo 18 de la Ley Hipotecaria) cobra la misma importancia que el de los demás extremos de la calificación, puesto que la forma, si no es requisito esencial de la compraventa, si supone, a efectos registrales, un presupuesto necesario para la inscripción (artículo 3.º de la Ley Hipotecaria);

Considerando que la esencia de la unidad de acto formal, según se patentiza en las escrituras de un solo otorgante, consiste en que la lectura, consentimiento, firma y autorización del texto documental tengan lugar «en continúo», sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero, según establecen para el testamento abierto el artículo 699 del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta, así como el artículo 180 del Reglamento Notarial para las escrituras referentes a actos entre vivos;

Considerando que la Ley Orgánica del Notariado responde, sin lugar a dudas, a este sentido esencial o nuclear de la unidad de acto, aunque sin elevar su falta de observancia a causa de la nulidad de los instrumentos públicos en el artículo 27, y así lo han puesto de relieve los sucesivos Reglamentos Notariales, a partir del de 30 de diciembre de 1982, pues si bien el Reglamento vigente, siguiendo al de 1935, carece de norma expresa que lo establezca, su omisión puede fácilmente llenarse para las escrituras públicas en base a los artículos 176 y 180, así como de la interpretación a contrario del artículo 197, referente a las actas;

Considerando que en las escrituras públicas con pluralidad de otorgantes el concepto de unidad de acto se amplía, comprendiendo la comparecencia simultánea en todos ellos ante el Notario

para llevar a cabo, ininterrumpidamente, la lectura, consentimiento, firma y autorización del texto documental.

Considerando que esta comparecencia simultánea ofrece grandes ventajas en los casos en que la escritura contiene un negocio bilateral o plurilateral al proporcionar a las partes contrapuestas una última y decisiva reunión en la que se pueden deshacer equívocos y erróneas interpretaciones y aclarar o corregir, en su caso, el texto propuesto y todo ello bajo el imparcial asesoramiento del Notario;

Considerando que lo anteriormente expuesto hace conveniente que el Notario procure por todos los medios a su alcance la comparecencia simultánea de los otorgantes a pesar de las incomodidades que ello pueda ocasionarles, pero todas aquellas razones no tienen alcance suficiente para que la legislación notarial haya tratado de imponer esa ampliación de la unidad de acto formal o documental en todos aquellos casos en que no viene previamente exigida la unidad de acto sustantiva;

Considerando, sin embargo, que esta frustración de la unidad de acto ampliada no puede conducir a otorgamientos sucesivos dentro de un mismo texto documental, que nuestro Derecho desconoce, sino al paralelo fraccionamiento de la unidad de contexto, en que el acto único se disgrega, por tanto, en dos o más actos regidos, cada uno, por la unidad de acto esencial o nuclear, ya que han de consistir en la lectura, consentimiento, firma y autorización ininterrumpidas de su propio texto, y siendo indiferente, por lo demás, que los varios textos documentales resultantes de la ruptura de la unidad de contexto se configuren como instrumentos públicos distintos, según prevé para la donación de inmuebles el artículo 633 del Código Civil, o como sucesivas diligencias de un documento formalmente único, según permite también el artículo 176-2 del Reglamento Notarial;

Considerando que los contratos no precisan unidad de acto sustantiva, según se deduce del artículo 1.262-2 del Código Civil para la contratación entre ausentes y, por tanto, la compraventa que nos ocupa pudo documentarse sin unidad de acto formal ampliada, mediante dos otorgamientos sucesivos en textos diferentes, aunque se recogieran en un solo instrumento público;

Considerando, finalmente, que este instrumento no fue preparado desde un principio para tales otorgamientos sucesivos, y ello origina distorsiones en su redacción que hubieran debido evitarse, pero que no son suficientes para rechazar la inscripción;

Esta Dirección General ha acordado revocar el Auto apelado y los cuatro primeros defectos de la nota del Registrador, únicos sobre los que se ha sostenido debate.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y demás efectos.

Madrid, 18 de mayo de 1986.-El Director general, Gregorio García Ancos.

Excmo. Sr. Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona.

10035 *RESOLUCIÓN de 19 de marzo de 1986, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Cartagena don Juan Romero-Girón Deleito, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de la misma población, a inscribir una escritura de división material o extinción de condominio.*

Excmo. Sr.: En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Cartagena don Juan Romero-Girón Deleito, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de la misma población, a inscribir una escritura de división material o extinción de condominio, en virtud de apelación del recurrente;

Resultando que el Notario de Cartagena don Juan Romero-Girón Deleito autorizó, con fecha 24 de mayo de 1983, una escritura de división material o extinción de condominio, verificada mediante la constitución, en régimen de propiedad horizontal, de un edificio sito en Cartagena, compareciendo en aquélla don José Antonio y don Juan Manuel Luque Torres, como titulares, respectivamente, de un 30 y un 20 por 100 en el edificio común, y don Salvador Jiménez Jiménez como albacea y Contador-Partidor de don Matías Torres López, representado a la herencia yacente de este causante, que es titular del 50 por 100 restante de dicho edificio común, e intervinendo igualmente en la escritura calificada doña María Torres López, en concepto de legataria de la indicada cuota indivisa del 50 por 100 correspondiente a don Matías Torres López, en el indicado edificio, admitiendo la escritura calificada que la intervención de esta legataria «no es al objeto de recibir la entrega de su legado, pues, al no haberse practicado aún las operaciones particionales, no se ha acreditado la existencia o no de acreedores que son preferentes a los legatarios, sino que interviene, exclusivamente al objeto de consentir la valoración y adjudicación a la herencia de los locales o departamentos»;

Resultando que, presentada copia de la anterior escritura en el Registro de la Propiedad, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Suspendida la inscripción por el defecto subsanable de faltar el consentimiento de la comunidad de herederos y legatarios del copropietario fallecido, entre ellos su viuda, cuyo legado en pago de legítima del número 5, cláusula 1.ª del testamento de dicho condeño, queda imposibilitado por la actuación del albacea y Contador-Partidor (artículos 1.259, 402, 901 y 1.057 del Código Civil; sentencias del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1956, 11 de abril de 1967, 9 de febrero de 1970 y 8 de mayo de 1954; y Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 28 de abril de 1945, 27 de febrero de 1982 y 14 de septiembre de 1964). Cumplido el artículo 485, c), del Reglamento Hipotecario, Cartagena, 17 de septiembre de 1983, el Registrador. Firma ilegible»;

Resultando que el Notario autorizante de la escritura calificada interpuso recurso gubernativo y alegó: Que el representante de la herencia ha sido designado por el causante como albacea, Comisario y Contador-Partidor, de donde resulta claramente la voluntad del testador de concentrar en una sola persona todas las facultades posibles de un ejecutor testamentario universal; que la extinción del condominio de una finca cuya mitad indivisa pertenece a la herencia, es un acto de menor trascendencia económica que la liquidación de la sociedad de gananciales, operación que puede practicar el Contador-Partidor junto con el cónyuge viudo; que una situación de herencia yacente no puede impedir que la división material se practique cuando la solicita quien tiene derecho a pedirla; que la herencia yacente, representada por el Contador-Partidor, no puede resultar perjudicada dado que los derechos que el causante ostentaba en la finca, han sido objeto de legado, y la legataria comparece en la escritura para consentir y aprobar la valoración y división material; que se incorpora a la escritura valoración parcial acreditativa de que la mitad adjudicada a la herencia yacente cubre el 50 por 100 del valor del edificio; que, en todo caso, es aplicable el artículo 405 y los correlativos de la partición de la herencia, de modo que los acreedores, en el hipotético y anómalo supuesto de que tuvieran que dirigirse contra la legataria, no resultan perjudicados por la división, conservando sus derechos contra la totalidad de la finca, que alcanzan, incluso, a solicitar la impugnación de la división practicada; que en la escritura calificada no se efectúa entrega del legado, sino que se pospone al momento en que, una vez satisfechos los acreedores hereditarios, si los hubiese, pueda efectuarse legalmente; que no es obstáculo el legado a la viuda de un derecho de habitación, pues si lo único que el testador ostentaba es un mitad indivisa de todo el edificio, mal puede legar un derecho de habitación referido a un piso concreto, sobre el que no ostentaba el pleno dominio; que, cualquiera que sea la situación aplicable a esta cuestión, directa o analógicamente, es evidente que el marco de la división material de la finca en pro indiviso no es el adecuado para resolverlo; que no puede alegarse que el albacea Contador-Partidor podría practicar la extinción del condominio, pero no la división horizontal, pues se trata de un solo acto, y, en todo caso, queda en pie el argumento fundamental de que a la comunidad de herederos le es indiferente los pisos que se adjudiquen a la herencia, pues, sean cuales sean, pertenecerán a la legataria;

Resultando que el Registrador de la Propiedad informó: Que no cuestiona la posibilidad de practicar la extinción del condominio, sino únicamente la persona o personas facultadas para realizarla en representación o interés de la herencia; que la atribución al caudal relicto de bienes concretos de valor inferior al que tenía su preexistente cuota abstracta es algo que escapa casi totalmente a las posibilidades de la calificación registral, de donde también resulta la importancia de que la extinción del condominio aparezca realizada por las personas plenamente facultadas para ello; que el albacea Contador-Partidor sólo le ha conferido, expresamente, el testador, la facultad de entregar legados, sin que entre las facultades legales figure la de representar a la herencia; que las facultades de los albaceas, incluso conferidas por el testador expresamente, no pueden perjudicar las legítimas, ni eliminar la intervención de los legitimarios cuando realicen actos de disposición o gravamen de inmuebles de la herencia; que no puede suplir esta falta de facultades del albacea Contador-Partidor en orden a la extinción del condominio, la intervención de la legataria de la cuota indivisa del edificio, pues no pudiendo tomar por sí posesión de la cosa legada, ni inscribir su legado en el Registro de la Propiedad, tampoco puede intervenir en la extinción del condominio pretendiendo su inscripción en el Registro; que, estando de acuerdo en que el marco de la división material de la finca en pro indiviso no es el adecuado para resolver el problema que plantea el legado de habitación, no parece adecuado que, sin realizarse interpretación alguna, y por la vía de los hechos consumados, se impida la eficacia del legado de aquel derecho por la actuación del legatario voluntario gravado y el albacea;

Resultando que el Presidente de la Audiencia Territorial de Albacete dictó auto en que confirmaba la nota de calificación, reiterando que el albacea Contador-Partidor no está facultada para