

**7350**

*RESOLUCIÓN de 26 de febrero de 2003, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Abogado don Manuel Barón y Rojas Marcos frente a la negativa del Registrador de la Propiedad de Sevilla n.º 11, don Carlos Marín Alborno, a inscribir una escritura de protocolización de operaciones particionales en virtud de apelación del recurrente.*

En el recurso gubernativo interpuesto por el Abogado don Manuel Barón y Rojas Marcos frente a la negativa del Registrador de la Propiedad de Sevilla n.º 11, don Carlos Marín Alborno, a inscribir una escritura de protocolización de operaciones particionales en virtud de apelación del recurrente.

**Hechos****I**

Por escritura que autorizó el Notario Sevilla don José Luis Vivanco Escobar el 13 de julio de 1995, don Manuel Barón y Rojas Marcos, como contador partidor de la herencia de doña Ana-María López Esteban, procedió a protocolizar un cuaderno elaborado por él y en el que se contenían las operaciones particionales de aquella. De su contenido resulta que la causante había fallecido el 21 de julio de 1994 bajo testamento abierto otorgado el 4 de enero de 1979 ante el Notario de La Laguna don Juan Antonio Cruz Auñón en el que, tras manifestar que estaba casada en únicas nupcias con don Carlos M.P. de cuyo matrimonio tenía cuatro hijos, «lega a su cónyuge el tercio de libre disposición, sin perjuicio de la cuota viudal y en pago de ambos conceptos, como acto parcial de partición al amparo del artículo 1.056 del Código Civil, le adjudica el usufructo universal vitalicio de su herencia...»; en el remanente instituyó herederos por partes iguales a sus cuatro hijos y, finalmente, nombró Albacea, Comisario Contador-partidor con toda amplitud de facultades a don Manuel Barón Rojas Marcos. Este, hace en el cuaderno protocolizado una exposición de la situación del matrimonio de la causante, disuelto previa separación de hecho por sentencia de divorcio de 31 de enero de 1990 a consecuencia de la cual procedieron los excónyuges a liquidar la sociedad conyugal por escritura de 21 de febrero de 1990 ante el notario de Sevilla don Luis Martín Sicilia, y tras ella una serie de consideraciones sobre la validez o vigencia del legado dispuesto a favor del cónyuge de la testadora para concluir que el mismo es totalmente ineficaz y nulo. Y en base a tal conclusión adjudica los bienes hereditarios a los hijos de la causante prescindiendo del contenido de aquel legado.

**II**

Presentada copia de la escritura en el Registro de la Propiedad n.º 11 de Sevilla, fue calificada con la siguiente nota: «Presentado bajo el número 493 del Diario 27 de este Registro, se deniega la inscripción del precedente documento por no haberse tomado en consideración la voluntad de la causante expresada en su testamento.- Ley primordial en materia sucesoria, puesto que se ha prescindido del legado del tercio de libre disposición establecido a favor de don Carlos Manuel M. P., al considerar el albacea Contador-partidor «totalmente nulo e ineficaz ese legado testamentario de la causante», misión este que únicamente compete decidir a los Tribunales de Justicia en el correspondiente procedimiento (artículo 675 del Código Civil; Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1964, 1 de diciembre de 1984, 18 de diciembre de 1951, 26 de noviembre de 1998, entre otras; y Sentencias del Tribunal Supremo 5 de febrero de 1908, 11 de diciembre de 1913, 10 de enero de 1934 y 23 de noviembre de 1989, entre otras. El defecto se califica de insubsanable, no procediendo anotación de suspensión. Contra esta calificación cabe interponer recurso gubernativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de tres meses y en la forme y términos que establecen los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes del Reglamento. Sevilla, 4 de julio de 2000. El Registrador. Fdo.: Carlos Marín Alborno.»

**III**

El Letrado, don Manuel Barón y Rojas-Marcos, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: 1.º.—Que es clara la voluntad del causante de encomendar la partición al Contador-partidor, sin limitación alguna, ya que además de nombrarle Albacea, le concede para uno y otro cargo «toda amplitud de facultades». 2.º.—Que se deniega la inscripción por el Registrador de la Propiedad y califica de defecto insub-

sanable la interpretación hecha por el Contador-partidor. 3.º.—Que en las Sentencias del Tribunal Supremo que cita el Registrador en su nota de calificación y no se ve en ellas materia importante relacionada con una partición y ni similitud alguna con la actuación del Contador-partidor en este asunto. Que en cuanto a las Resoluciones que el Registrador cita en su nota de calificación, hay que destacar lo que dice la Resolución de 26 de noviembre de 1998. 4.º.—Que entre el otorgamiento del testamento y el fallecimiento de la causante, se había producido el divorcio, lo cual supuso la ruptura del contrato matrimonial inexistente, por tanto al tiempo del fallecimiento. El Contador-partidor no podía, en conciencia, limitarse a la interpretación cómoda y fácil de esa cláusula testamentaria, cláusula de legado, cual era la de aceptar sin más, la validez y eficacia de un legado a favor de quien ya no era cónyuge, máxime cuando se trataba de un legado innominado. 5.º.—Que al tiempo del fallecimiento no existía vínculo matrimonial y, por tanto, no existía cónyuge, esto es, no existía titular o destinatario de ese legado testamentario innominado. 6.º.—Que el Contador-partidor llegó a la conclusión de entender nulo e ineficaz el legado a favor del cónyuge, tras ponderar: 1.—Que el legado del tercio de libre disposición que la causante hace en su testamento a favor de su «cónyuge» es innominado, puesto que no se especifica el nombre y apellidos; 2.—Que el artículo 834 del Código Civil a sensu contrario, niega la cuota viudal al cónyuge que al morir su consorte, estuviere separado del mismo. En este caso, al estar divorciado, es claro que el ex marido no tiene derecho a la cuota de viudal; en consecuencia, por aplicación del precepto anterior mencionado parte de esa cláusula testamentaria queda nula, puesto que al no haber ya cuota viudal no cabe el pago de la misma. 3.—El artículo 855, in fine, del Código Civil establece que las causas de desheredación del cónyuge preceptúa que «para que las causas que dan lugar a la separación personal lo sean también de desheredación es preciso que no vivan los cónyuges bajo el mismo techo». Que tales causas de separación son las que regula el artículo 82 del Código Civil y entre ellas está «el cese efectivo de la convivencia conyugal durante 6 meses libremente consentido». Que ocurre que los cónyuges no vivieron bajo un mismo techo desde 1983 puesto que residían en distintos domicilios y aún desde ese solo punto de vista de separación de hecho, tanto la causante como su ex marido tenían causa legal para haber desheredado a la otra persona. 4.—Que el carácter de heredera forzosa que el artículo 807.3.º concede al viudo que concurre en la herencia con hijos y descendientes, desaparece en virtud del artículo 834 en cuanto al cónyuge que al morir su consorte estuviere separado del mismo; norma que se completa con el artículo 945. 5.—Que también hay que considerar, siquiera sea por vía de interpretación de normas, el n.º 2 del artículo 102 del Código Civil que complementa con el artículo 106. 6.—Que hay que tener en cuenta lo que dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1996. 7.—Que el último párrafo del artículo 1.343 del Código Civil contempla la posibilidad de revocación de las donaciones otorgadas por los contrayentes en los casos de anulación, separación o divorcio. 8.—Que cabe encajar el tema que se estudia dentro del artículo 767 del Código Civil, ya que la expresión «lego a mi cónyuge» puede entenderse como la causa falsa que habla dicho artículo. 9.—Que según lo que dispone el artículo 750 del Código Civil, la designación del legatario como «mi cónyuge» es persona incierta y pasa a ser nulo el legado innominado. Debe tenerse en cuenta también lo que dice el artículo 772 del mismo texto legal; y no cabe hablar del segundo párrafo de dicho artículo y de lo que dice el artículo 733. 10.—Que existe una laguna legal en cuanto al tema que se estudia, debiéndose traer a colación lo que dice la Resolución de 25 de junio de 1997. 11.—Que hay que señalar que tras el divorcio los cónyuges otorgan en 21 de febrero de 1990, escritura de disolución de la sociedad de gananciales. 12.—Que se estima que por ley y por conciencia, se tiene que considerar totalmente ineficaz y nulo ese legado testamentario de la causante a favor de su cónyuge. 7.º.—Que en cuanto al artículo 675 y otros del Código Civil aplicables a la interpretación de los testamentos y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre tal artículo y sobre la figura y facultades del Contador-partidor, cabe citar las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1998 y las de 20 de marzo de 1918, 28 de junio de 1930, 8 de julio de 1940, 9 de octubre de 1943, 31 de mayo de 1949, 4 de junio de 1959, 25 de mayo de 1971, 23 de diciembre de 1976, 16 de febrero de 1977, 15 de junio de 1982, 21 de marzo de 1985, 21 de junio de 1986, 24 de septiembre de 1986, 31 de diciembre de 1996, 30 de enero, 27 de abril y 29 de diciembre de 1997; y también cabe invocar las Resoluciones de 19 de mayo de 1924, 1 de marzo de 1950 y 27 de septiembre de 1987, entre otras más.

**IV**

El Registrador de la Propiedad, en defensa de la nota, informó: 1.º Que en la disposición de la causante, «lega a su cónyuge el tercio de libre

disposición», radica la problemática del asunto. Prescindiendo a lo concerniente a «sin perjuicio de su cuota viudal», porque efectivamente dicho derecho sucesorio carece de efectividad por las circunstancias del estado familiar de la causante a su fallecimiento, el tema que de centrarse en lo que «con carácter voluntario» dispuso doña Ana María L. en su testamento. 2.º Que la expresión «lega a su cónyuge» y el estado de divorciada de la causante al momento del fallecimiento, es lo que lleva al Albacea, Contador-partidor a entender que existe un legado innominado «con su conclusión de su nulidad o ineficacia», premisas en que se apoya para verificar la partición con exclusión del citado legatario. En estos dos puntos radica el fondo de la cuestión. 3.º Que en la nota de calificación se deniega la inscripción al no haber tomado en consideración dicho legado del tercio de libre a favor del indicado don Carlos-Manuel M.P., invocándose el artículo 675 del Código Civil, Sentencias del Tribunal Supremo y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en las que no se hace más que confirmar que el testamento es la norma fundamental de la sucesión, que las disposiciones testamentarias deben entenderse en el sentido literal de sus palabras, cuando sea clara la voluntad del testador, que el Contador-partidor debe adaptarse a las disposiciones testamentarias «acatando» las reglas de partición fijadas por el testador y que no puede declarar nula e ineficaz una disposición testamentaria del causante. Que no cabe duda que el Contador-partidor tiene amplias facultades para interpretar y cumplir la voluntad del testador, pero teniendo en cuenta lo que expresan las Resoluciones de 18 de diciembre de 1951 y 14 de septiembre de 1964. 4.º Que el caso presente no se trata de un legado innominado. Que la causante, tras manifestar estar casada con don Carlos-Manuel M.P., en la cláusula 2.ª «lega a su cónyuge», indica, claramente quien es el llamado. Que a estos efectos se invocan las Resoluciones de 19 de mayo de 1924, 1 de marzo de 1930, 24 de febrero de 1950, etc. 5.º Que carece, por tanto, de justificación la apreciación que hace el Contador-partidor sobre la nulidad e ineficacia del legado; aparte que no es facultad que entre dentro de las de interpretación del testamento. Que a este respecto son de destacar las Resoluciones de 18 de diciembre de 1951 y 1 de diciembre de 1984. Que, en consecuencia, queda claro que no existe un legado nulo e ineficaz, por no haber existido una declaración de los Tribunales de Justicia a este respecto, ni se deja sin efecto por una voluntad posterior testamentaria de la causante. Que es de destacar la Resolución de 26 de noviembre de 1998, en sus considerandos 3 y 4, confirmando su tesis el artículo 739 y 743 del Código Civil.

## V

Por Auto de 16 de noviembre de 2000 el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía desestimó el recurso confirmando la calificación objeto del mismo fundándose, esencialmente, en no haberse atendido el contador partidor al criterio interpretativo impuesto por el artículo 675 del Código Civil, haberse extralimitado en sus facultades por cuanto si bien podía interpretar y ejecutar la voluntad del testador no podía suplirla, y que el pronunciamiento sobre la ineficacia de la disposición testamentaria excede de sus facultades sin que se esté ante un supuesto de legado innominado.

## VI

El recurrente apeló el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones, y añadió que el auto se limita a analizar el tema del «legado innominado» negándole tal carácter y no entra en ninguna de las otras importantes cuestiones puestas de manifiesto en el escrito de interpretación del recurso.

### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 102.2.º, 670, 675, 738, 739, 834, 835 y 1057 del Código Civil y las Resoluciones de 25 de marzo de 1952, 1 de diciembre de 1984, 25 de junio de 1997, 26 de noviembre de 1998 y 24 de marzo de 2001:

1. Se centra la cuestión que es objeto de debate en el presente recurso en determinar si, como entiende el Registrador y confirma el auto apelado, el contador partidor se ha excedido en sus facultades al considerar ineficaz un legado dispuesto por la testadora y prescindir del mismo a la hora de adjudicar los bienes de la herencia o si, por el contrario, en la interpretación que de sus facultades hace el recurrente se engloba la misma a la vista del concreto supuesto de hecho, el divorcio sobrevenido al otorgamiento del testamento que contenía el legado a favor del cónyuge de la testadora.

2. Si el Código Civil admite que el testador encomiende la «simple facultad de hacer la partición» a cualquier persona que no sea uno de los herederos (cfr. artículo 1057) y claramente prohíbe el testamento por comisario (art. 670), resulta evidente que restringe el ámbito de las facultades a encomendar a aquél a lo que revela la propia denominación que actualmente le da el mismo artículo 1057, después de su reforma por la Ley 1/96, de 15 de enero, la de contador-partidor, siendo ajena al mismo toda idea de fiducia testamentaria. En definitiva, las suyas son las funciones necesarias para transformar el derecho hereditario abstracto en titularidades sobre bienes y derechos concretos, para lo que habrá de ajustarse a la ley y a la voluntad del testador.

Es cierto que a la hora de determinar cuales sean esas facultades es pacífica la admisión de una serie de actuaciones que no es que excedan de lo que sea la simple facultad de hacer la partición, sino que han de entenderse comprendidas en el ámbito de ésta en cuanto necesarias para el desempeño de la misma, entre las que se incluye, y es lo especialmente relevante en este supuesto, la de interpretar el testamento. Pero tal función viene delimitada tanto por los medios, especialmente por lo dispuesto en el artículo 675 del Código Civil, como en cuanto a su fin, lograr que la partición de los bienes se ajuste a la voluntad del testador. Y si bien es cierto que en esa tarea puede subsanar y corregir ciertos defectos del testamento (vid, Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1952 o 24 de febrero de 1968), lo que no puede es atribuirse funciones decisorias que son privativas del testador como la de desheredar o revocar disposiciones testamentarias ni, en general, declarar por sí mismo su ineficacia total o parcial, cuestión que corresponde a los Tribunales de justicia a solicitud de los herederos que procedan a su impugnación (Resolución de 1 de diciembre de 1984).

3. Por eso, a diferencia de la apreciación del alcance del divorcio de los cónyuges en cuanto a la pérdida o conservación de los derechos legítimos (cfr. artículos 834 y 835 del Código Civil) en que el contador partidor estaría actuando con sujeción a lo establecido por la ley (vid. Resolución de 25 de junio de 1997), lo que no puede es entender revocada por tal causa una disposición testamentaria voluntariamente hecha a su favor pues, como señalara la Resolución de 26 de noviembre de 1998, la revocación de los testamentos abiertos en derecho común solo puede tener lugar por otro testamento válido y no por otro tipo de negocios o causas distintas de las previstas en la ley (artículos 738, 739 y 743 del mismo Código), sin que la separación o divorcio esté previsto que produzca tal efecto —a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con los poderes o consentimientos (artículos 102.2.º y 106) o las soluciones que se adoptan en la legislación comparada o en determinados cuerpos normativos de la legislación especial o foral—.

4. Tampoco el argumento de la falta de designación nominatim del cónyuge beneficiario del legado es aceptable pues una interpretación lógica y sistemática conduciría más bien a la contraria, la necesidad de que para llegar a tal conclusión el llamamiento apareciera hecho de forma expresa a favor de quien fuera el cónyuge al tiempo del fallecimiento, cual es frecuente en los que se hacen a favor de potenciales beneficiarios inexistentes de presente, sean descendientes o el cónyuge. Porque si después de haber identificado a su cónyuge dispuso la testadora un legado a favor de quien ostenta esa condición, sin condicionamiento alguno a que la siguiese conservando al tiempo de su fallecimiento —condición cuyo cumplimiento si correspondiera apreciar al contador partidor (vid, Resolución de 25 de marzo de 1952)—, no puede entenderse como hecho a favor de persona a determinar por circunstancias futuras, sino en atención a una circunstancia identificadora de presente pero no puesta como condicionante del llamamiento.

Acudiendo a los argumentos de la ya citada Resolución de 26 de noviembre de 1998 cabría señalar: que el hecho de que en la disposición testamentaria se identifique al beneficiario por su relación de cónyuge del testador, después de haber expresado su identidad, no permite concluir que haya una clara expresión del motivo de la institución, pues bien pudiera entenderse la expresión de aquella relación como un elemento simplemente identificativo, lo que impediría aplicar el artículo 767 del Código Civil; que a la hora de interpretar la verdadera voluntad del testador y en congruencia con la naturaleza del testamento como acto formal y completo una vez otorgado, ha de ser determinante la voluntad pretérita, la existente al tiempo del otorgamiento, por lo que una alteración sobrevenida de las circunstancias tiene su adecuado tratamiento en la esencial revocabilidad del testamento (art. 739 del mismo Código). Y si bien es cierto que a la hora de interpretar la voluntad del testador no puede descartarse que ésta presupusiera para la eficacia de una disposición que permaneciese una situación —el vínculo matrimonial con el favorecido— que después ha desaparecido y esa voluntad habría de prevalecer conforme a los criterios interpretativos contenidos en los artículos 675 y 767 del Código Civil, que si bien han de partir del contenido del propio testamento ha

de seguir, según reiterada doctrina del Tribunal Supremo, un criterio subjetivista, tratando de buscar la real voluntad del testador, criterio interpretativo que podría conducir, tal como postula el recurrente, a entender que la disposición no se habría hecho de haber sabido que el vínculo matrimonial con el favorecido no subsistiría y que ello era lo que se quería expresar al hacer la disposición en favor del cónyuge, tal hipótesis solo puede ser apreciada judicialmente en procedimiento contradictorio y con una fase probatoria que no cabe en el procedimiento registral en el que ha de estarse al contenido literal del testamento, lo que impide admitir la inscripción de una partición en que el contador partidor se aparta de su contenido al estimar como ineficaz una disposición que judicialmente no se ha declarado como tal.

5. Por último, acude el recurrente al argumento de la presunción de validez y eficacia de la partición hecha por contador partidor, que según reiterada doctrina, al igual que la hecha por el propio testador, crea un estado de Derecho que surte efectos y, salvo que perjudique derechos legítimos, ha de aceptarse en tanto no sea rescindida por los Tribunales. Esa doctrina, recientemente ratificada por Resolución de 24 de marzo de 2001, aunque aparece casi siempre referida al carácter unilateral de la partición hecha por contador partidor y su aptitud para la inscripción sin necesidad de que sea consentida o aprobada por los herederos, se apoya en que la ley autoriza la partición por esa vía por lo que, ha de entenderse, precisa en su aplicación que la actuación del contador partidor se ajuste a la ley que la ampara lo que, como queda dicho, no ocurre cuando el mismo la infringe al extralimitarse en su actuación.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso confirmando el auto apelado.

Madrid, 26 de febrero de 2003.—La Directora General, Ana López-Monís Gallego.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

## 7351

*RESOLUCIÓN de 27 de febrero de 2003, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Francisco Habas Pérez y doña Dolores Valderrabano Gutiérrez, frente a la negativa del Registrador de la Propiedad de Martorell, don Ramón Abelló Margalef, a inscribir parcialmente una escritura de declaración de obra nueva, compraventa y agrupación, en virtud de apelación de dicho Registrador.*

En el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Alfredo Martínez Sánchez, en nombre y representación de don Francisco Habas Pérez y doña Dolores Valderrabano Gutiérrez, frente a la negativa del Registrador de la Propiedad de Martorell, don Ramón Abelló Margalef, a inscribir parcialmente una escritura de declaración de obra nueva, compraventa y agrupación, en virtud de apelación de dicho Registrador.

### Hechos

#### I

Por escritura que autorizó el 6 de mayo de 1997 el Notario de Martorell don José Antonio Buitrón Crespo, los cónyuges don Francisco Habas Pérez y doña María Dolores Valderrabano Gutiérrez compraron las siguientes fincas: a don José Alemany Pous una nave de planta baja cuya obra nueva declaró el vendedor en el propio título, construida sobre una parcela que constituía la finca registral número 4.121 lindante al Sur o fondo con la otra finca objeto de compraventa; y a don Juan y don Andreu Alemany Castells una nave industrial, finca registral 13.369, que era el componente número Tres de un conjunto en régimen de propiedad horizontal y en el que tenía asignada una cuota del 32,96 %, procediendo a continuación los compradores a agrupar ambas fincas, al ser colindantes y constituir un cuerpo de bienes unidos y dependientes entre sí, «con arreglo a lo dispuesto en el artículo 8, apartado 2.º de la Ley Hipotecaria y doctrina de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de mayo de 1983 ... por constituir una unidad arquitectónica, económica y jurídica de explotación y destino, en la forma siguiente: Urbana. Nave compuesta de planta baja, señalada con el número 4 en la calle Vapor de Martorell, asentada sobre parte de la parcela que es parte de la señalada con los números 44-B y 45 del plano parcelario del Plan Parcial del Polígono Industrial denominado «La Torre». Tiene una superficie cons-

truida de 875 metros cuadrados, de los que 437,50 metros cuadrados corresponden a la Nave industrial «C» del edificio señalado con el número 7 de la calle Industria, o entidad señalada con el número tres en régimen de propiedad horizontal de dicho edificio, y los restantes 350,50 metros cuadrados corresponden al edificio señalado con el número 4 de la calle Vapor, con un patio delantero de 87 metros cuadrados. Linda: .....». En los estatutos del régimen de propiedad horizontal de la finca de que forma parte la registral 13.369 consta: « Los propietarios actuales o futuros de cualquiera de las propiedades que integran el inmueble quedan desde ahora expresamente facultados para, por si solos, sin necesidad del consentimiento de los restantes copropietarios o Junta de Propietarios del inmueble, en su caso, dividir, segregar, agregar o agrupar, en sentido vertical u horizontal, incluso con fincas colindantes del inmueble, la entidad, formando varias de una sola o a la inversa, haciendo al efecto y a su cargo las obras pertinentes siempre que no afecten a la seguridad o estructura del total inmueble y no contravengan las ordenanzas municipales.»

Presentada copia de dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Martorell se denegó su inscripción por ser un supuesto de hecho distinto al contemplado en la Resolución invocada en el título.

En acta de presencia autorizada por el mismo Notario el 23 de septiembre de 1997 se hizo constar la existencia de una nave que constituía una sola unidad arquitectónica de explotación y destino, con una sola entrada y un solo contador para agua y otro para electricidad. Y por escritura que también autorizó el mismo Notario el 5 de enero de 1998, los propietarios de las otras dos entidades, sendas naves industriales, que junto con la agrupada integraban el conjunto sujeto a régimen de propiedad horizontal, consintieron y solicitaron expresamente al Registrador de la Propiedad la inscripción de la escritura de agrupación aceptando, consiguientemente, la apertura de nuevo folio para la finca resultante de la agrupación de referencia, sin perjuicio de que, junto al nuevo folio de la finca resultante de la agrupación se mantuviese el folio correspondiente a la registral 13.369 a los efectos oportunos.

#### II

Presentados de nuevo en el Registro todos los referidos documentos, el primero fue calificado de nuevo con la siguiente nota: «Presentadas de nuevo las escrituras de declaración de obra nueva, compraventa y agrupación (n.º de protocolo 1.532) y de préstamo hipotecario (n.º 1.533), autorizadas ambas por el Notario don José Antonio Buitrón Crespo el 6/5/1997, acompañadas de acta y escritura de consentimiento autorizadas por el mismo Notario el 23/9/1997 y 5/1/1998, se deniega su inscripción por los siguientes motivos: 1.º El supuesto de hecho de la Resolución de la Dirección General de los Registros de 27/5/1983, que se invoca en la primera escritura citada se refiere a la agrupación de cinco locales que forman un único garaje, se constituye una comunidad sobre la finca agrupada y como se dice en el 8.º Considerando de dicha Resolución la nueva finca creada es independiente de los edificios ya existentes divididos en propiedad horizontal y el objeto de tráfico jurídico son las cuotas indivisas que dan derecho a utilizar las plazas de garaje. En el caso de las escrituras presentadas no solo no existe comunidad sobre la finca agrupada, sino que tampoco la finca creada es independiente del conjunto de naves dividido en propiedad horizontal y si se procediera a la agrupación en la forma solicitada abriendo folio nuevo a la agrupada y dejando subsistente el de la entidad n.º 3 de la propiedad horizontal habría confusión en cuanto al objeto de tráfico jurídico que, por un lado, podría serlo la finca agrupada y, por otro, la entidad n.º 3 al no quedar el folio cerrado; en cambio, en el supuesto de la Resolución tal objeto siempre eran las cuotas indivisas del garaje aunque se dejaran abiertos los folios de los locales que se agrupaban. Otra diferencia se encuentra en que, en nuestro caso, se quieren agrupar fincas del mismo propietario pero con distinto régimen jurídico, una de ellas sujeta al régimen legal y estatutario de propiedad horizontal y otra no. 2.º Por ello se indicaba en la anterior nota de calificación que debían cumplirse los requisitos de modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal (artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal) sin que se estime suficiente la escritura en que prestan consentimiento los propietarios de la propiedad horizontal a la agrupación en la forma realizada pues no se hace constar el acuerdo en el Libro de Actas de la Comunidad ni se modifica el título constitutivo (descripción de elementos privativos y comunes, mantenimiento de cuotas o modificación dado el aumento de superficie, n.º de entidades, etc.) ni hay voluntad de modificarlo. Tampoco se considera aplicable la norma comunitaria que permite agrupar con fincas de edificios colindantes sin aprobar la Junta pues la pared o línea divisoria es elemento común de la propiedad horizontal y cualquier alteración en ella precisa aprobación de aquella (artículo 11 de la Ley reguladora). 3.º No es suficiente la unidad