

II. Resoluciones de la Dirección General

POR ALFONSO PRESA DE LA CUESTA,
JUAN PABLO RUANO BORRELLA
y JOAQUÍN RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ

ES NECESARIO EL NOMBRAMIENTO DE DEFENSOR JUDICIAL PARA LA DISOLUCION DE CONDOMINIO EN LA QUE LOS MENORES SE ENCUENTRAN REPRESENTADOS POR SU MADRE USUFRUCTUARIA DE LA CUOTA QUE A AQUELLOS PERTENECE EN NUDA PROPIEDAD, JUNTO CON OTROS CONDUEÑOS EN PLENO DOMINIO.—SI EL PRECIO FIGURA APLAZADO EN LA ESCRITURA, NO SE PUEDE PRETENDER QUE APAREZCA COMO PAGADO EN LA INSCRIPCION (RESOLUCIÓN DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1986. «BOE» DE 17 DE DICIEMBRE.)

I. *Hechos.*—1. El día 4 de mayo de 1981, mediante escritura autorizada por el Notario don Roberto Blanquer Uberos, se procedió a disolver el condominio afectante a tres fincas rústicas que habían sido adjudicadas en *pro indiviso* y por quintas partes iguales a cinco hermanos en operaciones de testamentaria y que al fallecer uno de los cinco hermanos se adjudicó su participación en dichas tres fincas en nuda propiedad a sus tres hijos menores y en usufructo a su viuda, siendo la extensión superficial total de las tres fincas rústicas de 407 hectáreas, 33 áreas y 14 centiáreas, a las que se les asigna un valor total de 6.000.000 de pesetas.

2. Al otorgamiento de la escritura de disolución de condominio concurrieron los cuatro hermanos vivos y la viuda del fallecido, que intervino en propio nombre y en nombre de sus tres hijos menores de edad, precisándose en dicha escritura, según exposición de los cinco otorgantes, que las tres fincas constituían una unidad de explotación «por las características del terreno y por las necesidades de maquinaria y material para su explotación, que requiere capital circulante adecuado», y que dicha unidad de explotación formaba un todo indivisible, ya que la división haría desmerecer visiblemente su valor, tanto en uso como en cambio. Así pues, manifestaron su propósito de proceder a la disolución del condominio y a que su propiedad pleno y exclusiva quede en uno de los condóminos, mediante abono compensatorio a los demás.

3. La disolución del condominio se llevó a efecto por el procedimiento

convencional y según los pactos dispositivos consignados en la escritura: 1.º y 2.º Se adjudicó a uno de los condueños el pleno y exclusivo dominio de las tres fincas a calidad de abonar a los restantes el exceso de dinero, según cuantía fijada y determinada. 3.º Dicho abono compensatorio se llevará a efecto en determinado número de anualidades; y 4.º Los otorgantes acreedores del abono compensatorio atribuyeron al pacto dispositivo «tercero» carácter meramente civil y obligatorio entre las partes y consintieron formalmente a los efectos de publicidad registral y de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley Hipotecaria «que en el asiento procedente se exprese el pago del precio como hecho, sin reflejar la cláusula tercera, sino solamente la presente», aceptándose por el adjudicatario este consentimiento formal.

4. Presentada la primera copia de la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Mérida, fue calificada con la siguiente nota: «Presentado el precedente documento a las doce horas del día 5 de los corrientes, asiento 1.407, folio 144, del Diario 123, y examinado, se deniega su inscripción, por los siguientes defectos: 1. No procede aplicar el artículo 1.062 del Código Civil, debido: a) a la importancia económica de las tres fincas, que las hace divisibles; b) que en realidad están ya divididas, constituyendo fincas registrales independientes; c) que existiendo menores no se puede realizar la partición como se tenga por conveniente, sino aplicar el artículo 1.061 del Código Civil. 2. No procede reflejar en la inscripción el precio como pagado cuando de la escritura (cláusulas primera, tercera y cuarta) resulta que está aplazado, dado el carácter imperativo del artículo 10 de la Ley Hipotecaria. Siendo insubsanables ambos defectos, no procede tomar anotación preventiva.—Mérida, 20 de octubre de 1983.—El Registrador.—Firma ilegible.»

5. El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo, a efectos meramente doctrinales, y alegó: Los otorgantes han atribuido a las tres fincas trato de «unidad de explotación agrícola», y resulta injustificado que frente a una valoración de la realidad formulada por los otorgantes se emplee en la calificación el concepto más simple y material de finca, y que frente a la valoración jurídica y económica de que la división material haría desmerecer el valor de la unidad de explotación se opone el criterio formal del concepto registral de finca de que las fincas son divisibles por su importancia económica. Que el Registrador calificador no puede sustituir con sus criterios personales los de los otorgantes, salvo que éstos sean contrarios a Derecho, y nadie en Derecho prohíbe que se forme una Empresa agrícola sobre la realidad física y acotada de diversas fincas, sean continuas o discontinuas, estando prevista la operación de agrupación o inscripción bajo un folio, como una finca, de varias fincas rústicas, incluso discontinuas, en el artículo 44, números segundo y tercero, del Reglamento Hipotecario; por tanto, si dicho texto legal prevé la hipótesis de que varias fincas registrales, incluso discontinuas, se integren en una misma explotación, es contrario a Derecho que se argumente que las fincas tratadas como unidad de explotación constituyen fincas registrales independientes, siendo indiferente que la unidad de explotación se invoque a efectos de agrupación registral o a otros efectos. Que la afirmación que las tres fincas forman una unidad de explotación no era necesaria para cesar en el *pro indiviso*, que podría

haberse hecho separadamente, adjudicando cada una de las tres fincas al mismo condueño en calidad de abonar el exceso, se afirmó porque era cierto y porque era la causa y motivo de que se procediese de modo unitario. Que la disolución del condominio no se va realizar por árbitros o amigables componedores, sino por los propios interesados y las normas del Código Civil sobre la forma de proceder a la disolución del condominio, a la partición de la cosa común o de la herencia tiene diverso vigor normativo respecto a la actividad particional según quien la realiza; por ello, no se trata de escoger entre los artículos 1.061 y 1.062 del Código Civil, sino de medir la amplitud de las facultades representativas de la madre viuda en la partición en la que está interesado el hijo menor sujeto a patria potestad. Que los artículos 392, 400, 402, 404, 406, 1.058, 1.061, 1.062 y 1.255 del Código Civil no imponen ninguna restricción a la partición que otorgan los interesados, ni vinculan ni limitan la autonomía de la voluntad de los mismos que convienen entre sí la partición. Que conforme a las disposiciones transitorias de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, y la disposición transitoria segunda del Código Civil, para calificar la escritura autorizada el día 4 de mayo de 1981, procede aplicar la legislación vigente dicho día; así pues, según los artículos 159, 160, 162 y 163 del Código Civil (vigentes hasta junio de 1981), la madre viuda, que ejerce la patria potestad, tiene la condición de administradora legal de los bienes de los hijos menores que están bajo su potestad, con plenitud de facultades de gestión y representación, salvo los límites establecidos en la Ley, entre los que se encuentran el artículo 164 del Código Civil (vigente hasta junio de 1981), que debe considerarse de interpretación estricta, siendo cuestionable su aplicación a las enajenaciones indirectas; pero de lo que se trata es de analizar su posible colisión con el artículo 1.060 del Código Civil (vigente hasta junio de 1981), que es aplicable a la disolución del condominio conforme el artículo 406 del Código Civil; de los artículos 402 y 404 del mismo texto legal resulta que uno de los tipos de partición es la adjudicación del bien común a uno de los condueños en pleno y exclusivo dominio, a calidad de abonar el exceso de adjudicación en metálico a los demás, y a esta modalidad de convenio particional se le puede considerar como una enajenación indirecta, que es cuando el artículo 1.060 del Código Civil tiene sentido y alcance y excluye toda posibilidad de aplicación extensiva del artículo 164 del mismo Cuerpo legal, y, en virtud de ello, la madre viuda que represente al hijo menor, bajo su patria potestad, le representa con plenitud de facultades, sin precisar aprobación ni intervención judicial; esta interpretación está confirmada por la doctrina de las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1930 y las Resoluciones de 6 de septiembre de 1897, 7 de junio de 1915 y 25 de abril de 1924, y, asimismo, está recogida en los artículos 1.060 y 166 del Código Civil, según texto introducido por Ley 11/1981, hoy vigente. Que parece ser razonable que los otorgantes de la escritura de disolución del condominio puedan ejercitar, antes de la presentación e inscripción del título en el Registro, el derecho reconocido en los artículos 82 de la Ley Hipotecaria y 434 de su Reglamento y en el mismo acto de configuración jurídica separan los aspectos meramente obligacionales, sin trascendencia respecto a terceros, solicitando su no inscripción, de los aspectos reales, trascendentes respecto a terceros, solicitando

sin embargo su inscripción, para hacer constar que en el ámbito de la publicidad registral el precio se tenga por pagado. Que de reflejarse en la inscripción el aplazamiento del pago, en virtud de lo establecido en los artículos 10 y 11 de la Ley Hipotecaria, comparándolos con los artículos 32 y 34 de la misma, se consignaría en el asiento registral un dato del título a cuya mención la publicidad registral no atribuye efectos sustantivos, y asimismo sería una excepción el principio de «no inscripción» de las obligaciones o de los derechos personales, establecido en los artículos 1.º, 2.º, 18 y 32 de la Ley Hipotecaria y 7.º y 9.º de su Reglamento, pues tal expresión podría ser gravemente perjudicial para el crédito del titular registral, ya que en la práctica no se aplica la norma del artículo 355 del Reglamento Hipotecario y, aun observando tal norma, se produciría igual perjuicio al examinar el público los libros por exhibición de los mismos.

6. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota calificadora, alegó: Que en el Registro se presentó posteriormente otra escritura otorgada por el Notario recurrente, de fecha 24 de marzo de 1983, por la que se hipotecan las tres fincas, que han sido adjudicadas a un solo condueño, dándoles a las mismas un valor total de 26.100.000 pesetas. Que no procede la aplicación del artículo 1.062 del Código Civil, al ser las fincas divisibles por la importancia económica de las mismas, tanto por su extensión superficial como por su valor en el Registro. Que son criterios distintos el de explotación ideal (art. 1.056 CC) y el de finca indivisible (art. 1.062 del CC); esta indivisibilidad necesariamente tiene que ser determinada con un criterio objetivo derivado de la naturaleza de la cosa a dividir, ya que son distintos los términos empleados en el artículo 1.056, aplicable sólo a las particiones realizadas por el testador, de los del artículo 1.062, aplicable a todas las particiones en general, y, en este caso, sólo se considerará acto particional cuando se trate de adjudicación de bienes indivisibles o que desmerezcan mucho por su división, criterio que está recogido en las Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1964 y de 28 de noviembre de 1957 y en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de diciembre de 1964 y de 6 de abril de 1962; por otro lado, la indivisibilidad económica ha de ser acreditada plenamente para que el acto particional pueda inscribirse; considerándose por tanto, que la calificación del acto, como particional o como de enajenación, es indispensable para determinar los requisitos de capacidad y de representación precisos en los sujetos que han de realizarlo. Que no puede dejarse a la madre, como representación legal de los menores, la decisión única e inapelable de calificar las fincas como indivisibles, ya que de este modo nunca sería necesaria la autorización judicial de venta de bienes de menores cuando estén en condominio con mayores de edad. Que el Registro de la Propiedad es voluntario, pero el sistema de registración no se deja al arbitrio de las partes, sino que se rige por normas imperativas que el Registrador tiene que cumplir, siendo una de ellas el precio excesivo en dinero aplazado, que hay que hacer constar, siempre en virtud del artículo 10 de la Ley Hipotecaria, publicándose una circunstancia que pertenece a la entraña del acto registral, no pudiéndose excluir estos datos porque lo soliciten los interesados en la escritura, y así lo

ratifica la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de enero de 1933.

7. El Presidente de la Audiencia Territorial de Cáceres dictó auto en el que mantuvo el contenido de la nota del Registrador, por razones análogas a las señaladas por este funcionario, poniendo de relieve, como defecto complementario, que la escritura no indica concretamente la participación que en el precio tienen la usufructuaria y los menores nudo propietarios.

8. El Notario recurrente apeló el auto presidencial ante este Centro directivo, reiterando lo alegado en el escrito de interposición del recurso gubernativo, e hizo especial mención en los artículos 400, 401, 402, 2.º; 404 y 406 del Código Civil, y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de febrero de 1943, en cuanto a la división de la cosa común; a los artículos 1.058 y 1.059 del mismo Código, en lo referente a la disolución del condominio, y en cuanto al aplazamiento de pago considera que no existe contrasentido entre la cláusula tercera, aplazamiento, y la cuarta, delimitación del aplazamiento al terreno civil para que en el terreno hipotecario conste el pago, ya que se trata de evitar la ambigüedad y el contrasentido de las sucesivas reglas y excepciones resultantes de los artículos 36 y 37 de la Ley Hipotecaria, excepción primera (contradictoria con los arts. 1.95 y 1.298 CC); artículos 10, 11, inciso primero, de la misma Ley, y artículo 355 del Reglamento Hipotecario, y que el acreedor civil por causa de un título inscrito, cuyo crédito es meramente civil, no adquiere mejor derecho por la constancia de su crédito en el Registro, pudiendo renunciar a dicha constancia; y, por último, indicó que debe tenerse por no puesta en el auto la referencia a un defecto complementario, máxime cuando en el dispositivo primero de la escritura calificada se especifica la participación de cada menor como nudo propietario y de la madre como usufructuaria en el abono compensatorio.

La Dirección General ha acordado **DESESTIMAR EL RECURSO** y confirmar el auto apelado en virtud de los siguientes

II. Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 163, 467, 487, 490, 492, 503, 507, 519, 608, 1.059 a 1.062, 1.124, 1.295 y 1.298 del Código Civil; artículos 10, 11, 18, 82 y 98 de la Ley Hipotecaria; artículos 51, 58, 353, 3.º, y 434 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1930, 28 de noviembre de 1957, 5 de diciembre de 1959, 31 de enero de 1964, 30 de noviembre de 1974 y 13 de julio de 1981, y las Resoluciones de 6 de septiembre de 1897, 9 de octubre de 1901, 24 de junio de 1902, 30 de septiembre de 1905, 7 de junio de 1915, 25 de abril de 1924, 22 de febrero de 1943, 6 de abril de 1962 y 2 de diciembre de 1964.

1. Respecto al primero de los defectos de la nota recurrida deben analizarse algunas aclaraciones previas que permitan entrar al problema subyacente: a) Efectivamente, como bien afirma el Notario recurrente, la admisibilidad o no de la consideración unitaria como explotación agrícola de las tres fincas relacionadas en el documento calificado carece de relevancia para la resolución final, toda vez que el mismo debate jurídico

se suscitaría si la adjudicación a uno solo de los condueños, con abono a los demás de su importe en metálico, se hubiese realizado separadamente respecto de cada una de aquéllas. b) Que bajo el asiento del Diario inmediatamente posterior al que motiva el presente recurso se presenta escritura de constitución de hipoteca otorgada antes de que hayan transcurrido dos años desde la escritura de «disolución de condominio», en la que las fincas cuestionadas reciben una tasación, a efectos de subasta, cuatro veces superior a la estimada a efectos particionales. c) Que aun cuando queda al margen del presente recurso, dada su necesaria concreción a las cuestiones relacionadas con la calificación registral (art. 117 RH), no puede pasar inadvertido que la escritura debatida envuelve un claro supuesto de autocontratación que trasgrede los límites de su permisividad, toda vez que el usufructo de cosas poseídas en común, como representante legal de los nudos propietarios, no sólo realiza la división de aquéllas concretando su usufructo a la parte que se adjudica a éstos (artículos 490 y 507 CC), sino que además cobra el crédito sobre el cual pasa a recaer el usufructo (art. 507) y liquida en ambos conceptos la situación de concurrencia de titularidades diversas sobre el crédito cobrado, con violación de lo dispuesto en el artículo 163 (anterior 165 CC) y 507 del Código Civil. Ciertamente que tal cobro y liquidación, por recaer sobre dinero, escapa a las facultades calificatorias registrales, y que además puede considerarse como una cuestión posterior y desligable de la división de la comunidad propiamente dicha; sin embargo, la unidad comercial del supuesto examinado exige su toma en consideración, por cuanto apreciada conjuntamente con las demás particularidades del mismo determinará una diferente valoración jurídica de lo realizado.

2. Dicho lo anterior, debe pasar a examinarse el primer defecto señalado en la nota de calificación, esto es, si se precisa autorización judicial para la validez de una división de cosa común en la que ésta se adjudica íntegramente a uno de los copropietarios a calidad de abonar a los demás su parte en metálico, cuando entre éstos hay algunos menores de edad que fueron representados por su madre viuda, quien a su vez ostentaba el usufructo de la cuota correspondiente a sus representados.

3. Es doctrina reiterada de esta Dirección General, resultante de los artículos 1.059 a 1.062 del Código Civil, la de que en las particiones debe salvarse, siendo posible, la homogeneidad de los lotes, y que sólo en los casos de indivisibilidad o «grave desmerecimiento» puede excepcionarse aquella regla, sin que por ello se altere la naturaleza del acto, que seguirá siendo particional; mas cuando la heterogeneidad de los lotes no obedezca a las razones objetivas apuntadas, sino a la libre voluntad del o de los otorgantes, la naturaleza dispositiva trascenderá al acto, con las consiguientes repercusiones en el régimen jurídico aplicable, y en especial, y por lo que al supuesto debatido se refiere, en materia de capacidad y representación.

4. Nos encontramos, pues, ante una cuestión de identificación del tipo negocial efectivamente celebrado, y en este sentido la labor del Registrador no puede detenerse en una admisión automática de la calificación del mismo formulada por los otorgantes o por el funcionario autorizante, sino que deberá comprobar su correspondencia con los elementos del supuesto de hecho recogido en la escritura, y en caso negativo deberá

desestimar la inscripción del negocio tal como fue configurado. Ahora bien, cuando esta labor de comprobación está supeditada, como en el caso concreto, no a la apreciación de la existencia de los elementos exigidos por el tipo negocial declarado, sino a la valoración concreta de alguno de ellos, como tal valoración viene determinada por factores ajenos al título calificado, y presupone un juicio de hecho, de conveniencia u oportunidad, es evidente que escapa a la calificación registral, que deberá limitarse a aceptar el *nomen iuris* negocial declarado, y observar el efectivo cumplimiento de la normativa legal que le corresponda, sin perjuicio, claro está, de la revisión judicial procedente en caso de impugnación.

5. No obstante lo expuesto, no puede darse por agotado el análisis de este primer defecto de la nota; la concurrencia sobre alguna de las cuotas de los derechos de usufructo y nuda propiedad debe ser tomada en consideración, toda vez que, como resultado de la partición verificada, se produce una alteración sustancial (cambio de cuota sobre inmueble por dinero) del objeto sobre el que confluyen aquellos derechos opuestos, de innegable repercusión sobre su esencia y contenido, y cuya verificación al margen de un proceso particional exigiría una decisión bilateral de los titulares afectados (arts. 467, 487 y 503 CC). En consecuencia, en el presente supuesto, la actuación de la madre usufructuaria, aun cuando se haga en el exclusivo concepto de representante legal de sus hijos menores nudo propietarios, está comprometiendo dos intereses que en el planteamiento legal aparecen enfrentados: el suyo propio y de sus representados. Frente a esta consideración no cabrá oponer la abstracta argumentación de coincidencia de los intereses del usufructuario y nudo propietario de cuota en la disolución de la cosa común, en el sentido de que tanto más reciba éste, cuando más se beneficiará aquél, pues si ello es cierto, olvida cómo el objeto del usufructo y nuda propiedad de ser de una u otra especie puede beneficiar alternativamente a uno de los titulares sin perjuicio del otro (piénsese en que la conversión del inmueble usufructuado en dinero, y la puesta de éste a interés —arts. 507, 2.º, y 492 CC— puede posibilitar, dado el proceso inflacionista actual, la derivación en favor del usufructuario del mismo capital usufructuario, al recibir el tratamiento de rédito lo que no es sino cobertura frente a la depreciación monetaria). Si a ello se añade la discrepancia antes apuntada entre las valoraciones asignadas a las fincas adjudicadas y la concurrencia de un claro autocontrato transgresor de los límites legales, debe concluirse la necesidad de nombramiento de un defensor judicial que represente a los menores nudo propietarios en el acto particional (art. 163 CC).

6. El segundo defecto advertido en la nota de calificación plantea la cuestión de si cabe hacer constar en el Registro, por acuerdo de los interesados, que ya está hecho el pago del abono compensatorio, a pesar de que el mismo queda, según la escritura, aplazado por seis anualidades.

7. Los argumentos aducidos por el Notario recurrente para defender la posibilidad de que conste en el Registro que el precio se ha pagado, a pesar de que en cláusula de la escritura se indica su aplazamiento no pueden ser admitidos: 1.º El artículo 434 del Reglamento Hipotecario no confiere a los interesados lo que el recurrente denomina un «derecho de configuración jurídica», sino una simple facultad de manifestar o no

su conformidad con el despacho parcial del documento propuesto por el Registrador. 2.º El artículo 10 de la Ley Hipotecaria ordena reflejar en la inscripción «por lo que resulta del título» la forma en que se haya hecho o convenido el pago cuando en el negocio celebrado intervino precio o abono compensatorio; de modo que no queda al arbitrio de los particulares el estipular la consignación registral de un modo de pago distinto del efectivamente convenido, ni so pretexto de la limitación del alcance de la expresión del aplazamiento no garantizado especialmente, en virtud de los artículos 1.124, 1.295 y 1.298 del Código Civil y 11 de la Ley Hipotecaria; así lo confirman el carácter indisponible de la normativa reguladora de la forma, requisitos y efectos de los asientos registrales (art. 608 del CC), así como el valor y alcance de la calificación registral, que no puede desconocer ninguno de los elementos integrantes del negocio tal como aparece configurado en la escritura presentada (art. 18 LH). 3.º La indicación en el Registro de la forma de pago del precio no puede confundirse con las menciones (rigurosamente rechazadas por los arts. 98 LH y 51, sexta y séptima, del Reglamento), sino que se trata de una circunstancia exigida por el artículo 10 de la Ley Hipotecaria, exigencia legal —que ahora el intérprete no puede enjuiciar, sino acatar— para concretar, con más exactitud, el negocio causal a que obedece la adquisición. 4.º La inapelación del artículo 353, 3, del Reglamento Hipotecario a las indicaciones de formas de pago no aseguradas con carácter real se desprende de nuestra legislación hipotecaria (cfr. art. 58 RH), y no deriva de una «práctica» o «conducta» de los Registradores que sea perjudicial para los titulares registrales, como afirma el recurrente. 5.º El consentimiento para la cancelación, a que se refiere el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, no puede confundirse con el consentimiento a que se consigne en el Registro un dato distinto del que se desprende del negocio celebrado. 6.º Los interesados no pueden someter a la calificación del Registrador aquellas partes de los negocios que tengan por conveniente, impidiéndole examinar las cláusulas que decidan. Es después de la calificación registral, y cuando la impugnación o denegación afecte solamente a algún pacto o estipulación o a alguna de las fincas o derechos comprendidos en el título, cuando se permite —por aplicación del principio de voluntariedad de la inscripción— que los interesados decidan la registración total o parcial, pero sin que en ningún caso puedan limitar el ámbito de la calificación registral respecto de un determinado negocio.

III. COMENTARIO.—Aunque a primera vista sean tres las cuestiones objeto de debate en este recurso, en realidad resultan ser no menos de cinco; a saber:

- * La de si estamos en presencia de una sola finca de carácter discontinuo o, por el contrario, ante tres fincas ordinarias e independientes.
- * La de si la cualidad de indivisible de un inmueble, a los efectos de la disolución del condominio que sobre el mismo existe, puede ser objeto de calificación registral.
- * La de si cabe aplicar el artículo 1.060 del Código Civil cuando la disolución de la comunidad o partición de la herencia se verifica conforme a los artículos 404 y 1.062 del mismo texto legal, o, por

el contrario, aquel precepto sólo resulta viable para el supuesto contemplado en los artículos 402 y 1.061.

- * La de si es posible que en la partición o división de la cosa común, los menores nudo propietarios puedan estar representados por sus padres usufructuarios de la cuota que a aquéllos pertenece sin más requisitos, en base al artículo 1.060.
- * La de si las partes interesadas en la inscripción pueden, con fundamento en el artículo 434 del Reglamento Hipotecario, predeterminedar el contenido de la inscripción misma.

Veamos cada una de las cuestiones que hemos reseñado.

A) *La unidad o multiplicidad de fincas.*—Tanto el Notario recurrente como la Dirección General sólo se ocupan de este punto en orden a resaltar su intrascendencia respecto del fondo de asunto; así se nos dice que el hecho de que estemos en presencia de una o de tres fincas no influye en la solución final, pues al mismo resultado podría llegarse adjudicando todas las fincas a un mismo condueño a calidad de abonar a los demás su participación en metálico.

En primer lugar he de afirmar que tal razonamiento no me parece del todo admisible; de un lado, porque el Registrador debe atender al supuesto de hecho concreto y no a otro diferente, y por otro lado, porque la cuestión no resulta tan intrascendente como a primera vista pudiera parecer.

El razonamiento de que «lo que no se puede hacer de una forma se podría hacer de otra» no parece aceptable. El Registrador se encuentra ante un título que contiene entre otras cosas una exposición de los hechos que sirven de base al negocio jurídico documentado, quedando vinculado por los mismos; en ningún caso podrá hacer juegos de palabras, sino que deberá resolver si el documento tal y como se encuentra configurado resulta o no inscribible, y si no lo fuera deberá rechazar su registración. No puede, por tanto, el calificador hacer valoraciones personales en el sentido apuntado, que equivale tanto como decir... «si no pasa nada»... O es, o no es, y si no es, deberá ser objeto de suspensión o denegación, según los casos.

Como ya advertía, si partimos de lo dicho, es decir, del sometimiento a los hechos revelados en el título que son los que vinculan al Registrador, podremos ver claramente cómo este punto no resulta ni mucho menos intrascendente, sino que es motivo de suspensión del documento en cuestión.

El fundamento de Derecho de la adjudicación a uno de los condueños de las tres fincas, se centra en el artículo 401, en relación con los artículos 404 y 1.062, todos ellos del Código Civil; como dichos preceptos contemplan el supuesto de finca naturalmente indivisible o que desmerezca enormemente por su división, se nos dice que las tres fincas registrales constituyen una unidad de explotación, es decir, una finca discontinua cuya registración admite el artículo 8.º de la Ley Hipotecaria. En conclusión, la indivisibilidad deriva de la finca única que forman las tres registrales. Sobre esta base, dígase cómo podrá el Registrador hacer constar el fundamento de derecho que sostiene la disolución de la comunidad

sin incurrir en una anomalía registral, tal como es la mención de la existencia de una finca oficialmente inexistente. El calificador, para justificar en la inscripción la adjudicación de la finca se vería obligado a hacer referencia a esa indivisibilidad procedente de la finca única, y ello supondría relacionar en el asiento un derecho susceptible de inscripción separada y especial, es decir, la constancia de una mención prohibida en nuestra legislación hipotecaria. Así pues, para que ello hubiera sido posible debió haber precedido la previa agrupación de las tres fincas registrales en orden a formar la única discontinua, y entonces sí: como ésta resulta indivisible, se adjudicaría a uno de los condueños a calidad de abonar a los otros su participación en metálico.

Ahora bien, ¿con qué se encuentra el calificador?, pues con tres fincas de una superficie nada despreciable que registral y documentalmente resultan divisibles, por cuanto su indivisibilidad se funda en el hecho de que las mismas forman una sola, la cual carece de constancia registral. Sobre esta base, al Registrador no le queda otro remedio que suspender el título en tanto no se produzca la previa agrupación. Todo ello sin entrar en el posible fraude fiscal que supondría la actuación pretendida por el recurrente.

B) *La cualidad de finca indivisible.*—La segunda cuestión que se plantea en este recurso es la de si el Registrador puede apreciar el carácter indivisible de la finca. Tanto el recurrente como la Dirección General sostienen que ello no es materia de calificación; también es esta mi opinión, pero creo que es preciso puntualizar algo más.

Debe tenerse en cuenta, que la indivisibilidad de una finca puede proceder de su naturaleza o, como en este caso, del hecho de que desmerezca mucho por su división o se haga inservible para el uso a que se le destina. Cuando la indivisión proviene de un hecho subjetivo (desmerecimiento del valor) o cuasi subjetivo (inutilidad para el uso al que servía), es claro que el calificador no podrá entrar en tal cuestión; pero ¿qué ocurre cuando la indivisibilidad proviene de la propia naturaleza del inmueble? En este supuesto la respuesta no es ya tan clara. En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que, como reiteradamente tiene sentado el Tribunal Supremo, la cualidad de indivisible ha de tener un origen natural y no legal, es decir, se ha de tratar de una indivisibilidad de hecho y no de derecho; en este sentido la situación es objetivamente valorable. Si en un documento se adjudicara una finca a uno solo de los condueños alegando que aquella resulta indivisible conforme a la legislación agraria, tal título deberá ser rechazado siguiendo la doctrina jurisprudencial. Los condueños podrían dividir la finca incurriendo en las sanciones legales, o bien proceder a la enajenación de las cuotas a uno de los cotitulares, o incluso enajenar la finca en su totalidad a un tercero, pero lo que no podrían hacer sería utilizar la vía de los artículos 401, 404 y 1.062 del Código Civil. En este supuesto, creo que la calificación registral de dicha materia es perfectamente posible.

También nos podemos encontrar con locales de negocio cuya división se encuentre prevista en los estatutos de la propiedad horizontal a la que pertenece, en cuyo caso tampoco sería admisible la pretendida situación de indivisibilidad de hecho.

C) *El aspecto material de la disolución del condominio.*—Para el análisis de esta materia, lo primero que ha de tenerse presente es la norma de remisión contenida en el artículo 406 del Código Civil, «serán aplicables a la división entre los partícipes en la comunidad las reglas concernientes a la división de la herencia». Ello quiere decir que ante la ausencia de una reglamentación específica respecto de un determinado punto en sede de comunidad de bienes, resultarán de aplicación, en cuanto ello fuere posible, las normas sobre partición de herencia.

En relación con los elementos personales que pueden intervenir en la división de la cosa común, el artículo 402, párrafo primero, nos habla de condueños o árbitros o amigables componedores; debemos, por tanto, diferenciar entre unos y otros, y para ello comenzaremos por los segundos.

a) «División de cosa común realizada por árbitros o amigables componedores».—De conformidad con el párrafo segundo del artículo 402, los árbitros o amigables componedores «deberán formar partes proporcionales al derecho de cada uno (de los condueños, se entiende), evitando en cuanto sea posible los suplementos a metálico». Se pretende, pues, evitar desigualdades entre los partícipes, así como impedir que se les pueda adjudicar sin su conformidad algo diferente de la cosa sobre la que son condueños. Ahora bien, ¿qué ocurre cuando la cosa resulta ser indivisible? En tal supuesto no habría posibilidad de hacer lotes iguales, y, por tanto, el desembolso en metálico sería inevitable; ¿pueden intervenir en tal supuesto los árbitros o amigables componedores? En principio, el artículo 402 sólo les impone la obligación de evitar los suplementos a metálico «en cuanto sea posible», y no, por tanto, cuando no lo sea; por ello, a primera vista parecería factible tal posibilidad. Sin embargo, si observamos las consecuencias de la indivisión la respuesta varía; según los artículos 401, 404 y 1.062 cabrían dos posibilidades: o adjudicar la finca a uno de los condueños a calidad de abonar a los demás su participación en metálico, o proceder en otro caso a la enajenación de la finca. Estas posibilidades son atribuidas por los referidos preceptos tan sólo a los condueños, y ello es lógico, ya que la decisión de adjudicar a uno u otro condueño, o la falta de acuerdo al respecto que lleva a la consiguiente enajenación, son facultades que exceden de las de un mero arbitrio o amigable componedor, los cuales, por otro lado, no resultan ser representantes de los partícipes, y, por tanto, no podrían llevar a cabo la enajenación a tercero prevista en el párrafo segundo del artículo 1.062 y en el artículo 404.

Por otro lado, no parece que los árbitros o amigables componedores a los que se refiere el artículo 402 tengan mucho que ver con los que prevé la Ley sobre Arbitraje Privado; el Código Civil no exige para los mismos requisito especial alguno, ni establece los efectos de su decisión, que serán, por tanto, equiparables a los de la partición realizada por los condueños, con la posibilidad de rescindirla de conformidad con los artículos 1.073 y siguientes del Código Civil.

Ni que decir tiene que para que los condueños puedan designar a tales árbitros deberán reunir los requisitos previstos en el artículo 1.058, es decir, ser mayores de edad y tener la libre administración de sus bienes.

b) «División de la cosa común realizada por los condueños».—Aquí existe una casi total ausencia de normas en sede de comunidad de bienes, y por ello es obligado recurrir a las que rigen la partición hereditaria, de conformidad con la remisión general contenida en el artículo 406 del Código Civil.

Al igual que en el caso anterior, el principio general es el de igualdad de lotes; dispone a tal efecto el artículo 1.061 del Código que «en la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie».

Este principio general tiene, sin embargo, sus excepciones: unas derivan del poder de decisión de los condueños y otras de la propia naturaleza de la cosa objeto del condominio. Así pues, como señala el artículo 1.058, «si los herederos fueren mayores y tuvieren la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente». Ello quiere decir que en tales casos los condóminos podrán desvirtuar el principio general contenido en el artículo 1.061, creando lotes desiguales con suplementos en metálico, nombrar árbitros, etc... Ahora bien, ¿podrán aplicar por su voluntad el mecanismo de los artículos 401, 404 y 1.062 del Código Civil?, es decir, ¿podrán adjudicar la cosa a uno de los cotitulares a calidad de abonar a los demás el metálico correspondiente aún cuando aquélla resulte divisible? A mi modo de ver, ello no resultaría posible, pues se desvirtuaría la propia esencia de la disolución de condominio dándose tránsito a un supuesto de enajenación de todas las cuotas a uno de los condueños. Como es lógico, el principio de libertad establecido en el artículo 1.058 ha de ser interpretado dentro del contexto en el que se encuentra; la adjudicación a un condueño de cosa divisible sería un supuesto de extinción de comunidad por vía de enajenación, pero no un caso de disolución de condominio.

La otra excepción al principio general del artículo 1.061 lo constituye el supuesto de cosa esencialmente indivisible o que desmerezca enormemente por su división, esto es, los casos previstos en los artículos 404 y 1.062 del Código Civil. En tales casos caben dos posibilidades: que se adjudique la finca a uno de los condueños o que se venda la misma a un tercero.

Resulta claro que cuando la cosa es divisible y entre los comuneros hay menores se ha de guardar la igualdad en los lotes, como consagra el artículo 1.061, no siendo precisa la autorización judicial cuando aquéllos se encontraran representados por sus progenitores, por aplicación del artículo 1.060; pero ¿sucede lo mismo cuando la cosa es indivisible y, por tanto, han de aplicarse los artículos 404 y 1.062?, ¿es posible en estos casos dicha representación sin más requisitos? Para dar una respuesta se hace imprescindible analizar las consecuencias que derivan de dichos preceptos.

De los artículos 404 y 1.062 pueden deducirse las siguientes situaciones:

- 1.º Que puede ocurrir, como de hecho ocurre en el presente caso, que la finca se adjudique a persona distinta de los menores.
- 2.º Que, por el contrario, puede resultar adjudicada al propio menor.
- 3.º Que puede no llegarse a un acuerdo en cuanto a la adjudicación y, por tanto, se ha de proceder a la venta del inmueble.

Conviene, por otro lado, tener presente que los artículos 164 y siguientes del Código Civil no exigen la previa autorización, ni la posterior aprobación judicial (contrariamente a lo que sucede con el tutor, art. 271) para las divisiones de cosa común o particiones en las que los menores se encuentren representados por sus padres; lo que queda confirmado en el artículo 1.060 del mismo texto legal.—Apliquemos, pues, estas directrices a los supuestos a que antes se ha hecho referencia.

Si la finca resultara adjudicada al menor, se aprecia claramente la no necesidad de autorización judicial previa, por cuanto a lo más nos encontraríamos ante un caso de adquisición de inmuebles por persona menor, para lo cual el Código tampoco exige la reiterada autorización; si por faltar el acuerdo la finca debiera ser objeto de venta, entraríamos de lleno en el supuesto contemplado en el artículo 166 del Código, en el cual se exige que los padres obren con autorización judicial cuando procedan a enajenar bienes de sus hijos menores, y ello es así, porque en este caso nos encontramos ante una enajenación «forzada» que no difiere en su naturaleza de la «ordinaria», salvo en cuanto a su origen se refiere. (Ver nuestro trabajo «Mecánica de la extinción de condominio con cuotas gravadas», *Boletín del Colegio Nacional de Registradores* número 217, abril 1985, pág. 2253.)

El problema grave se plantea en el caso de que la finca fuera adjudicada a persona distinta del menor, es decir, en el supuesto planteado en el recurso. Técnicamente nos encontraríamos en presencia de una disolución de condominio, y no como en el caso de la enajenación «voluntaria» o «forzada» donde existiría extinción de comunidad no por vía de disolución, sino por vía de enajenación.

Para aclarar mejor el asunto intentaré explicar brevemente los conceptos a que se han hecho referencia: la extinción de comunidad se produce siempre que ésta deja de existir, pero las vías por la que esta situación puede producirse son diversas; así, la extinción puede tener lugar por destrucción de la cosa común, por su pérdida, por enajenación (voluntaria o forzada), por disolución de condominio (división de cosa común o adjudicación de la indivisible), etc... De esta forma podemos ver cómo la disolución de condominio es una especie de extinción de la comunidad, a la cual resultan aplicables los artículos de referencia.

En el caso planteado existe propiamente disolución de comunidad, y, por tanto, en principio resultaría aplicable el principio general contenido en el artículo 1.060, excluyente del requisito de la autorización judicial. Pero si esto es así desde el punto de vista teórico o técnico, no debe olvidarse el aspecto práctico que aconseja dicha autorización, por cuanto hablar de extinción de condominio y no de enajenación puede ser aceptable respecto del adjudicatario, en orden a determinar la naturaleza jurídica de la cosa adjudicada, pero no respecto del adjudicante, pues al fin y al cabo, para éste hablar de disolución de comunidad o enajenación resulta un mero juego de palabras, y, por tanto, algo irrisorio. No se ve, desde luego, la diferencia que existe entre la disolución de condominio en este caso y una enajenación de la cuota, en orden a determinar las garantías que han de concurrir al acto. Al menor le da lo mismo la naturaleza jurídica del negocio en cuestión, lo cierto es que se trate

de una disolución o de una enajenación, su cuota se ve sustituida por metálico que se supone en ambos casos equivalente.

El Centro Directivo ha optado en esta resolución por el aspecto estrictamente técnico, aplicando sin objeciones el principio general contenido en el artículo 1.060 del Código Civil a los casos previstos en los artículos 404 y 1.062 del mismo texto legal.

D) *La posible autocontratación.*—En realidad, la Dirección General apunta este defecto como corolario de la nota de calificación, en la que no se alude al mismo de una forma expresa, sino implícita, por referencia a la imposibilidad de aplicar sin más el artículo 1.060 del Código Civil.

La resolución me parece totalmente acertada en este punto, ya que, como la misma dice, se «están comprometiendo dos intereses que en el planteamiento legal aparecen enfrentados: el suyo propio (esto es, el de la madre usufructuaria) y el de sus representados (esto es, los hijos menores nudo propietarios). Como bien señala el Centro Directivo, una cosa es la determinación de una cuota abstracta sobre un derecho concreto de la misma cosa sobre la que recae aquélla y otra muy diferente la alteración o cambio del objeto del derecho abstracto; efectivamente, la sustitución de la cosa por dinero puede favorecer enormemente al usufructuario, perjudicando a su vez al nudo propietario y, por tanto, no puede decirse que los intereses de uno y otro titular sean paralelos, sino que, por el contrario, se contraponen.

Establecido en este punto el criterio de referencia que sigue la Dirección General, es de estimar que si la madre representante legal de los menores no hubiera sido usufructuaria de la cuota que a aquéllos pertenece, la nota registral hubiera sido revocada en este punto, olvidando, sin embargo, el primero de los defectos apuntados en la letra A) de este comentario, que claramente se extrae de la nota calificadora. Pero además, y dejando siempre a salvo el defecto que a continuación veremos y que confirma el Centro Directivo, se llega a la conclusión de que ante la cosa indivisible o que desmerezca mucho por su división, aun cuando ésta se adjudique a persona distinta de los menores representados legalmente, no es necesaria la autorización judicial; lo cual sinceramente me parece una gran quiebra en el sistema de garantías que amparan el patrimonio de los menores, sobre todo teniendo en cuenta que la administración de los bienes de los mismos corresponden a dichos representantes legales.

E) *La delimitación del contenido de la inscripción.*—El recurrente pretende que en el Registro conste el abono compensatorio como recibido, aun cuando según el documento resulte aplazado. Desde luego este punto no merece casi comentario; la pretensión del Notario autorizante no nos parece lógica. Mucho podría decirse, como hace la Dirección General, en contra de ella desde el punto de vista estrictamente técnico; aquí basta decir que, en primer lugar, el pago del precio y la forma en que se estipula forma parte del negocio jurídico, y de ahí lo dispuesto en los artículos 10 y 11 de la Ley Hipotecaria; en segundo lugar, el contenido de la inscripción no puede quedar al arbitrio de las partes, entre otras cosas porque la registración no es algo que a ellas sólo interese, sino

que, por el contrario, la legislación hipotecaria es por esencia una legislación de terceros; y, por último, porque del contenido del artículo 434 del Reglamento Hipotecario se llega a la conclusión de que la propuesta de no inscripción no proviene en ningún caso de los interesados, sino del Registrador, ya que aquéllos se limitan a «prestar su conformidad» con el rechazo que aquél determina, o a «desistir» de la registración en relación a los pactos que aquél especifica; de esta manera puede observarse claramente cómo la intervención de los interesados es posterior a la del Registrador, y se limita a la materia por éste señalada, evitando así la nota de calificación por escrito.

ALFONSO PRESA DE LA CUESTA

NO CONSTANDO QUE DE LA DEUDA HAYAN DE RESPONDER LOS BIENES GANANCIALES, RIGE EL PRINCIPIO ESTABLECIDO EN EL ARTICULO 1.373 DEL CODIGO CIVIL: «CADA CONYUGE RESPONDE CON SU PATRIMONIO PERSONAL DE LAS DEUDAS PROPIAS», POR LO QUE NO ES POSIBLE, UNA VEZ DISUELTA LA SOCIEDAD DE GANANCIALES, EL EMBARGO DE UN BIEN GANANCIAL CONCRETO POR DEUDAS CUYA GANANCIALIDAD NO HA SIDO PROBADA (RESOLUCIÓN DE 16 DE FEBRERO DE 1987. «BOE» DE 26 DE FEBRERO DE 1987).

I. *Supuesto de hecho.*—1. El Procurador de los Tribunales don Mariano Torija Rodríguez, en representación de «Auxiliar de Redes Eléctricas, Sociedad Anónima», formuló demanda y promovió autos en juicio declarativo ordinario de mayor cuantía, contra la Entidad «Montajes Cimar, Sociedad Anónima», y don Victoriano Lorenzo Arellano, ejercitándose al efecto la pretensión de que se condenara solidariamente a dichos demandados a pagar a la expresada Sociedad actora el importe de las letras de cambio que se reclamaban, de que era aceptante la Sociedad demandada y avalista don Victoriano Lorenzo Arellano, más la cantidad a que ascendían los gastos del protesto y devolución de las mencionadas letras de cambio, más los intereses legales de aquellas sumas principales, desde la fecha de los respectivos protestos.

El día 20 de abril de 1985 se dictó sentencia por el Juez de Primera Instancia de Torrijos, en cuya virtud condenó a los citados demandados al pago de las cantidades anteriormente expresadas por los conceptos reclamados. Instada la ejecución de la citada sentencia, mediante escrito del Procurador de la Sociedad demandante, de fecha 3 de marzo de 1986, se interesó se practicara anotación preventiva en el Registro de la Propiedad de los embargos causados sobre los inmuebles que se descubrían, librándose al efecto, con fecha 18 de marzo de 1986, el correspondiente mandamiento por duplicado del señor Registrador de la Propiedad de Torrijos para que practicara la anotación preventiva de embargo sobre las fincas que en el mismo se relacionan.

2. Presentado el citado mandamiento judicial en el Registro de la Propiedad de Torrijos, fue calificado con la siguiente nota: