

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

11199 *Resolución de 25 de julio de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Vitoria n.º 5, por la que se suspende la inscripción de una escritura de ejercicio de opción de compra.*

En el recurso interpuesto por don Fernando Ramos Alcázar, Notario de Vitoria, contra la calificación de la Registradora de la Propiedad de Vitoria número 5, doña María Carolina Martínez Fernández, por la que se suspende la inscripción de una escritura de ejercicio de opción de compra.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el Notario de Vitoria, don Fernando Ramos Alcázar, de fecha 18 de julio de 2017, don J. A. P. M. y doña M. R. A. ejercieron el derecho de opción de compra sobre un local-lonja, derecho que resulta de arrendamiento financiero otorgado ante el mismo Notario en fecha 2 de junio de 2000. En virtud del ejercicio de esa opción, adquirieron el local por mitad e iguales partes y pro indiviso.

Interesa a efectos de este expediente que los adquirentes, en la fecha de constitución del arrendamiento financiero estaban casados en régimen de sociedad de gananciales –2 de junio de 2000–, y ahora –18 de julio de 2018– en el momento del ejercicio de la opción estaban divorciados, mediante sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Vitoria número 4, de fecha 7 de marzo de 2008. En dicha escritura se expresaba que, habiendo concluido la sociedad de gananciales que está pendiente de liquidación «han acordado efectuar la compraventa de la finca descrita en la presente escritura en ejercicio del derecho de opción de compra de carácter ganancial que tenían sobre ella, por mitad e iguales partes indivisas, sin perjuicio de las compensaciones que correspondan entre ambos cónyuges al tiempo de la liquidación de la sociedad de gananciales por las diferencias entre el importe satisfecho por cada uno con dinero de su exclusiva propiedad del precio del arrendamiento financiero y del valor residual».

II

Presentada el día 9 de marzo de 2018 la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Vitoria número 5, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Doña María Carolina Martínez Fernández, Registradora de la Propiedad de Vitoria número 5, previo examen y calificación, de conformidad con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, he resuelto no practicar la inscripción solicitada por defecto conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Hechos.

Diario/Asiento: 68/1130.

F. presentación: 09/03/2018.

Entrada: 792.

Contenido: Compra en ejercicio del derecho de opción de compra.

Autorizante: Fernando Ramos Alcázar.

Protocolo: 1155/2017.

Hechos y fundamentos de Derecho.

Constando inscrito el derecho de opción de compra con carácter ganancial, para ejercitar el mismo una vez disuelta la sociedad de gananciales, por mitades indivisas, es preciso el cambio de la naturaleza jurídica del citado derecho (de ganancial a privativo), lo que no se produce "ipso iure" por la mera disolución por divorcio, de la sociedad de gananciales, sino que es necesaria la liquidación de la misma, aunque sea parcial solo respecto a dicho derecho, y la adjudicación del mismo por mitades indivisas (exactamente igual que constando un bien inscrito con carácter ganancial, no se admitiría la hipoteca de 1/2 indivisa por el mero hecho de manifestar que se han divorciado, sino que sería necesaria la previa liquidación de la sociedad de gananciales por el principio de tracto sucesivo); máxime en este caso donde la mayor parte del precio se ha satisfecho con carácter ganancial y solo el valor residual se satisface una vez disuelta la sociedad de gananciales.

Lo contrario sería una mutación jurídica de un bien, de ganancial a privativa, "ipso iure" por la mera disolución sin liquidación de la sociedad de gananciales –artículos 18, 20 LH–, 1393 CC y 1396 y siguientes del CC.

Contra esta nota de calificación se podrá: (...)

Vitoria a veintiocho de marzo del año dos mil dieciocho.–La Registradora (firma ilegible).»

III

Solicitada calificación sustitutoria el día 9 de abril de 2018, fue designado conforme el cuadro de sustitución el Registrador de la Propiedad de Barakaldo don Leopoldo Sánchez Gil, quien, con fecha 19 de abril de 2018, emitió calificación confirmando la de la Registradora de la Propiedad de Vitoria número 5.

IV

Contra la nota de calificación sustituida, don Fernando Ramos Alcázar, Notario de Vitoria, interpuso recurso el día 27 de abril de 2018 en el que alegó lo siguiente:

«Alegaciones.

El contenido del derecho de opción de compra consiste en conferir a los titulares de la opción una facultad preferente para adquirir el inmueble sobre el que la opción recae.

Adquirido este derecho por los optantes constante su matrimonio bajo el régimen de sociedad de gananciales y ejercitado dicho derecho, una vez que se ha disuelto el matrimonio por divorcio, y en consecuencia disuelto el régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales, aunque pendiente de liquidar, ya no es posible la adquisición con carácter ganancial, dado que la sociedad de gananciales disuelta y pendiente de liquidación se ha transformado en una comunidad postganancial indivisa titularidad de los antiguos cónyuges.

Que no existe obstáculo legal alguno en que los excónyuges titulares de la comunidad postganancial acuerden la adquisición del inmueble en virtud del ejercicio del referido derecho de opción de compra por mitad e iguales partes indivisas dando lugar a una situación jurídica interina que se resolverá al hacer la liquidación de la comunidad postganancial en la que se ha transformado la sociedad de gananciales disuelta y pendiente de liquidar.

Dicho acuerdo tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes y su causa negocial en la propia liquidación del patrimonio ganancial.»

V

Mediante escrito, de fecha 7 de mayo de 2018, la Registradora de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este centro directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 405, 760, 1063, 1255, 1346, 1347, 1352, 1355, 1358, 1359, 1392, 1393 y 1396 a 1410, 1523, 1533 y 1934 del Código Civil; 18 y 20 de la Ley Hipotecaria; las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1986, 21 de noviembre de 1987, 8 de octubre de 1990, 17 de febrero de 1992, 23 de diciembre de 1993, 7 de noviembre de 1997, 11 de mayo de 2000, 3 de junio de 2004, 17 de octubre de 2006 y 10 de junio de 2010 y 18 de enero de 2018, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de abril de 2005, 17 y 18 de enero, 20 y 23 de junio, 1 de octubre y 19 de noviembre de 2007, 2 de junio y 4 de julio de 2009, 17 de septiembre y 10 de diciembre de 2012, 29 de enero, 12 de junio y 11 de diciembre de 2013, 26 de marzo de 2014, 27 de enero de 2015, 21 de diciembre de 2016, 30 de junio de 2017 y 1 y 6 de junio de 2018.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de ejercicio de opción de compra con adquisición de un local por mitad y pro indiviso por quienes en el momento de la constitución de dicha opción de compra –en el año 2000– estaban casados en régimen de gananciales, si bien en el momento del ejercicio de la opción –año 2017–, estaban divorciados –desde el año 2008–.

La Registradora entiende que para ejercitar el derecho de opción de compra una vez disuelta la sociedad de gananciales, por mitades indivisas, es preciso el cambio de la naturaleza jurídica del citado derecho, de ganancial a privativo, lo que no se produce «ipso iure» por la mera disolución de la sociedad de gananciales, sino que es necesaria la liquidación de la misma, aunque sea parcial solo respecto a dicho derecho, y la adjudicación del mismo por mitades indivisas (por el principio de tracto sucesivo), máxime en este caso en que la mayor parte del precio se ha satisfecho con carácter ganancial y solo el valor residual se satisface una vez disuelta la sociedad de gananciales.

El Notario recurrente alega que, al haberse disuelto la sociedad de gananciales por divorcio, ya no es posible la adquisición con carácter ganancial, dado que la sociedad de gananciales disuelta y pendiente de liquidación se ha transformado en una comunidad postganancial indivisa que es titularidad de los antiguos cónyuges; y que no hay obstáculo legal para que los excónyuges acuerden la adquisición del inmueble por mitad e iguales partes indivisas dando lugar a una situación jurídica interina que se resolverá al hacer la liquidación de la comunidad postganancial, todo en virtud del principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

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 seguir 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).

En consecuencia, por un lado, el carácter ganancial de la adquisición no se basa solo en los principios de subrogación real derivados de la naturaleza ganancial del derecho que se ejercita, ni del dinero que se ha empleado en la adquisición, que indudablemente son los rectores y ordinarios según la ley, sino que también caben otros como el principio de autonomía de la voluntad de los adquirentes, o como se recuerda por este centro directivo el criterio de atribución de la naturaleza privativa o ganancial de la adquisición en concordancia con la que tenía el derecho de adquisición preferente del cual procede, tal como resulta de la adquisición que proviene de un derecho de retracto. Ocurre, en este expediente, que la sociedad de gananciales está disuelta y, por lo tanto, no cabe adquisición con esa naturaleza ganancial.

3. También hay que considerar que, en sede de gananciales, puede 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, de modo que 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.

Como afirmó este centro directivo en Resolución de 30 de junio de 2017, 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.

4. Así pues, centrados en el supuesto de este expediente, se trata del ejercicio de un derecho de opción, una vez que se ha disuelto el régimen económico matrimonial de los adquirentes en el tiempo que media entre la constitución y el ejercicio de la misma.

Cabe recordar que, según la doctrina del Tribunal Supremo, disuelta la sociedad de gananciales y aun no liquidada surge una comunidad –«posmatrimonial» o «postganancial»– «sobre la antigua masa ganancial cuyo régimen ya no puede ser el de la sociedad de gananciales, sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria, en la que cada comunero (cónyuge supérstite y herederos del premuerto en caso de disolución por muerte, o ambos cónyuges si la causa de disolución fue otra) ostenta una cuota abstracta sobre el «totum» ganancial (como ocurre en la comunidad hereditaria antes de la partición de la herencia), pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes integrantes del mismo, cuya cuota abstracta subsistirá mientras perviva la expresada comunidad posmatrimonial y hasta que, mediante las oportunas operaciones de liquidación-división, se materialice en una parte individualizada y concreta de bienes para cada uno de los comuneros» (sentencia de 7 de noviembre de 1997, que recoge doctrina ya mantenida en las Sentencias de 21 de noviembre de 1987, 8 de octubre de 1990, 17 de febrero de 1992 y 23 de diciembre de 1993, entre otras; con un criterio que ha sido reiterado en sentencias posteriores como las de 11 de mayo de 2000, 3 de junio de 2004, 17 de octubre de 2006 y 10 de junio de 2010 y 18 de enero de 2018).

En la misma línea, este centro directivo también ha reiterado, en Resoluciones de 17 y 18 de enero, 20 y 23 de junio, 1 de octubre y 19 de noviembre de 2007, 2 de junio y 4 de julio de 2009, 10 de diciembre de 2012, 11 de diciembre de 2013, 26 de marzo de 2014, 27 de enero de 2015, 21 de diciembre de 2016 y 1 y 6 de junio de 2018, entre otras, que no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa de todos y cada uno de los bienes que la integran y de la que puedan disponer separadamente, sino que, por el contrario, la participación de aquéllos se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo, en tanto que conjunto de bienes con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación, que presupone la actuación conjunta de ambos cónyuges o sus respectivos herederos, y solamente cuando concluyan las operaciones liquidatorias, esta cuota sobre el todo cederá su lugar a las titularidades singulares y concretas que a cada uno de ellos se le adjudiquen en las operaciones liquidatorias. Por eso la citada Resolución de 26 de marzo de 2014 concluyó que no cabe en modo alguno inventariar mitades indivisas de bienes anteriormente gananciales en las herencias de los partícipes en la disuelta sociedad de gananciales sin realizar la operación previa de liquidar aquella conforme a Derecho.

La comunidad postganancial constituye un patrimonio colectivo, con cierta autonomía o separado y en liquidación, por lo que se entiende que actúa el principio de subrogación real para cumplimiento de los fines liquidatorios que le son característicos. Pueden ingresar bienes en dicho patrimonio si no son incompatibles con esa finalidad

liquidatoria; y por aplicación de ese principio de subrogación real el patrimonio en liquidación se incrementará con los frutos (cfr. artículos 1410, 760, 1063 y 1533 del Código Civil) y puede ser beneficiado por la usucapión (cfr. artículo 1410 y 1934 del mismo Código). Respecto de las adquisiciones como la que es objeto de este expediente, consecuencia de un derecho de adquisición preferente ganancial («rectius» postganancial) ejercitado por los excónyuges, la consideración de que se adquiere «ipso iure» en copropiedad ordinaria puede comportar el perjuicio de los derechos de los acreedores de la sociedad de gananciales.

Ahora bien, en el presente caso, habida cuenta de la manifestación expresa de los adquirentes sobre el carácter de su adquisición, por mitad y pro indiviso, debe admitirse la inscripción de la finca con tal carácter, sin perjuicio no sólo de las compensaciones que procedan entre ambos cónyuges por las diferencias entre el importe satisfecho por cada uno con dinero de su exclusiva propiedad del precio del arrendamiento financiero y del valor residual –como expresamente disponen en la escritura calificada– sino también sin perjuicio del crédito que surge a favor de la comunidad postganancial por el importe actualizado de los fondos comunes empleados. De este modo, el desplazamiento patrimonial que, con base en la autonomía de la voluntad, se produce de la masa postganancial a la propia de los partícipes no contraría el fin liquidatorio de aquélla, de suerte que el bien adquirido quede afecto a la misma finalidad desempeñada por el bien o derecho reemplazado (especialmente, el pago de las cargas y deudas consorciales (vid. artículo 405 del Código Civil). Por lo demás, esa manifestación expresa de los partícipes comporta una implícita liquidación material respecto del bien en cuestión mediante un desplazamiento patrimonial cuya causa comercial es, como apunta el recurrente, la liquidación de la masa ganancial.

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

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 25 de julio de 2018.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.