

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

4013 *Resolución de 4 de abril de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Alicante nº 3, por la que se deniega la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de herencia y extinción de condominio parcial.*

En el recurso interpuesto por don V. S. P. contra la calificación del registrador de la Propiedad de Alicante número 3, don Fernando Trigo Portela, por la que se deniega la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de herencia y extinción de condominio parcial.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de San Vicente del Raspeig, don Francisco José Román Ayllón, de fecha 24 de septiembre de 2015, con el número 1.442 de protocolo, don V. y don J. R. S. P. otorgaron las operaciones particionales como consecuencia del óbito de su padre, don V. S. C. Los comparecientes se adjudican todos y cada uno de los bienes del inventario por mitad y por indiviso entre ellos. A continuación, en la cláusula cuarta, respecto de dos fincas que les pertenecen al 50% a cada uno de ellos, hacen disolución de comunidad parcial y, de las resultas, se adjudican las fincas de la forma siguiente: a don V. S. P. se le adjudica el pleno dominio de la totalidad de una de las fincas y el 26,875% en pleno dominio de la otra; a don J. R. S. P. se le adjudica el 73,125% del pleno dominio de la segunda finca.

II

La referida escritura se presentó en el Registro de la Propiedad de Alicante número 3 el día 20 de noviembre de 2015, y fue objeto de calificación negativa de fecha 1 de diciembre 2015, notificada el día 11 de diciembre de 2015, y que, a continuación, se transcribe: «Conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria (reformado por Ley 24/2001 de 27 de diciembre) y 98 y siguientes del Reglamento Hipotecario: El Registrador de la Propiedad que suscribe, previo examen y calificación del documento presentado por Don/Doña G. R., L., el día 20/11/2015, bajo el asiento número 857, del tomo 145 del Libro Diario y número de entrada 8516, que corresponde al documento autorizado por el notario de San Vicente del Raspeig Francisco José Alejandro Román Ayllón, con el número 1442/2015 de su protocolo, de fecha 24/09/2015, ha resuelto no practicar los asientos solicitados en base a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos: - No hay una extinción de comunidad, respecto de una de las dos fincas, ya que ésta subsiste respecto de la referida finca.—Se transmite la cuota de un comunero, al otro copropietario.—Fundamentos de Derecho: - Resolución 11 de Noviembre de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.—Dicha resolución establece: «2. Hay comunidad cuando el derecho o conjunto de derechos está atribuido a los comuneros por cuotas (cfr. artículo 392 del Código Civil). Cualquiera que sea la teoría que sobre su naturaleza jurídica se pretenda acoger entre las varias formuladas, bien la de considerar que en la comunidad hay una concurrencia de varias propiedades separadas recayente cada una de las cuales sobre una cuota o porción ideal de la cosa -artículo 399 del Código Civil-, bien la de entender que hay una sola propiedad o derecho que manteniéndose único se atribuye por cuotas ideales a los distintos comuneros -artículo 392 y 395 del Código Civil-, bien, en fin, la de estimar que en la comunidad se produce la concurrencia de varias propiedades totales sobre

toda la cosa, recíprocamente limitadas por su concurso -artículo 394 del Código Civil y Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1986-, es lo cierto que en el supuesto de hecho del presente recurso no existe en el momento previo a la celebración del negocio jurídico documentado una situación de comunidad (subcomunidad) sobre la cuota indivisa perteneciente al comunero que la transmite a los otros tres comuneros adquirentes, por lo que difícilmente el título atributivo de dicha cuota a favor de estos últimos puede ser calificado como de disolución de comunidad, ni aun parcial, toda vez que aquéllos no eran partícipes en el derecho de cuota objeto del negocio. Cosa distinta es que el comunero pueda 'dividir' su cuota enajenándola a varias personas, comuneros o terceros (y aún esto último con ciertas limitaciones, conforme al artículo 394 del Código Civil, al no poder alterar la estructura básica inicial de la comunidad aumentando el número de partícipes de forma tal que la cosa por razón de este aumento pase a ser materialmente indivisible, cuando inicialmente era divisible: vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1995).

3. La extinción de comunidad requiere como presupuesto básico que actúe sobre la totalidad del objeto a que la comunidad se refiere (cfr. artículo 400 y siguientes del Código Civil). La extinción de la comunidad 'estricto sensu' extingue la situación de condominio y constituye un derecho de propiedad exclusiva a favor del comunero que se adjudica el bien o cada una de las porciones materiales que resulten de su división. Tradicionalmente nuestro Derecho ha mirado con disfavor las situaciones de comunidad o condominio, por ser antieconómicas (se dificulta la explotación de los bienes y se reduce su valor), y constituir fuente de litigiosidad (constituyen una 'mater rixarum'). Por ello la ley facilita su extinción y permite cuando se trate de bienes indivisibles la adjudicación a uno a cambio de abonar a los otros el exceso en metálico, sin que por ello pueda considerarse que se trate 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).

4. El Código Civil sólo regula en rigor la extinción total de la comunidad. El pretendido negocio de 'extinción parcial' de comunidad no aparece tipificado legalmente y no presenta ninguna semejanza que genere identidad de razón con el de extinción total, por lo que no puede pretenderse la aplicación analógica a aquella del régimen jurídico de ésta. Sólo se podría invocar una especialidad legal para los supuestos de reducción del número de comuneros en el supuesto de que uno de ellos no quiera contribuir a los gastos de conservación de la cosa común, renunciando a la participación que le corresponde (cfr. artículo 395 del Código Civil), especialidad que, empero, no autoriza a hablar con propiedad de extinción parcial de la comunidad. La terminología de 'extinción parcial' de comunidad o condominio ha sido recogida por la literatura jurídica fiscal, en orden a determinar la posible apreciación o no de la no sujeción al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales por el exceso de adjudicación, pero referida a un supuesto distinto del ahora contemplado, en concreto, en relación con los casos de salida de uno de los cotitulares de la comunidad compensando todos los demás al saliente en dinero (cfr. Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 7 de julio de 2006, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 22 de septiembre de 2006, Consultas de la Dirección General de Tributos de 23 de marzo y 4 de abril de 2006, y 4 de mayo de 2007). Cada comunero puede enajenar y gravar su cuota libremente (cfr. artículo 399 del Código Civil) a un extraño o a otro de los comuneros, con la singularidad en este último caso de que el resto de los comuneros no podrán ejercitar el derecho de retracto que prescribe el artículo 1522 del Código Civil. El negocio de atribución patrimonial relativo a una participación indivisa de un derecho real en el que aparece como transferente un comunero y como adquirente otro comunero mediante la correspondiente contraprestación deberá ser calificado en función de la naturaleza jurídica de su objeto y causa, y no de los sujetos. Y esto es relevante a los efectos del presente recurso. No existe ninguna diferencia sustancial en el régimen jurídico de la enajenación de una cuota por el hecho de que la transmisión se verifique a favor de un extraño o de uno o varios de los comuneros (al margen del derecho de preferente adquisición señalado): si el adquirente está casado y su régimen es de comunidad, la participación indivisa tendrá el régimen jurídico que corresponda en función de la naturaleza de la contraprestación y deberá exigirse, en su caso, el nombre, apellidos y domicilio del otro cónyuge con arreglo al artículo 51.9.a) del Reglamento Hipotecario; serán necesarias las oportunas autorizaciones

judiciales si el enajenante es menor o incapaz (cfr. artículos 166 y 272 del Código Civil), etc. En definitiva, la especial naturaleza del negocio de extinción total de comunidad no permite trasladar el régimen de sus requisitos y efectos al denominado negocio de 'extinción parcial de comunidad'. 5. A la misma conclusión se llega cuando se examina la cuestión desde la perspectiva de la distinción entre las facultades que corresponden al comunero como titular de un derecho patrimonial independiente de las facultades que le corresponden en el régimen comunitario. En el primer caso, como titular de un derecho independiente decide unilateralmente, de forma que el comunero, como titular de la plena propiedad de su parte, puede enajenarla, cederla o hipotecarla a favor de un tercero o a favor de otro comunero (cfr. artículo 392 del Código Civil), y protegerla frente a los demás condueños y frente a terceros, ejercitando con concepto de condueño interdictos en defensa de la posesión de la cosa (cfr. artículo 445 del Código Civil), sin necesitar para ello el concurso del resto de los comuneros. Por el contrario, en el ejercicio de las facultades que le corresponden en el régimen comunitario, la actuación de los comuneros ha de ser conjunta, quedando sujeta dicha actuación bien al principio de la unanimidad, en el caso de los denominados jurisprudencial y doctrinalmente actos de alteración (incluyendo destacadamente los de disposición, pero no sólo éstos: vid. las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1905 y 24 de enero de 1964, entre otras), bien al principio mayoritario, en el caso de los actos de administración dirigidos al aprovechamiento y conservación de la cosa (cfr. artículos 397 y 398 del Código Civil). 6. Pues bien, 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 los demás comuneros que dé lugar al acrecimiento de la porción del cotitular beneficiario (cfr. Resolución de 2 de febrero de 1960). Y en este sentido la extinción de la comunidad o es total o no es tal. En el presente caso no se produce ninguna de ambas situaciones. La reducción del número de comuneros no constituye un supuesto de extinción o disolución de comunidad, sino de mera alteración de su configuración subjetiva, en tanto ésta siga siendo plural por la concurrencia de varios cotitulares. Tampoco hay en el presente caso división de cosa común, pues ésta siempre constituye un acto comunitario de alteración necesitado de la unanimidad de todos los partícipes, que se diferencia tanto en sus requisitos como en sus efectos del acto individual de enajenación del derecho de cuota perteneciente a uno de los comuneros. En el caso de la división de la cosa común, y en virtud del ejercicio de la facultad de pedir la división, por uno o varios comuneros, 'todos' los demás, sin exclusión, quedan compelidos a pasar por la división -como acto obligado-, sea ésta acordada de forma convencional, arbitral o judicial (Vid Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1988). Todos los comuneros están legitimados pasivamente ante el ejercicio de la acción de división. Por ello, así como para pedir la partición o división se exige capacidad y poder de disposición (cfr. artículos 405 y 1052 del Código Civil) por el contrario es suficiente la mera capacidad de administrar para consentir la división instada por otro comunero (cfr. artículos 406 y 1058 del Código Civil). Por otra parte, desde el punto de vista de los efectos, prescindiendo de la polémica sobre si la división de la cosa común constituye o no un acto traslativo o dispositivo, o de mero desenvolvimiento del propio derecho originario del comunero que permite la concreción de la cuota sobre un bien individual o una porción material de un bien concreto (vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1982, 12 de abril de 2007 y 25 de febrero de 2011, y Resoluciones de 14 de diciembre de 2000, 26 de abril de 2003, 19 de mayo y 26 de julio de 2011), lo cierto es que el adjudicatario de la cosa o de la porción material correspondiente no puede invocar el título de esta adjudicación como adquisición susceptible del amparo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sino que dicho título lo será el mismo que dio origen a la propia situación de comunidad (contrato, legado, usucapión, etc.), ni es tampoco la división título apto para ganar la usucapión ordinaria. Del mismo modo, subsisten tras la división las consecuencias y efectos jurídicos que se deriven de la relación jurídica originaria que dio nacimiento al derecho de cuota, como pueden ser las eventuales restituciones derivadas de la anulación, resolución o rescisión del contrato por el que se adquirió dicha cuota (cfr. artículos 1303, 1124 y 1295 del Código Civil), la reversión o revocación de donaciones, (cfr. artículos 812 y 644 del Código

Civil), etc. 7. Por todo ello tiene razón el registrador al considerar que no puede practicarse la inscripción ya que los adjudicatarios no son cotitulares de la participación indivisa adjudicada, por lo que 'resulta incongruente que los adjudicatarios adquieran dicha participación por extinción de la comunidad'. El hecho de que, conforme a lo razonado, el negocio jurídico celebrado en el documento calificado deba ser considerado como un contrato de compraventa, y no de extinción parcial de comunidad (así lo viene a reconocer la notaria recurrente al decir en su recurso que de la escritura resulta la voluntad clara y expresa de ceder uno de los comuneros su cuota mediante precio, calificando dicha transmisión como cesión onerosa), supone además que, atendiendo a la verdadera naturaleza jurídica del título material, hayan de plantearse otras exigencias legales propias del mismo, por ejemplo, los requisitos que como consecuencia de tratarse de una compraventa, pueden derivarse en el régimen económico matrimonial de los adquirentes, pero ésta es una cuestión que no se ha suscitado en la escueta nota de calificación recurrida y, por lo tanto, sobre la que esta Resolución no puede entrar a decidir (cfr. artículo 326 de la Ley Hipotecaria). Y por consiguiente se procede a la denegación de los asientos solicitados del documento mencionado.—Contra esta decisión (...) Alicante, uno de diciembre del año dos mil quince. El Registrador de la Propiedad (firma ilegible), Fdo: Fernando Trigo Portela».

III

El día 8 de enero de 2016, don V. S. P. interpuso recurso contra la calificación en el que, en síntesis, alega lo siguiente: «1.º Que el supuesto de hecho no es en absoluto igual, ni siquiera equiparable, al que contempla la resolución citada, pues en el de ésta se trataba de una sola finca objeto de diversas cuotas de copropiedad, por la que un comunero sale de la misma adquiriendo su cuota otro de los copropietarios restantes. 2.º Que la situación fáctica previa del caso objeto de la escritura calificada es clara, en cuanto que se parte de la existencia de dos copropietarios, por partes iguales (50% cada uno), sobre dos fincas, habiendo surgido en ambos casos tal copropiedad por el mismo título (herencia de sus padres). Ocurre, sin embargo, que las dos fincas objeto de la comunidad son de diferente valor, justificándose dicha diferencia de valor no sólo en el acuerdo de ambos condueños, que así lo han estimado, sino también en la situación, servicios y antigüedad de cada una de las fincas. 3.º Que los referidos copropietarios han decidido poner fin a la comunidad existente sobre una de estas fincas, la de menor valor, con el fin de que le sea adjudicada a uno de ellos. Esta adjudicación se podía haber hecho, por indivisibilidad, con arreglo al art. 1062 del Código civil, por la remisión que se hace a los preceptos que regulan la partición (o división) de las herencias en el art. 406 del mismo Código. Y se hubiera mantenido la comunidad entre los mismos dueños, en la misma proporción, sobre la otra finca (con lo que no dejaría de ser, en tal sentido, una «extinción parcial de condominio»). Pero el camino para la disolución total de la comunidad entre uno o varios bienes no tiene que ser siempre por un solo acto o acuerdo, sino que puede haber pasos intermedios que conduzcan finalmente a la satisfacción definitiva de los diferentes propietarios, y consecuente disolución total de comunidad sobre todas y cada una de las fincas objeto de la misma. Este es el caso: el recurrente, y el otro propietario, han acordado en este momento extinguir la copropiedad respecto de una de las fincas, adjudicándola a uno solo de ellos, y mantener dicha copropiedad con respecto a la otra, pero sin que exista compensación en dinero efectivo entre ellos (como podría haberse hecho en función del art. 1062 citado), ya que se ha preferido que la satisfacción del interés de ambos interesados se haga mediante la modificación de la proporción en la que son dueños de la finca cuya comunidad conservan, aumentando, en la medida que corresponde, la cuota del copropietario no adjudicatario y disminuyendo correlativamente en tal finca la cuota del adjudicatario. 4.º Por consiguiente, sí hay verdadera extinción total de comunidad con respecto de una finca, aun cuando -dado que se mantiene y se modifica la copropiedad respecto de la otra- en el título se la haya calificado de «extinción de condominio parcial». La frase empleada en la calificación «se trasmite la cuota de un comunero, al otro copropietario» podría también utilizarse para cualquier otra forma de disolución de comunidad, especialmente para las que se basan en el art. 1062 antes citado, por lo que

no debe considerarse motivo suficiente para apreciar la imposibilidad de inscripción. 5.º El acuerdo entre los copropietarios que consta en la escritura calificada, y que se ha sintetizado en el presente escrito, es meridianamente claro, no hay ninguna transmisión oculta, la onerosidad está en la diferencia de participación o cuota que ambos propietarios tienen una vez culminada la operación en ambas fincas. El señor Registrador, en su nota, parece pretender o pedir tácitamente que, para la inscripción solicitada, los comuneros recurran a una operación de compraventa, o de permuta, o de otro tipo de cesión onerosa de cuota, que no casa ni cuadra en absoluto con el acto verdaderamente querido por las partes, que encuentra su mejor acomodo en la figura a la que se ha acudido, ya que no hay entre las partes ni venta ni permuta de cuotas, sino un acuerdo legítimo, y por tanto ajustado a derecho y susceptible de inscripción».

IV

Notificado el recurso al notario autorizante, presentó el siguiente escrito firmado el día 14 de enero de 2016: «La disolución de comunidad de bienes o extinción de condominio se ha definido doctrinalmente como «negocio jurídico con el que los titulares de los derechos en comunidad disuelven la comunidad misma, mediante la atribución a cada uno de bienes y servicios, cuyo valor, en atención a lo que reciben los otros titulares, se encuentra en la misma proporción en que se encontraba el derecho del individuo con el derecho de los demás» (G. M.), de modo que se pone su nota distintiva no en que se atribuyan precisamente bienes comunes, sino, como señala M. G., bienes o derechos «solamente en proporción igual a la proporción que existía entre el derecho de cada uno y el de los demás», ya que dicho autor considera que «es preciso incluir dentro del contrato de división no sólo el que produzca una división material de la cosa común, sino el que proporcione un reparto de su precio o abono de la parte indivisa en metálico o en cosas ajenas a la comunidad», lo que apoya en S. de 18 de junio de 1962 que afirma la similitud entre el contrato de división voluntaria y el contrato de transacción, ya que ambos comparten la característica de ser «contratos liquidatorios». Como tal negocio jurídico o contrato de extinción de condominio no se encuentra regulado específicamente por el Código civil común; lo que éste sí contempla son varias de las formas en que una comunidad (romana) puede extinguirse: por renuncia de uno o varios propietarios (art. 395); por adquisición de las restantes cuotas por uno que ejercita su derecho de retracto cuando se pretende su transmisión a tercero (art. 1.522); mediante la división de la cosa, siendo divisible, y la atribución de las partes resultantes a los comuneros (art. 400); o por la venta (voluntaria o forzosa) del bien a un tercero, con reparto del precio en proporción a la cuota de cada uno (art. 404). Pero esto no quiere decir que con los admitidos legalmente de manera expresa se agoten los medios lícitos en que una copropiedad puede extinguirse; así, por ejemplo, al constituirse la comunidad sus propietarios pueden -conforme permite el art. 392, 2.º C.c. en general, o el art. 5 p.º 3 de la Ley de Propiedad Horizontal en particular- regular ciertos aspectos del desenvolvimiento de la comunidad (administración, uso y goce de los bienes), incluso establecer normas para la extinción de la misma, entre las cuales cabrá prever diversas formas de llevarla a término (art. 402. p.º 1.º) que no han de ser estrictamente las recogidas por la ley (pues cabría pactar reglas de atribución preferente a ciertos comuneros por elementos o criterios objetivos que se fijen, posibles fases sucesivas de división o disolución, etc.), sobre todo porque en la práctica los supuestos en que se puede desenvolver una comunidad pueden ser de muy diversa consideración, tanto en cuanto a los objetos, como en las cuotas y/o derechos de los partícipes. Por otro lado, el Tribunal Supremo ha reconocido la existencia y admisibilidad de la disolución parcial de condominio; en este sentido, la S. de 7 de enero de 1926, por la que admite la disolución con respecto de uno de los condueños, al que se adjudicó una parte segregada de la cosa común, con la lógica exigencia de que se efectúe la determinación concreta de los derechos de cada comunero, tanto del adjudicatario en la nueva finca, como de los demás en la finca resto, una vez disminuido el número de condóminos, precisando las nuevas cuotas que a cada uno correspondan; y la S. de 7 de junio de 1.968, en la que en su Considerando (párrafo 2.º) -a efectos del retracto

arrendaticio del art. 47,3.º de la entonces vigente Ley de Arrendamientos Urbanos equipara la extinción parcial de la comunidad, por la que dos de los tres propietarios iniciales se adjudican en proindiviso una de las fincas resultantes de la división, con la disolución total con distribución individual a cada condómino. Por lo que respecta a la doctrina que se ha ocupado de esta cuestión, también lo ha admitido. Así, C. S. C. dice que «es relativamente frecuente la extinción parcial de comunidad en cuanto a uno de los comuneros, mediante la segregación de parte de la cosa común, la cual se le entrega en pago de su cuota» supuesto que dicho autor considera que «es el de verdadera extinción parcial de la comunidad», si bien cita otros que incluye en el mismo concepto genérico de disolución parcial «en los que se produce la exclusión de un condómino con el correlativo incremento de la cuota de uno o varios de los restantes» que puede tener lugar por diversos modos de adquisición o títulos, entre los que cita como caso más especial el de la renuncia a su derecho por parte de uno de los comuneros. En el mismo sentido, L. G. dice que «la extinción de la comunidad puede ser parcial o total», añadiendo que existen muchas modalidades de extinguir la comunidad y todas ellas tienen su reflejo en el orden registral, considerando como extinción parcial el caso de que «alguno o algunos de los comuneros salen de la comunidad, quedando otro resto en la comunidad», diferenciándola de la extinción total ya que en ésta «las cuotas desaparecen respecto del bien, y se origina una sola titularidad». D., R. L., y el citado M. G., igualmente admiten el supuesto de disolución parcial, considerando que es también división aquella que mantenga la indivisión entre otros sujetos distintos de los actuales o entre sólo algunos de los actuales. En definitiva, para la inmensa mayoría de la doctrina es perfectamente posible la extinción parcial de comunidad; además, es muy frecuente en la práctica notarial, recuerda L. N., y está contemplada por la jurisprudencia fiscal, pues en el camino entre constitución de comunidad y su disolución total puede haber etapas intermedias, que podemos llamar disoluciones parciales, y que son habituales en comunidades complejas, pues «la disolución total no es fácil». Estas situaciones pueden ser de muy diverso tipo, pero incluso en el supuesto más típico de extinción de comunidad en la que, siendo el bien divisible, se procediera a efectuar, con arreglo a la licencia oportuna, la división material de la cosa, y posteriormente su adjudicación a cada comunero, puede darse, y es frecuente en la práctica, el caso de que el derecho e interés de todos y cada uno de los condueños no pueda ser plena e individualmente satisfecho con esa adjudicación, porque las fincas resultantes (por su número o su valor) no basten a satisfacerlo, de forma que en alguna o algunas de las fincas haya de subsistir parcialmente la comunidad respecto de algunos de los propietarios iniciales. Desde el punto de vista fiscal, el art. 61.2 del Reglamento del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, dispone que: «La disolución de comunidades de bienes que no hayan realizado actividades empresariales, siempre que las adjudicaciones guarden la debida proporción con las cuotas de titularidad, sólo tributarán, en su caso, por Actos Jurídicos Documentados». La Dirección General de Tributos, en consultas de 23 de noviembre de 2.005 y 4 de julio de 2.008 ha afirmado que la extinción parcial del condominio en varias fincas sin exceso de adjudicación y sin compensación alguna no tributa por Transmisiones Patrimoniales Onerosas (supuesto de hecho de la consulta: tres dueños por terceras partes de dos bienes extinguen el condominio mediante la adjudicación a uno de ellos de una finca y a los otros dos de una mitad indivisa a cada uno de la otra finca, siendo su valor igual a las participaciones respectivas); y según consulta de 9 de octubre de 2.008, el mismo tratamiento fiscal tendría el supuesto de extinción parcial de condominio en varias fincas y nacimiento de un nuevo condominio entre las mismas fincas pero en distinta proporción de la que tenían, manteniendo equivalencia en los lotes y sin compensación en metálico. Mas, independientemente de las consecuencias fiscales que pueda tener el contrato de disolución total o parcial de comunidad, considero que, a efectos de la inscripción de la escritura calificada en el Registro de la Propiedad, lo que debe valorarse es la licitud del negocio efectivamente concluido en el supuesto concreto de que se trata, y que reúne los requisitos necesarios para ser considerado válido y eficaz: Consentimiento, objeto(s), y causa (art. 1261 C.c.). Creo, además, que no se debe perder de vista el supuesto fáctico

recogido en la escritura: dos fincas gananciales que, al fallecimiento de la esposa, primera causante, se adjudican en una mitad indivisa al viudo, y la otra mitad indivisa en usufructo a éste y en nuda propiedad a los dos hijos, por iguales partes; teniendo lugar posteriormente el fallecimiento del padre, segundo causante, y procediendo entonces los hijos a la aceptación de su herencia y correlativa adjudicación de la mitad indivisa de los bienes, conforme al testamento, por iguales partes entre ellos; en tal sentido, la disolución de comunidad que efectúan inmediatamente después, con el resultado definitivo que los herederos han acordado, está íntima y estrechamente conectada con la partición hereditaria, si bien dado que las adjudicaciones de las dos herencias han sido en momentos diferentes se han visto obligados a recurrir a la disolución de comunidad para la satisfacción concreta de sus intereses (piénsese que si la partición de ambas herencias se hubiera llevado a cabo en el mismo acto, no hubiera sido necesaria la repetida extinción de comunidad). Así, pues, el negocio jurídico llevado a cabo en este caso es perfectamente encajable en la disolución (parcial) de comunidad, por cuanto que partiendo de que la comunidad de bienes recae sobre dos objetos, al ser éstos de diferente valor, los otorgantes deciden poner fin a la misma en cuanto a uno de tales objetos, atribuyéndolo en pleno dominio a uno solo de los condóminos. respecto del cual la copropiedad queda así totalmente extinguida, manteniéndose la copropiedad en el otro objeto (de ahí que se le haya dado el calificativo de «parcial»), pero, con el fin de que haya equivalencia o proporción en las adjudicaciones, se acuerda que la retribución o compensación del derecho del otro copropietario no adjudicatario, al no haberse podido efectuar -por la diferencia considerable de valor- adjudicación íntegra del otro bien, se efectúe mediante la modificación de la cuota en este último en la medida necesaria, con el fin de que ambos queden pagados en sus respectivos haberes en la total comunidad sobre los dos objetos. De esta forma, se respeta y mantiene el carácter privativo de los bienes, y el título real y formal de procedencia seguirá siendo el de herencia de sus padres, con el matiz de la disolución de comunidad intermedia, pero que no altera ni supone una ruptura con aquel título anterior».

V

Mediante escrito, de fecha 12 de enero de 2016, el registrador de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 392 y siguientes, 406, 445, 1058 y 1062 del Código Civil; 552.11 de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales; la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2012, y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de noviembre de 2011.

1. Perteneciendo por herencia a dos hermanos por mitad y proindiviso dos fincas, debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de adjudicación de herencia en la que se realiza una extinción parcial de comunidad en la que concurren las circunstancias siguientes: se adjudica a uno de los comuneros el 100% de la propiedad de una de las fincas y el 26,875% de la otra; al otro comunero se le adjudica el 73,125% de la segunda finca.

El registrador señala como defecto que no hay una extinción de comunidad respecto de una de las dos fincas, ya que ésta subsiste respecto de la referida finca; que se transmite la cuota de un comunero al otro copropietario. Se señala la doctrina de este Centro Directivo en Resolución de 11 de noviembre de 2011.

El recurrente alega que se trata de un supuesto distinto al de la Resolución invocada en la nota, porque no se trasmite la cuota al otro comunero ya que no sale el comunero de la propiedad; que se ha extinguido totalmente la comunidad respecto de la finca de menor

valor, adjudicándola a uno de los comuneros y compensando al otro con una mayor participación en la que se continua en comunidad.

2. Esta Dirección General, en su Resolución de 11 de noviembre de 2011, ha señalado que «2. Hay comunidad cuando el derecho o conjunto de derechos está atribuido a los comuneros por cuotas (cfr. artículo 392 del Código Civil). Cualquiera que sea la teoría que sobre su naturaleza jurídica se pretenda acoger entre las varias formuladas, bien la de considerar que en la comunidad hay una concurrencia de varias propiedades separadas recayente cada una de las cuales sobre una cuota o porción ideal de la cosa -artículo 399 del Código Civil-, bien la de entender que hay una sola propiedad o derecho que manteniéndose único se atribuye por cuotas ideales a los distintos comuneros -artículo 392 y 395 del Código Civil-, bien, en fin, la de estimar que en la comunidad se produce la concurrencia de varias propiedades totales sobre toda la cosa, recíprocamente limitadas por su concurso -artículo 394 y Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1986-, es lo cierto que en el supuesto de hecho del presente recurso no existe en el momento previo a la celebración del negocio jurídico documentado una situación de comunidad (subcomunidad) sobre la cuota indivisa perteneciente al comunero que la transmite a los otros tres comuneros adquirentes, por lo que difícilmente el título atributivo de dicha cuota a favor de estos últimos puede ser calificado como de disolución de comunidad, ni aún parcial, toda vez que aquellos no eran partícipes en el derecho de cuota objeto del negocio. Cosa distinta es que el comunero pueda «dividir» su cuota enajenándola a varias personas, comuneros o terceros (y aún esto último con ciertas limitaciones, conforme al artículo 394 del Código Civil, al no poder alterar la estructura básica inicial de la comunidad aumentando el número de partícipes de forma tal que la cosa por razón de este aumento pase a ser materialmente indivisible, cuando inicialmente era divisible: vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1995). 3. La extinción de comunidad requiere como presupuesto básico que actúe sobre la totalidad del objeto a que la comunidad se refiere (cfr. artículo 400 y siguientes del Código Civil). La extinción de la comunidad «estricto sensu» extingue la situación de condominio y constituye un derecho de propiedad exclusiva a favor del comunero que se adjudica el bien o cada una de las porciones materiales que resulten de su división. Tradicionalmente nuestro Derecho ha mirado con disfavor las situaciones de comunidad o condominio, por ser antieconómicas (se dificulta la explotación de los bienes y se reduce su valor), y constituyen fuente de litigiosidad (constituyen una «mater rixarum»). Por ello la ley facilita su extinción y permite cuando se trate de bienes indivisibles la adjudicación a uno a calidad de abonar a los otros el exceso en metálico, sin que por ello pueda considerarse que se trate 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 Resoluciones de 6 de abril de 1962, 2 de enero de 2004 y 4 de abril de 2005, entre otras). 4. El Código Civil sólo regula en rigor la extinción total de la comunidad. El pretendido negocio de «extinción parcial» de comunidad no aparece tipificado legalmente y no presenta ninguna semejanza que genere identidad de razón con el de extinción total, por lo que no puede pretenderse la aplicación analógica a aquella del régimen jurídico de ésta. Sólo se podría invocar una especialidad legal para los supuestos de reducción del número de comuneros en el supuesto de que uno de ellos no quiera contribuir a los gastos de conservación de la cosa común, renunciando a la participación que le corresponde (cfr. artículo 395 del Código Civil), especialidad que, empero, como veremos, no autoriza a hablar con propiedad de extinción parcial de la comunidad. La terminología de «extinción parcial» de comunidad o condominio ha sido recogida por la literatura jurídica fiscal, en orden a determinar la posible apreciación o no de la no sujeción al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales por el exceso de adjudicación, pero referida a un supuesto distinto del ahora contemplado, en concreto, en relación con los casos de salida de uno de los cotitulares de la comunidad compensando todos los demás al saliente en dinero (cfr. Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 7 de julio de 2006, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 22 de septiembre de 2006, Consultas de la Dirección General de Tributos de 23 de marzo y 4 de abril de 2006, y 4 de mayo de 2007). Cada comunero puede enajenar y gravar su cuota libremente (cfr. artículo 399 del Código Civil) a un extraño o a otro de los comuneros, con la

singularidad en este último caso de que el resto de los comuneros no podrán ejercitar el derecho de retracto que prescribe el artículo 1522 del Código Civil. El negocio de atribución patrimonial relativo a una participación indivisa de un derecho real en el que aparece como transferente un comunero y como adquirente otro comunero mediante la correspondiente contraprestación deberá ser calificado en función de la naturaleza jurídica de su objeto y causa, y no de los sujetos. Y esto es relevante a los efectos del presente recurso. No existe ninguna diferencia sustancial en el régimen jurídico de la enajenación de una cuota por el hecho de que la transmisión se verifique a favor de un extraño o de uno o varios de los comuneros (al margen del derecho de preferente adquisición señalado): si el adquirente está casado y su régimen es de comunidad, la participación indivisa tendrá el régimen jurídico que corresponda en función de la naturaleza de la contraprestación y deberá exigirse, en su caso, el nombre, apellidos y domicilio del otro cónyuge con arreglo al artículo 51.9 a) del Reglamento Hipotecario; serán necesarias las oportunas autorizaciones judiciales si el enajenante es menor o incapaz (cfr. artículos 166 y 272 del Código Civil), etc. En definitiva, la especial naturaleza del negocio de extinción total de comunidad no permite trasladar el régimen de sus requisitos y efectos al denominado negocio de «extinción parcial de comunidad». 5. A la misma conclusión se llega cuando se examina la cuestión desde la perspectiva de la distinción entre las facultades que corresponden al comunero como titular de un derecho patrimonial independiente de las facultades que le corresponden en el régimen comunitario. En el primer caso, como titular de un derecho independiente decide unilateralmente, de forma que el comunero, como titular de la plena propiedad de su parte, puede enajenarla, cederla o hipotecarla a favor de un tercero o a favor de otro comunero (cfr. artículo 392 del Código Civil), y protegerla frente a los demás condueños y frente a terceros, ejercitando con concepto de condueño interdictos en defensa de la posesión de la cosa (cfr. artículo 445 del Código Civil), sin necesitar para ello el concurso del resto de los comuneros. Por el contrario, en el ejercicio de las facultades que le corresponden en el régimen comunitario, la actuación de los comuneros ha de ser conjunta, quedando sujeta dicha actuación bien al principio de la unanimidad, en el caso de los denominados jurisprudencial y doctrinalmente actos de alteración (incluyendo destacadamente los de disposición, pero no sólo éstos: vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1905 y 24 de enero de 1964, entre otras), bien al principio mayoritario, en el caso de los actos de administración dirigidos al aprovechamiento y conservación de la cosa (cfr. artículos 397 y 398 del Código Civil). 6. Pues bien, 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 los demás comuneros que dé lugar al acrecimiento de la porción del cotitular beneficiario (cfr. Resolución de 2 de febrero de 1960). Y en este sentido la extinción de la comunidad o es total o no es tal. En el presente caso no se produce ninguna de ambas situaciones. La reducción del número de comuneros no constituye un supuesto de extinción o disolución de comunidad, sino de mera alteración de su configuración subjetiva, en tanto ésta siga siendo plural por la concurrencia de varios cotitulares. Tampoco hay en el presente caso división de cosa común, pues ésta siempre constituye un acto comunitario de alteración necesitado de la unanimidad de todos los partícipes, que se diferencia tanto en sus requisitos como en sus efectos del acto individual de enajenación del derecho de cuota perteneciente a uno de los comuneros. En el caso de la división de la cosa común, y en virtud del ejercicio de la facultad de pedir la división, por uno o varios comuneros, «todos» los demás, sin exclusión, quedan compelidos a pasar por la división -como acto obligado-, sea ésta acordada de forma convencional, arbitral o judicial (vid. Sentencia de 27 de mayo de 1988). Todos los comuneros están legitimados pasivamente ante el ejercicio de la acción de división. Por ello, así como para pedir la partición o división se exige capacidad y poder de disposición (cfr. artículos 406 y 1052 del Código Civil), por el contrario es suficiente la mera capacidad de administrar para consentir la división instada por otro comunero (cfr. artículos 406 y 1058 del Código Civil). Por otra parte, desde el punto de vista de los efectos, prescindiendo de la polémica sobre si la división de la cosa común constituye o no un acto traslativo o dispositivo, o de mero

desenvolvimiento del propio derecho originario del comunero que permite la concreción de la cuota sobre un bien individual o una porción material de un bien concreto (vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1982, 12 de abril de 2007 y 25 de febrero de 2011, y Resoluciones de 14 de diciembre de 2000, 26 de abril de 2003, 19 de mayo y 26 de julio de 2011), lo cierto es que el adjudicatario de la cosa o de la porción material correspondiente no puede invocar el título de esta adjudicación como adquisición susceptible del amparo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sino que dicho título lo será el mismo que dio origen a la propia situación de comunidad (contrato, legado, usucapión, etc.), ni es tampoco la división título apto para ganar la usucapión ordinaria. Del mismo modo, subsisten tras la división las consecuencias y efectos jurídicos que se deriven de la relación jurídica originaria que dio nacimiento al derecho de cuota, como pueden ser las eventuales restituciones derivadas de la anulación, resolución o rescisión del contrato por el que se adquirió dicha cuota (cfr. artículos 1303, 1124 y 1295 del Código Civil), la reversión o revocación de donaciones, (cfr. artículos 812 y 644 del Código Civil), etc.».

3. A la vista de esta doctrina, si el acto no produce la disminución de miembros de la comunidad, sino simplemente la alteración de las cuotas de los mismos, no cabrá calificarlo de acto de disolución, porque no existirán elementos suficientes para distinguirlo de la simple transmisión de cuotas. Sin embargo, todo acto, aunque no implique reducción de los miembros de la comunidad, por propia naturaleza, puede entenderse encaminado al cese final de la situación de comunidad y, aunque no se logre dicho efecto totalmente, si el acto tiende naturalmente a dicho resultado, podrá ser calificado de disolución.

Así pues, entre los supuestos de disolución, podemos considerar como ejemplos los siguientes: a) En una comunidad que comprende varios bienes, los partícipes adjudican uno o varios bienes a alguno de ellos, en propiedad exclusiva, en pago de sus derechos en la comunidad, subsistiendo la comunidad entre los restantes partícipes no adjudicatarios sobre el resto de los bienes no adjudicados, con reajuste de las cuotas entre estos últimos. Sería un caso similar al que en el ámbito de la partición hereditaria recoge el artículo 80.1.c del Reglamento Hipotecario; b) En una comunidad de bienes integrada por varias fincas, se forman lotes que se adjudican a grupos de partícipes diferenciados, recibiendo dichos grupos de adjudicatarios los lotes en comunidad pro indiviso; c) En una comunidad sobre un bien indivisible, material o económicamente, los copropietarios acuerdan adjudicarlo en pro indiviso a varios de ellos, que compensan en metálico a los no adjudicatarios, y d) En una comunidad sobre un solo bien, los titulares de algunas de las cuotas, pero no de todas, entre ellos se adjudican las cuotas de que son titulares, recibéndolas uno o varios de ellos que compensan en metálico a los demás.

4. Centrados en el supuesto de este expediente, se mantiene el número de los comuneros pero se extingue la comunidad respecto de una de las dos fincas que la integran; la finca sobre la que se mantiene la comunidad es ciertamente indivisible; la diferencia de valor entre ambas fincas imposibilita la adjudicación de cada una de ellas a cada uno de los comuneros sin que se produzcan unas diferencias importantes entre las adjudicaciones; no hay compensación en metálico, por lo que se adjudica una mayor cuota de la finca que continúa en comunidad a favor del que cede su cuota en la otra finca. En consecuencia, las actuaciones han extinguido la comunidad sobre una de las fincas y están encaminadas a la extinción de la comunidad sobre la otra. Consecuentemente, puede entenderse que el negocio jurídico celebrado va encaminado a provocar la extinción de la comunidad.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar la calificación.

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, 4 de abril de 2016.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.