

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

2142 *Resolución de 29 de enero de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Granada n.º 6, por su negativa a inscribir una escritura de disolución de condominio, con adjudicación de una finca a favor de un comunero.*

En el recurso interpuesto por el notario de Atarfe, don Antonio Juan García Amezcua, contra la calificación del registrador de la Propiedad de Granada número 6, don Jesús Camy Escobar, por su negativa a inscribir una escritura de disolución de condominio, con adjudicación de una finca a favor de un comunero.

Hechos

I

El veinticuatro de septiembre de dos mil doce ante el notario de Atarfe, don Antonio-Juan García Amezcua se otorgó una escritura de extinción de comunidad en la que una finca era adjudicada a uno de los comuneros que indemnizaba a los demás, en la forma convenida, para compensar el exceso de adjudicación. La cuota indivisa originaria del adjudicatario fue adquirida por el mismo con carácter privativo al estar al tiempo de dicha adquisición divorciado, si bien al tiempo de la extinción de la comunidad se encuentra casado en régimen de gananciales.

II

Presentada la escritura para su inscripción es calificada negativamente por el registrador de la Propiedad del Registro número 6 de Granada don Jesús Camy Escobar el catorce de octubre del año 2012. Siendo el texto de su calificación el siguiente: «Hechos I Presentada telemáticamente el día 24/09/2012, bajo el asiento número 1016 del Diario 113, para su calificación e inscripción, la escritura otorgada el 24/09/2012, ante el Notario de Granada Antonio Juan García Amezcua, con el número 1290/2012 de protocolo, en la que M. A. M. y los cónyuges J. A. F. y D. M. M. extinguen el proindiviso existente entre ellos sobre la finca 11192 de Churriana de la Vega, de la que M. A. M. es titular de una tercera parte indivisa y los citados cónyuges de las dos terceras partes restantes, adjudicando la finca al señor M. A. M., que actualmente está casado en régimen de gananciales con S. G. S. El señor M. A. M. lleva un exceso de ciento siete mil trescientos ochenta euros que compensa a los cónyuges J. A. F. y D. M. M., el que suscribe emite con esta fecha calificación negativa del documento en base a las consideraciones jurídicas que resultan de los siguientes fundamentos de derecho. Fundamentos de Derecho I De acuerdo con el artículo 9.2 de Ley Hipotecaria y el artículo 51,5 a 8 del Reglamento Hipotecario, es necesario en aras al principio de determinación hipotecaria especificar el negocio o acto jurídico llevado por las partes de forma precisa y en este caso se observa que la finca se adjudica en su totalidad a M. A. M. por título de extinción de proindiviso, compensando económicamente al otro comunero, los cónyuges J. A. F. y D. M. M., al alegarse el carácter indivisible de la finca. Sería por tanto necesario establecer el carácter con el que se adjudica dicho exceso concretado en una tercera parte del proindiviso, puesto que si bien adquirió su participación indivisa en estado de divorciado en la actualidad se encuentra casado en régimen de gananciales, siendo posible tres formas de atribución: privativo con reconocimiento de crédito a favor de la sociedad de gananciales; privativo por confesión de privatividad del otro cónyuge; y ganancial a favor

de ambos cónyuges por tener este carácter el importe de la contraprestación y establecerlo así los cónyuges. Acuerdo Por todo lo expuesto he acordado suspender la inscripción del documento presentado en razón a los fundamentos de Derecho antes expresados. En consecuencia conforme al art. 323 de la Ley Hipotecaria, queda prorrogado el asiento de presentación hasta un plazo de sesenta días hábiles a contar desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar la última de las notificaciones efectuadas de acuerdo con el art. 322 de la Ley Hipotecaria. Vigente el asiento de presentación el interesado o Notario autorizante del título y, en su caso, la autoridad judicial o el funcionario que lo hubiera expedido, podrán solicitar, dentro del anterior plazo de prórroga de sesenta días, la anotación preventiva de suspensión prevista en el artículo 42.9 de la Ley Hipotecaria. Contra el presente (...). Este documento ha sido firmado con firma electrónica reconocida por Jesús Camy Escobar registrador/a de Registro Propiedad de Granada 6, a día catorce de octubre del año dos mil doce. C.S.V.:218022151F5422EE».

III

Posteriormente, el 15 de octubre de 2012, el notario autorizante de la escritura de extinción de condominio, redacta una diligencia del siguiente tenor: «La pongo yo Antonio Juan García Amezcua, Notario autorizante de la presente escritura, para hacer constar que por error involuntario se omitió la manifestación del compareciente don M. A. M. en el apartado Estipulaciones, siendo la adjudicación en pleno dominio con carácter privativo». Y vuelve a presentar la copia de la escritura, con el traslado de la diligencia anterior, en el Registro de la Propiedad.

IV

Presentada en el Registro de la Propiedad la meritada copia con la referida diligencia es de nuevo calificada negativamente en los términos que siguen: «...El registrador que suscribe, en base al principio de calificación registral que dimana del art. 18 de la Ley Hipotecaria y en el ejercicio de las funciones que legalmente tiene conferidas en cuanto al control de la legalidad de los documentos que acceden al Registro de la Propiedad, califica el documento en el sentido que la diligencia de subsanación, no puede hacerse de forma unilateral, sin el consentimiento de don M. A. M. y de su esposa doña S. G. S., pues como señala la D.G.R.N. en Resoluciones de 27 de septiembre y 20 de diciembre de 2005, sólo la subsanación unilateral es posible en los casos de meros errores materiales que se hayan producido con ocasión de la redacción de la escritura, o que resulte claramente de los antecedentes obrantes en su haber, o de lo redactado en la escritura respecto de lo ocurrido en su presencia. Lo que el notario no puede hacer en ningún caso es sustituir la voluntad de los otorgantes y esta facultad de rectificación unilateral por el notario deberá ser de interpretación restrictiva. Por tanto, el uso del art. 153 como medio de rectificación es excepcional y de interpretación restrictiva limitado a los supuestos en los que el error derive del propio título o de los anteriores o posteriores, o de las escrituras públicas u otros documentos fehacientes de los que se deduzca el error material cometido, pues si no se dan estos requisitos han de comparecer las partes, pues el notario no puede suplir una voluntad de carácter negocial que está reservada en exclusiva a las partes. Por otro lado, tampoco el aludido error puede considerarse como material, pues no se trata de cambiar unas palabras equivocadas, subsanar alguna omisión evidente, o algún requisito meramente formal sin cambiar el sentido general del título sino que en el fondo lo que se pretende es subsanar los defectos apuntados en la precedente nota de calificación. Resoluciones de 21-03-2005; 19-07-2005; 16-04-2007 y 16 de julio de 2007. Acuerda mantener la calificación negativa que se emitió con fecha catorce de octubre de dos mil doce, y por tanto la suspensión de la inscripción del documento presentado, en razón a los fundamentos de Derecho en ella expresados, sin que proceda nueva prórroga de vigencia del asiento de presentación, quedando vigente el mismo hasta el veintiocho de diciembre dos mil doce, ya que según el párrafo segundo del artículo 323 de la Ley Hipotecaria «la duración de la prórroga y del plazo para interponer el recurso gubernativo

empezará a contar, en el caso de que se vuelvan a presentar el título calificado durante la vigencia del asiento de presentación sin haberse subsanado los defectos en los términos resultantes de la nota de calificación, desde la notificación de ésta», lo cual tuvo lugar el día quince de octubre de dos mil doce. Vigente el asiento de presentación el interesado o notario autorizante del título y, en su caso, la autoridad judicial o el funcionario que lo hubiera expedido podrá solicitar, dentro del anterior plazo de prórroga de sesenta días, la anotación preventiva de suspensión prevista en el artículo 42.9 de la Ley Hipotecaria. Este documento ha sido firmado con firma electrónica reconocida por Jesús Camy Escobar registrador/a de Registro de la Propiedad de Granada 6, a día dos de noviembre del año dos mil doce. C.S.V.:2180221580EE54A8».

V

El notario autorizante presenta recurso ante esta Dirección General contra ambas calificaciones, siendo su contenido el siguiente: «Hechos.–I.–Escritura calificada. Mediante escritura de extinción de comunidad autorizada por mí el día 24 de septiembre de 2012, bajo el número 1290 de protocolo, don M. A. M. de una parte y los cónyuges don J. A. F. y doña D. M. M. de otro, respectivamente, procedieron a la extinción del proindiviso existente entre el primero de una parte titular de una tercera parte indivisa con carácter privativo por haberla adquirido por compra en estado de divorciado y los segundos titulares con carácter ganancial de dos terceras partes proindiviso de una vivienda finca registral 11192 de Churriana de la Vega perteneciente al Registro de la Propiedad número 6 de los de Granada. Dicha escritura mereció calificación desfavorable por el registrador de la Propiedad número 6 de los de Granada, don Jesús Camy Escobar. II.–Calificación recurrida. Presentada telemáticamente la escritura, en el Registro de la Propiedad número 6 de los de Granada, el mismo día de su otorgamiento y acreditada la presentación y pago del impuesto, el registrador, antes citado dictó calificación desfavorable que se acompaña a este recurso con fecha 15 de octubre de 2012. El registrador en los fundamentos de Derecho señaló: «De acuerdo con el artículo 9.2 de Ley Hipotecaria y el artículo 51,5 a 8 del Reglamento Hipotecario, es necesario en aras al principio de determinación hipotecaria especificar el negocio o acto jurídico llevado por las partes de forma precisa y en este caso se observa que la finca se adjudica en su totalidad a M. A. M. por título de extinción de proindiviso, compensando económicamente al otro comunero, los cónyuges J. A. F. y D. M. M., al alegarse el carácter indivisible de la finca. Sería por tanto necesario establecer el carácter con el que se adjudica dicho exceso concretado en una tercera parte del proindiviso, puesto que si bien adquirió su participación indivisa en estado de divorciado en la actualidad se encuentra casado en régimen de gananciales, siendo posible tres formas de atribución: privativo con reconocimiento de crédito a favor de la sociedad de gananciales; privativo por confesión de privaticidad del otro cónyuge; y ganancial a favor de ambos cónyuges por tener este carácter el importe de la contraprestación y establecerlo así los cónyuges». IV.–Diligencia subsanatoria y calificación igualmente recurrida: Con fecha quince de octubre de 2012, advertida la falta de transcripción en la escritura de la manifestación del adjudicatario de que la adjudicación se efectuaba con carácter privativo, redacté diligencia subsanatoria en la cual se hacía constar la citada omisión. La diligencia fue presentada telemáticamente, en el Registro de la Propiedad número 6 de los de Granada, el mismo día de su otorgamiento y el registrador, antes citado dictó calificación desfavorable que se acompaña a este recurso con fecha 2 de noviembre de 2012 y en la que se señalan los siguientes fundamentos de Derecho: «...El registrador que suscribe, en base al principio de calificación registral que dimana del art. 18 de la Ley Hipotecaria y en el ejercicio de las funciones que legalmente tiene conferidas en cuanto al control de la legalidad de los documentos que acceden al Registro de la Propiedad, califica el documento en el sentido que la diligencia de subsanación, no puede hacerse de forma unilateral, sin el consentimiento de don M. A. M. y de su esposa doña S. G. S., pues como señala la D.G.R.N. en Resoluciones de 27 de septiembre y 20 de diciembre de 2005, sólo la subsanación unilateral es posible en los casos de meros errores materiales que se hayan producido con ocasión de la redacción

de la escritura, o que resulte claramente de los antecedentes obrantes en su haber, o de lo redactado en la escritura respecto de lo ocurrido en su presencia. Lo que el notario no puede hacer en ningún caso es sustituir la voluntad de los otorgantes y esta facultad de rectificación unilateral por el notario deberá ser de interpretación restrictiva. Por tanto, el uso del art. 153 como medio de rectificación es excepcional y de interpretación restrictiva limitado a los supuestos en los que el error derive del propio título o de los anteriores o posteriores, o de las escrituras públicas u otros documentos fehacientes de los que se deduzca el error material cometido, pues si no se dan estos requisitos han de comparecer las partes, pues el notario no puede suplir una voluntad de carácter negocial que está reservada en exclusiva a las partes. Por otro lado, tampoco el aludido error puede considerarse como material, pues no se trata de cambiar unas palabras equivocadas, subsanar alguna omisión evidente, o algún requisito meramente formal sin cambiar el sentido general del título, sino que en el fondo lo que se pretende es subsanar los defectos apuntados en la precedente nota de calificación. Resoluciones de 21-03-2005; 19-07-2005; 16-04-2007 y 16 de julio de 2007...» V.–Por lo que, dentro del plazo previsto en el artículo 326.2 de la Ley Hipotecaria, en la redacción dada al mismo por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, recurro la nota denegatoria, con base en los siguientes. Fundamentos de Derecho. 1.–Contra el primer defecto.–Falta de constancia del carácter con el que se efectúa la adjudicación: Señala el registrador en sus fundamentos de Derecho. a).–Que el principio de determinación hipotecaria exige especificar de forma precisa el negocio jurídico llevado a cabo por la partes. b).–Que es preciso establecer el carácter con el que se adjudica dicho exceso concretado en (sic) «una tercera parte del proindiviso». c).– Señala a continuación los tres posibles caracteres atribuibles a la participación excedida: privativo con reconocimiento de derecho de reembolso, privativo confesado, o ganancial por tener este carácter el importe de la contraprestación y establecerlo así los cónyuges. Son hechos relevantes que afectan a la escritura cuya calificación se recurre: 1).–La escritura está firmada no sólo por los partícipes en la comunidad sino también por la esposa del adjudicatario por tratarse de la vivienda familiar habitual. 2).–El pago del exceso queda aplazado. Con independencia de cualquier otra consideración la escritura calificada contiene un negocio jurídico el de disolución de comunidad. Podremos discutir como señala la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 17 de septiembre de 2012 (BOE n.º 257, de 25 de octubre), la naturaleza especificativa o traslativa de dicho negocio, pero no la existencia del negocio en sí, pues el de disolución de comunidad es un negocio de larga tradición en nuestro derecho, con un tratamiento doctrinal y fiscal específico. Respecto del carácter con el que se adjudica el bien la propia Resolución citada reconoce que la doctrina tradicional de la Dirección General ha sido la de considerar la naturaleza especificativa de la extinción de comunidad lo que implicaría que el bien tendría el mismo carácter que la cuota del comunero adjudicatario. Además añade que el pago en metálico del exceso no desvirtúa el negocio de extinción y en concreto establece: «... Los comuneros mayores de edad y plenamente capaces pueden hacer la división de la manera que tengan por conveniente por aplicación del artículo 1058 del Código Civil en relación al artículo 406 del mismo texto legal. En el caso concreto en que el bien sea indivisible o desmerezca mucho por la división podrá convenirse que se adjudique a uno indemnizando a los demás. En este último supuesto, el pago en metálico no supone una desvirtuación causal del negocio de división y extinción de comunidad con superposición de otro ajeno al mismo. Como ocurre en sede de partición hereditaria (cfr. 1062 del Código Civil) el Código lo prevé como operación específicamente divisoria (cfr. art. 400 del Código Civil)... «. La citada naturaleza especificativa ha sido acogida entre otras por la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de mayo de 1986, señala que: «...la denominada teoría de la «propiedad plúrima total», recibida como la mejor fundada sobre la naturaleza jurídica de la copropiedad y que se conceptúa más acomodada a nuestro ordenamiento positivo, cada copropietario tiene un derecho de dominio pleno en cuanto a su extensión, pero limitado en lo referente a su intensidad por la concurrencia de los demás, de manera que a cada titular le pertenecen todas las utilidades de la cosa, aunque el ejercicio del derecho venga

constreñido cuantitativamente por la coexistencia de otros tantos derechos iguales, situación de donde arranca el concepto de «cuota», como razón o medida en cuya virtud se limitan y armonizan recíprocamente las posiciones de los cotitulares...». Y añade la Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de fecha 14 de abril de 2005: «... Tiene reiteradamente declarado la doctrina de este Centro (cfr. Resoluciones de 6 de abril de 1962 y 22 de febrero de 1943, entre otras) que la adjudicación hecha a uno de los herederos con la obligación de compensar en metálico a los demás por razón del exceso de valor de lo adjudicado en relación con el de su cuota hereditaria no implica enajenación; tal adjudicación no envuelve una transmisión de dominio de unos herederos a otros, sino directamente del causante al adjudicatario, con la eficacia declarativa de toda partición y con los efectos civiles e hipotecarios que le son propios. Tales efectos difieren de los propios de una enajenación en aspectos esenciales y así, en el orden civil, por ejemplo, tanto en lo tocante a peculiaridades de la evicción como en lo relativo a la posible rescisión por lesión, que procederá de darse la misma en la medida que contempla el artículo 1074 del Código Civil y no operaría de considerarse una enajenación...». La conclusión que extraemos de la jurisprudencia citada es que la adquisición derivada de una extinción de comunidad comparte la misma naturaleza que la de la partición hereditaria y que en el supuesto que nos ocupa el abono del exceso de dos tercios (no del tercio como dice la calificación recurrida) en nada altera el carácter del negocio, pues la razón fundamental que permite la adquisición es la existencia de un previo derecho privativo. Por esa razón la primera Resolución citada alude a la aplicación analógica del artículo 1346, 4.º del Código Civil en el cual no se desvirtúa el carácter privativo del bien adquirido por la adquisición con fondos comunes. Era exigible la manifestación predicada por el registrador en cuanto al carácter del exceso de adjudicación. A nuestro juicio bastaba el razonamiento anterior y los pronunciamientos jurisprudenciales para rechazarla, pero además encontramos que la calificación registral no tiene en cuenta: a).— Que el derecho de reembolso puede operar en el ámbito de la liquidación de la sociedad de gananciales, pero sólo opera en el ámbito hipotecario cuando es causa de la adquisición (vgr. en el negocio de aportación de bienes a la sociedad conyugal) y aquí la causa de la adquisición, lo es la propia extinción de la comunidad, con independencia del origen de los fondos, como antes hemos explicado. Por tanto, la exigencia de la constancia del derecho de reembolso (es un bien privativo) entendemos que no procede efectuarla en cuanto al acta de inscripción pues no determina el carácter del bien que es lo que verdaderamente debe constar. b).— Que aún si nos abstraemos del negocio realizado, en los casos de adquisición de un bien con precio aplazado, el artículo 1357 del Código Civil establece «Los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial». El mismo precepto exceptúa la vivienda familiar, pero la calificación registral no entra en esta cuestión. La forma de satisfacer el exceso de adjudicación en esta escritura es aplazada, y la adquisición inicial fue privativa, así que por aplicación de este precepto también debería tener carácter privativo el bien. Pero es que, (y sólo hipotéticamente ya que descartamos tal posibilidad), aun cuando se aplicara el artículo 1354 del Código Civil éste establece una copropiedad entre el patrimonio privativo y el patrimonio ganancial, lo que nos lleva a preguntarnos: - Si el pago del precio ha quedado aplazado y por tanto en el futuro puede satisfacerse con fondos privativos (Vg. los procedentes de una donación, simultánea al acto de carta de pago por ese importe aplazado) o gananciales, con lo cual no cabe determinar en este acto la proporción en que sería atribuible a uno u otro patrimonio ¿cómo se exige ahora la manifestación en cuanto a la procedencia de los fondos para atribuirles un determinado carácter al exceso? c).— Dada la singularidad del negocio adquisitivo, la atribución de ganancialidad exige una manifestación expresa de los cónyuges (artículo 1355 del Código Civil) y éstos estando presentes en la escritura no la han realizado. d).— Hay una manifestación expresa del cónyuge adquirente de que adquiere con carácter privativo, no desvirtuada por otras manifestaciones de las partes. e).— Entre las manifestaciones propuestas por el registrador, la que atribuye al exceso de

adjudicación carácter ganancial, crea un efecto perverso para el propio negocio jurídico que se está realizando, hasta tal punto que lo desnaturaliza pues sobre la base de un negocio extintivo de una comunidad damos lugar al nacimiento de otra nueva entre el patrimonio privativo de uno de los cónyuges y el patrimonio ganancial. Contra el segundo defecto el alcance del artículo 153 del reglamento notarial. El registrador en su calificación entiende que he suplido la voluntad de los otorgantes y que por tanto he excedido los límites del artículo 153 del Reglamento Notarial que en los casos de subsanación unilateral se circunscriben según su criterio a los meros errores materiales que se hayan producido con ocasión de la redacción de la escritura, o de lo que resulte claramente de los antecedentes obrantes en su haber, o de lo redactado en la escritura respecto de lo ocurrido en su presencia. En la diligencia lo que se hace es transcribir una manifestación del otorgante producida en presencia del notario en el otorgamiento de la escritura pero que por error no se transcribió en la misma. Dicha expresión que debía figurar en el apartado estipulaciones es «siendo la adjudicación en pleno dominio con carácter privativo». Con independencia del valor que el registrador quiera darle, la diligencia de subsanación en nada excede de los límites que el mismo marca para el artículo 153 del Reglamento Notarial, pues es un mero error material en la transcripción de la manifestación de un otorgante que hace que no concuerde lo redactado en la escritura con lo ocurrido en presencia del notario. No admitirlo así, sería tanto como acusar al notario de falsedad en documento público, pues se está limitando a transcribir una omisión de algo ocurrido en su presencia con ocasión del otorgamiento del documento y no «suple» ningún tipo de voluntad, sino que la transcribe. A estos efectos quizás el registrador ha interpretado mal la acepción de la palabra suplir en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, que la define: En su primera acepción como: «Cumplir o integrar lo que falta en algo, o remediar la carencia de ello» En su segunda acepción como: «Ponerse en lugar de alguien para hacer sus veces». Parece que el registrador la utiliza en esta segunda acepción para lo cual este recurrente no está facultado, mientras que si lo está para suplir la omisión de una manifestación cuando se ha efectuado en su presencia, que es el sentido de la primera acepción. Tercero.—Por todo lo expuesto, como notario autorizante de la escritura calificada negativamente, entiendo que la citada escritura está correctamente otorgada y solicito se tenga por recurrida la nota a la que el presente recurso se contrae y, con revocación de la misma, se ordene la inscripción de la escritura por mi autorizada el día 24 de septiembre de 2012, bajo el número 1290 de protocolo».

VI

El registrador de la Propiedad presentó su informe manteniendo su nota de calificación.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 3.1, 400, 406, 609, 1060, 1061, 1068, 1069, 1255, 1261, 1274 a 1277, 1315, 1323, 1346, 1347, 1352, 1355, 1357, 1358 y 1359 del Código Civil; 9, 20, 40, 66, 82, 211 a 220, y 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria; artículo 51 del Reglamento Hipotecario, artículo 153 del Reglamento Notarial, las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1943, 12 de febrero de 1944, 6 de mayo de 1958, 29 de mayo de 1963, 11 de diciembre de 1964, 3 de febrero de 1982, 5 de marzo de 1991 y 25 de febrero de 2011; y Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de 6 de abril de 1962, 11 de junio de 1993, 14 de diciembre de 2000, 26 de abril y 18 de diciembre de 2003, 2 de enero de 2004, 14 de abril de 2005, 28 de junio de 2007, 8 de junio de 2009, 19 de octubre de 2010, 19 de mayo, 26 de julio, 11 de noviembre y 2 de diciembre de 2011 y 24 de febrero, 12 de marzo y 17 de septiembre de 2012.

1. Dos son las cuestiones que deben ser resueltas: la primera se concreta en la determinación del carácter con que adquiere una finca una persona casada en régimen de gananciales, con ocasión de una disolución de condominio, en la que la adjudicación

se hace en pago de su cuota (adquirida con carácter privativo), cuando dicha adjudicación exceda del valor de ésta, lo que da lugar a una compensación en metálico, a favor de los restantes comuneros, por razón de dicho exceso de adjudicación. Y la segunda, consiste en dilucidar si puede el notario por una simple diligencia de subsanación, otorgada sin la comparecencia del otorgante, hacer constar que por error involuntario se omitió la manifestación del mismo acerca de que la adjudicación se realizaba con carácter privativo.

Son hechos relevantes para la resolución del presente recurso los siguientes:

– El adjudicatario (don M. A. M.) era titular, con carácter privativo, de una tercera parte indivisa de una finca (cuyas otras dos terceras partes pertenecían con carácter ganancial a una pareja de cónyuges que también otorgan la escritura).

– Dicha finca constituía la vivienda familiar del adjudicatario. Por esa razón se justifica en la escritura que también sea otorgada por su cónyuge.

– Como consecuencia de la disolución de la comunidad, y dado que la finca se declara «económicamente indivisible», se adjudica en su totalidad al primer comunero quien se compromete a compensar a los otros comuneros por el exceso de adjudicación que se produjo a favor de aquél, mediante el pago aplazado -a través de diferentes cuotas periódicas- de una cantidad en efectivo igual al valor de su cuota de dos terceras partes de la vivienda que era poseída en común.

– La atribución de la propiedad de la finca se efectúa a favor del adjudicatario en los términos que resultan de la estipulación primera de la escritura «Que don M. A. M. (con el consentimiento de su esposa por tratarse de la vivienda habitual familiar) y los cónyuges don J. A. F. y doña D. M. M., extinguen la comunidad existente entre ellos, sobre la finca descrita en el expositivo I de esta escritura, adjudicándosela en pleno dominio a don M. A. M., quien lleva un exceso de adjudicación... que se compensa...».

– El registrador en su calificación alega indeterminación en cuanto a la naturaleza de la adjudicación, pues, considera que eran tres las posibles causas de atribución: «privativo con reconocimiento de crédito a favor de la sociedad de gananciales; privativo por confesión de privaticidad del otro cónyuge; y ganancial a favor de ambos cónyuges por tener este carácter el importe de la contraprestación y establecerlo así los cónyuges».

– En la diligencia de subsanación que suscribe el notario se hace constar que «se omitió la manifestación del compareciente don M. A. M. en el apartado Estipulaciones, siendo la adjudicación en pleno dominio con carácter privativo».

2. La disolución y extinción de la comunidad termina con la situación de condominio y constituye un derecho de propiedad exclusiva a favor del comunero, o comuneros, a quien o quienes, se adjudica el bien entero, o cada una de las porciones materiales que resulten de su división. En nuestro Derecho, dejando a salvo supuestos especiales, se permite, y aún se facilita, la extinción de la comunidad, que puede tener lugar mediante lo que propiamente constituye una división material de la cosa común, cuando su naturaleza lo permite, o mediante la reunión de todas las cuotas en una sola mano, lo que puede verificarse a través de cualquier negocio traslativo de dichas cuotas a favor del que queda como titular, y también, cuando se trate de bienes indivisibles, en virtud de la adjudicación a uno a cambio de abonar a los otros el exceso en metálico (o mediante otros bienes o servicios), sin que por ello pueda considerarse que se trata de un acto de enajenación, sino meramente de un negocio de naturaleza especificativa con todas las consecuencias que ello lleva implícito (cfr. artículos 404 y 1062 del Código Civil y las Resoluciones de 6 de abril de 1962, 2 de enero de 2004 y 4 de abril de 2005, entre otras). Es decir, como tiene declarado este Centro Directivo (Resolución de 11 de noviembre de 2011), la extinción o disolución de la comunidad ordinaria en nuestro Derecho puede tener lugar, bien por la división de la cosa común, bien por la reunión de todas las cuotas en una sola persona (comunero o no), en virtud de los correspondientes desplazamientos patrimoniales por cualquier título de adquisición, incluyendo la renuncia de un comunero, y también por su adjudicación a uno que compensa el derecho de los demás. Son, pues, muy variados los medios que se pueden escoger para llegar a poner fin a un condominio; algunos de ellos son típicamente liquidatorios (y presuponen una valoración y adjudicación

de los bienes, o partes divididas de los mismos, en pago del respectivo haber de cada partícipe, y son rescindibles por lesión, etc.), como es el acto inscribible formalizado en la escritura cuyo inscripción origina este recurso. Pero en este caso, no estamos ante una cuestión que deba resolverse únicamente adentrándose en la naturaleza jurídica de la extinción del condominio, ni del procedimiento que se haya seguido para tal fin, sino sobre todo a través de las normas que nuestro Código Civil establece para determinar los bienes y derechos que conforman el activo ganancial (artículos 1346 a 1351 y concordantes del Código Civil), por si pudiesen influir en la calificación de los bienes adjudicados.

3. La sociedad legal de gananciales constituye un régimen económico matrimonial de tipo comunitario, que se articula en torno al postulado que declara comunes las ganancias obtenidas y que atribuye carácter consorcial o ganancial a los bienes adquiridos a título oneroso con cargo al acervo común, constante su vigencia. Esta última idea expresa lo que se conoce como el llamado principio de subrogación real, enunciado con carácter general en los artículos 1346.3 y 1347.3 del Código Civil («Son bienes gananciales... Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común»). Sin embargo, este principio no es de aplicación universal, pues a él se anteponen otros criterios que el legislador ha considerado como prioritarios para determinar la naturaleza de los bienes, como pueden ser el de la accesión (cfr. artículo 1359 del Código Civil), el de la autonomía de la voluntad (cfr. artículo 1355 del Código Civil) o el del carácter del propio bien del que deriva el derecho a la adquisición (cfr. artículos 1346.4, 1347.4 o 1352 del Código Civil).

Bien es verdad, que en las adquisiciones onerosas, en caso de que no se aplique el denominado principio de subrogación real (con arreglo al cual los bienes adquiridos tienen la misma naturaleza privativa o ganancial que tuviesen los fondos utilizados o la contraprestación satisfecha), para evitar el desequilibrio entre los distintos patrimonios de los cónyuges, surge como contrapeso el correspondiente derecho de reembolso (a favor del patrimonio que sufraga la adquisición) consagrado en el artículo 1358 del Código Civil.

4. En el presente caso, la lectura de los preceptos que rigen la sociedad conyugal legal, más que apoyar la consideración de que el pleno dominio de la finca adquirido por uno de los cónyuges en virtud de la extinción del condominio ha de tener carácter ganancial (mediante la aplicación del principio de subrogación real, presuponiendo el carácter ganancial de la indemnización que el cónyuge ha de abonar a los demás condueños –artículos 404, 406 y 1062 del Código Civil– en base a la presunción de que el numerario que se pague es de tal carácter –artículo 1361 del Código Civil–), pone de relieve que lo más congruente es entender que la totalidad de la finca adjudicada tras la extinción de la copropiedad conserva la misma naturaleza que tenía la titularidad originaria del condueño adjudicatario, de decir, la cuota indivisa de la que trae causa la adjudicación, que en el caso examinado era privativa. Ésta debe ser la conclusión a que ha de llegarse en este caso, pues (si bien es cierto que de varios preceptos de nuestro Código se desprende que el carácter de la contraprestación determinará el del bien adquirido a su costa, artículos 1346 3.º y 1347 3.º del Código Civil), aparte de que en el presente supuesto se ignora con cargo a qué masa se harán los pagos futuros, la aplicación de este principio de subrogación real, como antes se adelantó, no es absoluta, pues prima sobre él la naturaleza del derecho (aquí, la cuota indivisa de la finca) de cuya titularidad se deriva la adquisición. En efecto, son varios los preceptos de nuestro Código de los que se infiere que en el ámbito del régimen de gananciales el carácter del bien viene determinado, con preferencia al de la naturaleza de la contraprestación, por el criterio que atiende al origen o procedencia privativa o ganancial del derecho que fundamenta la adquisición, sin perjuicio del coetáneo nacimiento del derecho de reembolso a cargo del patrimonio favorecido (artículo 1358 del Código Civil). Este criterio se fundamenta y apoya en la dicción y espíritu del apartado 4.º de los artículos 1346 y 1347 del Código Civil, que atribuyen carácter privativo o ganancial a los bienes adquiridos por derecho de retracto de carácter privativo o ganancial, aun cuando lo fueran con fondos de carácter contrario, o del artículo 1352 del Código Civil cuando considera privativas las nuevas acciones u otros

títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos (sin perjuicio del correspondiente reembolso, en su caso), y la doctrina lo extiende a todo supuesto de adquisición preferente, o de adquisición que se derive de una previa titularidad. Por analogía iuris, este criterio no sólo se ha seguido en los supuestos estrictamente citados en dichas normas (retracto y derecho de suscripción preferente), sino que se debe de aplicar a toda adquisición proveniente del ejercicio de cualquier derecho de adquisición preferente, como el derecho de tanteo u opción, o derivado de una titularidad previa, por razón del denominado desdoblamiento de la cuota, supuesto que tiene lugar en las adquisiciones provenientes de liquidaciones de situaciones de proindivisión.

Esta posición es, además, la que ha venido manteniendo esta Dirección General en pronunciamientos anteriores (Resolución de 14 de abril de 2005, que resuelve un caso similar al tratar de la adjudicación de un bien hereditario a uno de los herederos que indemniza a los demás con fondos gananciales) y especialmente en el reciente de 17 de septiembre de 2012, donde se defiende la aplicación analógica de la regla 4.ª del artículo 1346 del Código Civil (que atribuye carácter privativo a los bienes y derechos adquiridos en ejercicio de un derecho de retracto privativo, aunque la adquisición se haya realizado con fondos comunes), criterio que «cabría extender, por concurrir la misma «ratio iuris», a los casos en que los comuneros convienen que se adjudique la cosa a uno de ellos indemnizando a los demás (solución que esta Dirección General ha aplicado a los supuestos de partición de herencia con exceso de adjudicación: Vid. Resolución de 14 de abril de 2005), por entender, con una parte cualificada de nuestra doctrina, que tales adquisiciones son desenvolvimientos naturales del derecho de cuota (cfr. artículo 1523 del Código Civil), y que coordina con la tesis sostenida por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de mayo de 1986 sobre la naturaleza de la comunidad ordinaria (en el sentido de que cada comunero tiene la propiedad total sobre la cosa, limitada por el concurso de las otras propiedades totales de los demás)».

Y es que, en suma, la solución que resultaría de la aplicación combinada del principio de subrogación real y de la presunción del artículo 1361 del Código Civil cede ante un título adquisitivo, que por estar basado en un derecho de adquirir privativo, del que legalmente resulte la privatividad de lo adquirido. Y esta calificación en la extinción del condominio vendrá determinada por el carácter que corresponda a la previa titularidad indivisa del comunero, que es precisamente de la que trae causa su derecho y la que faculta –a través de la división y adjudicación– para adquirir todo el bien común; incluso cuando se abone a los demás en dinero ganancial la compensación por el exceso que esa adjudicación le suponga sobre su haber, pues la causa de la adquisición sigue siendo el derecho que el adjudicatario tenía como comunero, y éste quedó determinado como privativo.

Por consiguiente, a esa naturaleza y a ese título habrá de estar y ajustarse el registrador a la hora de practicar la inscripción correspondiente, sin que pueda o deba exigir que los cónyuges expliciten indefectiblemente el carácter ganancial o privativo de la titularidad resultante de la extinción del condominio, ya que ésta se infiere claramente de los principios que inspiran la regulación de nuestro Código Civil.

5. En conclusión, a tenor de los argumentos expuestos resulta indubitadamente la naturaleza privativa del bien que se adjudica a uno de los copropietarios en virtud de la extinción del condominio, dada la naturaleza privativa que tenía su cuota indivisa. A partir de esta consideración, deben ser rechazadas las alegaciones de los funcionarios recurrente y recurrido. La del notario porque el carácter privativo del bien adquirido no depende de ninguna manifestación del cónyuge y comunero adjudicatario sino que se infiere directamente de la regulación de nuestro Código Civil. Y la del registrador, porque conforme a la premisa anterior el inmueble adjudicado nunca puede ser «privativo por confesión» ya que el carácter privativo vendrá determinado directamente por la naturaleza de la cuota indivisa que pertenecía al adjudicatario (y no por la naturaleza de la eventual contraprestación sobre la que recayese la confesión), razón por la que tampoco podría ser «ganancial a favor de ambos cónyuges por tener este carácter el importe de la

contraprestación», porque, dada la aplicación analógica del artículo 1346.4 del Código Civil, para ello sería precisa la concurrencia del acuerdo del adquirente y su cónyuge (artículo 1355 del Código Civil). Todo ello sin perjuicio del eventual derecho de reembolso a favor del patrimonio ganancial, si tuviesen tal carácter los fondos con que sea satisfecha la indemnización a los demás condueños, por razón del exceso de adjudicación declarado (como presuntivamente podría deducirse al amparo del citado artículo 1358 del Código Civil), y sin perjuicio, también, de que la determinación de la naturaleza del referido crédito intraconyugal es una circunstancia que escapa a la calificación del registrador. A mayor abundamiento, cabe decir que en el presente caso no se ha formalizado ninguna confesión de privatividad, y tampoco es dable entender, y menos presumir, que se haya convenido una atribución de ganancialidad, que siendo posible (artículo 1323 del Código Civil) requiere que así se haya convenido expresamente, a través de una cláusula añadida o sobrepuesta al negocio claramente partitivo (cfr. artículo 1061 del Código Civil), o que derive de una adquisición conjunta y sin atribución de cuotas, como previene el meritado artículo 1355 del Código Civil (mientras que, por el contrario, en el título presentado se establece que se adjudica la finca en pleno dominio al cónyuge comunero, siendo la única referencia que en la parte dispositiva se hace a su consorte la que se efectúa para reflejar su consentimiento –hay que decir que, prescindible en este caso– al negocio divisorio, por tratarse de vivienda habitual).

6. La segunda cuestión planteada, si mediante diligencia puede el notario, por sí, subsanar la omisión de la manifestación del adjudicatario el carácter privativo de la adquisición, carece de trascendencia en el caso analizado porque el carácter privativo del bien adjudicado no requiere ni depende de la manifestación del adjudicatario.

Esta Dirección General ha acordado la estimación del recurso y la revocación de la calificación registral.

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, 29 de enero de 2013.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.