

IV

El Registrador de la Propiedad informó y elevó el expediente a esta Dirección General, mediante escritos de 30 de Junio y 1 de Julio de 2004.

Fundamentos de derecho

Vistos Los artículos 25 de la ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de Noviembre de 1994 y 202 del Reglamento Notarial.

1. Mediante escritura de compraventa siete sociedades mercantiles venden a otra una vivienda unifamiliar de un conjunto que se dividió horizontalmente en su día. En la misma se afirma que, según afirman los comparecientes se encuentra arrendada a una determinada persona física. Se acompañan al título de venta dos actas notariales sucesivas de notificación al arrendatario: una con personación del Notario competente en el inmueble objeto de la venta donde por dos veces, en sendos días distintos se afirma que llamó a la puerta sin que le contestara persona alguna, ni se le abriera la puerta y no encontrando conserje, vecino ni persona alguna con quien entender la diligencia se daba por concluida el acta. La otra se efectuó por el conducto de correo certificado con acuse de recibo acreditándose su envío por tal medio y su devolución a los pocos días sin haberse recibido. El Registrador suspende la inscripción de la compraventa por no haber recibido el inquilino la notificación prevenida en el artículo 25 de la Ley de Arrendamientos urbanos.

2. En efecto, si hubiera llegado a conocimiento del arrendatario la venta efectuada o sus condiciones, debidamente acreditado en el acta la inscripción se hubiera efectuado si mas problema pues es la única objeción que hace el Registrador. Sin embargo es lo cierto que ninguna ley exige que material e indubitadamente tengan que llegar al conocimiento del destinatario las notificaciones que se le puedan efectuar dada la multiplicidad de vicisitudes que pueden suceder en el mundo de los hechos por las que la llegada a su destino puede verse frustrada (ausencia del domicilio en un momento concreto, imposibilidad física de atender el requerimiento en el momento en que éste se efectúa, inexistencia de vecinos o persona alguna que sea hallada en aquel momento o cualquier otra de esta índole) Por ello el artículo 25 de la Ley de Arrendamientos urbanos en su párrafo 5º solamente exige para la inscripción de títulos de venta de viviendas arrendadas que se justifique que han tenido lugar las notificaciones con los requisitos en ellas exigidos, donde el Registrador debe y no sólo puede extremar su calificación al examinar las mismas y sus trámites. Y si éstas, como es ahora el caso han sido practicadas con arreglo a las leyes y reiteradas dos veces, no puede obstaculizarse el tráfico jurídico con el rigor de certezas que deben ser alegadas por los interesados en la instancia correspondiente si pretenden hacer valer sus derechos.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso.

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, 17 de marzo de 2005.-La Directora General, Pilar Blanco-Morales Limones.

Sr. Registrador de la Propiedad de Pozuelo de Alarcón.

8337 *RESOLUCIÓN de 18 de marzo de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don José María Uranga Ayestarán, contra la negativa del registrador de la propiedad de San Sebastián 1, a inscribir la escritura de aprobación y protocolización de operaciones particionales de herencia.*

En el recurso gubernativo interpuesto por Don José María Uranga Ayestarán, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de San Sebastián 1, Don Lorenzo González Sarmiento, a inscribir la escritura de aprobación y protocolización de operaciones particionales de herencia.

Hechos

I

Con fecha 4 de Junio del 2.004, se presentó en el Registro de la Propiedad de San Sebastián 1, escritura de operaciones particionales otorgada

el día dos de abril de dos mil cuatro, ante el Notario de San Sebastián Don José Carlos Arrendó.

II

Presentado la citada escritura en el Registro de la Propiedad de San Sebastián 1, fue calificada con la siguiente nota: «-Resultando que en escritura otorgada el dos de abril de dos mil cuatro ante José Carlos Arrendó, número 1121, se protocolizaron las operaciones particionales de la herencia causada por el fallecimiento de don Jorge Ibarrondo Lasarte.- Resultando que dicho señor falleció el treinta de junio del año 2.001 habiendo otorgado testamento el día nueve de julio de 1.999 ante el Notario Don Aquiles Paternotte en el que dispuso: 1.-A doña Lourdes López de Echezarreta, que es la persona que se ocupa de las labores en la vivienda del compareciente, la cantidad de un millón de pesetas en atención a los servicios que ha prestado. 2.-A doña Julia Urdiain Yoldi, nacida en Mendigorria Navarra el 17 de mayo de 1.933 e hija de Don Pedro y Doña Eugenia, el usufructo vitalicio de la mitad indivisa del tercio de libre disposición de la herencia del otorgante. Ordena que si doña Julia lo quiere así, ese usufructo recaiga sobre una participación (que equivalga a la expresada mitad del tercio de libre disposición) de la casa número once de la calle Trueba de San Sebastián, que le pertenece al testador. Segundo-Instituye herederos a los dos citados hijos, don Ignacio y don Francisco Javier Ibarrondo Martínez.-Resultando que en la escritura presentada a calificar comparecen los hijos y herederos don Ignacio y don Francisaco Javier Ibarrondo Martínez -Iturralde, la legataria doña Lourdes López Echezarreta y Eraso y el albacea contador-partidor don José María Uranga Ayestarán.-Resultando que en dicho cuaderno particional entre otras disposiciones los herederos don Javier y don Ignacio Ibarrondo acuerdan compensar el legado dejado a doña Julia Urdiain Yoldi por una pensión vitalicia constituyen a continuación hipoteca en garantía del pago de la misma sobre las fincas descritas como locales uno y seis de la casa sita en el número 11 de la calle Trueba.-Considerando que el legado dejado a doña Julia Urdiain cabe calificarlo como legado alternativo al que de acuerdo con el artículo 874 del C.C le es aplicable lo dispuesto para las obligaciones alternativas. Considerando que en el artículo 1.132 del Código Civil dispone que en las obligaciones alternativas la elección corresponde al deudor, a menos que expresamente hubiese concedido esta facultad al acreedor, lo que ocurre en el presente caso a tenor de lo dispuesto por Don Jorge Ibarrondo Lasarte en su testamento.-Considerando que la inscripción de la hipoteca es constitutiva exigiendo el artículo 145.1 que la hipoteca se constituya en escritura pública. Por tanto, dado que en el documento presentado a calificación y posterior inscripción no comparece doña Julia Urdiain Yoldi para determinar como elige ella la forma en que se le ha de pagar el legado, no pudiendo solo los herederos sin el consentimiento de ella elegir la forma de pago, y dado que la hipoteca, que en todo caso sería unilateral por no aceptarla dicha legataria, no se constituye dentro del contenido de la escritura pública como un pacto contenido en la misma, sino dentro del cuaderno particional privado que se protocoliza. Es por los defectos antes apuntados por los que suspendo la inscripción solicitada. La presente calificación negativa determina la prórroga del asiento de presentación por el plazo que señala el artículo 323.1 de la Ley Hipotecaria. Esta calificación podrá ser impugnada en el plazo de un mes a contar desde la fecha de su notificación bien solicitando la calificación subsidiaria por el Registrador sustituto (art.19 de la L.H) o bien mediante la interposición de recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, o en su caso, ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. El recurso deberá presentarse ante el propio Registro en el que se calificó el documento, en cualquier Registro de la Propiedad o en los Registros y oficinas previstos en el artículo 38.4 de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas.»

III

Don José María Uranga Ayestarán, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó:

1. Que don Jorge Ibarrondo Lasarte nombró como albacea, contador partidor al letrado recurrente, para que pudiera realizar las operaciones todas de su testamentaría, incluida la entrega de legados. De conformidad con el artículo 901 «los albaceas tendrán todas las facultades que expresamente les haya conferido el testador y no sean contrarias a las leyes». En el caso que nos ocupa el testador confirió al albacea todas las operaciones de su testamentaría, incluyendo la entrega de legados. En cumplimiento de sus facultades, el albacea, Sr. Uranga, procedió a la realización de las operaciones particionales, y a la entrega de los legados. La Sra. Urdiain optó por el pago de una pensión vitalicia, y así el albacea procedió a la entrega del legado. El albacea es la única persona con facultad para la entrega de legado y su actuación se presume ajustada a derecho y a las disposiciones testamentarias. Si en la escritura se hizo constar que la

legataria optó por el pago de una pensión vitalicia, se presume que dicha actuación es cierta, y que el albacea ha actuado conforme a las facultades otorgadas por el testador y el Código Civil. En caso de que haya actuado de forma incorrecta serán los perjudicados por su actuación los que deban acudir al auxilio judicial. El Registrador no tiene ninguna legitimación para poner en duda la actuación del albacea, ni exigir la acreditación de la opción por parte de la legataria, ya que el único que ostenta facultades en cuanto a las operaciones particionales es el albacea. El Registrador debe presumir la correcta actuación del albacea, y carece de sentido su exigencia de que se le acredite la opción de la legataria, ya que excede de las funciones que legalmente se le atribuyen. Por ello, es nula la calificación efectuada por el Registrador, en cuanto se atribuye facultades que no le competen, y en consecuencia se debe proceder a la inscripción registral de la escritura otorgada ante el Notario, Don José Carlos Arrendó Ruiz.

2. Que independientemente de lo anterior, tampoco procede el rechazo a la inscripción de la escritura por la falta de aceptación de la hipoteca por parte de la legataria, puesto que puede ser unilateral en los mismos términos y el mismo objeto que la escritura.

3. Que teniendo en cuenta las facultades del albacea testamentario de conformidad con lo señalado, y que éste considera que la legataria ha optado por una pensión vitalicia la cuál además le queda garantizada, tal y como queda reflejado en la escritura particional, son los herederos únicos que ostentan el dominio pleno sobre la finca. La disposición testamentaria del usufructo, ha quedado traducida en una pensión vitalicia liberando a la propiedad del usufructo y gravándola con la garantía hipotecaria. Son los herederos los únicos que ostentan el derecho de división horizontal de la finca. A mayor abundamiento en la hipótesis de que hubiera un usufructo sobre la finca, la doctrina es unánime al entender que el legitimado para realizar la división horizontal es el nudo propietario siempre que no se perjudiquen los derechos del usufructuario, lo que sucede en el caso que nos ocupa puesto que queda garantizada la pensión vitalicia. La doctrina es unánime cuando dice que el usufructuario carece de legitimación para otorgar el título constitutivo. Solicita, que se declare la nulidad de la calificación, y se acuerde la inscripción en el Registro de la escritura de protocolización.

IV

El Registrador de la Propiedad de San Sebastián 1 informó, mediante escrito de 7 de Agosto de 2004 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 901, 1.132 y 1.259 del Código Civil, artículo 18, 141, y 145 de la Ley Hipotecaria.

En el presente recurso se plantea si es inscribible una escritura de operaciones particionales en la que concurren albacea y herederos, en la que éstos constituyen hipoteca unilateral sobre bienes que le han sido adjudicados, en garantía de un legado de renta vitalicia por el que opta la legataria –según manifiesta el albacea-, sin que conste la intervención expresa de ésta para realizar la opción entre los dos legados alternativos ni para aceptar la hipoteca unilateral como acreedora. Tanto el Registrador como el recurrente coinciden en la naturaleza del legatario como sucesor a título particular, y la clase de legado ante el que nos encontramos, legado alternativo cuya elección corresponde a la legataria; sin embargo difieren en forma de acreditar dicha elección por la legataria.

1. El albacea es la persona que se encarga de ejecutar la última voluntad del testador, pero en ningún momento puede ser considerado como representante de legatario y con ello no puede sustituir su manifestación de voluntad. El hecho de que sea el albacea el designado por el testador para proceder a la entrega del legado, no obsta para que la legataria por sí o por medio de representante deba ejercitar la facultad que el testador le da en el propio testamento.

2. El ejercicio de la opción entre los legados alternativos deberá constar en escritura pública, máxime cuando lo que se pretende es garantizar el cumplimiento de este legado de renta vitalicia con hipoteca unilateral a favor de legatario, y por tanto el acceso al Registro de la Propiedad de dicha elección de la que nace la obligación que se garantiza, elemento objetivo, esencial en la hipoteca (artículos 3 y 145 L.H). El Registrador, al calificar este documento ha obrado en uso de sus facultades, estando legitimado por la ley para exigir la acreditación de la opción, pues el Registrador califica tanto la capacidad de los otorgantes, como la validez de los actos dispositivos (artículo 18 de la Ley Hipotecaria).

3. El principio de titulación auténtica exige escritura pública como elemento formal de la hipoteca, para que pueda lograrse su inscripción constitutiva, en el Registro de la Propiedad. Y esta exigencia se cumple con la escritura presentada, ya que no se trata de una mera acta de protocolización de operaciones particionales, sino que se trata de una verdadera escri-

tura de aprobación y ratificación de las operaciones contenidas en el cuaderno particional. No obstante, falta la constancia dentro de esa escritura o en otra posterior de la elección efectuada por la legataria y su aceptación de su consideración de acreedor hipotecario (piénsese en lo sencillo de la subsanación del defecto advertido, pues basta la presentación de la escritura de aceptación de la hipoteca por parte del legatario de la hipoteca unilateral para que ello implique reconocimiento de la elección).

En consecuencia esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso interpuesto, revocando la nota de calificación en cuanto al segundo defecto, (relativo a que no se constituya la hipoteca dentro del contenido de la escritura pública sino dentro del cuaderno particional privado que se protocoliza) y confirmándola en cuanto a la necesidad de que conste la aceptación expresa en documento público de la elección efectuada por la legataria y su aceptación de la hipoteca.

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, 18 de marzo de 2005.–La Directora General, Pilar Blanco-Morales Limones.

Sr. Registrador de la Propiedad de San Sebastián número 1.

8338

RESOLUCIÓN de 19 de marzo de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por la Sociedad «Inmo Urban-Rustic, Negocios Inmobiliarios, S. L.», contra la negativa del Registrador de la Propiedad de La Bisbal d'Empordà a inscribir un Auto judicial de adjudicación de la mitad indivisa de determinada finca y cancelación de cargas.

En el recurso interpuesto por Don Xavier Batalla Aymami, en representación de la Sociedad «Inmo Urban-rustic, Negocios Inmobiliarios, S. L.», contra la negativa del Registrador de la Propiedad de La Bisbal d'Empordà, Don Vicente José García Hinojal López, a inscribir un Auto judicial de adjudicación de la mitad indivisa de determinada finca y cancelación de cargas.

Hechos

I

En el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Sabadell se siguieron autos de procedimiento ejecutivo número 538/84 que finalizaron por auto de 11 de Octubre de 1995 por el que se adjudicaba la mitad indivisa de la finca registral 4.726 del Registro de la Propiedad de La Bisbal d'Empordà al Banco de Sabadell, y se ordenaba la cancelación de la anotación preventiva que dio lugar al procedimiento y de las cargas y gravámenes posteriores, incluidas las posteriores a la expedición de certificación registral de cargas.

II

Presentado testimonio del Auto de aprobación del remate en el Registro de la Propiedad de La Bisbal d'Empordà, fue objeto de sucesivas calificaciones. En la que se recurre, respecto de la presentación de 25 de mayo de 2004, el Registrador desestima la inscripción –atendiendo al historial registral de la finca– con la siguiente nota: «...se suspende la inscripción del auto que precede, toda vez que del antes referido historial de la finca en cuestión y por el arrastre de cargas efectuado en su momento, no se puede deducir cuál inscripción de dominio de una mitad indivisa de la finca ha de cancelarse por haber sido adjudicada al Banco de Sabadell, SA. en virtud de la ejecución contenida en el título que precede, lo cual impide la extensión de la minuta de inscripción solicitada.... La Bisbal, 10 de junio de 2004. El Registrador. Fdo.: Vicente José García-Hinojal López».

III

En el folio abierto a la finca figuran, en lo que aquí interesa, los siguientes asientos:

Inscripción primera: La finca, que se describe como trozo de terreno o solar, está inscrita a nombre de los consortes Don Joaquín A.J. y Doña