

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

dice textualmente: « Se adjudica a don Antonio Cuerpo Sánchez, que adquiere y acepta, el pleno dominio de la finca número cinco, o sea, el piso primero izquierda, letra B) entrando por el portal B, con todos los derechos y accesiones inherentes al mismo, entre ellos, la dieciseisava parte indivisa de la planta baja descrita bajo el número uno de la parcelación horizontal, finca número 20.521 registral.» Que la adjudicación de la escritura vincula la dieciseisava parte referenciada de forma absoluta a la vivienda, de tal forma que no cabe la enajenación ni el gravamen de éste sin aquélla. La expresión «inherente» así lo indica. La Real Academia Española de la Lengua define inherente: «Que por su naturaleza está de tal manera unido a otra cosa, que no se puede separar de ella». De tal forma que al formar una unidad, no es posible la distribución de la responsabilidad hipotecaria formalizada en la mencionada escritura de préstamo. Que tal vinculación de la dieciseisava parte de la planta baja al piso como anejo fue decidida por la totalidad de los propietarios otrora cooperativistas por cuanto todos comparecen y otorgan la escritura de adjudicación de 24 de mayo de 1975, no siendo por ello preciso acuerdo por unanimidad a que se refiere el fundamento primero de la calificación registral, toda vez que la voluntad de los propietarios en tal sentido ya queda manifestada en dicha escritura.

IV

Con fecha dos de julio de 2004, se emite por el Registrador informe que expone que no procede, en este trámite entrar a valorar si la adjudicación, a favor de don Antonio Crespo Sánchez (anterior titular registral de las fincas objeto de la hipoteca) de la finca 5.^a «con todos los derechos y accesiones inherentes a la misma, entre ellos la dieciseisava parte indivisa de la planta baja...» tiene el alcance, que el recurrente le atribuye, de «vincular dicha participación indivisa de forma absoluta a la vivienda de tal forma que no cabe la enajenación ni el gravamen de ésta sin aquélla», ni se puede asignar como anejo del piso una participación indivisa sin concreción de uso, ya que la escritura de adjudicación, autorizada por don Francisco Castro Lucini, el 24 de mayo de 1975, no ha sido objeto de presentación, ni, en consecuencia, de calificación por el Registrador que suscribe. Que la alegación de recurrente que «la vinculación de la participación indivisa como anejo del piso fue decidida por la totalidad de los propietarios otrora otorgantes de la referida escritura de adjudicación» no desvirtúa la exigencia, señalada en el Fundamento 1.º de la nota recurrida, de que la asignación de la participación indivisa como anejo del piso requiere la aprobación por unanimidad de la junta de propietarios del edificio ya que tal «vinculación», no apareciendo inscrita en el Registro, no puede hacerse valer frente a los terceros que, con posterioridad a la fecha de la escritura de adjudicación, han adquirido el dominio de las diversas fincas independientes del mismo edificio, ya que ello sería contrario a lo dispuesto en el artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal, y en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de marzo de 2003) En consecuencia procede mantener, en sus mismos términos, la nota de calificación recurrida.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 1, 18 y 119 de la Ley Hipotecaria, 216 de su Reglamento y Resolución de la Dirección General de 8 del enero de 1998.

1. En el presente recurso el Notario recurrente alega que no procede la distribución de responsabilidad hipotecaria puesto que en la escritura de adjudicación de viviendas de la Cooperativa de Viviendas San José autorizada por don Francisco Castro Lucini en fecha 24 de mayo de 1975, al describir la finca objeto de la hipoteca dice textualmente «Se adjudica a don Antonio Cuerpo Sánchez, que adquiere y acepta, el pleno dominio de la finca número cinco, o sea, el piso primero izquierda, letra B) entrando por el portal B, con todos los derechos y accesiones inherentes al mismo, entre ellos, la dieciseisava parte indivisa de la planta baja descrita bajo el número uno de la parcelación horizontal, finca número 20.521 registral...», por lo que la adjudicación de la escritura vincula la dieciseisava parte referenciada de forma absoluta a la vivienda de tal forma que no cabe la enajenación ni el gravamen de éste sin aquélla.

Ahora bien de los asientos del Registro resulta que los referidos piso y participación indivisa constan inscritos como fincas independientes a nombre de los hipotecantes.

2. No procede debatir sobre la inscripción de la citada escritura de fecha 24 de mayo de 1975, que no es objeto del presente recurso, y por tanto, dado que los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los tribunales, la presunción de exactitud de los asientos del Registro y el deber del Registrador de calificar por lo que resulte del título inscrito y de los libros a su cargo, ha de entenderse que estamos ante dos fincas independientes y que, por tanto, para la inscripción de la hipoteca constituida sobre ellas se precisa la determinación de la cantidad o parte de grava-

men de que cada una deba responder, conforme a los artículos 119 de la Ley Hipotecaria y 216 de su Reglamento.

Por todo ello, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso, manteniendo la nota de calificación recurrida.

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

Sr. Registrador de la Propiedad n.º 1 de Pontevedra.

614

RESOLUCIÓN de 14 de diciembre de 2004, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Antonio Arderiu Freixa y otros, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Esplugas de Llobregat, don Josep María Ferrán Guitart, a inscribir una escritura de elevación a público de contrato privado de compraventa.

En el recurso gubernativo interpuesto por don Antonio Arderiu Freixa, actuando en su propio nombre y en representación de don José Narciso Arderiu y Freixa y otros, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Esplugas de Llobregat, don Josep María Ferrán Guitart, a inscribir una escritura de elevación a Público de contrato privado de compraventa.

Hechos

I

En acto de conciliación celebrado en el Juzgado Municipal 8 de Barcelona bajo el n.º 75 de 1966 se reconoce, por parte del demandado don Enrique F.R., la venta de la finca registral 1.264 del Registro de la Propiedad de Esplugas de Llobregat a favor de don Pedro A. V. y de don Valentín D. F. por mitad, en común y proindiviso. Habiendo fallecido el comprador don Pedro A.V., sus herederos, en unión del otro comprador don Valentín D.F., presentaron, en el año 2001, contra los herederos desconocidos de don Enrique F.R., demanda de ejecución del Acto de Conciliación anteriormente referido, que dio lugar al expediente 576/01 2.ª B, del Juzgado de Primera Instancia número 31 de los de Barcelona. Tras diversas incidencias procesales, se dicta Auto el día 24 de octubre de 2003 por el que, entre otros extremos, se decreta elevar a escritura pública la compraventa de la finca registral antes dicha. Por providencia de 19 de noviembre de 2003 se decide remitir al Notario de Barcelona, don Santiago García Ortiz, los autos para otorgar escritura pública de elevación a público de documento privado de compraventa.

En base a lo anterior, por escritura otorgada en Barcelona ante el antes dicho fedatario, el día 15 de abril de 2004, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia, número 31 de los de Barcelona, en la representación que ostenta de los ignorados herederos del titular registral, eleva a público el acta de conciliación y vende la finca, por el precio señalado en dicha acta, a don Valentín D.F. que compra y adquiere una mitad y a los herederos de don Pedro A. V. quienes compran y adquieren la restante mitad en determinada forma y proporción que se presume que será aquella en la que heredaron a su causante.

II

Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Esplugas de Llobregat fue calificada con la siguiente nota: «Calificado el precedente documento se deniega la inscripción de la elevación judicial a público del contrato de compraventa en él contenida por el defecto siguiente: Documentarse un contrato clara y sustancialmente diferente de aquél al que se trata de dar forma pública ya que según resulta del expositiva II el titular registral reconoció la venta de la finca señalada de número 19 en el Pasaje de Santa Eulalia de Esplugas de Llobregat a favor de don Pedro A. Vi. y don Valentín D. F. y sin embargo efectuarse la venta no a favor de los compradores sino a favor de uno de ellos y de los herederos del otro. Todo ello en base a los siguientes hechos y fundamentos de derecho: Hechos.-El día 28 de abril de 2004 se presentó el documento calificado según así resulta del asiento 1735 del diario 30. En dicho docu-