

Pues bien, como este Centro Directivo ha tenido ocasión de manifestar reiteradamente, es evidente que la partición de la herencia por el comisario no solo tiene que ajustarse a la voluntad del testador, sino también a las superiores disposiciones legales de carácter imperativo, a las que el propio testador también queda sujeto. Así pues, el contador deberá efectuar la partición ajustándose al testamento en la medida en que este resulte respetuoso con las disposiciones legales imperativas que han de regir la sucesión; se evitará así que la partición resulte viciada y no pueda acceder al Registro de la Propiedad (cfr. arts. 763, 815, 817, 1068 del Código Civil y 18 de la Ley Hipotecaria, así como la sentencia del Tribunal Supremo del 22 de octubre de 2002). Además, y visto que los otorgantes ostentan dualidad de funciones, las facultades legales del albacea contador partidario no rebasan la esfera interna de velar por el cumplimiento del testamento, entregar legados y partir el caudal relicto entre los interesados (cfr. art. 902 y 1057 del Código Civil). En modo alguno, pues, ostentan la representación de los herederos; menos aún la del cónyuge viudo, toda vez que para determinar el haber hereditario es necesaria la previa liquidación de la sociedad de gananciales, lo que supone la de las relaciones crédito-deuda entre los bienes comunes y los privativos de los esposos, algo para lo que es imprescindible –y por supuesto en este caso también– el consentimiento de la viuda, pues solo después de tal liquidación es posible determinar el caudal partible y hacer inventario de los bienes.

En resumen, que tal representación en modo alguno va inherente al cargo del albacea, al que no se le atribuyen más facultades que las legales, ni al contador-partidario, designado solo para efectuar la partición de los bienes, por lo que al no constar la aprobación –o ratificación– del cónyuge viudo a lo actuado (en especial a la liquidación de la sociedad de gananciales), el primer defecto de la nota ha de ser confirmado.

b) Que, aparte del defecto anterior, la actuación de los albaceas contadores, se separa de unas líneas claramente prefijadas por el testador, por lo que se exigirá, para la validez el acuerdo unánime de los herederos (cfr. artículo 1059 del Código Civil), algo que claramente no consta (en el reducido marco de este recurso, y a tenor de los documentos calificados, no puede inferirse que tal aprobación se haya producido). Y es que, en el caso que nos ocupa, los albaceas contadores han traspasado el campo de lo particional para introducirse –dadas las adjudicaciones acordadas– en el campo de lo dispositivo, por lo que, al extralimitarse, necesitan la aprobación de todos los herederos. Del título sometido a calificación, solo resulta, en las notas transcritas en la copia, que el cónyuge viudo y uno de los herederos «han aceptado la presente herencia», expresión, como antes ya se puso de manifiesto, que no implica la aprobación –o ratificación– de las operaciones particionales y de liquidación de la sociedad conyugal que se contienen en el documento calificado. Por lo demás, ninguna constancia hay de la postura adoptada por los demás llamados a la herencia; algo imprescindible –cabría reiterar de nuevo– dado que las operaciones particionales formalizadas se apartan, ostensiblemente, de lo dispuesto por el causante en su testamento. Por lo expuesto, el segundo defecto de la nota de calificación también ha de ser confirmado.

Esta Dirección General ha acordado inadmitir por extemporáneo en la forma que resulta de los anteriores fundamentos de derecho, el recurso que se interpone contra la calificación recaída sobre el mandamiento, al haberse presentado aquel fuera de plazo; confirmándose, por el contrario, la calificación registral recaída sobre la escritura de manifestación de herencia y adjudicaciones, desestimando pues 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, 23 de abril de 2005.–La Directora General, Pilar Blanco-Morales Limones.

Sr. Registrador de la Propiedad número 3 de Segovia.

**10294** RESOLUCIÓN de 25 de abril de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Fernando Duque Expósito contra la negativa del Registrador de la Propiedad de La Carolina a inscribir una escritura de subsanación de error y cancelación de cargas.

En el recurso gubernativo interpuesto por don Fernando Duque Expósito contra la negativa de don Eduardo Entrala Bueno, Registrador de la

Propiedad de La Carolina, a inscribir una escritura de subsanación de error y cancelación de cargas.

## Hechos

### I

El 29 de noviembre de 2004 se presentó en el Registro de la Propiedad de La Carolina copia autorizada de la escritura otorgada el día 7 de octubre de 2004 ante el notario de Bailén don Luis-José Villamil Amor, por la que los esposos don Fernando Duque Expósito y doña María Martínez Cobo, propietarios de los dos elementos (viviendas de las plantas primera y segunda) en que se divide horizontalmente un edificio, manifestando ser los únicos propietarios del mismo, procedían a subsanar la descripción de los anejos de las viviendas, incluyendo en tal descripción, además de un trastero que ya constaba en el título de constitución de la propiedad horizontal, un patio de luces con dos trasteros más.

### II

Dicha escritura fue calificada con nota del siguiente tenor: «Registro de la Propiedad de La Carolina. El Registrador de la Propiedad que suscribe, previa calificación del documento que precede, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, reformado por Ley 24/2001, y 98 y ss de su Reglamento, ha dictado con fecha de hoy el acuerdo de suspender la inscripción del mismo, por el(os) defecto(s) subsanable(s) siguiente(s): No constar la aprobación de la junta de propietarios del bloque cuarto, toda vez que el mismo está sujeto a la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, modificada por Ley 8/1999 de 6 de abril, detentado el Excmo. Ayuntamiento de Bailén, la titularidad de los dos pasajes cubierto y descubierto que forman parte de la descripción del edificio al que pertenecen los dos inmuebles horizontales de referencia, por cesión que le hizo el que fuera vendedor de dichos inmuebles, Fernando Arenas del Buey, por escritura otorgada en Bailén, el 24 de marzo de 1975, ante su Notario Antonio Cabello de Alba y Vallejo, número 265 de su protocolo, y que causó la inscripción 3.<sup>a</sup> de la finca matriz 20.701, inscrita en el tomo 1.046, libro 3412 de Bailén, folio 38, pudiendo no ser entonces, los esposos Duque-Martínez, los únicos componentes de la Junta de Propietarios del Bloque Cuarto, como se indica en el exponen III de la escritura de referencia y relacionada en el Hecho I, ya que también entraría el Ayuntamiento.–Los documentos de todas clases, susceptibles de inscripción, se hallan sujetos a calificación por el Registrador, quien, bajo su responsabilidad, ha de resolver acerca de la legalidad de sus formas intrínsecas (sic), la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos contenidos en los mismos, de conformidad con lo establecido en los artículos 18 y 19 de la Ley Hipotecaria y 98 a 100 del Reglamento para su ejecución.–Contra la presente nota de calificación cabe interponer recurso gubernativo ante la Dirección General de los Registros y del Notariado dentro del plazo de un mes, a contar desde la fecha de su notificación, el cual podrá presentarse en este Registro de la Propiedad, así como en cualquier otro Registro de la Propiedad, o en cualquiera de los registros y oficinas previstos en el artículo 38.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, todo ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria, en la redacción dada a los mismos por el artículo 102 de la Ley 24/2001 –BOE 31-12-2001.–La Carolina, 3 de septiembre del 2003 (sic).–La Carolina, 30 de noviembre de 2004.–El Registrador. Fdo: Eduardo Entrala Bueno. Notificado hoy, conforme al art.º 322 de la Ley Hipotecaria en la redacción dada por la Ley 24/2001, el acuerdo de calificación desfavorable, emitido por el Registrador de la Propiedad, conforme al art. 18 de la Ley Hipotecaria, reformado por dicha Ley, tanto al notario autorizante del documento presentado como a su representante.–La Carolina, 30 de noviembre de 2004.–El Registrador.–Fdo: Eduardo Entrala Bueno. Prorrogado el asiento 1.462/137, durante el plazo de sesenta días, a contar desde hoy, de conformidad con los artículos 322 y 323 de la Ley Hipotecaria, en la redacción dada a los mismos por el artículo 102 de la Ley 24/2001 –BOE 31-12-2001.–La Carolina, 12 dic. 2004».

### III

Contra la calificación denegatoria se presentó por don Fernando Duque Expósito el 15 de diciembre de 2004 recurso en el propio Registro ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. En dicho recurso se argumenta que la modificación de la descripción de los dos elementos de la propiedad horizontal cuenta con el consentimiento de todos los titulares del edificio, que lo son únicamente el recurrente don Fernando Duque Expósito y su esposa doña María Martínez Cobo, propietarios de los dos únicos elementos en que se encuentra dividido horizontalmente. Se añade que la titularidad de los dos pasajes transmitidos al Ayuntamiento de Bailén no afecta a los derechos del recurrente y esposa,

ya que cuando el propietario único del edificio los cedió, no los constituyó como elementos independientes sujetos al especial estatuto de la propiedad horizontal, sino que dicha cesión fue verificada junto con las calles de la urbanización de la que el edificio forma parte para que adquirieran el carácter de bienes de dominio público. El recurso añade que el recurrente pretendió comprar al Ayuntamiento tales pasajes, transmisión que en fecha 5 de junio de 1997 fue denegada porque continuaban manteniendo el carácter de bienes de dominio público, si bien posteriormente han adquirido el carácter de bienes patrimoniales, figurando como tales en el Inventario Municipal de Bienes, pero sin que tengan asignado número ni cuota en la propiedad horizontal. Y concluye afirmando que la propiedad que el Ayuntamiento tiene sobre dichos pasajes es una propiedad ordinaria, ya que no teniendo numeración correlativa en el edificio, ni cuota de participación, ha sido, además, inscrita a favor del Ayuntamiento sin el consentimiento de los demás cotitulares; apoya además la afirmación en el hecho de que, con anterioridad al otorgamiento de la escritura cuya inscripción se ha suspendido, el recurrente solicitó del Ayuntamiento, entre otros extremos, que pasare a contribuir a los gastos de la comunidad de propietarios del bloque, sin haber obtenido resolución favorable, y en que, ante una nueva instancia en la que se solicitaba del Ayuntamiento que, a la vista de la escritura de subsanación que motiva el recurso, certificase si la actualización de la nueva descripción de los anejos afectaba o no a los pasajes de titularidad del Ayuntamiento y que prestase su consentimiento a la inscripción de la repetida escritura de subsanación, el Ayuntamiento expidió certificación en la que reprodujo un informe del técnico municipal del que resulta que la nueva descripción de los anejos no afecta al pasaje de titularidad municipal, que sí forma parte del edificio o bloque cuatro del Pasaje Puerto Rico de Bailén, y que dicho bloque estaría sujeto a la Ley de Propiedad Horizontal, en cuyo caso el señor Duque y su esposa podrían no ser los únicos propietarios del mismo, por lo que el Ayuntamiento podría prestar su consentimiento a la inscripción de la escritura aunque con la advertencia anterior. Se unieron al recurso los documentos que acreditaban estos últimos extremos, pero que no habían sido tenidos a la vista por el Registrador al formular su calificación.

#### IV

El Registrador emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo mediante escrito de 23 de diciembre de 2004.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 396 del Código Civil, 5 y 17 de la Ley de Propiedad Horizontal, 8 y 20 de la Ley Hipotecaria y las Resoluciones de este Centro Directivo de 21 de junio de 1917, 19 y 21 de julio de 1966, 16 de septiembre de 1967, 28 de mayo de 1971, 26 de junio de 1987, 27 de mayo y 20 de julio de 1988, 18 de julio de 1995 y 15 de diciembre de 2004, entre otras.

1. La correcta resolución del presente recurso exige un claro planteamiento cronológico del supuesto de hecho: se declara en 1975 la obra nueva de un edificio, haciendo constar que cuenta con planta baja y dos plantas altas, albergando cada una de estas dos una vivienda, y se añade que en la planta baja hay un trastero y dos pasajes, uno cubierto y otro descubierta. En la propia escritura se constituye el edificio en régimen de propiedad horizontal, creando dos únicos elementos independientes (las dos viviendas) a cada una de las cuales se le fija una cuota del cincuenta por ciento y se le asigna como anejo la mitad indivisa del trastero. Seguidamente, el propietario único cede los dos pasajes al Ayuntamiento de Bailén, y esta cesión se inscribe sólo en el folio correspondiente a la finca matriz. En 1978, el citado propietario único vende las dos unidades independientes a los actuales titulares. Y en 2003 dichos titulares otorgan, proclamándose propietarios de la totalidad del edificio, una escritura de subsanación de la propiedad horizontal, en la que rectifican la descripción del trastero de la planta baja. El Registrador suspende la inscripción por no contar con el consentimiento del Ayuntamiento, copropietario del edificio, aunque no exista ningún elemento independiente inscrito a su nombre.

2. La propia naturaleza del régimen de propiedad horizontal y las determinaciones legales imperativas exigen que las modificaciones de la descripción del edificio contenidas en el título constitutivo hayan de ser consentidas por todos los copropietarios, cuestión ésta que no es discutida por el recurrente. Pretende, sin embargo, que no sea preciso el consentimiento del Ayuntamiento de Bailén por no figurar como propietario de ningún elemento independiente del edificio. No es este el momento ni la sede oportuna para analizar el mayor o menor acierto de la configuración jurídica de la cesión efectuada ni de la inscripción en su día practicada a favor del Ayuntamiento, pero es lo cierto que, como el propio recurrente reconoce en los documentos que acompaña a su recurso, los pasajes de titularidad del citado Ayuntamiento forman parte del bloque, aunque no hayan sido constituidos como elemento independiente y la titularidad municipal figure tan solo en la hoja abierta al edificio matriz.

El Ayuntamiento es, por tanto, copropietario del edificio, por lo que su consentimiento, expresado en debida forma, es inexcusable para proceder a la rectificación del título constitutivo. Por otro lado, no se entiende muy bien que el recurrente pretenda ahora la inscripción del título sin dicho consentimiento cuando, además, lo ha solicitado antes de forma expresa, conforme reconoce en el propio escrito de interposición del recurso.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación del Registrador.

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, 25 de abril de 2005.—La Directora General, Pilar Blanco-Morales Limones.

Sr. Registrador de la Propiedad de La Carolina (Jaén).

**10295** *RESOLUCIÓN de 25 de abril de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Ignacio Sáenz de Santamaría, Notario de Madrid, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad número 4 de Madrid a inscribir una escritura de novación y ampliación de préstamo hipotecario.*

En el recurso interpuesto por don Ignacio Sáenz de Santamaría, Notario de Madrid, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad n.º 4 de Madrid, doña M.ª Purificación García Herguedas, a inscribir una escritura de novación y ampliación de préstamo hipotecario.

#### Hechos

##### I

Mediante escritura otorgada ante el Notario de Madrid, don Ignacio Sáenz de Santamaría y Vierna, el 29 de julio de 2004, con número de protocolo 2671, comparecieron los cónyuges casados en régimen de separación de bienes, doña Marleni Romero Alvarado y don José Alberto de las Heras García, y don José Luis Girón Cabrero, en nombre y representación de la Sociedad «Banco Santander Central Hispano, S. A.». Mediante la citada escritura se procedió a la novación modificativa de otra de préstamo hipotecario. De las estipulaciones de dicha Escritura son de destacar las siguientes: Mediante la primera «Banco Santander Central Hispano, S.A.», concede a doña Marleni Romero Alvarado y don José Alberto de las Heras García una ampliación del préstamo inicial; en la quinta se modifica la responsabilidad hipotecaria constituida en la Escritura inicial de préstamo concedido a la prestataria. En el otorgamiento se dice: «Así lo dicen y otorgan los comparecientes... la aprueban y firman». En el título de propiedad se señala que doña Marleni Romero Alvarado es dueña de la vivienda hipotecada con carácter privativo.

##### II

Presentada la indicada escritura en el Registro de la Propiedad N.º 4 de Madrid, fue calificada de la siguiente manera: «Hechos.—En la escritura interviene doña Marleni Romero Alvarado, e hipoteca la finca registral 61.196, que es una vivienda. Dicha finca le pertenece con carácter privativo, por compra en régimen de separación de bienes. La hipoteca la constituye únicamente doña Marleni Romero Alvarado sin manifestar que la finca no sea su domicilio conyugal y sin que conste el consentimiento expreso a la constitución de la hipoteca por parte de su esposo don José Alberto de las Heras García, que interviene en la escritura a efectos de recibir junto con su esposa el préstamo. Calificación.—Aunque el préstamo lo reciben ambos cónyuges, es insuficiente la comparecencia del esposo a efectos de entender que consiente la constitución de la hipoteca que realiza su esposa sobre la citada finca, porque lo único que se dice que hace dicho señor es recibir el préstamo, que es un acto jurídico distinto de la constitución de hipoteca. En consecuencia se tiene que completar la escritura, bien manifestando la hipotecante que la finca no constituye su domicilio familiar habitual o bien consignando que la hipoteca constituida sobre la finca registral 61.196 se constituye por la hipotecante con el consentimiento de su citado esposo. Fundamentos de derecho: Artículo 1320 del Código Civil y 94.5 del Reglamento hipoteca-