

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

11070 *Resolución de 30 de septiembre de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra las notas de calificación de la registradora de la propiedad de Olivenza, por las que se deniegan las inscripciones de una escritura de protocolización de operaciones particionales y de un acta de entrega de viviendas y locales consecuencia de permuta de parcela.*

En el recurso interpuesto por don M. B. G., abogado, en nombre y representación de doña F. N. M., contra las notas de calificación de la registradora de la Propiedad de Olivenza, doña Cristina Martínez de Sosa, por las que se deniegan las inscripciones de una escritura de protocolización de operaciones particionales y de un acta de entrega de viviendas y locales consecuencia de permuta de parcela.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Badajoz, don Luis Plá Rubio, el día 15 de septiembre de 2006, con el número 1.776 de su protocolo, se formalizó escritura de partición al fallecimiento de don J. R. M., casado con doña F. N. M., con siete hijos, manifestándose estar sujeto al Fuero de Baylio. Dicho fallecimiento se produjo habiendo otorgado testamento en el que, tras realizar determinados legados, instituía herederos por partes iguales a sus siete hijos y nombraba albaceas contadores-partidores, con carácter solidario y las más amplias facultades, incluida la de entregar legados, a don G. E. G. G. y don F. R. R. Por lo que interesa en el presente expediente, en el cuaderno particional se inventarían una relación de fincas, viviendas y locales, que se corresponde con el dieciocho por ciento de la superficie total que se debía construir por la promotora sobre la finca resultante de agrupación, que fue objeto de permuta de solar por edificación futura y que, según se manifiesta en el cuaderno particional se ha concretado en esa relación de viviendas y locales comerciales.

Mediante acta de entrega autorizada por el notario de Almendralejo, don Antonio Jesús García Guerrero, con fecha 30 de abril de 2007 y número de protocolo 534, doña F. N. M. y sus hijos, doña Felisa R. N., doña Matilde Manuela R. N. y don José Javier R. N., de una parte; y, don S. M. D., en nombre y representación de «Prolisa Promociones Olivenza, S.L.», de la otra, acuerdan adjudicar a los primeros las viviendas y locales, en cumplimiento de la escritura otorgada ante el notario don Javier José Mateos Salgado, de fecha 1 de agosto de 2003, con el número 1.060 de protocolo, en pago del dieciocho por ciento de la superficie total de los edificios que la sociedad «Prolisa Promociones Olivenza, S.L.» construiría sobre el solar permutado por los cónyuges don J. R. M. y su esposa doña F. N. M. En el acta no comparecen todos los hijos y herederos de don J. R. M., sino únicamente la viuda y aquellos hijos y herederos que en la reseñada escritura de partición autorizada por el notario de Badajoz, don Luis Plá Rubio, el día 15 de septiembre de 2006, con el número 1.776 de protocolo, habían sido adjudicatarios por herencia de las viviendas y locales que se hacen entrega.

II

Presentadas la escritura y el acta notarial en el Registro de la Propiedad de Olivenza, son objeto de las siguientes notas de calificación:

Respecto de la escritura autorizada por el notario de Badajoz, don Luis Pla Rubio, de fecha 15 de septiembre de 2006, número 1.776 de protocolo: «Registro de la Propiedad

de Olivenza A & G de Negocios Jurídicos, S.L. Examinada la precedente escritura, otorgada en Badajoz el 15/09/2006 ante el Notario don Luis Plá Rubio, con el número 1.776/2006 de su protocolo, y calificada con fecha veinte de junio del año dos mil trece, se suspende la inscripción de Protocolización de Operaciones Particionales de Bienes interesada sobre las fincas a que la misma se refiere, en base a los siguientes hechos y fundamentos de derecho: Hechos: Uno. La escritura calificada fue presentada en este Registro a las 11:00 horas, del día 05/06/2013, bajo el asiento número 1.478, del Diario 84. Dos. En el texto de la citada escritura se interesa la inscripción Protocolización de Operaciones Particionales de Bienes sobre las fincas a que la misma se refiere, registrales números 1.412; 1.408; 1.414; 8.284; 14.051; 14.063; 14.067; 14.073; 14.083; 14.084; 14.096; 14.097; 14.098; 14.112; 14.113; 14.114 del término de Olivenza; y bienes de otro distrito hipotecario. Fundamentos de Derecho: Primero.—Que la competencia de esta Registradora de la Propiedad para calificar e inscribir la escritura presentada le viene conferida por el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y 98 de su Reglamento. Segundo.—Respecto de las fincas relacionadas en el cuaderno particional con los números 4.^a, 4B, 4C y 6, correspondientes a las registrales 1.412, 1.408, 1.414 y 8.284, puede practicarse la inscripción de las mismas, siempre que todos los interesados presten expresamente su consentimiento a la inscripción parcial del documento, mediante solicitud con firmas notarialmente legitimadas o extendidas o ratificadas en presencia de la Registradora, a efectos de acreditar la identidad de los mismos. Ello conforme a los artículos 19 Bis punto 2º y 322 punto 3º de la Ley Hipotecaria y 434 de su Reglamento. Tercero.—Respecto de las fincas relacionadas en el cuaderno particional con los número 7 a 19, a las que también se refiere el Acta de Entrega autorizada en Almendralejo el día treinta de abril de dos mil siete por el Notario don Antonio Jesús García Guerrero, bajo el número quinientos treinta y cuatro de su protocolo, que ha causado el asiento 1.479 del Tomo 84 del Diario, ha de hacerse la calificación conjunta de ambos documentos, Escritura de Herencia y Acta de Entrega, en virtud de los cuales se pretende inscribir el pleno dominio de las fincas relacionadas, correspondientes a las registrales 14.051, 14.061, 14.063, 14.067, 14.073, 14.083, 14.084, 14.096, 14.097, 14.098, 14.112, 14.113 y 14.114 a favor de la viuda y los hijos y herederos de J. R. M., en la proporción y cuotas que se especifican en el cuaderno particional incorporado a la Escrituras de Herencia calificada. Observándose, en relación con dichas fincas, los siguientes defectos que impiden su inscripción: La finca matriz de la que originalmente proceden las indicadas (1a registral número 13.867) fue transmitida por los cónyuges J. R. M. y F. N. M. a la compañía mercantil “Prolisa Promociones Olivenza, S.L.”, mediante permuta, con la contraprestación consistente en la transmisión, libre de cargas y gravámenes, a los permutantes, para su sociedad conyugal, del dieciocho por ciento de la superficie total que se construya (tanto viviendas como locales) de los edificios que la mercantil adquirente iba a construir sobre la finca objeto de la permuta, y se estableció que “El referido dieciocho por ciento se concretará por las partes posteriormente en base al proyecto técnico definitivo que se elabore y de acuerdo con el Plan General de Ordenación vigente en Olivenza”, por tanto, será necesario en primer lugar, que se haga la concreción del dieciocho por ciento en viviendas y locales concretos mediante acuerdo de las partes contratantes, es decir, “Prolisa Promociones Olivenza, S.L.”, por un lado, y F. N. M. y los herederos de J. R. M. en Escritura Pública. Téngase en cuenta que habrán de intervenir todos los herederos del causante, pues sólo los herederos, y todos ellos, no sólo algunos, suceden universalmente al finado en todas sus relaciones jurídicas, conforme al artículo 661 del Código Civil. Dicha concreción por tanto no puede efectuarla, el contador-partidor, junto con la viuda, pues por lo dicho excede de sus facultades particionales, conforme al artículo 1.057 del Código Civil, ya que no se trata de partir entre varios herederos, bienes relictos, sino de determinar en cumplimiento de un contrato previamente suscrito entre el causante y su viuda y la mercantil citada, qué bienes ha de entregar esta última y recibir los herederos como contraprestación de la permuta; debiendo ser sustituido el causante en la posición contractual y en la emisión de su consentimiento, no por el contador-partidor, sino por todos los herederos unánimemente. Además, tampoco pretende el contador-partidor,

suplir dicho consentimiento con su intervención, pues en el propio cuaderno particional se dice que “la contraprestación del dieciocho por ciento se ha concretado en las fincas descritas a partir de la número siete” y en el Acta de Entrega (Exponen II) se dice también que “por acuerdo de las partes, ese dieciocho por ciento se concretó, entre otras a las fincas que a continuación se relacionan”, por lo que parece que pudiera existir un previo acuerdo entre las partes, en cuyo caso lo procedente será Elevarlo a Público mediante comparecencia ante notario de todos los herederos del causante y de su viuda. A falta de acuerdo entre los interesados para realizar la concreción de viviendas o locales en escritura pública, la única vía posible será la judicial, pues sólo el Juez podrá suplir el consentimiento que en ausencia del causante y ocupando su posición contractual, habrían de prestar todos sus herederos por unanimidad. En segundo lugar, será necesario hacer la partición de los bienes en los que se concrete el dieciocho por ciento de contraprestación entre la viuda y los herederos: partición que sí puede efectuar el contador-partidor (art. 1.057 del CC), o por acuerdo de todos los interesados (art. 1.058 del CC); o no siendo posible por ninguna de estas vías se puede hacer la partición judicial. (Art. 1.059 del CC). En este punto, la partición que ya figura practicada en el cuaderno particional puede ser válida, siempre que los bienes asignados como contraprestación, por acuerdo de las partes, sean los mismos que han sido partidos. En tercer lugar, será necesario que la viuda y cada uno de los herederos recepcionen los bienes que les correspondan, no siendo necesario que lo hagan todos a la vez, sino que podrían hacerlo por separado. Cuarto.—Finalmente, con relación a las fincas 14.051, 14.113 y 14. 114 (señaladas bajo los números 7, 18 y 19 del cuaderno particional, constan inscritas actualmente a nombre de “Catrapos Alojamientos Turísticos, S. Coop.” en virtud de escritura de compraventa suscrita entre Prolisa y la citada mercantil el cuatro de abril de dos mil trece, que se inscribió el veintisiete de mayo del mismo año. Por lo que, como se pretende la transmisión o entrega de los mismos, también será necesario que dicha sociedad cooperativa “Catrapos Alojamiento Turísticos” compareciere a la escritura pública o tuviera intervención en el eventual procedimiento judicial que se sustancie en defecto de acuerdo. Todo por el principio de legitimación registral y tracto sucesivo. Artículos 1.3, 20 y 38 de la Ley Hipotecaria. Observación: Se hace notar que en tanto no se efectúe la concreción, partición y recepción de las viviendas y los locales por parte de la viuda y herederos de J. R. M., dado que la totalidad de las viviendas y locales construidas sobre la matriz (finca 13.867), figuran inscritas a nombre de la mercantil cesionaria y de otras personas podrían ser transmitidos a terceros u objeto de hipotecas o embargos u otros gravámenes lo cual puede sin duda dificultar en el futuro el cumplimiento de la contraprestación de entrega de viviendas y los locales equivalentes al dieciocho por ciento del total construido, libres de cargas y gravámenes. A la vista de los precedentes hechos y fundamentos de derecho, acuerdo: Primero: suspender la inscripción de protocolización de Operaciones Particionales de Bienes interesada por el defecto que se considera subsanable, reseñado en el apartado de los fundamentos de derecho que precede, al que me remito para ello y doy por reproducido en este lugar, con el fin de evitar repeticiones innecesarias; no tomándose anotación de suspensión, por no haberse solicitado. Segundo: Notificar esta calificación (...) Olivenza a veinte de Junio del año dos mil trece La registradora (firma ilegible). Fdo. Cristina Martínez de Sosa.»

Respecto al acta autorizada por el notario de Almendralejo, don Antonio Jesús García Guerrero, el día 30 de abril de 2007, número 534 de protocolo: «Registro de la Propiedad de Olivenza A & G de Negocios Jurídicos, S.L. Examinada la precedente escritura, otorgada en Almendralejo el 30/04/2007 ante el Notario don Antonio Jesús García Guerrero, con el número 534/2007 de su protocolo, y calificada con fecha veinte de junio del año dos mil trece, se suspende la inscripción de Acta de Entrega de las viviendas y locales interesada sobre la finca a que la misma se refiere, en base a lo siguiente hechos y fundamentos de derecho: Hechos: Uno. La escritura calificada fue presentada en este Registro a las 11:05 horas, del día 05/06/2013, bajo el asiento número 1479, del Diario 84. Dos. En el texto de la citada escritura se interesa la inscripción Acta de Entrega de las viviendas y locales sobre las fincas a que la misma se refiere, registrales números 14.051;

14.061; 14.063; 14.067; 14.073; 14.083; 14.084; 14.096; 14.097; 14.098; 14.112; 14.113 y 14.114, todas del término de Olivenza. Fundamentos de Derecho: Primero.—Que la competencia de este Registrador de la Propiedad para calificar é inscribir la escritura presentada le viene conferida por el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y 98 de su Reglamento. Segundo.—No puede practicarse la inscripción por no estar previamente determinados las fincas que, como contraprestación de la permuta que se hizo de la matriz (finca registral 13.867 de Olivenza) han de integrarse en la masa hereditaria por el fallecimiento del causante, J. R. M.; siendo necesario que dicha determinación se haga en Escritura pública con comparecencia de la Mercantil “Prolisa Promociones Olivenza, S.L.”, de la viuda (F. N. M.) y de todos los herederos del causante (sus siete hijos), o en defecto de acuerdo, en vía judicial con intervención de todos los interesados citados. Tercero.—Además será necesario hacer la partición de los bienes en los que se concrete el dieciocho por ciento de contraprestación entre la viuda y los herederos: partición que sí puede efectuar el contador-partidor (art. 1.057 del CC), o por acuerdo de todos los interesados (art. 1.058 del CC); o no siendo posible por ninguna de estas vías se puede hacer la partición judicial. (Art. 1.059 del CC). En este punto, la partición que ya figura practicada en el cuaderno particional puede ser válida, siempre que los bienes asignados como contraprestación, por acuerdo de las partes, sean los mismos que han sido partidos. Cuarto.—Finalmente, con relación a las fincas 14.051, 14.113 y 14.114 (señaladas bajo los números 7, 18 y 19 del cuaderno particional), constan inscritas actualmente a nombre de “Catrapos Alojamientos Turísticos, S. Coop.” en virtud de escritura de compraventa suscrita entre Prolisa y la citada mercantil el cuatro de Abril de dos mil trece, que se inscribió el veintisiete de mayo del mismo año. Por lo que, como se pretende la transmisión o entrega de los mismos, también será necesario que dicha sociedad cooperativa “Catrapos Alojamiento Turísticos” compareciere a la escritura pública o tuviera intervención en el eventual procedimiento judicial que se sustancie en defecto de acuerdo. Todo por el principio de legitimación registral y tracto sucesivo. Artículos 1.3, 20 y 38 de la Ley Hipotecaria. Observación: Se hace notar que en tanto no se efectúe la concreción, partición y recepción de las viviendas y los locales por parte de la viuda y herederos de J. R. M., dado que la totalidad de las viviendas y locales construidas sobre la matriz (finca 13.867), figuran inscritas a nombre de la mercantil cesionaria y de otras personas, podrían ser transmitidos a terceros u objeto de hipotecas o embargos u otros gravámenes, lo cual puede sin duda dificultar en el futuro el cumplimiento de la contraprestación de entrega de viviendas y los locales equivalentes al dieciocho por ciento del total construido, libres de cargas y gravámenes. A la vista de los precedentes hecho y fundamentos de derecho, acuerdo: Primero: Suspender la inscripción de Acta de Entrega de las viviendas y locales interesada por el defecto que se considera subsanable, reseñado en el apartado de los fundamentos de derecho que precede, al que me remito para ello y doy por reproducido en este lugar, con el fin de evitar repeticiones innecesarias; no tomándose anotación de suspensión, por no haberse solicitado.—Segundo: Notificar esta calificación (...) Olivenza, a veinte de Junio del año dos mil trece La registradora (firma ilegible). Fdo. Cristina Martínez de Sosa.»

III

Contra las anteriores notas de calificación, don M. B. G., abogado, en nombre y representación de doña F. N. M., interpone recurso en virtud de escrito, de fecha 28 de junio de 2013, en base a los siguientes argumentos: «Consideraciones legales I Infracción de los artículos 1.057, 901 y 902 del Código Civil. El albacea contador-partidor, quien entre otras funciones tiene la de liquidar la sociedad de gananciales con el concurso del cónyuge viudo y proceder a la división y adjudicación de los bienes hereditarios (v. al respecto SSTS 20 septiembre 1994; 2 abril 1996). Y aunque se configure, la de contar y partir, como facultad exclusiva se entiende tal contador-partidor es un albacea, asimilación ya reiterada en la jurisprudencia que equipara ambas figuras para aplicarle al contador las reglas del albaceazgo (SSTS 5 julio 1947). El albacea contador partidor es considerado como un alter-ego del testador sin más limitaciones que el respeto a las legítimas de los

herederos forzoso, de manera que las particiones por ellas efectuadas no pueden ser rechazadas por el legislador. Corresponde al albacea-contador partidador la interpretación de la voluntad del causante, habiendo de pasarse por sus decisiones mientras no sean contrarias a la ley o a lo dispuesto por el testador, circunstancias que no concurren en el presente caso. (Resolución DGRN de 13 de octubre de 2005 y 29 de marzo de 2004). En cuanto a la falta de aceptación por los herederos, reiteradas Resoluciones, entre otras de 19 de septiembre de 2002, señala que su falta de aceptación, no impide la inscripción correspondiente, que puede quedar sometida a la condición suspensiva de dicha aceptación, la cual habrá de entenderse cumplida cuando el expresado heredero realice cualquier acto inscribible. Por tanto la partición hecha por el contador-partidor nombrado por el testador, equivale a la hecha por el mismo testador y debe ser respetada, sentencia de 25 de abril de 1963 (RJ 1963,1996), no precisando el consentimiento de los interesados al no tener carácter contractual, S-17 de junio de 1963 (RJ 1963,3330), a diferencia de la hecha por los coherederos (STS 18 febrero de 1987 [RJ 1987,715]). La jurisprudencia parte de la equiparación de la partición realizada por un contador partidador y la realizada por el testador, ello se desprende de sentencias como la de 17 de diciembre de 1988 del siguiente tenor literal: "doctrinalmente y jurisprudencialmente la partición realizada por un comisario nombrado expresamente por el testador equivale a la hecha por éste". En un mismo sentido la sentencia de 17 de abril de 1943 dispuso que «la partición por comisario recibe de la ley que la autoriza su fuerza de obligar, cual si fuera hecha por el propio testador» y según la sentencia 11 de mayo de 1967 "la partición hecha por comisario expresamente nombrado por el testador, equivale a la hecha por éste, por ser su representante en cierto modo". Infracción de los artículos 1.255, 1.256, 1.273,1.449 del Código Civil. Mediante el contrato de aportación de solar por edificación futura, una de las partes cede a otra suelo para que se construya sobre el mismo obteniendo como contraprestación normalmente uno o varios elementos de la obra nueva; pisos, locales, trasteros, plaza de garaje, un porcentaje en los beneficios obtenidos por la venta de tales inmuebles a terceros, o una participación indivisa sobre el inmueble o incluso una combinación de las anteriores prestaciones. En nuestro caso y como consta en el cuaderno particional protocolizado y en la calificación de la Registradora es un porcentaje fijo de lo construido. Estamos por tanto ante un contrato bilateral, atípico, y regulado como es sabido por las normas propias de los contratos típicos de cuya característica participan y de las previsiones convencionales lícitas, derivadas del libre juego de la autonomía de la voluntad de las partes conforme al artículo 1.255 del Código Civil. En nuestro caso, la modalidad de cambio de solar por pisos y solares, es un contrato con conexión con tres figuras contractuales típicas en el Código Civil, como son la compraventa, la permuta y el arrendamiento de obra. Según podemos constatar en varias sentencias de la sala 1ª del Tribunal Supremo, siendo un exponente de las mismas la 7 de abril de 1999, las normas reguladora de los mencionados contratos de los que participa, serán aplicables, cuando la voluntad de las partes plasmada en la escritura pública mencionada, no ampare todos los estadios a través de los cuáles se ha de desarrollar el cumplimiento del contrato aceptado hasta su total agotamiento; todo ello con base en el principio de libertad contractual plasmado en el artículo 1.255 del Código Civil. Si analizamos el objeto de este tipo de contrato, bien presente (solar) y bien futuro (piso y locales a construir), y seguimos la sentencia del TS de 10 de marzo de 1990, Fundamento Jurídico quinto: No cabe oponer objeciones para el reconocimiento de la existencia del contrato debido a que si evidentemente en el contrato mencionado uno de los objetos –los pisos y locales– no viene concretada en su superficie, ni otras características esenciales como tipo de construcción, calidad, etc., ello no implica la necesidad de que se produzca sobre ello un nuevo convenio entre los contratantes, determinante de una equivalencia a falta de objeto de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.273 del Código Civil, en relación con los artículos 1.445 y 1.541 del mismo Código, desde el momento que el indicado artículo 1.273 expresamente previene que la indeterminación en la cantidad no es obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes. En definitiva, el contrato es válido aun cuando no se

determine de antemano cuáles son los inmuebles a entregar por el cesionario, siempre y cuando se pongan de acuerdo entre ellos, o en su defecto a través de mediación judicial o de un tercero, lo que no podrá quedar es la contraprestación del cesionario a arbitrio de una de las partes contratantes (arts. 1.256 y 14.49 del CC). En nuestro caso, la clave de este asunto está en la transmisión de los pisos, para nosotros y siguiendo a parte de la doctrina y a algunas sentencias y resoluciones, en la permuta de solar a cambio de edificación, el permutante del solar tiene un *ius ad rem*. En la STS 17 noviembre 1988 (RJ 1988, 8603) se llega a afirmar que la asignación de una cuota de participación implica un acto de entrega. La DGRN, en relación con el problema expuesto, ha considerado que el piso o local de un edificio que se va a construir es un objeto jurídico complejo y en proceso de transformación sobre el cual pueden recaer derechos reales. Según este órgano, la propiedad de dicho inmueble puede transmitirse (incluso aunque materialmente no hayan comenzado las obras) si la compraventa u otro contrato traslativo del dominio se otorga en escritura pública, dada la eficacia traditoria de la misma. Así, lo ha entendido la RDGRN 16 mayo 1996 (RJ 1996, 3950), referida a un caso de permuta de solar por pisos, en el que la imposible simultaneidad teórica del intercambio suelo-pisos no obstaculiza la “inmediata eficacia traditoria que respecto de todos los bienes intercambiados tiene el negocio, al estar otorgado en escritura pública”. El supuesto que analizamos encaja perfectamente en la STS 14 noviembre 1997 (RJ 1997, 8123) que estima procedente la tercería de dominio después de declarar que quien compra mediante escritura un local cuya construcción ha comenzado materialmente y que forma parte de un edificio ya sometido al régimen de propiedad horizontal (prehorizontalidad) adquiere la plena titularidad del mismo y está legitimado, en consecuencia, para alzar el embargo que se haya practicado sobre el local después del otorgamiento de la escritura. Por tanto el derecho que se adquiere por el que compra o permuta un piso o local a construir tiene el carácter de verdadero y actual derecho real y nada obsta a sus inscripción desde el momento mismo de su celebración, en virtud de uno de los contrato traslativo de dominio, si este se otorga en escritura pública, según la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de mayo de 1996. El inventario, debe comprender no sólo cosas, bienes, derechos, créditos, valores y acciones que constituyan la herencia, sino también la relación exacta de las obligaciones y derechos pendientes que hayan de satisfacerse. STS 13 de mayo de 1.916; CJ, T.136, número 73. En nuestro caso concreto, el cuaderno particional redactado por el albacea-contador-partidor, se limita a inventariar unos “derechos por la permuta de solar”, en decir que dichos “... derechos se han concretado en...” y posteriormente se adjudican esos derechos a los distintos herederos. El albacea contador partidor se limita, en ejercicio de su competencia y función, a partir o concretar lo que corresponde a cada heredero en los bienes sobre los que el causante ya tenía un *ius ad rem* concreto, resultante del convenio que había realizado con el promotor. Por tanto, en la escritura de entrega parcial, el promotor, la viuda, y los tres herederos firmantes, previo reconocimiento de que ese 18% había concretado por pacto entre la Promotora, don J. R. M., y su esposa doña F. N. M. en los bienes que han motivado este recurso, se limitan a recepcionar los que se le han adjudicado a ellos individualmente, y no al resto de herederos.»

IV

La registradora emitió informe el día 19 de julio de 2013 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 675, 902, 903, 1.057 y 1.059 del Código Civil; 782 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1916; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de diciembre de 1982, 24 de marzo de 2001, 19 de septiembre de 2002, 21 de junio y 20 de septiembre

de 2003, 31 de marzo de 2005, 22 de marzo y 22 de junio de 2007, 7 de mayo y 14 de septiembre de 2009, 18 de mayo de 2012 y 29 de enero de 2013.

1. Se debate en este recurso las facultades del albacea contador-partidor, en relación con una escritura de partición de herencia y adjudicación de determinados pisos y locales al cónyuge viudo y a algunos de los hijos y herederos.

Para su adecuada comprensión, deben tenerse en cuenta las siguientes circunstancias:

– Consta inscrita en el Registro de la Propiedad una escritura de cesión otorgada por el matrimonio formado por don J. R. M. y doña F. N. M. y la mercantil «Prolisa Promociones Olivenza, S.L.». En virtud de esta escritura, el indicado matrimonio cede a la mercantil determinados solares, recibiendo como contraprestación el dieciocho por ciento de la total superficie que se construya, tanto de viviendas como de locales, pactándose en la propia escritura que el referido dieciocho por ciento se concretará por las partes posteriormente en base al proyecto técnico definitivo que se elabore y de acuerdo con el Plan General de Ordenación vigente en Olivenza.

– En virtud de una primera escritura, el albacea contador-partidor, junto con la viuda, doña F. N. M., formalizan la liquidación de la sociedad de gananciales y partición de la herencia de don J. R. M. En dicho cuaderno particional, el albacea contador-partidor, adjudica a la viuda y a algunos de los hijos y herederos determinados pisos o locales que proceden del contrato de cesión celebrado entre dicho matrimonio y la sociedad «Prolisa Promociones Olivenza, S.L.». Se manifiesta en la escritura por el albacea –sin acreditarse– que el indicado dieciocho por ciento se ha concretado en la relación de viviendas y locales que se describen.

– En virtud de acta de entrega, la mercantil «Prolisa Promociones Olivenza, S.L.», procede a la entrega de determinadas viviendas y locales, a doña F. N. M., viuda de don J. R. M., y a algunos de los hijos y herederos del indicado causante, en concordancia con lo dispuesto en la escritura de liquidación de sociedad conyugal y partición de herencia.

Las calificaciones negativas de la escritura y acta notarial se encuentran relacionadas y deben ser objeto de resolución en un mismo expediente, siendo procedente su acumulación (cfr. art. 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

La cuestión que debe ser resuelta en el presente expediente es determinar si entre las facultades del albacea contador-partidor se encuentra la de concretar, junto con el cónyuge viudo, las viviendas y locales que han de ser entregados a la viuda en pago de sus gananciales y a los herederos del causante en la partición de la herencia, en ejecución del contrato de permuta de solar por obra futura formalizado por el causante en escritura pública.

2. Es doctrina jurisprudencial pacífica, que las competencias del contador-partidor, se cifan a contar y partir, realizando cuanto acto jurídico y material sea preciso para este objeto, incluso ampliamente según el concreto supuesto, por ejemplo realizando divisiones, segregaciones o pagando excesos de adjudicación, si las fincas no tuvieran fácil división. Para ello no precisa el contador-partidor el concurso de herederos, legatarios o legitimarios aunque sí del cónyuge viudo, si debe liquidarse previamente la sociedad conyugal.

3. Mas, si sus facultades para contar y partir son claras, todo lo que exceda de ello, inversamente, excederá también de las facultades del contador, de suerte que serán los interesados en el negocio dispositivo en cuestión –ciertamente en ocasiones en fina línea de distinción con lo particional–, quienes deban exigir, en su caso judicialmente, su pretensión.

Según se deriva de los pronunciamientos jurisprudenciales y del Centro Directivo citados en los «Vistos», resulta que el contador-partidor no puede realizar actos que excedan la partición: entre ellos, aunque no sea el caso, prescindir del viudo en la liquidación del régimen económico matrimonial; realizar conmutación de la legítima del

viudo; realizar hijuelas para pago de deuda; o atribuirse funciones privativas del testador, como es la revocación de disposiciones o la valoración de los supuestos de desheredación. Tampoco constituye acto particional decidir si una legataria a la que se atribuye en el testamento la opción de ser legataria de parte alícuota o recibir en usufructo una finca ha cumplido o no la condición impuesta por el testador a la misma, sino que se trata de un presupuesto o cuestión previa a la propia partición, que sólo puede resolverse si se acredita que la interesada ha prestado su conformidad o ha sido resuelta la cuestión judicialmente en otro caso. Ni tampoco podría proceder a la disolución de comunidad existente con un tercero (cfr. Resolución de 14 de septiembre de 2009).

Sin embargo, sí podrá el albacea contador-partidor disolver los gananciales junto con el cónyuge viudo, o realizar operaciones de modificación hipotecaria como divisiones o segregaciones necesarias para la partición, o incluso pagar excesos de adjudicación. También cabría incluir entre sus funciones la acreditación del cumplimiento o incumplimiento de condiciones a efectos de la práctica de inscripciones, siempre que se trate de hechos que queden acreditados, no de hechos susceptibles de valoración o de posible contradicción.

4. Por otra parte el albacea contador-partidor, además de contar y partir, tiene unas funciones de interpretación del testamento y ejecución de la voluntad del causante que van más allá de la de la estricta división del caudal. El albacea no puede realizar actos dispositivos sin consentimiento de los herederos ni contraer nuevas obligaciones, pero sí interpretar y ejecutar la voluntad del causante en las atribuciones hereditarias. Puede no sólo partir el caudal relicto entre los interesados, sino también velar por el cumplimiento y ejecución de la voluntad del causante. Y en la determinación del ámbito de actuación del albacea habrá que tener muy en cuenta la voluntad del causante, ley fundamental de la sucesión (cfr. arts. 675 y 902 del Código Civil) de manera que se puede equiparar la partición hecha por el contador-partidor a la hecha por el testador (cfr. art. 1.057 del Código Civil).

5. En el supuesto de hecho de este expediente concurren una serie de circunstancias que determinan la aptitud del albacea para la concreción de los pisos o locales que han de ser adjudicados a cada uno de los herederos, en ejecución del contrato de permuta de solar por obra futura consentido por el causante.

Lo primero es la propia cláusula testamentaria en la que se designan albaceas solidarios «con las más amplias facultades». Lo segundo, es que el propio albacea manifiesta en el cuaderno particional que la concreción de los pisos adjudicados en ejecución de la permuta se hizo en vida del causante, junto con el cónyuge que ahora comparece. Y tercero que la determinación de los pisos deriva de un contrato de permuta de solar por obra futura, formalizado en escritura pública por el causante y su esposa compareciente, en que la contraprestación era la transmisión de un porcentaje de superficie del edificio a construir y en la que la escritura de división horizontal se había otorgado con anterioridad al fallecimiento del causante.

Es doctrina de esta Dirección General que la permuta de solar por obra futura puede configurarse con alcance personal pero también con eficacia real, incluso puede llegar a transmitirse actualmente pisos futuros determinados si éstos estuvieran claramente determinados en su superficie, situación, linderos y cuotas de participación en los elementos comunes y la escritura sirviera de tradición instrumental (cfr. Resolución de 7 de mayo de 2009). En el caso de este expediente, la permuta se configuró con una eficacia no meramente obligacional, configurando el derecho del cesionario –la contraprestación consistió en la transmisión de una cuota parte del edificio– como verdadero *ius ad rem*, por lo que la determinación concreta de los pisos está más cerca de los actos especificativos o instrumentales para la partición, que de los actos dispositivos extraños a las funciones de los albaceas. Y no cabe olvidar el carácter inventariable en una partición no sólo de bienes y derechos plenamente identificados y perfectos, sino también de los bienes y derechos pendientes de cumplimiento (vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1916).

6. En consecuencia, las circunstancias concurrentes llevan a entender que en el supuesto de hecho planteado entraba en las funciones del albacea contador-partidor, designado con las más amplias facultades por el testador, la inclusión en el cuaderno particional de los pisos concretos entregados a cada uno de los herederos en ejecución de la voluntad del causante, procedentes de una permuta de solar por obra futura y de una división horizontal existente con anterioridad a su fallecimiento, determinación que deben ser considerada como un acto meramente instrumental para llevar a cabo la partición.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar las notas de calificación de la registradora.

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, 30 de septiembre de 2013.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.