

# MINISTERIO DE JUSTICIA

**15558** *RESOLUCIÓN 29 de junio de 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra Acuerdo dictado por Juez Encargado de Registro Civil, en expediente sobre examen de los libros del Registro.*

En las actuaciones sobre examen de los libros del Registro remitidas a este Centro en trámite de recurso por virtud del entablado por el interesado contra acuerdo del Juez Encargado del Registro Civil de P.

## Hechos

1. Mediante escrito de fecha 13 de febrero de 2007 dirigido al Registro Civil de P., doña M., vicepresidenta de la Asociación de estudios sobre la Represión en L. (AERLE), manifestó que dicha Asociación estaba realizando un trabajo de investigación denominado «Censo de Represaliados por el Franquismo en la provincia de L.», solicitando la consulta de los libros de defunciones, al menos los correspondientes al periodo de tiempo entre 1936 y 1950.

2. El Encargado del Registro Civil dictó acuerdo con fecha 14 de febrero de 2007, denegando la autorización solicitada para examinar los libros de defunción de ese Registro y de los demás Registros Civiles que de él dependían, ya que los asientos que pretenden consultarse obligaban a conocer extremos que podían afectar a la intimidad personal y familiar, no estando el interés que se perseguía amparado legalmente, ni constaba autorización de los posibles afectados, y no era un organismo o entidad de carácter público la solicitante.

3. Notificada la resolución a la representante de la Asociación interesada, ésta interpuso recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado solicitando que se acordara la autorización y el procedimiento para el examen de los libros de defunciones, alegando que su trabajo se enmarcaba en la Recuperación de la Memoria Histórica, estableciendo la Ley del Registro Civil la publicidad del mismo.

4. De la interposición del recurso se dio traslado al Ministerio Fiscal informo que procedía confirmar la resolución recurrida ya que el derecho de investigación no alcanzaba a permitir que personas ajenas al Registro Civil llegasen a conocer datos íntimos sobre otras personas, por mas que esos datos íntimos no fuesen a ser divulgados. El Juez Encargado remite el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado, ratificando los argumentos contenidos en la resolución recurrida.

## Fundamentos de Derecho

I. Vistos los artículos 6 y 51 de la Ley del Registro Civil; 17, 18, 21, 22 y 25 del Reglamento del Registro Civil; las Ordenes Ministeriales de 6 de junio y 13 de octubre de 1994; la Instrucción de 9 de enero de 1987 y las Resoluciones de 24 de mayo de 1991; 5-4.º de marzo 4.ª y 8-1.ª de noviembre de 1994; 26 de junio de 1997; y 26-9.ª de marzo de 2007.

II. Con una finalidad que obedece a una investigación histórica, la Asociación de Estudios sobre la Represión en L. solicitó autorización para la consulta de los libros de defunciones correspondientes al periodo de 1936 a 1950 en el Registro Civil de P., para realizar un trabajo de investigación denominado «Censo de Represaliados por el Franquismo en la provincia de L.».

III. El Registro Civil, como instrumento específico destinado a probar el estado civil de las personas, tiene, por regla general, el carácter de público. Ahora bien, por un lado, conviene recordar que existen casos de publicidad restringida por afectar a cuestiones relacionadas con la intimidad personal y familiar que no deben de ser objeto de divulgación indiscriminada; por otra parte, también hay que tener en cuenta que, si bien el interés en conocer los asientos se presume en quien solicita la información (cfr. arts. 6 L.R.C. y 17 R.R.C.), no existe disposición legal alguna que sancione esta presunción cuando se solicita conocer un indeterminado número de asientos, debiendo el Encargado en tal caso valorar la existencia o no de un interés que pueda estar amparado en el derecho fundamental recogido en la Constitución a recibir y difundir información veraz.

IV. Ciertamente es –y así lo estableció ya este Centro Directivo en la Resolución de 5 de marzo citada en los vistos– que en los libros de defunciones no hay datos de publicidad limitada, con excepción precisamente de la causa de la muerte cuando sea deshonrosa y no hayan transcurrido veinticinco años desde la defunción (cfr. O.M. 13 octubre 1994). Por esto, el caso ahora planteado ha de estimarse comprendido dentro de la regla general de publicidad amplia que recoge la legislación del Registro Civil (cfr. arts. 6 L.R.C. y 17 R.R.C.). En efecto, han transcurrido más de cincuenta años desde la fecha de la muerte y hoy en día no se considera deshonroso que ésta se haya producido, por motivos políticos, como consecuencia de la represión de la guerra civil. Además la Asociación interesada alega que su

interés obedece a una investigación y estudio de los hechos acaecidos en la guerra civil y posguerra, y para esta investigación le es útil obtener la prueba del contenido del Registro, siendo este interés aducido perfectamente congruente con los fines de la institución registral.

V. Consiguientemente al tratarse de la consulta de ya antiguos libros de defunciones, no existe inconveniente alguno para que el recurrente pueda consultar directamente tales libros. Ahora bien, este examen requiere la autorización del Juez Encargado –que puede ser sustituida en vía de recurso por la de este Centro Directivo (cfr. art. 25 R.R.C.)–, si bien la manifestación de los libros «tendrá lugar a la hora más conveniente para el servicio y bajo la vigilancia del Encargado» (art. 18 R.R.C.).

Esta Dirección General ha acordado, de conformidad con la propuesta reglamentaria:

1.º Estimar el recurso y revocar el auto apelado.

2.º Autorizar a la Asociación de Estudios sobre la represión en León para que pueda examinar los libros de defunciones del Registro Civil de P. y de los Juzgados de Paz de su partido judicial, relativos a los años solicitados en los términos que determina el artículo 18 del Reglamento del Registro Civil.

Madrid, 29 de junio de 2007.–La Directora General de los Registros y del Notariado, Pilar Blanco-Morales Limones.

**15559** *RESOLUCIÓN de 20 de julio de 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por el Notario de Benidorm don José Antonio Pérez Ramos, contra la negativa del Registrador de la Propiedad n.º 3, de Benidorm, a inscribir una escritura de declaración de obra nueva, división horizontal y adjudicación de herencia.*

En el recurso interpuesto por el Notario de Benidorm don José Antonio Pérez Ramos, contra la calificación negativa del Registrador de la Propiedad de Benidorm número 3 Don Germán Rodríguez López a inscribir una escritura de declaración de obra nueva, división horizontal y adjudicación de herencia.

## Hechos

### I

Por escritura autorizada por el Notario de Benidorm don José Antonio Pérez Ramos, con fecha treinta de enero de dos mil cuatro, número 179 de protocolo, doña María Bardesi Orúe-Echevarría, como albacea-comisario-contador-partidor de las herencias de Doña Josefa Orozco Orozco y don Vicente Pérez Marcet, formalizó la adjudicación de las herencias de los expresados causantes, conteniéndose en dicha escritura como actos previos, una declaración de obra nueva y división horizontal de un edificio situado en la villa de Benidorm, la cual, fue aclarada por escritura autorizada por el mismo Notario con fecha veinte de febrero de 2004, en lo referente a los linderos correspondientes a una de las fincas inventariadas.

### II

Presentadas a inscripción esas escrituras, fueron calificadas negativamente por el Registrador de la Propiedad número 3 de Benidorm, en base a los siguientes defectos subsanables: Primero.–La declaración de Obra Nueva y División Horizontal, y Adjudicación de herencia realizadas, precisan el consentimiento y aceptación, respectivamente, del heredero y legatario instituidos. Segundo.–La «planta de cubierta» no puede configurarse como elemento privativo de la Propiedad Horizontal, al tener el carácter de elemento común por naturaleza y no ser susceptible de aprovechamiento independiente, aun cuando pudieran serlo los trasteros ubicados en ella, no acreditándose tampoco su configuración, a los efectos pretendidos, del Certificado Municipal incorporado. Todo ello en base a los siguientes hechos y fundamentos de derecho: Hechos: 1. Se presenta escritura autorizada el treinta de Enero de dos mil cuatro, ante el Notario de Benidorm, don José Antonio Pérez Ramos, número ciento setenta y nueve de su protocolo, de Declaración de Obra Nueva, División Horizontal y Aceptación y Adjudicación de herencia, otorgada unilateralmente por el Albacea Contador-Partidor de las herencias de los cónyuges causantes, doña Josefa Orozco Orozco y don Vicente Pérez Marcet. 2. De los testamentos de ambos causantes y por lo que interesa a esta nota, resultan las siguientes cláusulas: Tercera.–Lega a su citado hijo don

Tomás Pérez Orozco, la legítima estricta que por Ley le corresponda, sustituyéndole vulgarmente para los casos de premoriencia e incapacidad por sus respectivos descendientes. Quinta.—Establece el testador como norma particional a tener en cuenta por el contador-partidor que luego se dice, que el pago de la legítima de su hijo Tomás se haga con dos pisos y un local de negocio ubicados en la calle Trasmallo, número 4, de Benidorm, con todo cuanto se encuentren en los mismos de puertas adentro. Si excediese de su legítima, es voluntad del testador que le adjudique el exceso con cargo al tercio libre. Por la cuarta, instituye heredera a su hija doña María Vicenta Pérez Orozco, y por la sexta, nombra albacea-comisario-contador-partidor, a doña María Bardsi Orue Ehevarria. 3. Que, entre las fincas relacionadas en la escritura calificada, consta la siguiente: «Casa situada en el callejón sin salida de la Primera Travesía de Tomás Ortuño, número cinco, de esta villa de Benidorm. Ocupa una superficie de cincuenta y ocho metros, cincuenta decímetros cuadrados, consta de planta baja, constituida por una nave sin distribuir, y de dos pisos altos, cada uno de los cuales contiene una vivienda distribuida en comedor, dos dormitorios, cocina y aseo; lindante: derecha entrando con casa de Doña Ángela Pérez Marcet; izquierda con la de Pascual Pérez; y espalda o fondo, con la de Bartolomé Santamaría». Inscrita, con igual descripción, con carácter ganancial a favor de los causantes, según la inscripción 2.<sup>a</sup> de Obra Nueva, al folio 244, del libro 28 de Benidorm, tomo 111 del Archivo Único, registral 4.270. 4. Que, en la escritura relacionada, el albacea-contador-partidor, declara una modificación de Obra Nueva de la finca relacionada, en los siguientes términos: «Edificio, situado en esta ciudad de Benidorm, calle Trasmallo, señalada con el número cuatro, compuesto de planta baja destinada a local comercial y donde se encuentra el portal de acceso a las plantas altas; planta primera y planta segunda, destinadas a vivienda, con una vivienda por planta; y planta tercera de cubierta, sobre la que se encuentran dos trasteros. La construcción declarada ocupa una superficie total construida de doscientos cuarenta y seis metros, sesenta y siete decímetros cuadrados, y en el solar una superficie de sesenta metros, con cero un decímetros cuadrados». 5. Posteriormente, procede a la División Horizontal del mencionado edificio, en cuatro elementos privativos, un local en planta baja, una vivienda en cada una de las plantas primera y segunda, y un cuarto elemento que se identifica como: «Planta ático del edificio situado en esta ciudad de Benidorm, calle Trasmallo, señalada con el número cuatro, integrada por dos trasteros, de una superficie de 9,83 m<sup>2</sup> y 3,65 m<sup>2</sup>, y una terraza pisable. Cuota: 8,05%». A cada uno de los «elementos» le asigna su correspondiente cuota. Se acompañan una Certificación del Ayuntamiento de Benidorm de fecha quince de julio de dos mil dos, expediente número 895/02, acreditativa de que la construcción tiene más de treinta años, que no está incurso en expediente de infracción urbanística, y en la que se identifica la finca como «edificio que consta de planta baja y dos plantas de piso». Así mismo, se acompaña, «Informe» de don Josué Barba Merlín, Arquitecto técnico colegiado número 2.464, de fecha veintinueve de julio de dos mil dos, en la que se manifiesta que el repetido edificio «consta de planta baja, primera, segunda y cubierta». Manifestándose que «la cubierta es transitable y dispone de dos trasteros junto al patio de luces». Dicho informe, no consta ni visado por el correspondiente Colegio profesional ni legitimada notarialmente la firma del informante. Fundamentos de Derecho: Primero.—En cuanto al primer defecto señalado —Necesidad de consentimiento por parte del legatario y heredera—, conviene señalar: 1. Que el Contador-Partidor tiene como primera función la ejecución de la voluntad testamentaria (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado 19-3-86), y ésta aparece manifiesta en el caso que nos ocupa, con la manda que hacen al legitimario-legatario de «los dos pisos y local en la calle Trasmallo», que según Registro, son los elementos integrantes de la casa, en dicha calle que es la registral 4.270. Es por ello que se entiende que la entrega del legado podría realizarse sin necesidad de previa división horizontal de la finca, por el contador-partidor. 2. Por otra parte, si el legatario adquiere la cosa legada desde la muerte del testador (Art. 882 del Código Civil), cualquier modificación de aquella —cual es la modificación de Obra Nueva antigua o la División Horizontal con asignación de cuotas determinadas a los elementos privativos—, deberá realizarla él mismo, o contar al menos con su consentimiento (artículo 5 Ley Propiedad Horizontal, Sentencia del Tribunal Supremo de 30-3-99 y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26-9-02). Además, si según manifiesta el contador-partidor, existe tal condominio entre la heredera y el legatario, su disolución a través de la División Horizontal, también requeriría el consentimiento de ambos (Resolución citada y Resolución 20-9-88 y artículos 400, 402 y 406 del Código Civil). 3. Tampoco, resulta la aceptación del legado ni herencia, que se expresa en la escritura calificada, pues si bien la partición efectuada por el contador-partidor podría no necesitar su consentimiento, la aceptación debe acreditarse de conformidad con los artículos 882, 883, 999 y 1000 del Código Civil, para proceder a la inscripción de la adquisición efectuada en su caso. (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3-2-97 y 19-9-2002 y Sentencia del Tribunal Supremo de 16-3-01). 4. Finalmente, siendo gananciales las fincas de la

herencia, no se hace por el contador la previa liquidación de la sociedad conyugal como operación preparacional, para la determinación de la parte de los bienes que correspondan a cada una de las herencias, liquidación que se entiende podía obviarse si, consintieran los llamados a las herencias de ambos cónyuges al ser los únicos interesados. (Rs. de la D.G.R.N., de 13-Agosto-1939). Segundo.—En cuanto al segundo defecto —No susceptibilidad de configuración como elemento independiente de la planta de cubierta— resultando la evidente discordancia entre el Certificado del Ayuntamiento y la descripción registral, y el informe del técnico, que asigna una planta de cubierta con dos trasteros al edificio, dicha planta —designada como planta de ático en la escritura—, no reúne las imprescindibles características para configurarla como elemento independiente de la Propiedad Horizontal —si podrían serlo los trasteros—, al ser la cubierta del edificio un elemento común por naturaleza (artículo 396 del Código Civil; Sentencia del Tribunal Supremo de 29-12-1998 y Rs. DGRN de 12-11-1997 y 3-7-2000). Por otra parte, el informe acompañado, ni tiene naturaleza de certificación, ni la firma en dicho informe incorporado está notarialmente legitimada (Artículo 49-2 del Real Decreto 1093/97 de 4-7), con lo que no podría ser tenido en cuenta al amparo del Artículo 52 del Real Decreto citado. Siendo así, sólo el Certificado Municipal valdría a los efectos señalados en dicho precepto, y aquél no coincide en su descripción de la edificación con la expresada en el título.

Se hace constar expresamente que el plazo de vigencia del asiento de presentación es de sesenta días hábiles, desde su fecha, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la Ley Hipotecaria, dejando a salvo las prórrogas previstas en los artículos 97 de Reglamento Hipotecario y 323 de la Ley Hipotecaria.

Contra esta calificación podrá interponerse recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, que se presentará en este Registro o en los Registros y Oficinas a que se refiere el artículo 327 de la Ley Hipotecaria, en el plazo de un mes a contar desde la fecha de la notificación de la calificación, de conformidad con los artículos 322 a 329 de la Ley Hipotecaria, sin perjuicio de poder solicitar la calificación sustitutoria de conformidad con el Artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria, y Real Decreto 1039/2003 de 1-8.—Benidorm 5 de marzo de 2004.—El Registrador.

### III

Contra la anterior nota de calificación, don José Antonio Pérez Ramos, Notario de Benidorm, interpuso recurso, sobre la base de los siguientes Hechos: 1. Que el día treinta de enero de 2004, en escritura autorizada por él, el albacea comisario contador partidor, nombrado en testamento por los causantes, procedió a efectuar la partición de la herencia y la entrega de legados, en la forma ordenada por los causantes, efectuando una previa declaración de modificación de obra nueva y división horizontal; 2. Que calificada desfavorablemente por el Registrador don Germán Rodríguez López, fue presentada para su calificación sustitutoria, que efectuada, mantiene los defectos señalados en la nota de calificación, a saber, que la declaración de obra nueva y división horizontal y adjudicación de herencias realizadas, precisan el consentimiento y aceptación del heredero y legatario instituidos, así como que la planta de cubierta no puede configurarse como elemento privativo de la Propiedad Horizontal, al tener el carácter de «elemento común por naturaleza»; 3. Que entiende que dicha calificación registral no es acorde a nuestra legislación por los siguientes fundamentos de Derecho: 1. No se trata de un legado de cosa específica y determinada, sino de un legado de parte alícuota, de la «cuota legítima», asimilándose su posición al heredero (art. 152 RH), si bien no responde, frente a los acreedores de la herencia; 2. El testador, establece una norma particional, señalando al partidor contador con que bienes debe hacerse el pago de la legítima, lo que obliga a éste a cumplirla mientras no perjudique la legítima de los herederos forzosos (art. 1056 CC). El contador partidor es según toda la doctrina y jurisprudencia, la persona encargada por el testador, por la confianza que tiene en su persona, para ejecutar su última voluntad de acuerdo con sus instrucciones, pudiendo realizar todas las operaciones particionales, así como las previas necesarias, estando facultado para interpretar el testamento, según es pacíficamente admitido y reconoce entre otras la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de febrero de 2003; 3. En cuanto a la necesidad del consentimiento del heredero y legatario para la inscripción de la partición realizada por el comisario contador partidor, exigiendo el Código Civil el consentimiento de todos los herederos y legatarios exclusivamente en el supuesto del contador partidor dativo (art. 1057.2) parece evidente que dicho consentimiento, no exigido en el plano sustantivo, no podrá exigirse en el formal, sin perjuicio que el derecho de los interesados quede salvaguardado mediante una inscripción de carácter suspensivo que permita la constancia registral de su renuncia, doctrina que el recurrente considera clara desde el punto de vista jurisprudencial, mencionando en su apoyo diversas sentencias del Tribunal Supremo y Audiencias Provinciales y varias resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. 4. En relación a la necesidad del consentimiento del heredero y legatario

rio para la formalización de la declaración de obra nueva y división horizontal, entiende el recurrente que la división horizontal participará de un carácter dispositivo en aquellos casos en que efectivamente tenga por objeto la disolución de una comunidad y no en aquellos en que no existe una comunidad previa que haya que disolver, como en el presente caso, en que se articula como un procedimiento para el cumplimiento de la voluntad del testador, sin existencia previa de comunidad entre el legatario y heredero, por lo que considera que esta posibilidad de que la división horizontal sea realizada unilateralmente por el comisario como paso previo al cumplimiento de la voluntad del testador, perfectamente señalada en el testamento en cuanto al objeto de entrega es comúnmente admitido por la doctrina y jurisprudencia como incluida en las facultades del comisario, y así se pronuncian las resoluciones de la Dirección General de 19 de marzo de 1986, 19 de septiembre de 2002 y 20 de septiembre de 2003. Por ello, entiende que mientras no se acredite la aceptación a la inscripción por parte del heredero o legatario, ningún inconveniente existe para que la inscripción se practique al modo que cualquier otra adquisición de derechos sujetos a condición suspensiva, o sea, con la advertencia de que no se acreditaba aquella, extremo que podrá hacerse constar en cualquier momento, sin perjuicio de que acreditada la renuncia voluntaria o provocada se cancele la inscripción, todo ello, sin perjuicio de la posibilidad de la aceptación tácita, lo que desde luego, en cuanto a la heredera, resulta de la propia escritura en la que como documento unido figura la presentación a liquidación del correspondiente impuesto de sucesiones y, en cuanto al legatario, si bien no consta en la escritura, ésa aceptación sí le constaba al contador partidor y al Registrador a quien se le apuntó el hecho por si lo consideraba necesario aportar, ya que el albacea contador partidor había sido requerido para la entrega del legado por el legatario a través de un acta notarial de requerimiento, lo que igualmente es comúnmente admitido como aceptación tácita; 5. En relación al segundo defecto alegado en la nota del Registrador, entiende el recurrente que es una cuestión resuelta por múltiples sentencias del Tribunal Supremo, aceptando la maleabilidad del carácter comunal o privativo de las terrazas de uso exclusivo individual a pesar de ejercer conjuntamente la función de tejado o cubierta para el conjunto de la edificación (STS de 20 de marzo de 1970, 22 de diciembre de 1978, 15 de marzo de 1985, 27 de febrero de 1987, 14 de octubre de 1991 y 10 de febrero de 1992 entre otros), por cuanto aunque esas terrazas tienen en principio la conceptualización legal de elementos comunes del edificio, pues así lo establece el artículo 396 del Código Civil, la numeración que contiene ese artículo no es de ius cogens, sino de ius dispositivum, permitiéndose que en el título constitutivo del edificio en régimen de propiedad horizontal, pueda atribuirse carácter de privativos a ciertos elementos comunes, que no siendo por naturaleza o esenciales, como el suelo, las cimentaciones, los muros, las escaleras etc., lo sean sólo por destino o accesorios, como los patios interiores, las terrazas a nivel o cubiertas de parte del edificio.

Por ello el recurrente acaba solicitando se dicte resolución por la que se revoque la nota de calificación ordenando su inscripción.

#### IV

Con fecha 31 de mayo de 2004, el Registrador interino del Registro de la Propiedad número 3 de Benidorm, don Ricardo Francisco Sifre Puig, remitió el expediente a este centro directivo en unión de su informe.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 396, 440, 667, 671, 815, 882, 885, 902, 1057 y 1255 del Código Civil, 1061 y 1062 del Código Civil, artículos 3 y 17 de la ley de Propiedad Horizontal, artículo 152 del Reglamento Hipotecario, 52 del Real Decreto 1093/1997 de 4 de julio, sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1903, 31 de diciembre de 1912, 22 de agosto de 1914, 10 de enero de 1934, 16 de octubre de 1940, 17 de abril de 1943, 22 de enero de 1963, 22 de marzo de 1984 y 2 de abril de 1996 y las Resoluciones de esta Dirección General de 5 de octubre de 1893, 12 de noviembre de 1895, 28 de enero de 1898, 14 de marzo de 1903, 26 de febrero y 25 de mayo de 1906, 11 de septiembre de 1907, 29 de enero de 1908, 31 de enero de 1912, 7 de marzo de 1914, 22 de agosto de 1914, 6 de marzo de 1923 y 12 de julio de 1930, 12 de abril de 1951, 30 de junio de 1956, 12 de junio de 1963, 1 de septiembre de 1981, 27 de diciembre de 1982, 17 de abril de 1986, 23 de noviembre de 1999, 19 de septiembre de 2002, 21 de junio de 2003, 26 de noviembre de 2004 y 26 de febrero, 23 de abril y 13 de octubre de 2005.

1. De la nota de calificación registral resultan los siguientes defectos que a juicio del Registrador impiden la inscripción:

Entiende en primer lugar, que la escritura otorgada precisa el consentimiento y aceptación del heredero y legatario instituidos, por cuanto:

a) La voluntad testamentaria aparece manifestada con la manda que hacen los testadores al legitimario-legatario de «los dos pisos y local en la calle Trasmallo», que según el Registro son los elementos integrantes de

la casa, por lo que la entrega por el contador-partidor podría realizarse sin la previa división horizontal.

b) Si el legatario adquiere la cosa legada desde la muerte del testador (art. 882 del Código Civil), cualquier modificación de aquella (como es en este caso la modificación de la obra nueva y división horizontal), debe contar con su consentimiento, necesario para disolver, a través de la división horizontal el condominio entre la heredera y el legatario.

c) La aceptación del legado y de la herencia debe acreditarse, para proceder a la inscripción de la adquisición efectuada.

d) Siendo gananciales las fincas de la herencia, no se hace por el Contador la previa liquidación de la sociedad conyugal como operación preparacional, liquidación que se entiende podía obviarse, si, consintieran los llamados a las herencias de ambos cónyuges al ser los únicos interesados.

En último término, considera que no puede configurarse como elemento independiente la planta de cubierta (designada como ático en la escritura) –aunque si podrían serlo los trasteros en ella existentes–, al ser la cubierta del edificio un elemento común por naturaleza. Además entiende que de los dos documentos unidos a la escritura, el del Arquitecto Técnico, no es un certificado sino un informe, no estando legitimada la firma de quien lo suscribe, en tanto que el Certificado Municipal no coincide en su descripción de la edificación con la expresada en el título y en el informe del Técnico, por cuanto no hace referencia alguna a la planta de cubierta o ático.

2. Los testadores, al ordenar en sus respectivos testamentos, la norma particional dirigida al Contador-Partidor para el pago de la legítima del hijo legitimario, no identifican los bienes a adjudicar como «los dos pisos y local en la calle Trasmallo», como indica el Registrador en su nota, como causa justificativa de que el Contador Partidor no precisaría hacer la división horizontal del edificio, pues esos elementos son los que conforman la finca inscrita, sino que la cláusula testamentaria alude a «dos pisos y un local de negocio ubicados en la calle Trasmallo», de ahí que, si ese edificio, cuenta con más elementos susceptibles de aprovechamiento independiente (vgr. los trasteros de la planta ático, cuya configuración como posibles elementos de aprovechamiento independiente acepta expresamente el Registrador), el Contador Partidor en ejercicio de sus funciones de interpretación y ejecución de la voluntad del testador, debe atribuir aquellos elementos a quienes corresponda según la voluntad de los testadores, sin que corresponda al Registrador, en un caso como el presente, contradecir u oponerse a la interpretación realizada por el ejecutor testamentario, la cual será válida y eficaz en tanto no medie resolución judicial (Vid. Resolución de 24 de marzo de 2001).

3. Alude después la nota de calificación a que estando ante un supuesto de legado de cosa específica, el legatario adquiere la propiedad de la cosa legada desde la muerte del testador (art. 882 del Código Civil), por lo que cualquier modificación de aquella (como es en este caso la modificación de la obra nueva y división horizontal), debe contar con su consentimiento, necesario para disolver, a través de la división horizontal el condominio entre la heredera y el legatario.

Sin embargo este defecto, tal y como está formulado, no puede ser mantenido. Los testadores no realizan a favor de su hijo legitimario un legado de cosa específica y determinada, sino que le atribuyen por vía de legado (cfr. Artículo 815 del Código Civil) la legítima estricta, ordenando al Albacea Contador partidor que en pago de la misma le adjudique determinados bienes, disposición que el Contador Partidor deberá cumplir siempre que no perjudique la legítima de los herederos forzosos (art. 1056 del Código Civil).

Por tanto, no estamos ante un legatario de cosa específica y determinada, sino ante un legatario de parte alícuota y como tal cotitular de los bienes que integran el activo neto partible, cuyo régimen jurídico en lo concerniente a la intervención en la partición de la herencia se asemeja al de un heredero, como reconoce la propia legislación hipotecaria (cfr. artículo 152 del Reglamento Hipotecario) la jurisprudencia del Tribunal Supremo (vid. las Sentencias de 11 de febrero de 1903, 16 de octubre de 1940 y 22 de enero de 1963) y la doctrina de este Centro Directivo (cfr. las Resoluciones de 30 de junio de 1956 y 12 de junio de 1963), de ahí que no le sea atribuida la propiedad de la cosa que el testador ordenó se le adjudicara en pago de su legítima, hasta que tenga lugar su entrega por el heredero o Albacea autorizado por el testador para realizarla (cfr. art. 885 del CC), sin que actúe a favor del legatario parciario, la transmisión posesoria civilísima que se produce en beneficio de los herederos (art. 440 del Código Civil).

4. Por lo que se refiere a la necesidad de que conste la aceptación del legado y de la herencia, para proceder a la inscripción de la adquisición efectuada, es doctrina reiterada de este Centro Directivo (Cfr. Resoluciones de 27 de diciembre de 1982, 19 de septiembre de 2002, 21 de junio de 2003 y 13 de octubre de 2005) que, la partición de herencia hecha por el contador-partidor, no requiere el consentimiento de los herederos, aunque éstos sean legitimarios, siempre que actúe dentro de sus funciones, sin que la aceptación por los herederos y legatarios, impida la inscripción correspondiente, que puede hacerse sometida a la condición suspensiva

de dicha aceptación, la cual habrá de entenderse cumplida cuando el expresado heredero o legatario realicen cualquier acto inscribible.

5. Por lo que concierne a la falta de liquidación de la sociedad conyugal como operación preparticional, debemos señalar que, con carácter general, 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, ya que solo después de tal liquidación es posible determinar el caudal partible y hacer inventario de los bienes.

No obstante, en un caso como el que acontece en la escritura calificada, en que se documentan las operaciones particionales de los dos cónyuges y en el que además todos los bienes inventariados son de carácter ganancial, no resultaría necesario para adjudicar los bienes a los herederos, determinar previamente mediante la liquidación formal de la sociedad de gananciales, qué participación de los mismos corresponderían a una u otra herencia, por cuanto los derechos vienen configurados en su naturaleza, contenido y extensión por el título material que los origina, lo que unido al ámbito de autonomía que se reconoce a la voluntad privada –artículo 1255 del Código civil–, determina que para la correcta constatación en los libros registrales de las titularidades reales concurrendo varios títulos adquisitivos a favor del mismo sujeto, todos ellos determinantes de titularidades idénticas en su modo de ser y coincidentes en el objeto, bastaría a efectos del principio de especialidad, con la fijación de las cuotas recibidas por cada uno de ellos, para que la titularidad global quede fielmente reflejada.

Esa consideración –que comparte el Registrador para el caso de que en la partición hubieran concurrido todos los llamados a la herencia de ambos cónyuges–, es también aplicable al supuesto en que la verifica por sí solo el Contador Partidor de ambas herencias, ya que aunque en puridad conceptual, la liquidación de la sociedad de gananciales debería practicarla el cónyuge viudo con todos los herederos del difunto por unanimidad, pues no es aquella una operación de distribución de la herencia, sino de determinación de bienes, desde antiguo, la doctrina, la jurisprudencia (Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1912, 22 de agosto de 1914, 10 de enero de 1934, 17 de abril de 1943 y la más reciente de 2 de abril de 1996) y la doctrina de este Centro Directivo (Cfr. Resoluciones de 5 de octubre de 1.893, 12 de noviembre de 1895, 28 de enero de 1898, 14 de marzo de 1903, 26 de febrero y 25 de mayo de 1906, 11 de septiembre de 1907, 29 de enero de 1908, 31 de enero de 1912, 7 de marzo de 1914, 22 de agosto de 1914, 6 de marzo de 1923 y 12 de julio de 1930, entre otras), han admitido por razones puramente prácticas, el que el Contador Partidor pudiera hacer como operación preparticional, la liquidación de la sociedad conyugal con intervención del cónyuge viudo, facultad de la que no puede entenderse privado, por el hecho de que haya acontecido el fallecimiento del otro cónyuge, pues de admitirse la tesis contraria, se vería frustrada la voluntad de los testadores –ley de la sucesión–, que no era otra que encomendar la partición de su herencia al mismo Contador Partidor, sin intervención de los herederos (Vid. Resolución de 12 de abril de 1951).

6. Toca ahora enjuiciar si la cubierta el edificio puede configurarse como elemento privativo dentro de la propiedad horizontal o por el contrario, en el caso objeto de recurso, sólo sería posible –como sostiene el Registrador– conformar como tales los trasteros ubicados en aquélla.

Como ya sostuviera la Resolución de este Centro Directivo de 1 de septiembre de 1981, dentro del conjunto de elementos comunes existentes en un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal, hay unos elementos comunes esenciales que constituyen el soporte de la propiedad individual del piso o local, y otros que cumplen una finalidad comunitaria al estar al servicio de todos los propietarios individuales en su aprovechamiento y utilización, y estos últimos debido precisamente a este carácter contingente o mudable de su destino pueden –a través del correspondiente acto de especial desafectación–, dejar de formar parte de esa copropiedad, de la misma manera que en sentido inverso cualquier elemento privativo puede ser transformado en elemento común, mediante el obligado acto de afectación, y tanto en uno como en otro caso se trata de una rectificación del título constitutivo de propiedad que exigirá el acuerdo unánime de la Junta de propietarios conforme al artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal.

Esa doctrina aplicable al caso objeto de recurso, determina que aunque la cubierta del edificio, sea por definición legal un elemento común de los propietarios del edificio (cfr. art. 396 del Código Civil y 3.º de la Ley de Propiedad Horizontal), no cabe duda que el uso (Resolución de 17 de abril de 1986) o incluso la titularidad dominical de dicho elemento común (piénsese en la posibilidad reconocida por el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario de configurar un derecho de sobrelevación sobre el edificio) puede atribuirse en el título constitutivo a determinados propietarios, al no ser de los de necesaria utilización por todos ellos para el ejercicio de su derecho de propiedad (Vid. Resolución de 23 de noviembre de 1999).

Todo ello, sin prejuzgar si el Albacea Contador tiene entre sus facultades la constitución de un régimen de propiedad horizontal como el instituido (con configuración como elemento privativo de la cubierta el edificio), por no haber sido planteado por el Registrador en su nota (cfr. Resolución de 26 de noviembre de 2004).

7. Finalmente y por lo que se refiere al cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 52 del Real Decreto 1093/1997 de 4 de julio en orden a la inscripción de las declaraciones de obra nueva correspondientes a edificaciones terminadas, existe en este caso un informe de un Técnico acreditativo de la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título, cuya firma aunque en el momento de la calificación inicial no estaba legitimada notarialmente y en ese sentido debe ser confirmada la nota, posteriormente ha sido subsanado ese defecto por el propio Notario autorizante, por lo que nada impide ahora su inscripción, ya que el informe municipal, aunque no recoge expresamente en su descripción los trasteros existentes en la cubierta (a los que si menciona el informe técnico), no expresa dudas en cuanto a la antigüedad de la edificación y a la inexistencia de expediente alguno para el restablecimiento de la legalidad urbanística,

Esta Dirección General, ha acordado estimar parcialmente el recurso interpuesto, desestimándole en cuanto al extremo a que se refiere el fundamento de derecho 7 de esta resolución, quedando en cuanto al mismo confirmada la nota.

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, 20 de julio de 2007.–La Directora General de los Registros y del Notariado, Pilar Blanco-Morales Limones.

## 15560

*RESOLUCIÓN 25 de julio de 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., contra la negativa del Registrador de la Propiedad n.º 3 de Valladolid, a practicar la prórroga de una anotación preventiva por defecto subsanable.*

En el recurso interpuesto por «Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.» contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Valladolid, titular del Registro n.º 3, Don Francisco Quiroga Ramiro, a practicar la prórroga de una anotación preventiva por defecto subsanable.

### Hechos

#### I

En mandamiento expedido por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 9 de Valladolid se ordena al Registro de la Propiedad n.º 3 de dicha ciudad la prórroga por cuatro años más de la anotación preventiva de suspensión por defecto subsanable de una anotación de embargo. La citada anotación de suspensión, letra A, fue tomada por falta de previa inmatriculación de la finca embargada, y prorrogada hasta ciento ochenta días por la anotación letra B.

#### II

Presentados dicho documento judicial en el referido Registro de la Propiedad, fue suspendida la práctica del asiento solicitado, según la calificación negativa de fecha 8 de febrero de 2007 que a continuación se transcribe en lo pertinente:

«Hechos:

1.º Por mandamiento del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de los de Valladolid, procedimiento 510/1999, se ordena la prórroga, por cuatro años, de la anotación preventiva de suspensión de la finca 19.354, al folio 44 del Tomo 1.554.

2.º Dicha finca no aparece inmatriculada en el Registro de la Propiedad, sino sólo tomada anotación de suspensión de anotación preventiva de embargo letra A, prorrogada por ciento ochenta días por la anotación letra B.

Fundamentos de Derecho:

1.º El artículo 18 de la Ley Hipotecaria que faculta a los Registradores la calificación de los documentos presentados a inscripción y por lo