

## III. OTRAS DISPOSICIONES

### MINISTERIO DE JUSTICIA

**6318** *Resolución de 23 de abril de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Santiago de Compostela n.º 1 a inscribir la adjudicación de un inmueble mediante convenio regulador de separación aprobado judicialmente.*

En el recurso interpuesto por doña M. A. C. M. G. contra la negativa de la registradora de la Propiedad de Santiago de Compostela número 1, doña María del Pilar Rodríguez Bugallo, a inscribir la adjudicación de un inmueble mediante convenio regulador de separación aprobado judicialmente.

#### Hechos

I

Por sentencia firme, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Santiago de Compostela el día 7 de febrero de 2005, se estimó la demanda de separación de mutuo acuerdo interpuesta por los cónyuges doña M. A. C. M. G. y don J. B. G. S., con aprobación del convenio regulador propuesto por ellos, en el que se inventaría entre los «bienes del matrimonio» y como «patrimonio conyugal» una vivienda, finca registral número 11.386 del Registro de la Propiedad de Santiago de Compostela número 1, que figura inscrita con carácter ganancial mediante adjudicación en escritura de declaración de obra nueva y constitución de régimen de propiedad horizontal. Según consta en los asientos registrales, a la construcción realizada sobre finca privativa de la citada doña M. A. C. M. G. se le atribuyó expresamente carácter ganancial. En el convenio se atribuía el uso de dicha finca a la esposa, si bien, a continuación, en el mismo convenio la esposa manifestaba, y así lo corroboraba su esposo, que la referida vivienda «fue construida sobre terreno privativo de la esposa, y pagada la edificación con dinero privativo de la misma, consintiendo en que así se haga constar en el Registro de la Propiedad».

II

Presentado el día 16 de noviembre de 2017 testimonio de dicha sentencia en el Registro de la Propiedad de Santiago de Compostela número 1, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro de la Propiedad de Santiago N.º 1 Calificado el precedente documento por la Registradora que suscribe, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, se observan los siguientes Hechos 1.—Con fecha dieciséis de noviembre se presentó bajo el número 19 del Tomo 134 del Diario, Testimonio de la sentencia dictada el siete de febrero de dos mil cinco, por doña Pura Caaveiro Ameneiro, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia Número uno de Santiago de Compostela, en el procedimiento de separación de mutuo acuerdo 526/2004, con nota de presentación a efectos de liquidación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados de la misma fecha. Se acompaña certificación del Registro Civil de Santiago, acreditativa de la toma de razón de la misma. 2.—Mediante la expresa sentencia se declara la separación del matrimonio formado por don J. B. G. S. y doña M. A. C. M. G. y se aprueba el convenio regulador propuesto por los cónyuges. En el referido convenio, tras inventariar bajo el número 1, como parte del patrimonio conyugal, la vivienda (...) de esta ciudad, finca número diez de la propiedad horizontal y registral

número 11386, otorgan y reconocen que la referida vivienda “fue construida sobre terreno privativo de la esposa y pagada la edificación con dinero privativo de la misma, consintiendo que así se haga constar en el Registro de la Propiedad”. A continuación, bajo el número 2 señalan que también eran propietarios de un local comercial que ya han vendido y repartido su precio por mitad entre ambos, motivo por el cual “ya tiene dividida y liquidada totalmente la sociedad de gananciales existente entre ambos”. Del Registro resulta que la referida vivienda figura inscrita a favor de ambos cónyuges con carácter ganancial, por título de declaración de obra nueva, división horizontal y adjudicación, resultando de la inscripción 39 de la finca matriz (registral 4022) que los citados esposos han atribuido a la cuota de participación que les correspondía en la casa, carácter ganancial. Fundamentos de Derecho Artículos 1 y 40 de la Ley Hipotecaria, 100 del Reglamento Hipotecario y 609 del Código Civil. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado: treinta y uno de marzo de dos mil ocho, cinco de agosto de dos mil once, veintiuno de septiembre de dos mil dieciséis, veintitrés de septiembre de dos mil dieciséis, once de enero de dos mil diecisiete, ocho de septiembre de dos mil diecisiete, entre otras. En el presente caso, a pesar de la incongruencia de inventariar como “bienes del matrimonio” la finca registral 11386, parece claro que el objeto de la liquidación de gananciales lo constituye únicamente el reparto del dinero obtenido por la venta del local comercial (punto 2 del otorgamiento). En cuanto a la solicitud de constancia registral del carácter privativo de la esposa del terreno y del dinero invertido en la edificación, de una parte, resulta confuso el tipo de operación registral que se pretende, pues la mera constancia de dichas circunstancias carece de trascendencia real, por lo que cabe suponer que lo que se pide es una rectificación del Registro que no constituye contenido propio del convenio regulador al exceder del objeto del procedimiento seguido. Como tiene señalado la Dirección General de los Registros y del Notariado, el convenio regulador no puede servir de cauce formal para otros actos o negocios que, si bien puede tener como motivo subjetivo la separación o el divorcio, tienen su propia causa negocial objetiva (Resoluciones: treinta y uno de marzo de dos mil ocho, cinco de agosto de dos mil once, once de enero de dos mil diecisiete, ocho de septiembre de dos mil diecisiete). Además, teniendo en cuenta que en su momento se le atribuyó carácter ganancial, la rectificación de dicho carácter para configurar la finca como privativa, implica un desplazamiento patrimonial cuya causa no resulta del convenio y tampoco puede presumirse (artículo 609 del Código Civil y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de veintiuno de septiembre de dos mil dieciséis, veintitrés de septiembre de dos mil dieciséis, entre otras). En consecuencia, siendo dichos defectos subsanables, se suspende la inscripción solicitada. La presente calificación negativa determina la prórroga del asiento de presentación por el plazo que señalada el artículo 323.1 de la Ley Hipotecaria. Contra esta calificación (...) Santiago de Compostela, a 11 de diciembre de 2017 (firma ilegible) La Registradora Firmado: doña María del Pilar Rodríguez Bugallo».

Esta calificación fue notificada el día 28 de diciembre de 2017.

### III

Contra la anterior nota de calificación, doña M. A. C. M. G. interpuso recurso el día 26 de enero de 2018 en el que alega lo siguiente: «Hechos y fundamentos Primero.–(...) Tercero.–La compareciente no comparte los razonamientos de la Registradora considerando que la calificación infringe el art. 100 del Reglamento Hipotecario y la Doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado, por las siguientes razones: Primera.–El primer motivo de la calificación negativa lo enuncia la Sra. Registradora con el argumento de “que no constituye contenido propio del convenio regulador”. Creemos sinceramente que dicha interpretación es errónea, ya que la finca registral 11.386, Vivienda (...) que además constituía el domicilio familiar (véase apartado A, del convenio regulador), estaba inscrita en el Registro de la propiedad erróneamente con el carácter de bien ganancial, cuando en realidad era privativo.

Estamos pues ante una vivienda, domicilio conyugal cuyo uso se atribuye en el convenio, que se inventaría como bien ganancial por tener esta condición jurídicamente errónea, y que, en consecuencia, es materia propia e incluso ineludible del convenio regulador de la separación matrimonial, por lo tanto, el argumento de la calificación que se recurre es erróneo. Además, el reconocimiento de privacidad [sic] de un bien supuestamente ganancial es materia propia de un convenio regulador conforme a numerosas resoluciones de la DGRN que a continuación se citarán. La argumentación jurídica de la Sra. Registradora al respecto también es errónea, ya que las resoluciones de la Dirección General que cita se refieren a otro tipo de supuestos, casi todas ellas referidas a casos de atribución, en el convenio regulador, de bienes privativos de uno de los cónyuges al otro, sin constar debidamente motivado tal operación y sin que previamente se haya realizado la aportación de dichos bienes privativos a la sociedad de gananciales. Segunda.—El segundo argumento de la calificación negativa es que la operación de reconocimiento de privacidad [sic] de la vivienda familiar “implica un desplazamiento patrimonial cuya causa no resulta del convenio y tampoco puede presumirse”. Creemos nuevamente erróneo el argumento jurídico empleado por la Sra. Registradora. Son numerosas las resoluciones de la Dirección General que manifiestan que se refieren a la “causa familiar”, como contenido propio del convenio regulador (art. 90 del CC), es decir, que lo que es propio del convenio es la atribución de la vivienda familiar, y la liquidación de la sociedad conyugal. Las atribuciones, reconocimiento en nuestro caso, de bienes deben tener su causa en la liquidación del régimen económico o en la regulación de los efectos propios de la crisis matrimonial. A pesar de que el sistema español es causalista, no necesariamente se requiere la expresión de la causa típica, configurando el negocio con la dicotomía típica, no todos los negocios son onerosos o gratuitos. Aquí tampoco estamos ante un desplazamiento patrimonial, sino ante un mero reconocimiento de privacidad [sic] de un dinero invertido en un bien privativo de la esposa cuyo tratamiento específico viene recogido en los artículos 1.359 del Código Civil y 95 y concordantes del Reglamento Hipotecario, sin olvidar que el art. 96 del mismo cuerpo legal establece claramente que el carácter de privativo o ganancial de un bien vendrá determinado también por lo “válidamente pactado en capitulaciones matrimoniales”. Por lo tanto, creemos aplicable al presente caso la doctrina de la Resolución de la Dirección General de 27 de junio de 2005 (RJ/2005/5399) que transcribimos en su parte necesaria [transcribe los Fundamentos de Derecho]. A mayor abundamiento, debemos poner de manifiesto que en el convenio regulador, los cónyuges no hacen un simple reconocimiento de privacidad [sic] sin justificación o que pueda encubrir una donación u otra forma de transmisión encubierta del domino, sino que afirman: “Doña M. A. C. M. J. y así lo corrobora su esposo D. J. B. G. S., que la anterior partida n.º 1 (...), fue construida sobre terreno privativo de la esposa, y pagada la edificación con dinero privativo de la misma, consintiendo en que así se haga constar en el Registro de la propiedad.” O lo que es lo mismo, que siendo el título de dominio también citado en el convenio, la declaración de obra nueva y división horizontal de fecha 8 de noviembre de 1990, n.º 4.605 de protocolo notarial, estamos en presencia de una obra construida con posterioridad a 1981, a la que le es de plena aplicación el art. 1.359 del Código Civil que establece la privacidad [sic] de las obras construidas sobre suelo privativo, hecho fácilmente comprobable por la propia Registradora al analizar el título de dominio del suelo en el que se asienta el inmueble y que necesariamente ha de resultar de las inscripciones previas de la finca. Siendo como es afirmación, no reconocimiento, que el terreno era privativo de la esposa, en el convenio regulador el marido únicamente asevera/reconoce el carácter privativo del dinero invertido en la realización de la obra. Queremos decir, que, aunque no exista prueba de la privacidad [sic] de ese dinero -solo la confesión-, la obra en sí, la vivienda, es en todo caso privativa por aplicación del art. 1.359 del Código Civil. No hay pues en el reconocimiento de privacidad [sic] del dinero invertido ningún desplazamiento patrimonial del patrimonio del marido al de la esposa, pues la vivienda siempre fue de ella. Únicamente el convenio constata y corrige la existencia de un posible error en la atribución del carácter ganancial a un bien que nunca

lo fue. Ningún obstáculo existe en nuestra legislación a los contratos entre cónyuges (art. 1.323 del Código Civil), los cuales pueden liquidar el consorcio como tengan por conveniente (arts. 1.410 y 1058 del CC) y porque el art. 1.324 del CC establece que, entre cónyuges, es prueba la confesión. Por tanto, solicita que se revoque la calificación, acordando la inscripción de la vivienda situada en Vivienda (...) de Santiago de Compostela, inscrita al tomo 1.084, Libro 118, folio 165, finca 11.386, Inscripción 1.ª, con carácter privativo de la recurrente por haber sido construida sobre suelo privativo de la esposa (art. 1.359 del Código Civil) y con dinero privativo de ésta, cuya privacidad [sic] ha sido reconocida por su esposo en escritura pública (convenio regulador de la separación matrimonial aprobado por la sentencia de separación dictada por el Juzgado de primera instancia número 1 de Santiago de Compostela el siete de febrero de 2005, en autos de separación de mutuo acuerdo 526/2004, y, en consecuencia, el Registrador debe atenerse al pronunciamiento judicial, procediendo a su inscripción».

#### IV

La registradora de la Propiedad informó y elevó el expediente a esta Dirección General mediante escrito de fecha 7 de febrero de 2018. En dicho informe afirmaba que «resulta del Registro (inscripción 3.ª de la finca 4022 de obra nueva, división Horizontal y adjudicación y de la inscripción 1.ª de la finca 11386) que los cónyuges, en su momento (escritura otorgada el 8 de noviembre de 1990 ante el notario de Santiago Don Ildefonso Sánchez Mera, que motivó la expresada inscripción) le atribuyeron expresamente carácter ganancial».

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 90, 91, 95, 96, 97, 103, 400, 609, 1205, 1216, 1218, 1255, 1279, 1280, 1315, 1323, 1324, 1344, 1346, 1347, 1358, 1359, 1397 y 1404 del Código Civil; 44 y siguientes, 249, 250, 317.1, 319.1, 438, 522, 769, 770, 771, 774, 777, 806 y 810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 2, 3, 9, 18, 20, 34, 40, 38, 118, 216, 217, 219 y 326 de la Ley Hipotecaria; 51, 93, 94, 95, 96 y 100 del Reglamento Hipotecario; la Sentencia del Tribunal Supremo número 3175/2014, de 18 de julio, y las Resoluciones esta Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de mayo de 1978, 6 de noviembre de 1980, 25 de febrero, 9 y 10 de marzo y 31 de octubre de 1988, 6 de marzo de 1997, 16 de octubre y 18 de noviembre de 1998, 21 de diciembre de 1999, 9 de enero, 6 de marzo y 8 de octubre de 2001, 5 de diciembre de 2002, 15 y 16 de enero, 22 de julio y 27 de noviembre de 2003, 20 de febrero, 23 de marzo, 4 de mayo y 10 de septiembre de 2004, 2 de febrero, 21 de marzo, 27 de junio y 25 de octubre de 2005, 21 de enero, 3 de junio y 19 de diciembre de 2006, 31 de marzo y 5 de junio de 2008, 14 de mayo y 18 de noviembre de 2009, 22 de marzo, 19 de junio y 22 de diciembre de 2010, 7 de marzo y 23 de agosto de 2011, 2, 9 y 11 de abril, 19 de mayo, 4 de junio, 7 de julio, 5 de septiembre y 5 de diciembre de 2012, 9 de marzo, 14 de mayo y 26 de junio de 2013, 9 de abril, 8 de mayo, 2, 4 y 26 de junio, 1 y 26 de julio, 4, 6 y 29 de septiembre y 16 de octubre de 2014, 13 de marzo, 19 de junio y 24 de noviembre de 2015, 2 de marzo, 4 de mayo, 26 de julio, 23 de septiembre, 16 de octubre y 30 de noviembre de 2016, 11 de enero y 8 de septiembre de 2017 y 23 y 28 de febrero y 22 de marzo de 2018.

1. Debe decidirse en el presente expediente si es o no inscribible el testimonio de una sentencia de separación de mutuo acuerdo, con aprobación del convenio regulador en el que se inventaría entre los «bienes del matrimonio» y como «patrimonio conyugal» la vivienda familiar, que figura inscrita con carácter ganancial mediante adjudicación en escritura de declaración de obra nueva y constitución de régimen de propiedad horizontal. En el convenio se atribuye el uso de dicha finca a la esposa, si bien a continuación en el mismo convenio la esposa manifiesta, y así lo corrobora su esposo, que la referida vivienda «fue construida sobre terreno privativo de la esposa, y pagada la edificación con dinero privativo de la misma, consintiendo en que así se haga constar en

el Registro de la Propiedad». Según expresa la registradora en su informe, del Registro resulta que en dicha escritura que motivó la inscripción los cónyuges le atribuyeron expresamente carácter ganancial.

La registradora suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, la rectificación del Registro que se solicita no constituye contenido propio del convenio regulador, al exceder del objeto del procedimiento seguido; y porque considera que, al haberse atribuido carácter ganancial a la finca, la rectificación de este carácter implica un desplazamiento patrimonial cuya causa no se expresa en el convenio.

La recurrente alega que el reconocimiento del carácter privativo de un bien inscrito como ganancial es materia propia del convenio regulador; que es contenido propio del convenio la atribución de la vivienda familiar y la liquidación de la sociedad conyugal, y, además, que en este caso no existe desplazamiento patrimonial, sino un mero reconocimiento de privatividad del dinero invertido en un bien privativo de la esposa cuyo tratamiento específico viene recogido en los artículos 1359 del Código Civil y 95 y concordantes del Reglamento Hipotecario.

2. En relación con la rectificación del carácter ganancial con el que la vivienda aparece inscrita en el Registro, es regla básica en nuestro Derecho hipotecario que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria). Por ello, como ha reiterado este Centro Directivo (cfr. entre otras, las Resoluciones de 2 de febrero de 2005, 19 de diciembre de 2006, 19 de junio de 2010, 23 de agosto de 2011, 14 de mayo de 2013 ó 2 de marzo de 2016), la rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya a algún derecho, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho (cfr. artículos 40, 217 y 219 de la Ley Hipotecaria). No puede alterarse, por tanto, el contenido de los asientos sin dicho consentimiento o resolución judicial, o, en su caso, sin una acreditación fehaciente de lo manifestado que desvirtúe el contenido del título que motivó la inscripción vigente, pues, según la doctrina de esta Dirección General (fijada en Resoluciones como las de 5 de mayo de 1978, 6 de noviembre de 1980, 10 de septiembre de 2004, 19 de junio de 2010, 7 de marzo de 2011, 16 de octubre de 2016 y 23 y 28 de febrero de 2018), cuando la rectificación de errores o inexactitudes se refiere a hechos susceptibles de ser probados de un modo absoluto con documentos fehacientes, independientes, por su naturaleza, de la voluntad de los interesados, no es necesario acudir al procedimiento general de rectificación registral ni inexcusable la aplicación de los artículos 40.d) y 82 de la Ley Hipotecaria, y bastará para llevar a cabo la rectificación la petición de la parte interesada acompañada de los documentos que aclaren el error producido.

3. En el presente caso, en primer lugar, la mera afirmación realizada por los cónyuges en el convenio regulador respecto del carácter privativo de los fondos empleados en la construcción de la vivienda no es suficiente para inscribirla con carácter privativo de la esposa. En efecto, el artículo 95.2 del Reglamento Hipotecario exige -al margen del supuesto de confesión de privatividad por el consorte- que en las adquisiciones a título oneroso se justifique el carácter privativo del precio o contraprestación mediante prueba documental pública, sin que la mera afirmación de la procedencia privativa del dinero empleado sea suficiente dado, sobre todo, el carácter fungible del dinero. En el mismo sentido se ha pronunciado esta Dirección General (Resoluciones de 7 de diciembre de 2000, 10 de octubre de 2005 ó 2 de marzo de 2016) a propósito de la rectificación de inscripciones registrales a petición de parte al exigir la prueba de los hechos acreditativos del error padecido de un modo absoluto con documentos fehacientes y auténticos, independientes por su naturaleza de la voluntad de los interesados, prueba que no se aporta en el presente caso.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, la única forma en que dicha inscripción pueda ser rectificada es por medio de los mecanismos previstos en el artículo

40 de la Ley Hipotecaria, en el cual se contemplan diversos supuestos que pueden originar la inexactitud del Registro que debe repararse. Estos supuestos son: a) no haber tenido acceso al Registro alguna relación jurídica inmobiliaria; b) haberse extinguido algún derecho que conste inscrito o anotado; c) la nulidad o error de algún asiento, y d) la falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento y en general de cualquier otra causa no especificadas en la ley; en este último supuesto, la rectificación precisará del consentimiento del titular o, en su defecto, resolución judicial.

A la vista de los datos obrantes en el expediente, y en concreto del texto del título presentado (convenio regulador), el presente caso quedaría subsumido dentro de la letra d) del referido artículo, descartando un eventual error de concepto, puesto que ni este ha sido alegado por la recurrente (ni en el convenio ni en el escrito de recurso), ni se presenta tampoco con ocasión de la calificación el título que provocó la inscripción a efectos de comprobar si concurre o no tal error -cfr. artículos 40.c) y 216 y siguientes de la Ley Hipotecaria-.

Como afirmó este Centro Directivo en su Resolución de 23 de marzo de 2004, tratándose de la constancia registral del carácter de la contraprestación a los efectos de determinar la naturaleza, siquiera sea a los solos efectos registrales, del bien adquirido, hay que distinguir dos supuestos distintos: uno es la constancia de la confesión de privatividad realizada por el cónyuge a quien perjudica la misma respecto de un bien en cuya adquisición no hizo confesión o aseveración alguna, y que, en consecuencia, figura inscrito sólo a nombre del otro cónyuge, sin que su naturaleza respecto de la sociedad de gananciales esté definitivamente establecida a los efectos registrales; y otro supuesto distinto es el del presente caso, en el que según consta en los asientos registrales, a la construcción realizada sobre finca privativa de la citada esposa se le atribuyó expresamente carácter ganancial, por lo que el bien se inscribió con tal carácter. En este último supuesto, si existió un error en el título, al configurar al marido como adquirente con el consiguiente un error en el Registro, donde la naturaleza del bien (por supuesto, a efectos registrales) aparece fijada, ese error sería rectificable mediante el consentimiento de todos los que intervinieron en el negocio, conforme al artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria, pero para ello será necesario, al menos, que se declare el error que en su día se padeció, y, como consecuencia de ello, el asiento por practicar será la correspondiente inscripción de rectificación, que producirá los efectos que le son propios.

En el presente caso no cabe entrar a valorar, por no ser objeto del recurso (cfr. artículo 326 de la Ley Hipotecaria), si en su día, con ocasión de la declaración de obra nueva y división horizontal con adjudicación, existió una causa apta para provocar el negocio jurídico traslativo de dominio que determinó que la vivienda construida sobre una finca de naturaleza privativa fuera inscrita con carácter ganancial a pesar de que al amparo del artículo 1359 del Código Civil «las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales y en los privativos tendrán el carácter correspondiente a los bienes a que afecten, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho (...)» (cfr. Resolución de 18 de septiembre de 2003), o si, por el contrario, la inscripción practicada de tal forma fue debido, no a un desplazamiento patrimonial causalizado entre los cónyuges, sino a un error en el título otorgado en su día por ambos cónyuges que llevara a inscribir la adjudicación de la vivienda con carácter ganancial en lugar de privativo, como habría correspondido en aplicación del referido artículo 1359 del Código Civil -cfr. artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria-. Y lo cierto es que no hay alusión alguna en el convenio al eventual error cometido en la inscripción practicada en su día (de hecho, debe resaltarse la ambigüedad del mismo, pues primero se integra la vivienda dentro del patrimonio ganancial, para, a continuación, declarar que queda excluida del mismo por ser de naturaleza privativa), sin que, por ende, pueda iniciarse el procedimiento de rectificación de errores previsto por el artículo 40 de la Ley Hipotecaria, y, en consecuencia, practicar el asiento de rectificación procedente con los efectos que le sean propios.

A tal efecto, no es suficiente la alegación sobre error cometido que vierte la recurrente en el escrito de recurso, puesto que, por un lado, para defender la posibilidad

de practicar la inscripción apela en su escrito no sólo a un error cometido en la inscripción (sin especificar la clase de error), sino también al artículo 95.6 del Reglamento Hipotecario, relativo a la confesión de privatividad, así como a la causa familiar o «matrimonii» como causa apta para producir el desplazamiento patrimonial, lo que genera gran confusión a la hora de determinar cuál es la operación jurídica pretendida por la recurrente; y, por otro lado, porque como tiene declarado esta Dirección General (cfr. Resoluciones de 7 de septiembre de 2015, 16 de julio de 2016 y 31 de enero de 2017, entre otras), de conformidad con el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación de la registradora rechazándose cualquier otra pretensión basada en documentos no presentados en tiempo y forma. En definitiva, el objeto del recurso queda delimitado en el momento de su interposición y resulta constreñido tanto por la documentación presentada como por el contenido de la calificación negativa de la registradora, sin que pueda la recurrente en el escrito de recurso introducir nuevos elementos que no se han hecho constar en el título presentado.

Además, la alegación del error es necesaria para valorar de qué supuesto de los previstos por el artículo 40 de la Ley Hipotecaria se trata, debiendo tenerse en cuenta que si en virtud de la escritura que se pretende rectificar (en este caso de declaración de obra nueva y división horizontal) se produjo ya una verdadera transmisión dominical, suficientemente causalizada, inscrita y protegida por la presunción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, no puede dejarse sin efecto la transmisión operada como si se tratara de un mero error del título o de la inscripción, cuando no se trate de ni uno ni de otro caso. Ello supone que deberá destruirse la presunción de legitimación derivada del asiento registral practicado en su día (bajo salvaguardia de los tribunales, ex artículo 1 de la Ley Hipotecaria) y del contenido de la primitiva escritura (cfr. artículos 1218 del Código Civil y 17 bis de la Ley del Notariado) a través de procedimiento adecuado. Lo anterior no es óbice a la posibilidad, conforme al principio general expuesto, de que se puedan alterar los términos de la escritura cuando éstos no se ajustan a la realidad, haciendo posible la rectificación o aclaración y el posterior acceso de la misma al Registro, sin que sea necesario un determinado pronunciamiento judicial. No obstante, tal alteración siempre ha de estar supeditada al hecho de que quede suficientemente causalizado el acto correspondiente (artículos 1261 y 1274 del Código Civil y 2 de la Ley Hipotecaria) y, consiguientemente, la razón de la modificación o rectificación, con el fin de evitar que por una vía indirecta y fraudulenta se puedan alterar las reglas generales que regulan la transmisión de los bienes y derechos, y los desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges.

Así pues, la ausencia de pronunciamiento alguno al respecto en el título presentado por parte de los cónyuges, unido a la obligación de este Centro Directivo de circunscribirse al objeto del recurso planteado, sin poder tener en cuenta documentos y títulos distintos de los concernientes al mismo, conducen necesariamente a la confirmación del defecto.

4. En relación con la objeción consistente en que, según la registradora, la rectificación del Registro que se solicita no constituye contenido propio del convenio regulador, es cierto que el principio de titulación formal en nuestra legislación hipotecaria (y concretado principalmente en el artículo 3 de la ley) permite la inscripción de los actos o negocios jurídicos cuando los mismos se instrumentalizan en documentos públicos, ya sean notariales, judiciales o administrativos. Sin embargo, esta doctrina ha sido matizada por este Centro Directivo, de tal manera que se ha elaborado el denominado principio de idoneidad o adecuación de cada tipo de título formal a una serie de negocios o actos que le son propios, con la consiguiente exclusión de determinados contratos o actos para algunas formas que no le son adecuadas, debiendo existir congruencia entre el continente -título formal- y el contenido -título material-. Y ha sido en el ámbito del convenio regulador donde esta tesis ha conseguido una mayor profundidad, en el sentido de que dicho instrumento no pueda servir de cauce formal para otros actos que tienen su

significación negocial propia, cuyo alcance y eficacia habrán de ser valorados en función de las generales exigencias de todo negocio jurídico y de los particulares que imponga su concreto contenido y la finalidad perseguida.

Igualmente, según doctrina también consolidada (vid. Resoluciones citadas en los «Vistos»), el convenio regulador, suscrito por los interesados sin intervención en su redacción de un funcionario competente, no deja de ser un documento privado que con el beneplácito de la aprobación judicial obtiene una cualidad específica, que permite su acceso al Registro de la Propiedad, siempre que el mismo no se exceda del contenido que a estos efectos señala el artículo 90 del Código Civil, pues hay que partir de la base de que el procedimiento de separación o divorcio no tiene por objeto, en su aspecto patrimonial, la liquidación del conjunto de relaciones patrimoniales que puedan existir entre los cónyuges sino tan sólo de aquellas derivadas de la vida en común. Así resulta indubitadamente de la regulación legal que restringe el contenido necesario del convenio regulador a la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar y a la liquidación, cuando proceda, del régimen económico matrimonial amén de otras cuestiones como la pensión compensatoria y el sostenimiento a las cargas y alimentos (artículos 90 del Código Civil y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil citados en los «Vistos»). Por este motivo, el propio Código restringe la actuación del juez, a falta de acuerdo, a las medidas anteriores (artículo 91), como restringe también la adopción de medidas cautelares al patrimonio común y a los bienes especialmente afectos al levantamiento de las cargas familiares (artículo 103). Por ello, la liquidación del régimen económico-matrimonial y en general del haber común del matrimonio es materia típica y propia del convenio, al igual que aquellos actos relativos a la vivienda familiar.

En el presente caso, de la documentación aportada y en concreto del contenido del convenio regulador presentado, resulta que la finca en cuestión constituye la vivienda familiar del matrimonio siendo su uso adjudicado a la esposa y su hijo. Ahora bien, habida cuenta, según lo expuesto en los fundamentos anteriores, de la ambigüedad de los términos del referido convenio así como de las pretensiones de la recurrente, no puede determinarse con claridad si lo que se pretende es rectificar un error e inscribir la finca como puramente privativa de la esposa por error cometido en los títulos de declaración de obra nueva y división horizontal -ex artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 1359 del Código Civil-, inscribirla como privativa como consecuencia de un ulterior desplazamiento familiar causalizado (causa familiar o «matrimonii» a la que alude la recurrente en su escrito de recurso), o simplemente, inscribir la finca como privativa por confesión (ex artículo 95.6 del Reglamento Hipotecario en relación con la Resolución de esta Dirección General de 27 de junio de 2005 que la misma recurrente invoca en el recurso).

En definitiva, la distintas exigencias en cuanto a validez de los diferentes tipos negociales, así como las específicas repercusiones que la concreta operación jurídica pretendida tiene en el régimen jurídico del derecho adquirido (adviértanse las diferencias entre que la finca tenga carácter puramente privativo o que sea privativo por confesión, dado lo limitado de los efectos de este último, pues la confesión de privatividad solo produce efectos entre los cónyuges, sin que afecte a los herederos forzosos ni acreedores, sean de los cónyuges o de la comunidad, ex artículo 1324 del Código Civil), las exigencias derivadas del principio de titulación auténtica (cfr. artículo 3 de la Ley Hipotecaria), unidas a la limitación de contenido que puede abarcar el convenio regulador, según doctrina reiterada, llevan a concluir que el documento calificado resulta insuficiente para acceder a la inscripción solicitada.

No obstante, no habría inconveniente alguno para que, una vez especificada la pretensión de que se trate y cumpliendo los requisitos expresados en los fundamentos de Derecho anteriores, se reconociera al convenio regulador la virtualidad de servir de título apto para llevar a cabo la rectificación pretendida, por varias razones que pasan a exponerse.

En primer lugar, porque el bien al que la rectificación se refiere constituye la vivienda familiar del matrimonio. Precisamente, tratándose de las viviendas familiares esta

Dirección General (cfr. Resoluciones de 8 de mayo, 26 de junio, 26 de julio y 29 de septiembre de 2014, 24 de noviembre de 2015 y 11 de enero de 2017) ha considerado la existencia de una causa familiar propia de la solución de la crisis matrimonial objeto del convenio. Dentro de las distintas acepciones del concepto de causa, como ha afirmado este Centro Directivo en sus Resoluciones de 7 de julio y 5 de septiembre de 2012, existe aquí también una causa tipificadora o caracterizadora propia del convenio regulador, determinante del carácter familiar del negocio realizado, con lo que existe título inscribible suficiente por referirse a un negocio que tiene su causa típica en el carácter familiar propio de los convenios de separación, nulidad o divorcio, por referirse a la vivienda familiar y a la adjudicación de la misma, que entra dentro del interés familiar de los cónyuges y de sus hijos.

Conforme al artículo 90 del Código Civil «el convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos: (...) c) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar». Dispone también este precepto, en su párrafo segundo que «Los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio presentados ante el órgano judicial serán aprobados por el Juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges».

Como ha recordado este Centro Directivo, uno de los aspectos que por expresa previsión legal ha de regularse en los supuestos de nulidad, separación o divorcio del matrimonio es el relativo a la vivienda familiar (cfr. Resoluciones de 11 de abril y 19 de mayo de 2012) y obedece la exigencia legal de esta previsión a la protección, básicamente, del interés de los hijos; por lo que no hay razón para excluir la posibilidad de que el convenio regulador incluya la adjudicación de la vivienda familiar, que es uno de los aspectos que afectan al interés más necesitado de protección en la situación de crisis familiar planteada y que no es dañosa para los hijos ni gravemente perjudicial para uno de los cónyuges (cfr. párrafo segundo del artículo 90 del Código Civil). En efecto, según el párrafo primero del artículo 96 del Código Civil, se determina la atribución del uso de la vivienda familiar sólo cuando no hay acuerdo aprobado por el juez. Y en cuanto al artículo 90 del Código Civil, aunque hace referencia a la atribución del uso de la vivienda familiar, no significa que excluya la adjudicación del dominio de dicha vivienda si ambos cónyuges están de acuerdo, pues el contenido del convenio se regula como contenido de mínimos, al expresar en el párrafo inicial del precepto que «al menos» debe tener los contenidos que expresa.

De este modo, si se ha venido admitiendo de forma reiterada por esta Dirección General la aptitud del convenio regulador como título para inscribir aportaciones suficientemente causalizadas de bienes privativos a la sociedad de gananciales (Resoluciones 30 de junio, 27 de julio y 9 de septiembre de 2015), o adjudicaciones en él realizadas de bienes privativos de alguno de los cónyuges en la medida en que aquéllos constituyan la vivienda familiar (Resoluciones de 1 de septiembre de 1998, 21 de marzo de 2005, 7 de julio y 5 de septiembre y 10 de diciembre de 2012, 8 de mayo, 26 de julio y 4 de septiembre de 2014, 27 de febrero, 27 de julio, 23 y 24 de noviembre de 2015, 26 de julio de 2016 y 11 de enero de 2017), debe también reconocerse su aptitud como medio para practicar las rectificaciones de inexactitudes registrales que procedan al tratarse, por una parte, de una medida que afecta a la vivienda familiar tomada en el marco propio de la solución de la crisis familiar objeto del convenio, y, por otra parte, de un documento fehaciente en el que consta de modo indubitado el consentimiento que exige el artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria, siempre y cuando, naturalmente, se cumplan los requisitos necesarios para llevar a efecto tal rectificación según lo antes expuesto.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar 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, 23 de abril de 2018.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.