

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**8809** *Resolución de 30 de junio de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Madrid nº 47 a inscribir una escritura de compraventa.*

En el recurso interpuesto por don Ramón María Moscoso Torres, notario de Jaén, contra la negativa de la registradora de la Propiedad de Madrid número 47, doña María Dolores Esteve Portolés, a inscribir una escritura de compraventa.

##### Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 21 de enero de 2016 por el notario de Jaén, don Ramón María Moscoso Torres, con el número 51 de protocolo, don C. P. P. vendió una octava parte indivisa de determinada finca a doña M. B. P. P., por precio pagado en metálico. En dicha escritura, la parte compradora solicita la inscripción de la cuota indivisa adquirida: «(...) con carácter privativo, al ser previamente titular de otra cuota sobre el mismo inmueble con dicho carácter, por analogía de la regla 4.ª del artículo 1346 del Código Civil, conforme al criterio mantenido por la DGRN en Resolución de 29 de enero de 2013, teniendo en cuenta además que la parte vendedora había anunciado su intención de vender, y que la compradora tiene derecho de preferente adquisición conforme al artículo 1522 del Código Civil».

II

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Madrid número 47, fue objeto de la siguiente nota calificación: «Registro de la Propiedad n.º 47 de Madrid Hechos Primero.—Copia autorizada electrónica de la escritura de compraventa autorizada por el Notario de Jaén don Ramón María Moscoso Torre, el día 21 de enero de 2016, con el número de protocolo 51, se presentó en este Registro a las 10:03 horas del día 25 de enero de 2017, según asiento de presentación 684 del Diario 159. Segundo.—En dicha escritura don C. P. P. vende una octava parte indivisa de una finca a doña M. B. P. P. El precio de la compraventa asciende a 20.728,28 euros, satisfecho en metálico, según afirman las partes sin acreditarlo fehacientemente al Notario autorizante. En dicha escritura la parte compradora solicita la inscripción de la cuota indivisa adquirida “con carácter privativo, al ser previamente titular de otra cuota sobre el mismo inmueble con dicho carácter, por analogía de la regla 4.ª del artículo 1346 del Código Civil, conforme al criterio mantenido por la DGRN en Resolución de 29 de enero de 2013, teniendo en cuenta además que la parte vendedora había anunciado su intención de vender, y que la compradora tiene derecho de preferente adquisición conforme al artículo 1522 del Código Civil”. Tercero.—La citada escritura se encontraba pendiente de que se despachara con carácter previo otros títulos relativos a la misma finca y presentados con anterioridad, a saber: 1.ª La Escritura de adjudicación de herencia causada por fallecimiento de don F. P. P., autorizada por el Notario de Linares don José Antonio Caballos Castilla, el día 23 de octubre de 2008, con el número de protocolo 2150, presentada bajo el asiento 682 del Diario 159. 2.ª—Escritura de adjudicación de herencia causada por fallecimiento de doña D. P. P., autorizada por el Notario de Jaén Ramón María Moscoso Torres, el día 11 de septiembre de 2015, con el número de protocolo 775, presentada bajo el asiento 683 del Diario 159. Las referidas escrituras causaron las inscripciones 8.ª y 9.ª practicadas los días 13 de febrero y 15 de febrero, respectivamente, de 2017. Y, al amparo del artículo 18

de la Ley Hipotecaria, el plazo para calificar y despachar la precedente escritura de compraventa empezó a contarse desde la fecha de despacho del último de los referidos títulos previos, es decir, desde el día 15 de febrero de 2017. Cuarto.—La finca cuya participación indivisa de finca es objeto de compraventa —finca 2.212 de la Sección Segunda de Madrid Vicálvaro—, está inscrita de la siguiente manera: El pleno dominio de una mitad indivisa a favor de don F. J. F. R., por título de herencia, según resulta de la inscripción 6.<sup>a</sup>; el usufructo vitalicio de una cuarta parte indivisa a favor de doña D. P. P., por título de herencia, según consta en la inscripción 8.<sup>a</sup>; la nuda propiedad de una cuarta parte indivisa a favor de don C. y doña B. P. P., por título de herencia, según consta en la inscripción 8.<sup>a</sup>; y el pleno dominio de una cuarta parte indivisa a favor de doña B. P. P., por título de herencia, según resulta de la inscripción 9.<sup>a</sup> Es decir, don C. P. P. es titular, según el Registro, de la nuda propiedad de una octava parte indivisa. Fundamentos de Derecho Primero.—Conforme a los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 de su Reglamento, el Registrador califica bajo su responsabilidad los documentos presentados, extendiéndose la calificación —entre otros extremos— a “los obstáculos que surjan del Registro”, a “la legalidad de sus formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicite la inscripción”, a “las que afecten a la validez de los mismos, según las leyes que determinan la forma de los instrumentos” y a “la no expresión, o la expresión sin claridad suficiente, de cualquiera de las circunstancias que, según la Ley y este Reglamento, debe contener la inscripción, bajo pena de nulidad”. Segundo.—El artículo 20 de la Ley Hipotecaria establece que “Para inscribir o anotar títulos por los que declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre se otorguen los actos referidos. En el caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, los Registradores denegarán la inscripción solicitada”.—Este artículo sanciona el principio hipotecario de tracto sucesivo. En el supuesto que ahora nos ocupa, y para cumplir con las exigencias derivadas del principio hipotecario de tracto sucesivo, es necesario inscribir con carácter previo la extinción del usufructo que sobre la participación de la finca objeto de la compraventa ostentaba doña D. P. P., quedando así consolidado el pleno dominio de la referida participación indivisa de finca a favor del vendedor, don C. P. P. Tercero.—El artículo 1.361 del Código Civil dispone que “Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio, mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer” y el 1347.3.º que “son bienes gananciales... los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos”. Por otra parte, el artículo 1346, en sus apartados 3.º y 4.º, del Código Civil establece que “Son privativos e cada uno de los cónyuges: (...) 3.º—Los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos. 4.º—Los adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges”a. [sic] finalmente, el artículo 1324 del mismo cuerpo legal dispone que “Para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos, será bastante la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges.” En consonancia con los preceptos sustantivos del Código Civil español que se acaban de citar, el artículo 94.1 del Reglamento Hipotecario dispone que “los bienes adquiridos a título oneroso por uno solo de los cónyuges, sin expresar que adquiere para la sociedad de gananciales, se inscribirán a nombre del adquirente con carácter presuntivamente ganancial”, mientras que el 95 exige en su apartado 1 para inscribir la finca como privativa del cónyuge adquirente “que legalmente tenga tal carácter”, aclara a continuación en su apartado 2 —en relación con el 1347.3.º del Código Civil, antes visto— que «el carácter privativo del precio o contraprestación del bien adquirido deberá justificarse mediante prueba documental pública». Y en su párrafo cuarto sigue diciendo el artículo 95 del Reglamento Hipotecario que “Si la privatividad resultare solo de la confesión del consorte, se expresará dicha circunstancia en la inscripción y ésta se practicará a nombre del cónyuge a cuyo favor se haga aquélla. Todos los actos inscribibles relativos a estos bienes se realizarán exclusivamente por el cónyuge a cuyo

favor se haya hecho la confesión, quien no obstante necesitará para los actos de disposición realizados después del fallecimiento del cónyuge confesante el consentimiento de los herederos forzosos de éste, si los tuviere, salvo que el carácter privativo del bien resultare de la partición de la herencia”.—Cuarto.—El artículo 4 del Código Civil dispone en su primer párrafo que “Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”. Quinto.—En relación con el artículo 1346.4.º del Código Civil, el artículo 1522 del mismo cuerpo legal dispone que “El copropietario de una cosa podrá usar del retracto en el caso de enajenarse a un extraño la parte de todos los demás condueños o de alguno de ellos. Cuando dos o más copropietarios quieran usar del retracto solo podrán hacerlo a prórroga de la porción que tengan en la cosa común». Y conforme al artículo 1524 del referido cuerpo legal, “No podrá ejercitarse el derecho de retracto legal sino dentro de los nueve días, contados desde la inscripción en el Registro, y en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta”. En el supuesto que ahora nos ocupa se solicita la inscripción de una cuota indivisa adquirida por título de compraventa con carácter privativo sin que se justifique el carácter privativo de la contraprestación —artículo 95.1 y 2 Reglamento Hipotecario—, por analogía con la regla 4ª del artículo 1346 del Código Civil y el criterio de la DGRN en la Resolución de 29 de enero de 2013, teniendo en cuenta que la parte vendedora había anunciado su intención de vender, y que la compradora tiene derecho de preferente adquisición conforme al artículo 1522 del Código Civil. Sin embargo, no puede aplicarse la aplicación analógica pretendida puesto que no puede haber analogía entre un negocio de compraventa y otro muy distinto de extinción del condominio, de naturaleza jurídica distinta y diverso régimen fiscal, no pudiendo apreciarse entre dichos negocios jurídicos identidad de razón. Además, el derecho que regula el artículo 1522 del Civil es un derecho de retracto y no de tanteo. Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica del negocio de compraventa éste tiene naturaleza traslativa del dominio. En efecto, conforme dispone el párrafo segundo del artículo 609 del Código Civil, “La propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes se adquieren y transmiten por... consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición”. Y conforme al artículo 1445 del Código Civil “Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente”. Es decir, en virtud del negocio jurídico de compraventa el vendedor transmite al comprador el dominio que hasta entonces tenía sobre la cosa objeto de la compraventa. Sin embargo, la extinción de condominio tiene una naturaleza distinta, conforme ha señalado la doctrina y la Dirección General de los Registros y del Notariado en diversas resoluciones. En la Resolución de 2 de enero de 2004 señala la Dirección General que “...la Resolución de 6 de abril de 1962 señaló que tal adjudicación del único inmueble inventariado ‘no envuelve una transmisión del dominio de unos coherederos a otros, sino del causante al adjudicatario, con la eficacia declarativa particular de toda partición, y con la posibilidad de ser rescindida y con los demás efectos civiles e hipotecarios diferentes a los de una enajenación, por lo cual este Centro Directivo reiteradamente ha sostenido que la partición en el supuesto especial del art. 1062, no constituye, cuando existan menores interesados un acto dispositivo que requiera la aplicación del hoy artículo 166 del Código Civil.” Y en la de 4 de abril de 2005 reitera que «este Centro Directivo ha señalado (cfr. Resolución de 2 de enero de 2004) que la extinción de una comunidad que recae sobre un bien indivisible, adjudicándolo a un condueño e indemnizando a los demás no tiene eficacia dispositiva sino particional”. Y finalmente, en la propia resolución citada en la escritura, la de 29 de enero de 2013, vuelve a señalar la Dirección General que “La disolución y extinción de la comunidad termina con la situación de condominio y constituye un derecho de propiedad exclusiva a favor del comunero, 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 5 de abril de 2005, entre otros). En esta última resolución contraponen la Dirección General «cualquier negocio traslativo de dichas cuotas» a la adjudicación, cuando se trate de bienes indivisibles, «a uno a cambio de abonar a los otros el exceso en metálico... sin que ellos pueda considerarse un acto de enajenación, sino “meramente de un negocio de naturaleza especificativa”. Además, el objeto de una compraventa puede ser tanto la totalidad de una finca como una o varias participaciones indivisas de la misma mientras que en la extinción del condominio, precisamente porque la finca es indivisible (1062 Código Civil,) el objeto del negocio jurídico es la totalidad de la finca. Y por ello, en el supuesto de la citada resolución, extinción de proindiviso de una finca indivisible adjudicada a uno de los condueños, dice la Dirección General 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, es decir, la cuota indivisa de la que trae causa la adjudicación, que en el caso examinado era privativa». En virtud de todo lo anteriormente expuesto no puede sino concluirse que el negocio jurídico de compraventa tiene una naturaleza traslativa distinta de la naturaleza de la extinción del condominio que tiene una naturaleza particional o especificativa. Sexto.—Y en consonancia con la naturaleza jurídica diversa que tienen los negocios jurídicos de compraventa y de extinción de condominio, dichos negocios jurídicos están sometidos a un régimen fiscal distinto. En efecto, el Título 1 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, regula la modalidad de «Transmisiones patrimoniales» (T.P.O.), y en su artículo 7.1.A) dispone que “Son transmisiones patrimoniales sujetas: A) Las transmisiones onerosas por actos ‘inter vivos’ de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas”. Y a continuación, en el apartado 2 enumera una serie de hechos que se consideran transmisiones patrimoniales a efectos de liquidación y pago del impuesto, entre los que no se incluye la extinción del condominio. La extinción del condominio pues no tributa por la modalidad de “T.P.O.” sino por la modalidad de “Actos jurídicos documentados” (“A.J.D.”) regulada en el Título III del referido Real Decreto Legislativo (artículos 28 y 31). Los tipos a los que se sujetan dichos actos impositivos son fijados por las respectivas Comunidades Autónomas, y por lo que se refiere a la Comunidad Autónoma de Madrid, la compraventa tributa a un tipo del 6% sobre el valor del objeto de la compraventa —que puede ser una o varias participaciones indivisas de finca o la totalidad de la finca— y la extinción de condominio a un tipo del 0,75 sobre la totalidad de la finca. Como puede apreciarse difiere bastante el tratamiento fiscal de un negocio al del otro. Séptimo.—En el supuesto concreto que ahora nos ocupa se solicita la inscripción de la participación indivisa objeto de la compraventa con carácter privativo por aplicación analógica de la regla 4.ª del artículo 1346 del Código Civil y el criterio de la Resolución de 29 de enero de 2013, es decir, se solicita la aplicación analógica de una solución dada por la D.G.R.N. a un supuesto de extinción de condominio en la que el objeto del negocio jurídico era la totalidad de una finca indivisible que se adjudicaba a uno de los condueños y no a un supuesto de compraventa de una cuota indivisa. Dicha escritura, sin embargo, se ha autoliquidado —impreso 600— por el concepto de “T.P.O.” tomándose como base imponible el valor de la participación objeto de la compraventa y aplicando el tipo del 6%. Es decir, por un lado se solicita la aplicación analógica de una solución dada por la DGRN para un supuesto concreto de extinción de condominio de una cosa indivisible y luego, por otro, se autoliquidada por la modalidad de T.P.O. y no por A.J.D. Además, se solicita la aplicación analógica de la regla 4.ª del artículo 1.346 del Código Civil, constando textualmente en la escritura que «la

compradora tiene derecho de preferente adquisición conforme al artículo 1522 del Código Civil". Ciertamente dicho artículo regula un derecho de adquisición preferente –retracto legal de comuneros– pero en la escritura presentada no se está ejercitando el referido derecho de retracto legal, dentro del plazo fijado por el artículo 1524 del Código Civil. Para ejercitar el derecho de retracto legal previamente tiene que haberse otorgado una compraventa, y una vez practicada la inscripción en el Registro y en su defecto, desde que el retrayente tenga conocimiento de la venta, empezará a contarse el plazo de nueve días para ejercitar dicho derecho de adquisición preferente (art. 1254 CC). Y no está regulado en el Código Civil ningún derecho legal de tanteo de comuneros como sucede, por ejemplo, en la Ley de Arrendamientos Urbanos, que en sus artículos 25 y 31, bajo el epígrafe "Derecho de adquisición preferente", regula tanto el derecho de tanteo como el de retracto a favor del arrendatario en el supuesto de venta de una finca arrendada. Es más, precisamente el artículo 24.4 de la LAU dispone que "El derecho de tanteo o retracto del arrendatario tendrá preferencia sobre cualquier otro derecho similar, excepto el retracto reconocido al condueño de la vivienda o el convencional que figurase inscrito en el Registro de la Propiedad al tiempo de celebrarse el contrato de arrendamiento». Dicho artículo se refiere únicamente al derecho de «retracto reconocido al condueño de la vivienda», no al de tanteo puesto que dicho derecho no está regulado. Finalmente, hay que señalar que en una escritura de extinción de condominio comparecen todos los titulares de la finca y, con el consentimiento de todos, se adjudica a uno de ellos la totalidad de la finca, pero en una escritura de compraventa de una cuota indivisa como la que ahora nos ocupa únicamente comparecen el vendedor y la compradora. Octavo.–Y dado que no puede aplicarse la analogía al presente supuesto por lo expuesto en los anteriores Fundamentos de Derecho, solo cabe la inscripción de la participación indivisa objeto de la compraventa con carácter presuntivamente ganancial (artículos 1361 del Código Civil y 94.1 del Reglamento Hipotecario), salvo que se acredite mediante prueba documental pública el carácter privativo del precio o contraprestación (artículo 95.1 y 2 del Reglamento Hipotecario), o el cónyuge de la compradora confiese el carácter privativo de la contraprestación, en cuyo caso se podrá inscribir con carácter privativo por confesión con los efectos que la ley atribuye a la confesión (artículos 1324 del Código Civil y 95.4 del Reglamento Hipotecario). Calificación: Vistos los anteriores Hechos y Fundamentos de Derecho y examinados los Libros del Registro, la Registradora que suscribe suspende la inscripción solicitada por los siguientes defectos subsanarles: 1.º–Es necesario inscribir en el Registro previamente la extinción del usufructo que sobre la participación indivisa objeto de la compraventa ostentaba doña D. P. P., quedando así consolidado el pleno dominio de la referida participación indivisa de finca a favor del nudo propietario y vendedor, don C. P. P. 2.º–No poder inscribirse la participación indivisa objeto de la compraventa a nombre de la compradora con carácter privativo por analogía con la regla 4.ª del artículo 1346 del Código Civil y la solución de la Resolución de la D.G.R.N. de 29 de enero de 2013 por no apreciarse identidad de razón entre los negocios jurídicos de compraventa de una cuota indivisa y extinción de condominio de la totalidad de una finca indivisible, como se ha señalado en los anteriores Fundamentos de Derecho. Por lo tanto, solo cabe la inscripción de la participación indivisa objeto de la compraventa con carácter presuntivamente ganancial salvo que se acredite mediante prueba documental pública el carácter privativo de la contraprestación o el cónyuge de la compradora confiese el carácter privativo de la contraprestación, en cuyo caso podrá inscribirse a favor de dicha señora con carácter privativo por confesión, con los efectos que la ley atribuye a la inscripción de dichos bienes. En el supuesto de que no se acredite el carácter privativo del precio o de la contraprestación ni el cónyuge de la compradora realice la confesión de privatividad a que se refiere el artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario, será necesario el consentimiento expreso de la compradora para poder inscribir la participación indivisa de la finca objeto de la compraventa con carácter presuntivamente ganancial, puesto que en la escritura se solicita expresamente la inscripción con carácter privativo. Contra la presente nota de calificación: (...) Madrid, 3 de marzo de 2017 La Registradora (firma ilegible) María Dolores Esteve Portolés».

## III

Don Ramón María Moscoso Torres, notario de Jaén, interpuso recurso el día 7 de abril de 2017 únicamente respecto del segundo de los defectos expresados en la anterior calificación, mediante escrito en el que alega los siguientes fundamentos jurídicos: «(...) Fundamentos de Derecho Primero. Que la calificación registral pone su acento en las diferencias entre un negocio de extinción de comunidad y un negocio de compraventa, que evidentemente las hay, y en este punto comparto la misma tanto en lo que se dice respecto a la naturaleza de ambos negocios y a su distinto régimen fiscal (fundamentos de derecho quinto y sexto de la calificación registral) y también incluso podría admitirse “que no pueda haber analogía entre un negocio de compraventa y otro muy distinto de extinción de condominio, de naturaleza jurídica distinta y diverso régimen fiscal”. Sin embargo no debe olvidarse que tanto la compraventa como el negocio de extinción de comunidad tienen causa onerosa y pueden llevar al mismo resultado: la reunión de todas las cuotas en una sola mano. Y no resulta muy lógico que comportando ambos negocios ordinariamente una contraprestación, la calificación del carácter privativo o ganancial pueda alterarse por el medio jurídico puesto por las partes para conseguir el mismo resultado si tienen ambos negocios la misma causa onerosa. Por ello no comparto que las evidentes diferencias tanto de naturaleza jurídica como de régimen fiscal que existan entre una extinción de comunidad y una compraventa puedan ser tan decisivas para argüir que no se pueda inscribir la participación indivisa adquirida por una compraventa con carácter privativo aduciendo la analogía con la regla 4.ª del artículo 1346 del Código Civil y la solución de la Resolución de la D.G.R.N. de 29 de enero de 2013 “por no apreciarse identidad de razón entre los negocios jurídicos de compraventa de una cuota indivisa y extinción de condominio de la totalidad de una tinca indivisible”, cuando ambos negocios ordinariamente tienen causa onerosa. Como se deduce del Fundamento de Derecho 2 la Resolución de la D.G.R.N. de 29 de enero de 2013 “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”. Y en ese supuesto concreto lo que debe determinarse es si cabe la aplicación analógica de la regla 4.ª del artículo 1346 del Código Civil, a la extensión de cuota indivisa originariamente privativa que se verifica por una escritura de compraventa de otra cuota indivisa que recae sobre el mismo bien, posibilidad que se admite doctrinalmente, pues no tiene sentido que una adquisición onerosa de una cuota que recae sobre un bien en el que el adquirente desde antes de que se verifique tal adquisición ya tiene una cuota privativa, tenga que realizarse necesariamente por la vía indirecta del derecho de retracto para ser privativa, cuando la citada vía implica igualmente la materialización de una compraventa. Segundo. Que como también se deduce de la resolución citada, 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»), «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 1159 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)”. Es decir que en los negocios jurídicos con causa onerosa no siempre se aplica el principio de subrogación real que es el que *prima facie* corresponde aplicar, ya que pueden concurrir circunstancias determinantes para que se antepongan los principios de accesión, autonomía de la voluntad, y el del carácter del propio bien del que deriva la adquisición. Y la concurrencia de esas circunstancias nada tiene que ver con la naturaleza del negocio. Y en la escritura de compraventa objeto de calificación confluye todo lo preciso para la aplicación de tales principios, lo cual permite y obliga a calificar la adquisición verificada en la misma como privativa: – El principio de accesión ya que la cuota indivisa adquirida por

la compraventa extiende o amplía la cuota originaria, efecto que también podría haberse producido aunque la adquisición se hubiera verificado por negocio de otra naturaleza. Antes de la compraventa, la compradora era titular registral de una cuarta parte indivisa en pleno dominio y de una octava parte indivisa en nuda propiedad (si bien el usufructo que la gravaba estaba extinguido). La compra de la octava parte indivisa por la compraventa formalizada en la escritura no hay duda que «mejora» la cuota originaria (cfr. artículo 1359 del Código Civil) o produce «incremento patrimonial» a la misma (cfr. artículo 1360 del Código Civil). – El principio de autonomía de voluntad (cfr. artículo 1355 del Código Civil) ya que existe una clara voluntad manifestada en la escritura de que la extensión de cuota verificada por la misma, tenga carácter privativo, pudiendo ser ello motivo determinante del mismo negocio, al tratarse de un bien de origen familiar, en el que es evidente la intención de no perturbar su carácter o calificación por el mismo negocio formalizado. Además una calificación contraria a la voluntad de las partes, podría suponer un obstáculo para eliminar lo que se mira con disfavor: las situaciones de comunidad, cuya extinción siempre se ha querido incentivar por nuestro Código Civil. – Y el principio del carácter del propio bien del que deriva el derecho a la adquisición (cfr. artículos 1346.4, 1347.4 o 1352 del Código Civil), pues debe presumirse que esa titularidad previa ha sido determinante para la realización del negocio formalizado en la escritura, en cuanto la mejora o incrementa. Y si esa titularidad previa era privativa, la extensión de la misma debe seguir el mismo carácter por aplicación de este principio. En consecuencia, seguir el criterio de la calificación registral supondría aniquilar la aplicación de estos principios que también debe regir en el desenvolvimiento de la sociedad de gananciales, independientemente de la naturaleza del negocio jurídico de adquisición del bien que se pretenda calificar privativo o ganancial. Tercero. Que el desequilibrio que pueda producirse entre los patrimonios de los cónyuges por tratarse de una adquisición onerosa y no tener aplicación el principio de subrogación real, se evita con el contrapeso que surge con el correspondiente derecho de reembolso consagrado en el artículo 1358 del Código Civil a favor del patrimonio que sufraga la adquisición, presumiblemente el ganancial (cfr. artículo 1361 del Código Civil). Cuarto. Que aun cuando pudiera admitirse la imposibilidad de aplicación analógica de la regla 4.ª del artículo 1346 del Código Civil y el criterio de la DGRN de 29 de enero de 2013, «puesto que no puede haber analogía entre un negocio de compraventa y otro muy distinto de extinción del condominio, de naturaleza jurídica distinta y diverso régimen fiscal, no pudiendo apreciarse entre dichos negocios jurídicos identidad de razón» (según lo que se dice en el fundamento de derecho quinto de la calificación registral), lo que ya sí resulta de muy difícil admisión es que se siga una interpretación tan estricta del artículo 1346.4.ª del Código Civil, que descarte radicalmente su posible aplicación al negocio instrumentado en la escritura, en la que se ha hecho constar “que la parte vendedora había anunciado su intención de vender, y que la compradora tiene derecho de preferente de adquisición conforme al artículo 1522 del Código Civil”, bajo el argumento de que «el derecho que regula el artículo 1522 del Civil (sic) es un derecho de retracto y no de tanteo». Siendo ello una obviedad no puede olvidarse que los derechos de tanteo y retracto se complementan pues el primero es un antecedente lógico del segundo: el retracto obedece al *desideratum* de favorecer las extinciones de comunidad, y ese mismo resultado también se consigue en una fase–previa con el reconocimiento del derecho de tanteo, cuyo ejercicio es menos traumático y conflictivo que el retracto. Por tanto configurándose los derechos de tanteo y retracto como fases o momentos encuadrados en un *misino* derecho o facultad de adquisición preferente, y deduciéndose de la escritura que la compradora adquiere en el ejercicio de un derecho de tanteo, voluntariamente reconocido por la parte vendedora, no puede comprenderse que no sea posible la aplicación analógica de la regla 4ª del artículo 1346 del Código Civil, al no apreciarse identidad de rayón entre el tanteo y retracto a los efectos de calificar un bien como ganancial o privativo conforme a la citada regla, y la consideración de que el derecho que regula el artículo 1522 del Código Civil «es un derecho de retracto y no de tanteo». Además una interpretación tan rígida de la norma citada haría imposible el reconocimiento de los principios generales antes aludidos que junto al de subrogación real, rigen la sociedad de gananciales, ya que solo podrían tener

aplicación en los supuestos de hecho estrictamente contemplados en las normas (artículos 1359, 1360, 1355, 1346.4, 1347.4 o 1.152 del Código Civil), sin posibilidad de extraer de las mismas la existencia de tales principios generales».

#### IV

Mediante escrito, de fecha 19 de abril de 2017, la registradora emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 4, 400, 401, 406, 1062, 1218, 1255, 1324, 1344, 1346, 1347, 1352, 1355, 1358, 1359, 1360, 1361, 1445, 1522, 1523 y 1524 del Código Civil; 18 de la Ley Hipotecaria; 51, 94, 95 y 98 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1982, 28 de mayo de 1986, 5 de marzo de 1991 y 25 de febrero de 2011, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de abril de 1962, 28 de noviembre de 1988, 11 de junio de 1993, 18 de octubre de 1999, 7 y 14 de diciembre de 2000, 26 de abril y 18 de diciembre de 2003, 2 de enero de 2004, 14 de abril y 24 de noviembre de 2005, 11 de octubre de 2006, 28 de junio, 25 de octubre y 23 de noviembre 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, 24 de febrero, 12 de marzo y 17 de septiembre de 2012 y 29 de enero y 12 de junio de 2013.

1. El título objeto de la calificación impugnada es una escritura de compraventa de una octava parte indivisa de determinada finca por precio pagado en metálico. En dicha escritura la parte compradora solicita la inscripción de la cuota indivisa adquirida: «(...) con carácter privativo, al ser previamente titular de otra cuota sobre el mismo inmueble con dicho carácter, por analogía de la regla 4.ª del artículo 1346 del Código Civil, conforme al criterio mantenido por la DGRN en Resolución de 29 de enero de 2013, teniendo en cuenta además que la parte vendedora había anunciado su intención de vender, y que la compradora tiene derecho de preferente adquisición conforme al artículo 1522 del Código Civil».

Según el defecto que es objeto de impugnación, considera la registradora que no puede inscribirse la participación indivisa objeto de la compraventa a nombre de la compradora con carácter privativo por analogía con la regla 4.ª del artículo 1346 del Código Civil por no apreciarse identidad de razón entre los negocios jurídicos de compraventa de una cuota indivisa y extinción de condominio de la totalidad de una finca indivisible. Por ello, sostiene que sólo cabe la inscripción de dicha participación indivisa con carácter presuntivamente ganancial, salvo que se acredite mediante prueba documental pública el carácter privativo de la contraprestación o el cónyuge de la compradora confiese el carácter privativo de la contraprestación, en cuyo caso podrá inscribirse a favor de doña M. B. P. P. con carácter privativo por confesión; y en el supuesto de que no se acredite el carácter privativo del precio o de la contraprestación ni el cónyuge de la compradora realice la confesión de privatividad a que se refiere el artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario, será necesario el consentimiento expreso de la compradora para poder inscribir la participación indivisa de la finca objeto de la compraventa con carácter presuntivamente ganancial, puesto que en la escritura se solicita expresamente la inscripción con carácter privativo.

El notario recurrente alega que la aplicación analógica de la regla 4.ª del artículo 1346 del Código Civil a la extensión de cuota indivisa originariamente privativa que se verifica por una escritura de compraventa de otra cuota indivisa que recae sobre el mismo bien se admite doctrinalmente, pues no tiene sentido que una adquisición onerosa de una cuota que recae sobre un bien en el que el adquirente ya tiene previamente una cuota privativa tenga que realizarse necesariamente por la vía indirecta del derecho de retracto para ser privativa, cuando la citada vía implica igualmente la materialización de una compraventa.

2. Como ha puesto de relieve este Centro Directivo «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) (...) 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)”» (vid. la Resolución de 29 de enero de 2013).

Una idea cardinal, que debe ser determinante en la resolución de este recurso, es que en sede de gananciales, y de no aplicarse el denominado principio de subrogación real a las adquisiciones onerosas (con arreglo al cual los bienes adquiridos tienen la misma naturaleza, sea privativa, sea ganancial, que tuviesen los fondos utilizados o la contraprestación satisfecha), por prevalecer otro de los principios rectores al que seguidamente se hará referencia siquiera brevemente, para evitar el desequilibrio entre los distintos patrimonios de los cónyuges nace siempre, como contrapeso, el correspondiente

derecho de reembolso a favor del patrimonio con cargo al cual se sufraga la adquisición, tal y como claramente se consagra en el artículo 1358 del Código Civil.

Ciertamente, respecto de la determinación del carácter ganancial o privativo de la adquisición, la prevalencia del origen o procedencia privativa o ganancial del derecho que fundamenta la adquisición sobre la naturaleza de la contraprestación, o, si se prefiere, la primacía de la natural consecuencia del desenvolvimiento del derecho de cuota, es claramente admitida doctrinalmente cuando, en relación con la aplicación de las reglas que determinan la privatividad y ganancialidad de los bienes adquiridos por derecho de retracto, se entiende que rigen ya cuando se ejercite judicialmente el derecho de adquisición, ya cuando quienes habían de soportar su ejercicio se avengan extrajudicialmente a la adquisición por el retrayente, incluyendo en esta segunda hipótesis el supuesto de enajenación directa a quien es titular de un derecho de retracto (p.ej. un comunero vende a otro comunero), poniendo fin de ese modo a una situación de comunidad que como es bien sabido, y desde tiempo inmemorial, siempre ha sido contemplada con disfavor por en el ordenamiento jurídico.

Esta consideración es aplicable en el presente caso, pues en la escritura negativamente calificada se afirma paladinamente que ha existido una previa decisión de vender frente a la que se alza el derecho de preferente adquisición del finalmente comprador, por lo que debe darse primacía a la natural consecuencia del desenvolvimiento del derecho de cuota cuyo corolario es la privatividad de la adquisición, habida cuenta de la indiferencia de la forma en que se califique formalmente la extinción de ese condominio, sea como un acto de disolución con exceso de adjudicación y con apoyo en el artículo 1062 del Código Civil, sea como compra por un condómino de las cuotas de los demás copropietarios.

A mayor abundamiento, esa idea o criterio rector subyace igualmente en la Resolución de este Centro Directivo de 12 de junio de 2013, que en un caso de compra por un copropietario de la cuota de otro copropietario incluye el siguiente razonamiento claramente favorable a la posibilidad de inscripción de aquella como privativa, si se hubiera planteado la cuestión en esos términos; esto es, si en la escritura de compra se hubiera declarado que la adquisición se realizaba en atención al derecho de retracto o como una forma de disolución de la comunidad, pues entonces claramente se podría haberse practicado la inscripción de la adquisición como privativa, que es precisamente lo que sucede –y se pide– en el título que ha motivado la calificación negativa objeto del presente recurso: «(...) Mas esta circunstancia no prejuzga el que no pudiera acceder al Registro el carácter privativo de la cuota indivisa del bien adquirido, si se tiene en cuenta el carácter del propio bien (la otra cuota indivisa adquirida previamente por herencia) del que deriva el derecho a la adquisición (cfr. artículos 1346.4, 1347.4 o 1352 del Código Civil) que nos ocupa, que bien pudo haberse puesto de relieve en la escritura concernida. En efecto, de la nota registral que se une a la escritura resulta el carácter privativo del recurrente de la restante cuota indivisa del bien adquirido. Todo parece indicar que aquí se produce esta adquisición como la natural consecuencia del desenvolvimiento del derecho de cuota (criterio de determinación de la naturaleza de los bienes dentro del consorcio ganancial que es preferente al de subrogación real), ya se entienda que a través de esta compra se realiza también un acto extintivo, por el que se pone fin (por vía no liquidatoria, cfr. Resoluciones 24 de febrero de 2012 y 29 de enero de 2013) a una situación de condominio, o ya se entienda que envuelve el ejercicio, de mutuo acuerdo, del derecho de retracto que el Código Civil reconoce a los comuneros. En efecto, como declaró la reciente Resolución de 29 de enero de 2013, «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». Esta solución trasladaría al ámbito intraconyugal la problemática de la naturaleza privativa o ganancial del dinero invertido, especialmente a los efectos del derecho de reembolso previsto en el artículo 1358 del Código Civil, mas no debería impedir que la naturaleza privativa de la adquisición obtuviese la debida constancia tabular».

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

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, 30 de junio de 2017.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.