

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**13243** *Resolución de 17 de septiembre de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Burgos n.º 1, por la que se deniega la rectificación de una inscripción que se solicitaba como consecuencia de un error.*

En el recurso interpuesto por don J. G. G. contra la calificación del Registrador de la Propiedad de Burgos número 1, don José Miguel de la Paz Balmaceda, por la que se deniega la rectificación de una inscripción que se solicitaba como consecuencia de un error.

#### Hechos

##### I

Mediante escritura autorizada por el Notario de Burgos, don J. Julio Romeo Maza, de fecha 31 de agosto de 1994, don Javier G. G. y doña Marta G. G., titulares por mitad y proindiviso de una finca adquirida en estado de solteros, extinguen la comunidad existente, adjudicándola a don Javier G. G., quien en ese momento estaba casado en régimen de gananciales con doña M. J. M. M., compensando las diferencias de adjudicación. El Registrador inscribe una mitad indivisa de la finca a favor de don Javier G. G. con carácter privativo y otra mitad indivisa con carácter presuntivamente ganancial. Ahora, don Javier G. G. solicita en instancia suscrita el 16 de marzo de 2012 la rectificación de la inscripción al considerar que se tenía que haber practicado la misma con carácter privativo.

##### II

La referida escritura junto a la instancia se presentan en el Registro de la Propiedad de Burgos número 1 el día 17 de marzo de 2012, asiento 1129 del Diario 152, y son objeto de calificación negativa el día 29 de marzo de 2012 con arreglo a la siguiente nota: «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 Javier G. G., Javier, el día 17/03/2012, bajo el asiento número 1129, del tomo 152 del Libro Diario y número de entrada 1192, que corresponde a una segunda copia de escritura de disolución de condominio número 1.819 otorgada en Burgos, el 31 de agosto de 1994 ante el notario Romeo Maza, que fue objeto de inscripción en este Registro, causando la inscripción cuarta de la finca 29.555 al folio 103 del Tomo 3.636 del Archivo, libro 341 que lleva 11 de noviembre de 1994, acompañada de instancia suscrita por el presentante solicitando la subsanación de dicha inscripción, ha resuelto no practicar los asientos solicitados en base a los siguientes Fundamentos de Derecho: Contravenir lo dispuesto en los artículos 38.1.º y 1 de la Ley Hipotecaria que regulan los principios de legitimación registral y el genérico de inalterabilidad de los asientos practicados. El primero de ellos establece que «a todos los efectos legales se presume que los derechos reales inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo»; en el caso que nos ocupa, la finca aparece inscrita en una mitad con carácter privativo y en la otra con carácter presuntivamente ganancial, sin que esta presunción haya sido destruida por la prueba en contrario, que sería la confesión del consorte conforme a lo dispuesto en el artículo 95 del Reglamento Hipotecario, o en su caso la resolución judicial que al respecto se dictara, también de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria al hablar de la inexactitud registral y de la forma de subsanarla. Este caso no recoge un

supuesto de error sino de inexactitud registral; rectificable conforme a lo señalado en el anterior citado precepto ya que no existe ninguna equivocación al trasladar el título al asiento registral, por lo que no se puede hablar de error material ni de concepto; podrá discutirse si la adquisición de la mitad indivisa inscrita en su día debió hacerse con carácter privativo por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1346.3.º del Código Civil, pero una vez practicado el asiento en la forma en que lo está, el registrador carece de competencia para alterar su contenido, y más aún en el caso que nos ocupa, al modificar la naturaleza de una finca inscrita en su mitad con carácter presuntivamente ganancial y hacerla privativa con las trascendentales consecuencias que en orden a la realización de actos dispositivos sobre la finca implicaría dicho cambio; todo ello de conformidad con los preceptos legales anteriormente invocados. Y por considerarlo un defecto insubsanable se procede a la denegación de la rectificación solicitada. No se toma anotación preventiva por defectos subsanables por no haberse solicitado. Contra la presente (...) Burgos a veintinueve de marzo del año dos mil doce. El Registrador de la Propiedad, (firma ilegible y sello del Registro). Fdo: José Miguel de Paz Balmaseda».

## III

Solicitada calificación sustitutoria de la Registradora de la Propiedad de Lerma ésta confirma la calificación anterior mediante nota de 7 de mayo de 2012.

## IV

Mediante escrito de 20 de junio de 2012 que tiene entrada en el Registro el día 21 de junio de 2012, don Javier G. G interpone recurso gubernativo alegando, en síntesis, que «relacionando el artículo 95 del Reglamento Hipotecario con el artículo 1346 del Código Civil, al consolidarse la propiedad mediante una disolución de condominio, que no es otra cosa que un retracto recogido en el artículo 1346.4 del Código Civil, la inscripción del bien debió haberse hecho el 100% con carácter privativo de don J. G. G., y no un 50% con carácter presuntivamente ganancial, razón por la cual existe un error en la inscripción de la finca, solicitando su subsanación».

## V

Mediante escrito con fecha de 26 de junio de 2012, el Registrador de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

**Fundamentos de Derecho**

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

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

a) Mediante escritura otorgada el día 31 de agosto de 1994 dos personas que adquirieron en estado de soltero un piso por mitad y proindiviso disuelven el condominio existente y siendo indivisible el bien convienen en adjudicarlo a uno de ellos, compensando al otro en metálico la diferencia de adjudicación. En el momento de la adjudicación el adjudicatario está casado en régimen de gananciales.

b) El registrador, después de reseñar en el cuerpo del asiento lo expresado, practica la inscripción a favor de Javier G. G casado con doña M-J M. M. «una mitad indivisa con carácter privativo y la otra mitad indivisa con carácter presuntivamente ganancial (cfr. artículo 94.1 del Reglamento Hipotecario)». De la inscripción siguiente resulta que en escritura otorgada el mismo día que la de disolución de comunidad don Javier G. G. y doña M-J M. M. como titulares de la finca constituyen hipoteca sobre la misma en garantía de un préstamo. Esta hipoteca está cancelada en la actualidad.

c) Mediante instancia suscrita por don Javier G. G el 16 de marzo de 2012 se solicita la rectificación del Registro, entendiéndose que ha existido un error, y solicita que se haga constar el carácter privativo de la adquisición en cuanto a la totalidad de la finca, invocando para ello los artículos 1346.4 del Código Civil en relación al artículo 95 del Reglamento Hipotecario.

d) El Registrador considera que no existe propiamente un error, y que partiendo de los artículos 38.1 y 40 de la Ley Hipotecaria no puede proceder a verificar la rectificación solicitada, requiriéndose para ello, a su juicio, bien el consentimiento del consorte del adjudicatario, bien resolución judicial.

2. Cuestión básica para resolver el supuesto de hecho planteado es si nos encontramos ante un error, y caso de serlo si es material o de concepto, y, en último término, la vía adecuada para su eventual rectificación. El artículo 212 de la Ley Hipotecaria exige para considerar un error como material que con el mismo no se cambie el sentido general de la inscripción ni de ninguno de sus conceptos; por otra parte, el artículo 216 de la misma Ley señala que se comete error de concepto cuando al expresar en la inscripción alguno de los contenidos en el título se altere o varíe su verdadero sentido; así mismo, el artículo 327 del Reglamento Hipotecario determina que se considera el error de concepto de los comprendidos en el párrafo primero del artículo 217 de la Ley Hipotecaria (es decir, los cometidos en inscripciones, anotaciones o cancelaciones, o en otros asientos referentes a ellas, cuando no resulte claramente de las mismas), el contenido en algún asiento por la apreciación equivocada de los datos obrantes en el Registro. De todo ello se deriva que en el presente supuesto el error, caso de haberlo, no sería material sino de concepto.

Pues bien, la legislación hipotecaria diferencia dos procedimientos para la rectificación de los errores de concepto: El que exige el acuerdo unánime de los interesados y del registrador o, en su defecto, resolución judicial, y el que permite la rectificación de oficio por parte del registrador cuando el error resulte claramente de los asientos practicados o, tratándose de asientos de presentación y notas, cuando la inscripción principal respectiva baste para darlo a conocer (cfr. artículo 217 de la Ley Hipotecaria).

Esta última modalidad de rectificación se infiere de lo dispuesto en el párrafo primero del citado artículo 217 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual «los errores de concepto cometidos en inscripciones, anotaciones o cancelaciones, o en otros asientos referentes a ellas, cuando no resulten claramente de las mismas, no se rectificarán sin el acuerdo unánime de todos los interesados y del registrador, o una providencia judicial que lo ordene», de donde se colige que resultando claramente el error padecido de los propios asientos, el registrador no precisa del consentimiento de los interesados para proceder a su rectificación. Así lo ha interpretado también el Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de febrero de 1999 al hacer la exégesis del citado artículo 217 de la Ley Hipotecaria —en un caso en que se expresó en la inscripción que la finca estaba libre de cargas, cuando en realidad estaba gravada con una sustitución fideicomisaria condicional— afirmando que «a sensu contrario si los errores de concepto de los asientos resultan claramente de los mismos (como ocurre en el tema que nos ocupa si contrastamos las inscripciones primera, segunda y tercera) la rectificación sigue pautas mucho más sencillas; no es preciso reunir ese cónclave entre los particulares y el registrador, ni tampoco acudir a la autoridad judicial. Basta con que el registrador, como encargado de la oficina, compruebe la equivocación padecida y la subsane mediante la oportuna diligencia».

Hecho este planteamiento general de la cuestión, procede ahora determinar si en el caso examinado en el presente expediente se ha incurrido efectivamente o no en un error de concepto, y en caso afirmativo cual haya de ser la vía adecuada para su rectificación.

3. La disolución y extinción de la comunidad, que 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), termina con la situación de condominio y constituye un derecho de propiedad exclusiva a favor del comunero, o comuneros, a quien o quienes, se adjudica el bien entero, o cada una de las porciones materiales que resulten de su división. Tradicionalmente se ha considerado que nuestro Derecho ha mirado con cierta prevención o disfavor las situaciones de comunidad o condominio, por ser antieconómicas (se dificulta la explotación de los bienes y se reduce su valor) y constituir una fuente de litigiosidad (constituyen una «mater rixarum»), y que por ello la ley facilita su extinción (aunque más propiamente podría decirse que este disfavor sólo tiene lugar cuando aquélla no es eficiente económicamente, pues hay supuestos de comunidades funcionales en que la explotación, uso o disfrute de «en común» es más eficiente que si éste se dividiese). En todo caso, y dejando a salvo supuestos especiales, lo cierto es que la ley 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 deba considerarse que se trata de un acto de enajenación, sino meramente de un negocio de naturaleza especificativa con todas las consecuencias que ello lleva implícito (cfr. artículos 404 y 1062 del Código Civil y las Resoluciones de 6 de abril de 1962, 2 de enero de 2004 y 4 de abril de 2005, entre otras). Es decir, como tiene declarado este Centro Directivo (Resolución de 11 de noviembre de 2011), la extinción o disolución de la comunidad ordinaria en nuestro Derecho puede tener lugar, bien por la división de la cosa común, bien por la reunión de todas las cuotas en una sola persona (comunero o no) en virtud de los correspondientes desplazamientos patrimoniales por cualquier título de adquisición, incluyendo la renuncia de un comunero, y también por su adjudicación a uno que compensa el derecho de los demás.

Son, pues, muy variados los medios que se pueden escoger para llegar a poner fin a un condominio, algunos de ellos son típicamente liquidatorios (y presuponen una valoración y adjudicación de los bienes, o partes divididas de los mismos, en pago del respectivo haber de cada partícipe, y son rescindibles por lesión, etc.). Pero esta pluralidad de negocios jurídicos, ya sean traslativos o determinativos, dispositivos o partitivos, tienen un régimen jurídico sustantivo, incluso, a veces, fiscal, bien diverso, y sólo comparten el efecto extintivo de la situación de cotitularidad sobre la que se proyecta.

Los comuneros mayores de edad y plenamente capaces pueden hacer la división de la manera que tengan por conveniente por aplicación del artículo 1058 del Código Civil en relación al artículo 406 del mismo texto legal. En el caso concreto en que el bien sea indivisible o desmerezca mucho por la división podrá convenirse que se adjudique a uno indemnizando a los demás. En este último supuesto, el pago en metálico no supone una desvirtuación causal del negocio de división y extinción de comunidad con superposición de otro ajeno al mismo. Como ocurre en sede de partición hereditaria (cfr. 1062 del Código Civil) el Código lo prevé como operación específicamente divisoria (cfr. art. 400 del Código Civil).

4. Ahora bien, existen fuertes discrepancias en cuanto a la naturaleza jurídica de esta clase de negocio, lo cual se ha puesto especialmente de manifiesto en la doctrina de este Centro Directivo en sede de inmatriculación. Un sector doctrinal defiende el carácter meramente especificativo de derechos de la disolución de comunidad y afirma que la característica esencial del título público de adquisición de que habla el artículo 205 de la Ley Hipotecaria es contener un acto de adquisición derivativa, por lo que, por no implicar un título de transferencia inmobiliaria, la división de la cosa común no es título público inmatriculable. Otro sector doctrinal, defiende el carácter traslativo de la disolución,

mientras que un tercer sector sin embargo considera que el negocio jurídico causante de la inmatriculación puede ser un título atributivo o determinativo, excluyéndose solamente los títulos meramente declarativos o los que recojan una mera modificación física de la finca, como declaraciones de obra nueva, división horizontal sin disolución de comunidad, división material, agrupación o segregación (cfr. Resolución de 26 de julio de 2011).

Desde el punto de vista de la capacidad, cuando existen menores o incapacitados implicados en la disolución de comunidad, esta Dirección General exigió la autorización judicial, propia de los actos de disposición de bienes inmuebles, en aquellos casos en que habiendo varias cosas en comunidad, se rompe la regla del artículo 1061 del Código Civil. Pero no se consideran sujetos a autorización los actos de adjudicación de la única finca común, aunque se compense en efectivo al menor (cfr. Resolución de 2 de enero de 2004), ni tampoco cuando, siendo varias cosas, se forman lotes iguales (cfr. Resoluciones de 6 de abril de 1962 y 28 de junio de 2007).

Por su parte, la jurisprudencia también ha abordado el tema de la naturaleza jurídica de la división de la cosa común y la partición de herencia. Frente a las teorías que afirman o niegan rotundamente su carácter traslativo, prevalece en nuestra jurisprudencia una consideración intermedia de la partición. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2007, señala: «Esta Sala ha acogido la doctrina que atribuye a la partición efectos determinativos o especificativos de la propiedad sobre los bienes adjudicados a cada uno de los herederos, lo que resulta más acorde con el sentido de distintos artículos del propio Código... Así la norma del artículo 1068 del Código despliega sus efectos propios entre los coherederos atribuyendo la propiedad exclusiva del bien adjudicado al heredero, que antes de ella únicamente ostentaba un derecho abstracto sobre la totalidad de la herencia...». Se excluyen así, entre otras, las teorías que vendrían a equiparar la partición a un conjunto de permutas entre los coherederos o condueños, que sólo serían traslativas en la parte que no correspondía al adjudicatario por su cuota previa.

De todo ello se deduce que si bien mayoritariamente se considera a la extinción de comunidad como un negocio de naturaleza especificativa y no traslativa, singularmente en los supuestos de indivisibilidad con adjudicación a uno de los comuneros y compensación en metálico, no es unánime esta posición interpretativa.

5. En el caso que nos ocupa el registrador que practicó la inscripción reseñó en el cuerpo del asiento el contenido del título sin expresión errónea alguna relativa al mismo. Es en el acta de inscripción, lugar en el que debe hacerse una valoración jurídica del contenido del título presentado, en el que decide que el bien debe quedar inscrito en cuanto a una mitad indivisa con carácter privativo y en cuanto a la otra como presuntivamente ganancial. A igual conclusión llegó el notario autorizante, y los propios interesados, como se pone de manifiesto en la posterior inscripción de la escritura de hipoteca simultánea en el tiempo a la de extinción de comunidad, en la que son ambos cónyuges los que actúan como constituyentes de la hipoteca. Es decir, el registrador consideró que se había producido un efecto traslativo respecto de una mitad indivisa como consecuencia de la operación realizada, que en aplicación del principio general, en materia de determinación del activo ganancial, de subrogación real, debía ser calificada de presuntivamente ganancial. El recurrente, por el contrario, parte de 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, como especifica el párrafo final del mismo precepto, solución que cabría extender, por concurrir la misma «ratio iuris», a los casos en que los comuneros convienen que se adjudique la cosa a uno de ellos indemnizando a los demás (solución que esta Dirección General ha aplicado a los supuestos de partición de herencia con exceso de adjudicación: Vid. Resolución de 14 de abril de 2005), por entender, con una parte cualificada de nuestra doctrina, que tales adquisiciones son desenvolvimientos naturales del derecho de cuota (cfr. artículo 1523 del Código Civil), y que coordina con la tesis sostenida por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de mayo de 1986 sobre la naturaleza de la comunidad ordinaria (en el sentido de que cada comunero tiene la propiedad total sobre la cosa, limitada por el

concurso de las otras propiedades totales de los demás). Y si bien este Centro Directivo, como se ha indicado, ha mantenido una postura que no habría conducido al resultado de la inscripción en los términos en que fue practicada, lo cierto es que no puede hablarse de error, es decir una falsa representación del derecho que se pretende publicar por deficiencias del procedimiento representativo, sino de una valoración del título presentado que ha dado como resultado la inscripción debatida.

Pero incluso en el caso de que se interpretase que el presente caso es subsumible en la categoría de «error de concepto», en los términos previstos en la legislación hipotecaria, lo que no puede pretenderse es aplicar al mismo el procedimiento de rectificación simplificado basado en la mera solicitud del interesado favorecido por la rectificación, pues si bien es cierto que este Centro Directivo ha admitido en diversas Resoluciones (10 de marzo y 5 de mayo de 1978, 6 de noviembre de 1980, 26 noviembre de 1992, 10 de septiembre de 2004, 13 de septiembre de 2005, 19 de junio de 2010 y 7 de marzo de 2011) la posibilidad de rectificar el contenido del Registro sin necesidad de acudir al procedimiento general de rectificación antes apuntado, siempre que el hecho básico que desvirtúa el asiento erróneo sea probado de un modo absoluto con documento fehaciente, independiente por su naturaleza de la voluntad de los interesados, pues en tales casos bastará para llevar a cabo la subsanación tabular la mera petición de la parte interesada acompañada de los documentos que aclaren y acrediten el error padecido, sin embargo *in casu* no cabe estimar acreditado el error de un modo absoluto, a la vista de que la hipoteca inscrita de forma coetánea a la propia disolución de la comunidad fue constituida de forma conjunta por el comunero adjudicatario y por su cónyuge, lo que en modo alguno es irrelevante y descarta que pueda entenderse acreditado de modo absoluto el error, habida cuenta de los amplios términos del artículo 1323 del Código Civil que posibilitan cualquier desplazamiento patrimonial entre los cónyuges y, por ende, entre sus patrimonios privativos y el consorcial, siempre que se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto (artículo 609 del Código Civil). Entre dichos medios se incluye el negocio de aportación de derechos concretos a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente o de comunicación de bienes como categoría autónoma y diferenciada con sus propios elementos y características. Estos desplazamientos patrimoniales se someterán al régimen jurídico determinado por las previsiones estipuladas por los contratantes dentro de los límites legales (artículos 1255 y 1274 del Código Civil) y subsidiariamente por la normativa del Código Civil. No se trata ahora de entrar a analizar la eventual existencia y validez de un negocio de atribución de ganancialidad en el presente caso, a la vista de las circunstancias señaladas, pero sí de tomar en consideración dicha posibilidad a fin de confirmar la aplicación de la regla general en materia de intangibilidad y salvaguardia judicial de los asientos del Registro, de forma que, salvo en los casos excepcionales señalados -en los que por lo dicho no cabe incluir el presente-, en materia de rectificación de una titularidad inscrita es de aplicación la doctrina reiterada de este Centro Directivo (vid. Resoluciones de 20 de enero y 2 de marzo [3.ª] de 2012) según la cual, una vez practicada, la inscripción se halla bajo salvaguardia judicial y no es posible, en el estrecho y concreto ámbito de un recurso contra la calificación, la rectificación que se pretende en tanto no se consienta por la parte interesada o se ordene por la autoridad judicial de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria).

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la calificación impugnada en los términos que resultan de los anteriores fundamentos.

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, 17 de septiembre de 2012.-El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.