

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

8905 *Resolución de 11 de junio de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Pola de Siero, por la que suspende la inscripción de una escritura de declaración de obra nueva y división horizontal.*

En el recurso interpuesto por don Carlos García Melón, notario de Gijón, contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Pola de Siero, don Enrique Español Batalla, por la que suspende la inscripción de una escritura de declaración de obra nueva y división horizontal.

Hechos

I

Mediante escritura otorgada el día 27 de agosto de 2015 ante el notario de Gijón, don Carlos García Melón, número 996 de protocolo, don J.R.G., como albacea de la testadora doña F.B.R., procede a la declaración de obra nueva terminada y posterior división horizontal de la registral 1.311 del término de Noreña.

II

Presentado dicho documento en el Registro de la Propiedad de Pola de Siero, es objeto de calificación negativa, con arreglo a los siguientes hechos y fundamentos jurídicos:

«La escritura presentada, ahora en unión de un acta y de documentos sucesorios complementarios, ya fue presentada anteriormente y calificada con defectos en términos sustancialmente idénticos a los que se vuelven a repetir ahora ante la nueva solicitud de calificación del presentante.

En la escritura calificada se procede por el albacea de sólo uno de los titulares registrales a declarar una obra y constituir un régimen de propiedad horizontal, figurando en el Registro la finca sobre la que se realizan las operaciones, inscrita con carácter ganancial a nombre de los fallecidos esposos C.S.G. y F.B.R. a la que el albacea parece considerar única propietaria del bien. A la escritura se acompaña ahora una llamada Acta de rectificación autorizada exclusivamente por el mismo notario autorizante sin intervención de ninguna otra persona interesada y por tanto al amparo del art. 153 del Reglamento Notarial, a la que luego se hará referencia.

Si bien no consta en el título la fecha de fallecimiento del titular registral Don C., ni se aportaba copia del testamento ni sus complementarios, (art. 16 L.H.y 76 RH), –aspecto salvado en la nueva presentación– lo que sigue siendo necesario es proceder imperativamente a liquidar la sociedad de gananciales (STS 8/6/1999) y en su caso con arreglo al título sucesorio y a dicha liquidación, proceder a la previa adjudicación hereditaria, cuestión que el título parece dar por resuelta de pasada (sic) "se hace constar que la causante era la heredera".

Sin embargo, ni el albacea de la esposa está facultado para ello, esto es, adjudicar previamente la finca a la esposa –Ron 26/5/2014–, ni existe institución de heredero en el testamento de la causante, pues simplemente se limita a establecer legados de determinados bienes inmuebles, sin que por otra parte se acredite que se trate de totalidad de la herencia distribuida en legados ni resulta que el testador haya autorizado

a los legatarios para tomar por sí mismos posesión del legado, por lo que será preciso abrir la sucesión abintestato de la causante (art. 912 C.C.) al ser únicamente sus herederos, los que deben practicar esa liquidación de la sociedad ganancial y la adjudicación hereditaria, pues, en su caso, el derecho de transmisión del art. 1006 C.C. opera sólo a favor de los herederos a título universal, siendo precisamente dichos herederos los que estarán facultados para la entrega de los legados como así resulta de continua doctrina de la DGRN manifestada entre otras en las Rones de 21/9/2015 y 9/3/2017.

Por otra parte, la inscripción de la descripción de la finca sobre la que se va a declarar la obra, precisa como resulta del propio título, (art. 20 L.H. en cumplimiento del principio de tracto sucesivo) la previa inscripción de las segregaciones y cesiones de viales necesarias que se dice se han producido, para acomodar la descripción del solar de 160 metros cuadrados, que es como figura inscrito en el Registro, a los 95 metros cuadrados a que queda ahora reducida su superficie y sobre los que se declara la edificación, pues en otro caso se estaría invadiendo dominio público como resulta con claridad del plano reflejado en la certificación catastral descriptiva y gráfica obtenida por este Registro actualizada al carecer de efectos por caducidad la que figura incorporada al título. (Art. 84 del Reglamento del Catastro R.D. 417/2006 de 7 de Abril).

Precisamente, de dicha certificación se observa la falta de coincidencia superficial de la finca registral con dicha descripción, por lo que figurando además como base de dicha declaración de obra la citada certificación (art. 28.4 TR Ley del Suelo RDL7/2015) deberá rectificarse la descripción mediante la oportuna operación registral, para acomodarla en su caso a dicho certificado y además conforme a lo dispuesto en el art. 202 LH reflejar las coordenadas gráficas de la porción de suelo ocupada por la edificación.

También existe en la división del edificio en régimen de propiedad horizontal un apartado en el departamento cuatro de la misma que no podría ser objeto de inscripción por incumplir el principio de especialidad conforme art. 9 LH y 5 LPH, pues se le asigna como anejo (sic) "una superficie habitable ubicada bajo cubierta y destinada a buhardilla" –sin determinación de superficie alguna y sin que conste asimismo en la descripción general de la totalidad de la obra declarada–.

Por último, el albacea por sí sólo no tiene facultades para proceder a la división en régimen de propiedad horizontal del edificio y fijar las cuotas de dicho régimen pues es una cuestión que necesita el consentimiento de los herederos, o de todos los legatarios, o en su caso, como señala la Ron DGRN 26/9/2002, de al menos los afectados por la adjudicación de los distintos departamentos. Hay que tener en cuenta que el albacea no está designado en el testamento con facultades expresas, sino pura y simplemente, por lo que le corresponden exclusivamente como recuerda la Ron DGRN 16/10/2015, las facultades legales recogidas en el art. 902 y 903 C. Civil, sin que pueda realizar otras actuaciones.

En cuanto a la rectificación vía art. 153 RN que se aporta y que se refiere además de a este título a otras escrituras más de entrega de otros legados relacionados con la presente y que no son objeto de calificación, baste decir que, conforme a reiterada jurisprudencia de la DGRN, el artículo 153 del Reglamento Notarial permite al Notario la exclusiva subsanación de aquellos errores materiales, omisiones y defectos de forma que se hayan padecido en los instrumentos públicos. Por ello, los supuestos en los que se permite esta subsanación de forma unilateral son estrictos y por tanto su interpretación también lo ha de ser y en consecuencia, ha de limitarse a los defectos formales o aspectos accesorios del documento, nunca a su contenido de fondo, cláusulas o estipulaciones, para los que se precisa el consentimiento de quienes inicialmente lo prestaron, esto es, del propio albacea o en su caso de los propios interesados, máxime cuando se están contradiciendo las propias declaraciones de voluntad, modificando la propia descripción de la finca, la declaración de la obra, declarando la notoriedad de determinados hechos sin requerimiento alguno, dando por cumplidos requisitos condicionados del testamento etc. y todo ello sin que quede subsanado el defecto fundamental del título calificado como es, además de la propia

descripción de la finca, la necesidad de la declaración de herederos abintestato de la causante, por lo que dicha acta no puede ser tenida en cuenta como resulta con claridad entre otras de las Rones DGRN 13/6/2012, 21/3/2015 y 23/8/2019.

[Prórroga del asiento de presentación y oferta de recursos].

Pola de Siero, a veintiocho de noviembre de dos mil diecinueve. El Registrador (firma ilegible).»

III

Solicitada calificación sustitutoria, correspondió la misma al registrador de la Propiedad de Cangas de Onís, don Miguel Pérez Soler, quien resolvió en fecha 8 de enero de 2020 confirmar la calificación.

IV

Don Carlos García Melón, notario de Gijón, interpuso recurso contra la anterior calificación mediante escrito de fecha 5 de febrero de 2020 que tuvo entrada en el citado Registro el día siguiente, en el que alega lo siguiente:

«1. En los casos como el que ha motivado la calificación que se impugna, y que se refieren al testamento de una causante, sin legitimarios, con ausencia de institución de heredero y conteniendo únicamente disposiciones a título singular o de legado, la entonces Dirección General de Registros y del Notariado, ha puesto de relieve en varias resoluciones, especialmente las de 19 de abril de 2013 y la de 14 de octubre de 2013, que el testamento es válido aunque no contenga institución de heredero, o ésta no comprenda todos los bienes, admitiéndose en el artículo 891 del Código Civil, la distribución de toda la herencia en legados, lo cual permite afirmar la existencia de una sucesión sin herederos, ya que en el sistema del Código Civil, el llamamiento abintestato, no se produce para asegurar en toda sucesión un heredero, sino para evitar la vacancia de bienes cuando el testador no disponga de todos los bienes relictos.

En el supuesto que nos ocupa, incluso esto ha sido previsto por la propia causante en la cláusula novena del testamento, que literalmente dice: “Novena.—En el remanente de sus bienes, o si aparecieren otro, los lega a su sobrino don F. S. B.” Por ello, en contra de lo afirmado en la calificación, sí que debe de entenderse que toda la herencia ha sido distribuida mediante legados.

2. La circunstancia de que la finca registral 1311 aparezca a nombre del esposo de la causante, don C. S. G., ésta fue transmitida por herencia a favor de la causante, a quien nombró como su única y universal heredera en su testamento.

3. En cuanto a los reparos que se pone a las facultades del albacea testamentario nombrado, aunque no se le atribuyan unas en concreto, para analizar la actuación del mismo debe indagarse la voluntad de la testadora, tal y como aparece plasmada en el testamento, sobre la base que entre tales facultades se entiende incluida la de interpretar el testamento como presupuesto de desempeño de sus funciones, y que tal Interpretación tan solo podrá rechazarse en sede registral si desborda los límites del artículo 675 del Código Civil.

En otras resoluciones, la anteriormente llamada Dirección General de los Registros y del Notariado, ha expresado que el albaceazgo, más que un propio mandato, se configura como cargo testamentario de gestión y ejecución de las últimas voluntades del testador, ya que designa a persona de confianza para llevar a cabo el cometido de la liquidación, partición, adjudicación de bienes y demás que prevé el artículo 902 del Código Civil y que las funciones tuitivas que la integran, abarcan también las acumuladas correspondientes a los contadores partidores.

4. En el supuesto de que no se acepte lo alegado en cuanto a las funciones de entrega de la posesión de los bienes legados por parte de albacea, la citada resolución

de 14 de octubre de 2013, dice literalmente: “Los legatarios ocupan el lugar de los herederos, transformándose las cuestiones de representación del causante en problemas de liquidación del patrimonio, que hacen innecesaria la Intervención de sucesores a título universal y absurda la exigencia de una declaración de herederos para el limitado fin de entregar los bienes relictos”.

5. Este mismo argumento se puede asimismo aplicar para rebatir la exigencia contenida en la calificación registral de que previamente habría que proceder a la liquidación de gananciales y que la misma deberían efectuarla los herederos del esposo de la causante y lo de ésta última.

Tiene reiteradamente manifestado la antiguamente denominada Dirección General de los Registros y del Notariado, que al disolverse la sociedad conyugal, queda la misma en situación de comunidad, perteneciendo al cónyuge viudo y a los herederos del cónyuge premuerto, pero hay que argumentar que en este caso, no se puede hablar estrictamente de una comunidad formada, pues el carácter de heredero y de cónyuge viudo, confluyen en una sola persona y no se puede hablar de una comunidad formada consigo mismo: para que se pudiera hablar de tal comunidad es presupuesto esencial la existencia de al menos dos personas con sus respectivos derechos y sobre los mismos bienes, pero en el caso que nos ocupa, y como se ha hecho mención anteriormente, don C. S. G., mediante disposición testamentaria, nombró como única heredera a su esposa. La exigencia de una declaración de herederos con carácter meramente formalista, para liquidar unos bienes de carácter ganancial que al fin y a la postre, van a quedar todos incluidos en el patrimonio del cónyuge viudo, me parece inútil y redundante.

6. Los mismos argumentos anteriormente apuntados, se pueden aplicar en cuanto a las facultades del albacea para formalizar declaración de obra nueva y división horizontal, previos a la entrega en concepto de legado de los predios resultantes de la misma, ya que se trataría de unos actos previos e imprescindibles para el cumplimiento de sus funciones; y si aún en el supuesto de que se rechazaran las facultades en este aspecto por parte del albacea testamentario, la propia aceptación de los legatarios implicados, serviría para convalidar la formalización de los citados actos jurídicos.

7. Con relación a la descripción de la propia obra, en cuanto a su superficie y linderos, se aportó un certificado del Ayuntamiento de Noreña, en el que acreditaba que el edificio objeto de la misma, no ha invadido dominio público alguno.

8. Por último, en cuanto al Acta Complementaria y de Rectificación por mí autorizada el día catorce de febrero de dos mil diecinueve bajo el número 244 de protocolo, no estimo que se hayan superado los requisitos del Artículo 153 del Reglamento Notarial, pues únicamente perseguía, aparte de rectificar determinados errores materiales, poner en orden y a dotar de claridad, toda la documentación formalizada con relación a la herencia de doña F.».

V

El registrador de la propiedad de Pola de Siero, emitió informe ratificando la calificación en todos sus extremos y elevó el expediente a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 2, 3, 9, 10, 17, 18, 20, 202 y 326 de la Ley Hipotecaria, artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, artículo 891 del Código Civil, artículos 81.d) y 83.2.2 del Reglamento Hipotecario, artículo 153 del Reglamento Notarial, Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1912, 22 de agosto de 1914, 10 de enero de 1934 y 2 de abril de 1996 y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de diciembre de 1916, 6 de marzo de 1923, 12 de julio de 1930, 12 de abril de 1951, 22 de enero de 1998, 12 de marzo de 1999, 23 de noviembre de 1999, 26 de septiembre de 2002, 7 de octubre de 2002, 26 de noviembre de 2004, 6 de abril de 2006, 20 de julio de 2007, 1 de octubre de 2007, 13 de junio de 2012, 5 de

septiembre de 2012, 19 de abril de 2013, 21 de marzo de 2015, 15 de marzo de 2016, 12 de abril de 2016, 12 de mayo de 2016, 22 de marzo de 2017, 7 de julio de 2017, 2 de septiembre de 2016, 4 de septiembre de 2017, 7 de septiembre de 2017, 13 de abril y 16 de julio de 2018 y 23 de agosto de 2019.

1. Es objeto de este expediente decidir si es inscribible una escritura de declaración de obra nueva y posterior división horizontal. Son circunstancias relevantes para la resolución de este expediente las siguientes:

– La finca 1.311 del término de Noreña, inscrita a favor de los cónyuges en gananciales don C.S.G. y F.B.R. se describe en el Registro con una superficie de 160 metros cuadrados y según el título, la superficie actual, tras varias segregaciones y cesiones es de 95 metros cuadrados, correspondiéndose, según resulta de la escritura, con la parcela catastral B048004TP0G0001DL. Posteriormente, en acta otorgada en virtud del artículo 153 del Reglamento Notarial se modifica la anterior descripción, señalando que mantiene la cabida inscrita de 160 metros cuadrados, no habiéndose realizado anteriormente segregaciones ni cesiones.

– Sobre la anterior finca se declara una obra por antigüedad, consistente en un edificio compuesto de planta baja y dos pisos en alto, ocupando cada una de dichas plantas una superficie construida de 93 metros cuadrados, ocupando una superficie total construida de 279 metros cuadrados. Se divide horizontalmente, formando cuatro elementos susceptibles de aprovechamiento independiente, siendo el número Cuatro una vivienda a la que le pertenece como anejo la superficie habitable, ubicada bajo cubierta, y actualmente destinada a buhardilla.

2. El registrador basa su negativa a la práctica de las inscripciones solicitadas en las siguientes consideraciones:

– Que la escritura es otorgada por el albacea de únicamente uno de los titulares registrales, sin que se haya procedido a liquidar la sociedad de gananciales ni adjudicar la herencia del cónyuge de ésta, no siendo suficiente la intervención del albacea a este respecto, ni tampoco la de los legatarios nombrados en el testamento de la causante, siendo preciso proceder a la declaración de herederos ab intestato, para proceder también a la entrega de los legados ordenados, sin acreditarse que la totalidad de la herencia esté distribuida en legados.

– Que la inscripción de la descripción de la finca sobre la que se declara la obra precisará la previa inscripción de las segregación y cesión de viales operadas con anterioridad, para así acomodar su descripción a la obrante en el título, advirtiéndose una posible invasión del dominio público, como resulta de la certificación catastral descriptiva y gráfica obtenida por el registrador a través de la Sede Electrónica del Catastro.

– Que igualmente es necesaria la rectificación de descripción considerando la discrepancia entre la superficie de la finca, según el Registro y la que resulta de la certificación catastral, pues es el medio utilizado para acreditar su antigüedad, siendo igualmente necesario para la constancia en la inscripción de las coordenadas de la porción de suelo ocupado por la edificación.

– Que no se expresa la superficie del anejo correspondiente al elemento Cuatro de la división horizontal.

– Que el albacea no está facultado para dividir horizontalmente el edificio y fijar las cuotas de participación, pues no está nombrado en el testamento con facultades expresas.

– Que el acta regulada en el artículo 153 del Reglamento Notarial no puede servir de base para proceder a la modificación de la descripción de la finca y de la declaración de obra nueva, a declarar la notoriedad de determinados hechos ni para justificar el cumplimiento de determinadas condiciones impuestas en el testamento de la causante.

El notario recurrente, en síntesis, señala que el testamento totalmente distribuido en legados se encuentra aceptado por la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, debiendo entenderse, según resulta del tenor de las disposiciones testamentarias, que efectivamente estamos ante este supuesto; en cuanto al hecho de que la finca aparezca inscrita a favor de la causante y su cónyuge con carácter ganancial, opone que la causante adquirió la mitad indivisa de la misma por herencia de su difunto esposo, por haber sido instituida heredera única y universal en su testamento; por lo que se refiere a las facultades del albacea, que entre las mismas debe entenderse también comprendida la de interpretación del testamento y, en general, todas las necesarias para llegar al resultado final de los bienes relictos a favor de los legatarios nombrados; que si no se entendiera que el albacea esté facultado para la entrega de los legados, que los legatarios así nombrados estarían facultados para ello; que el mismo argumento serviría para la exigencia de la designación de herederos ab intestato para proceder a la previa liquidación de la sociedad de gananciales, pues en el caso concreto resulta que no se ha producido con la disolución de la sociedad ganancial una comunidad, compuesta por el cónyuge viudo y los herederos del finado, sino que al concurrir en la misma personas ambas cualidades, la designación de herederos intestados es superflua e innecesaria; que la declaración de obra nueva y división horizontal son actos previos y necesarios para la entrega por el albacea de los legados ordenados, de donde resultan sus facultades para otorgar tales actos; en cuanto a la pretendida invasión del dominio público, que se aportó certificado del Ayuntamiento de Noreña acreditativo de la no existencia de la misma; y en cuanto al acta otorgada de conformidad con el artículo 153 del Reglamento Notarial, que su objeto únicamente consiste en la rectificación de determinados errores materiales y dotar de orden a la documentación formalizada con ocasión del fallecimiento de la causante doña F.B.R.

No es objeto de recurso el defecto relativo a la determinación de la superficie del anejo (cfr. artículo 326 Ley Hipotecaria).

3. En cuanto al primero de los defectos advertidos en la nota de calificación, consistente en la falta de previa inscripción a favor de la causante, constando inscrita en el Registro la finca sobre la que se declara la obra nueva objeto de posterior división horizontal, a favor de la misma y su cónyuge con carácter ganancial, su resolución debe plantearse partiendo del principio de tracto sucesivo, que se plasma desde el punto de vista normativo en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, y que es uno de los principios básicos en los sistemas registrales de folio real y, por tanto, del nuestro, imponiendo el enlace entre las sucesivas titularidades de los derechos inscritos. Este precepto legal, para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, exige que conste previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos. Este principio, además, implica la legitimación activa del titular registral, pues únicamente él puede realizar actos dispositivos con eficacia hipotecaria, por lo que las titularidades registrales deben formar una sucesión en cadena, sin solución de continuidad, desde el inmatriculante hasta el titular actual. En consecuencia, estando la finca inscrita en el Registro de la Propiedad y bajo la salvaguardia de los tribunales a favor de una persona distinta, no podrá accederse a la inscripción del título calificado sin consentimiento del titular registral, que resulte de los correspondientes títulos traslativos con causa adecuada (cfr. artículos 2 y 17 de la Ley Hipotecaria).

En la escritura presentada para su inscripción se hace constar expresamente que «la causante era la heredera universal del citado don C.S.G. —su esposo—, según testamento otorgado ante el que fue notario de Gijón, don Juan Luis Ramos Pérez Coleman, el veinticinco de septiembre de mil novecientos setenta y nueve, bajo el número 3.243 de protocolo». Cabe plantearse el alcance de tal manifestación en el título calificado sobre la existencia y acreditación a efectos registrales de la aceptación de la herencia del marido por la causante.

Al respecto, es evidente que sin perjuicio de la validez y eficacia de la aceptación tácita, si efectivamente se produjo, no puede ésta ser reconocida registralmente, dada la exigencia legal de acreditación fehaciente de los hechos o actos inscribibles (artículo 3 de la Ley Hipotecaria) y la limitación de los medios calificadores de que dispone el Registrador (artículo 18 de la Ley Hipotecaria); las especiales características del procedimiento registral impiden al Registrador la consideración de otros medios probatorios (entre ellos, la declaración de testigos, que es el carácter que corresponde a la declaración del albacea sobre la concurrencia de esa aceptación tácita) a fin de cerciorarse de la realidad de actos o negocios que no consten en documento público.

En consecuencia, y en tanto se acredite debidamente la existencia de esa alegada aceptación tácita, debería considerarse en principio, a efectos registrales, tal como se afirma en la nota de calificación del registrador, que tiene lugar en favor de los herederos de la causante, la transmisión del *ius delationis* que a ésta correspondía respecto de la herencia de su marido premuerto (resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de enero de 1998).

4. El registrador expresa en su calificación que se produce una alteración del principio de tracto sucesivo porque es preciso liquidar la sociedad de gananciales disuelta, para que el albacea del cónyuge supérstite –ahora causante– pueda hacer entrega a los legatarios de los bienes específicamente legados, de manera que se transmitan previamente al cónyuge supérstite, derechos tanto en la comunidad postganancial como en la comunidad hereditaria y a los legatarios derechos exclusivamente en esta última. En primer lugar, como regla general, la liquidación de la sociedad conyugal disuelta por fallecimiento de uno de los cónyuges compete en exclusiva al viudo y a la totalidad de los herederos del cónyuge premuerto, actuando por unanimidad, porque sólo la totalidad de los miembros de la comunidad hereditaria representa la titularidad de la parte de la masa ganancial que corresponde al premuerto.

En segundo lugar, respecto a la necesidad de la previa liquidación de la sociedad de gananciales disuelta, 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, como ya señalara este Centro Directivo en las Resoluciones de 20 de julio y 1 de octubre de 2007, hay casos, en los que concurriendo todos los interesados –cónyuge viudo y herederos de los causantes en su caso– a dar cumplimiento a una disposición testamentaria, no resultaría necesario, aunque el bien que se pretenda inscribir aparezca inscrito como ganancial, determinar previamente mediante la liquidación formal de la sociedad de gananciales, qué participación del mismo correspondería a cada interesado, 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 concurriendo 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 los partícipes en la comunidad hereditaria, para que la titularidad global quede fielmente reflejada.

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 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, entre otras), han admitido por razones puramente prácticas, el que el Contador Partidor (en el caso del presente expediente, el albacea nombrado) 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 y 20 de julio de 2007). En consecuencia, este defecto no puede ser confirmado.

5. En el caso concreto de este expediente, debe tenerse en cuenta, además, la circunstancia de que el testamento de la causante (que carece de legitimarios) no contiene institución de heredero y sí tan solo disposiciones a título singular o de legado. A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos civiles hispánicos, en el Derecho común el testamento es válido aunque no contenga institución de heredero o ésta no comprenda todos los bienes, admitiéndose en el Código Civil la distribución de toda la herencia en legados. Tal situación ha sido contemplada por múltiples sentencias del Tribunal Supremo y Resoluciones de esta Dirección General bajo el prisma de que el principal problema que plantea una sucesión sin herederos es la liquidación del patrimonio hereditario, y no tanto la determinación de un sucesor universal. Por esa razón, ha llegado a afirmarse que la distribución de toda la herencia en legados permite la existencia de una sucesión sin herederos; esto es, sin herederos presentados como tales ni disfrazados de legatarios, toda vez que en el sistema del Código Civil el llamamiento «ab intestato» no se produce para asegurar en toda sucesión un heredero, sino para evitar la vacancia de bienes cuando el testador, con independencia del título en que lo haga, no dispone de todos los bienes relictos. En el reducido marco de este expediente, no es posible abordar las diversas –e interesantes– cuestiones que ha suscitado la figura analizada, si bien no cabe omitir al menos dos que son de evidente utilidad para la resolución del presente recurso.

La primera y por lo que atañe a su operativa, que diversas Resoluciones de este Centro Directivo, muy especialmente la de 30 de diciembre de 1916 y otras posteriores que siguieron el mismo criterio, expresaron que en el caso del artículo 891 del Código Civil los legatarios ocupan el lugar de los herederos, transformándose las cuestiones de representación del causante en problemas de liquidación del patrimonio, que hacen innecesaria la intervención de sucesores a título universal y absurda la exigencia de una declaración de herederos para el limitado fin de entregar los bienes relictos. La segunda, referida a la dinámica registral, que la propia legislación hipotecaria se ajusta a los anteriores planteamientos, conclusión a la que se llega claramente a la vista de lo dispuesto en el artículo 81.d) del Reglamento Hipotecario (en la redacción del mismo resultante del Real Decreto 3215/1982, de 12 noviembre, y cuyo antecedente se encuentra en el artículo 83.2.2 modificado mediante la reforma de 1959), el cual exige lo siguiente al regular la inscripción registral: «... d) Solicitud del legatario cuando toda la herencia se hubiere distribuido en legados y no existiere contador–partidor, ni se hubiere facultado al albacea para la entrega. Cuando toda la herencia se distribuya en legados, los que no sean de inmuebles determinados se inscribirán mediante escritura de liquidación y adjudicación otorgada por el contador–partidor o albacea facultado para la entrega o, en su defecto, por todos los legatarios».

Por ello, y por los argumentos señalados en los anteriores fundamentos, no hay obstáculo alguno a la actuación realizada por el albacea en orden a la liquidación de la sociedad ganancial, como acto previo a la posterior entrega de los legados, para la cual, sin duda alguna, también está facultado.

6. Señala el registrador en su calificación que el albacea no está facultado para dividir horizontalmente el edificio ni fijar las cuotas de participación, señalando que no está nombrado en el testamento con facultades determinadas. El defecto no puede

mantenerse. La resolución de 26 de noviembre de 2004 ya afirmó que ningún obstáculo habría para admitir que el contador-partidor (en nuestro caso el albacea, dada la equiparación existente entre ambas figuras para estos actos, máxime cuando el albacea, en el título calificado no lleva a cabo operaciones particionales, estando la herencia de la causante íntegramente distribuido en legados de cosa específica y determinada) está facultado para formalizar el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal, resultando que, a diferencia del supuesto planteado en la citada resolución, en el presente supuesto no estamos ante un contrato particional. Igualmente, la resolución de 27 de mayo de 2014 atribuye al albacea contadorpartidor la facultad de realizar operaciones de modificación hipotecaria como divisiones o segregaciones necesarias para la partición. Añade esta resolución que «el albacea contadorpartidor, 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. artículos 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. artículo 1057 del Código Civil)». En consecuencia, como acto preparatorio imprescindible para ejecutar la voluntad testamentaria, es evidente que, en el caso de este expediente, entre las facultades que corresponden al albacea está comprendida la de dividir horizontalmente el edificio a fin de configurar los distintos elementos susceptibles de aprovechamiento independiente y que son objeto de atribución particular; y sin que sea preciso el consentimiento de los legatarios favorecidos en orden a la fijación de cuotas, alegada por el registrador con cita en la resolución de 26 de septiembre de 2002, pues en el caso resuelto por ésta, la escritura de constitución del régimen de división horizontal no fue otorgada por albacea alguno.

7. Se señala igualmente como defecto el relativo a la exigencia de la previa inscripción de las segregaciones y cesiones de viales producidas con anterioridad para lograr la inscripción de la rectificación de descripción contenida en el título y la posible invasión demanial derivada de la misma. En el título calificado se afirma que la finca registral, con una superficie de 160 metros cuadrados, tras varias segregaciones y cesiones de viales, había quedado reducida a la superficie de 95 metros cuadrados, si bien, posteriormente en acta tramitada de conformidad con el artículo 153 del Reglamento Notarial se señala que la finca no ha sufrido variación en cuanto a su cabida, constituyendo la anterior afirmación un mero error material. El registrador, a la vista del título señala que existe una posible invasión demanial y que no hay correspondencia entre la superficie inscrita (160 metros cuadrados) y la que resulta de la certificación catastral descriptiva y gráfica incorporada, que es además base para la declaración de obra nueva formalizada.

La legislación hipotecaria (ya antes de la reforma de la Ley 13/2015) proscribió que por la vía de la rectificación de superficie se encubran otros negocios jurídicos, aplicando el folio registral a una realidad diferente, y alterando la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral, pudiendo afectar a los derechos de terceros. En consecuencia, cabe compartir el criterio del registrador y concluir en que no cabe inscribir una disminución de cabida sobre una finca registral so pretexto de existir operaciones de modificación de entidades hipotecarias que no han tenido acceso al Registro, que conduciría a una desinmatriculación de terrenos, sin perjuicio de aplicar la regla contenida en el artículo 47 del Reglamento Hipotecario.

Como ha señalado este Centro Directivo en las Resoluciones de 7 de julio y 2 de septiembre de 2016 y 7 de septiembre de 2017, debe tenerse en cuenta el supuesto especial que para la constancia registral de la representación gráfica suponen los casos previstos en el artículo 47 del Reglamento Hipotecario, en el que se permite que accedan

en diferente momento temporal segregaciones de múltiples porciones, que se han podido formalizar en diversos títulos, así como cuando se pretenda la inscripción de negocios realizados sobre el resto de una finca, existiendo pendiente de acceder al Registro otras operaciones de segregación.

En tales casos es claro que únicamente deberá aportarse, para su constancia en el folio real, la representación gráfica correspondiente a la porción que es objeto de inscripción en cada momento (ya sea la segregada o el resto, según los casos), sin que pueda exigirse representación gráfica de otras porciones que no son objeto del título en cuestión ni causan asiento de inscripción (cfr. artículo 9 de la Ley Hipotecaria). Y ello por aplicación de la previsión del propio artículo 47 del Reglamento Hipotecario cuando señala que se hará constar la descripción de la porción restante (entendiendo incluida en esta la representación gráfica de la finca) cuando esto «fuere posible». Esta imposibilidad deberá valorarse en cada caso de modo objetivo, y, así, también podría entenderse que concurre cuando la constancia registral de la representación gráfica de una porción restante no pueda efectuarse por haberse calificado negativamente, siempre que ello no afecte a la calificación positiva e inscripción de la representación de la porción segregada.

El registrador ha puesto de manifiesto la circunstancia de haberse alterado en el título la superficie de la finca. Como ha afirmado este Centro Directivo uno de los principios fundamentales del sistema registral es el de folio real según el cual el Registro se lleva por fincas abriendo a cada una el número registral correspondiente (cfr. artículos 8. 1.º y 243 de la Ley Hipotecaria), lo que exige su plena identificación y descripción (cfr. Resolución de 7 de junio de 2012). No puede estimarse la rectificación en los datos descriptivos de la finca por la mera aportación de una certificación catastral descriptiva y gráfica de una parcela cuando a juicio del registrador no queda acreditada la correspondencia de la finca (cfr. Resoluciones de 18 de octubre y 12 de noviembre de 2012, 21 de enero de 2014 y 22 de marzo de 2017).

En definitiva, no quedando acreditada la correspondencia con la certificación catastral aportada, ésta no es hábil para justificar las modificaciones descriptivas y la antigüedad de la edificación, lo que es requisito ineludible para la inscripción de la declaración de obra nueva de conformidad con el artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo.

8. Asimismo, se advierte por el registrador una posible invasión demanial con la rectificación de la descripción de la finca. En numerosas resoluciones (véase las 15 de marzo y 12 de abril de 2016, 4 de septiembre de 2017 y 13 de abril de 2018) se ha reiterado la obligación legal a cargo de los registradores de la propiedad de tratar de impedir la práctica de inscripciones que puedan invadir el dominio público tiene su origen y fundamento, con carácter general, en la legislación protectora del dominio público, pues, como señala la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, tanto en su artículo 6 como en su artículo 30, los bienes y derechos de dominio público o demaniales son inalienables, imprescriptibles e inembargables, lo cual no es sino manifestación del principio y mandato supremo contenido en el artículo 132 de la Constitución. Igualmente se ha señalado que la protección registral que la ley otorga al dominio público no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción; por todo ello, la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria, al dar nueva redacción a diversos artículos de la Ley Hipotecaria, prevé que, en todo caso, el registrador tratará de evitar la inscripción de nuevas fincas o de la representación gráfica georreferenciada de fincas ya inmatriculadas cuando tuviera dudas fundadas sobre la posible invasión del dominio público. Ahora bien, en el caso de este expediente, no se acierta a advertir qué posible invasión demanial pueda inferirse de la rectificación de la descripción de la finca, que (con independencia de la rectificación de cabida, posteriormente tratada por el notario autorizante como un mero error material) se limita a una actualización de linderos, siendo

que el único de estos perteneciente a una Administración Pública resulta ser el lindero frente, hoy calle (...), que antes resultaba ser el lindero Sur, en línea de diez metros, denominado «(...)».

Además, resulta que en el acta tramitada de conformidad con el artículo 153 del Reglamento Notarial se incorpora certificación del Excmo. Ayuntamiento de Noreña, en el que se indica la correspondencia entre el (...) y la calle (...), que la edificación existente en la parcela linda con el viario público en una anchura de 10,30 metros cuadrados (muy similar a la consignada registralmente) y, taxativamente, que no existe invasión. En consecuencia, tampoco puede confirmarse en este punto la nota de calificación.

9. Finalmente, en cuanto al alcance del acta otorgada de conformidad con el artículo 153 del Reglamento Notarial, el citado precepto establece que «los errores materiales, las omisiones y los defectos de forma padecidos en los documentos notariales inter vivos, podrán ser subsanados por el Notario autorizante, su sustituto o sucesor en el protocolo, por propia iniciativa o a instancia de la parte que los hubiere originado o sufrido. Solo el Notario autorizante podrá subsanar la falta de expresión en el documento de sus juicios de identidad o de capacidad o de otros aspectos de su propia actividad en la autorización». Según doctrina reiterada de este Centro Directivo (vid., por todas, las Resoluciones de 12 de marzo de 1999, 6 de abril de 2006, 13 de junio de 2012 y, entre otras más recientes, la de 16 de julio de 2018), lo que permite el artículo 153 del Reglamento Notarial es la subsanación de errores materiales, omisiones y defectos de forma padecidos en los instrumentos públicos, pudiendo afectar, incluso, a elementos relevantes del negocio de que se trate, pero sólo cuando pueda comprobarse, con claridad, que se trata de mero error material, por resultar así atendiendo al contexto del documento y a los inmediatamente anteriores y siguientes, a las escrituras y otros documentos públicos que se tuvieron en cuenta para la autorización y a los que prueben fehacientemente hechos o actos consignados en el documento subsanado.

En tales supuestos la legislación notarial no exige un nuevo consentimiento de los otorgantes, porque se estima que tal rectificación lo único que hace es expresar ahora con exactitud la voluntad que aquellos manifestaron con ocasión del otorgamiento del documento rectificado, sin que sea necesario ese nuevo consentimiento para que el documento rectificador produzca todos los efectos registrales.

Pero es también doctrina reiterada de esta Dirección General (cfr. Resoluciones de 13 de junio y 5 de septiembre de 2012 y 21 de marzo de 2015), que la posibilidad de rectificación por el notario por sí solo, dado que no concurren las partes interesadas a la rectificación, debe ser interpretada con carácter restrictivo, ya que si bien el notario puede proceder a la subsanación de meros errores materiales que se hayan producido con ocasión de la redacción de la escritura, o que resulten claramente de los antecedentes obrantes en su haber o de lo acontecido en su presencia con ocasión de la firma del instrumento público, lo que no puede hacer en ningún caso es sustituir la voluntad de los otorgantes. Así pues, esta facultad de rectificación por el notario, sin la concurrencia de los otorgantes o sus causahabientes, ha de ser en todo caso, objeto de interpretación restrictiva.

Por tanto, el citado precepto en modo alguno habilita para modificar, suplir, presuponer o eliminar declaraciones de voluntad que están exclusivamente reservadas a las partes y que, al implicar verdadera prestación de consentimiento de naturaleza negocial, solo de ellas o de sus representantes pueden proceder.

A diferencia del supuesto resuelto por la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de agosto de 2019, de ninguno de los documentos obrantes en el expediente resulta circunstancia fáctica alguna que pongan de manifiesto la existencia de una modificación catastral sobrevenida que, conservando inalterada la delimitación poligonal de la finca, se limite a la mera rectificación del dato alfanumérico relativo a su superficie. Es más, a la vista de la documentación obrante en la escritura, en la propia acta, del contenido de la certificación catastral descriptiva y gráfica obrante en la Sede Electrónica del Catastro y del carácter ratificador que pretende atribuirse a la

referencia que consta en la misma relativa a una escritura de entrega de legados otorgada por el albacea y uno de los legatarios favorecidos, no puede sino concluirse que el contenido del acta –que queda limitado a una nueva descripción de la finca, omitiendo cualquier referencia relativa a una alteración superficial y limitándolo a la declaración de obra nueva y a una rectificación de linderos– va más allá de la mera corrección de un mero error material, constituyendo una nueva prestación de consentimiento de indudable contenido negocial.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso en cuanto a los defectos relativos a las facultades del albacea en orden a la liquidación de la sociedad de gananciales de la causante, futura entrega de los legados y constitución del régimen de división horizontal, discrepancias existentes entre la cabida consignada en el título (antes de su rectificación por acta) y la contenida en la certificación catastral descriptiva y gráfica y en lo relativo a una presunta invasión demanial y confirmar la calificación en cuanto al resto, en los términos que resultan de los anteriores pronunciamientos.

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, 11 de junio de 2020.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.