

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**15109** *Resolución de 30 de mayo de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Mancha Real a inscribir determinada adjudicación por extinción de comunidad.*

En el recurso interpuesto por don José Andújar Hurtado, notario de Marbella, contra la negativa de la registradora de la Propiedad de Mancha Real, doña Aurora María Barranco Aguayo, a inscribir determinada adjudicación por extinción de comunidad.

#### Hechos

##### I

Mediante escritura autorizada el día 25 de octubre de 2022 por el notario de Marbella, don José Andújar Hurtado, con el número 1.317 de protocolo, se extinguió la comunidad existente sobre determinada finca entre doña E., don J. A. y don A. M. R. y don O. I. M. R., que la habían adquirido por título de herencia. Afirmaban que, dado el carácter indivisible de la finca, se adjudicaba el pleno dominio de la misma a don O. I. M. R. y se añadía lo siguiente:

«La parte adjudicataria hace constar que los importes de pago de esta adjudicación han sido satisfechos mediante préstamo hipotecario, que se formalizará en el día de hoy, por lo que, el carácter de la parte que se adjudica en esta escritura, será carácter ganancial».

##### II

Presentada dicha escritura en el Registro de la Mancha Real, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Entrada: 1900.  
Asiento de presentación: 245 del Diario 145.  
Presentado: veinticinco de octubre del año dos mil veintidós.  
Presentante: Centro de Asesoría Hipotecaria, SL.  
Naturaleza: escritura pública.  
Objeto: extinción de condominio.  
Número de protocolo: 1317/2022.  
Notario autorizante: José Andújar Hurtado.

El Registrador de la Propiedad que suscribe, quien bajo su responsabilidad, ha de resolver acerca de la legalidad de sus formas extrínsecas, la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos contenidos en los mismos, de conformidad con lo establecido en los artículos 18 y 19 de la Ley Hipotecaria y 98 a 100 del Reglamento para su ejecución, ha dictado la siguiente nota de calificación, en base a los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

#### Hechos:

1.º) El documento calificado, otorgado en Marbella-San Pedro de Alcántara, ante el Notario don/ña José Andújar Hurtado, el día 25 de octubre de 2022, bajo el número 1317/2022 de protocolo, que tuvo entrada en este Registro el día 25 de octubre

de 2022, a las 15:19:28, con número de entrada 1900, y que motivó el Asiento 245 del Diario 145, presentado por don/ña Centro de Asesoría Hipotecaria, SL. Aportada diligencia telemática por Centro de Asesoría Hipotecaria, SL, para el despacho del Documento. Mancha Real a 7 de diciembre de 2022.

2.º) En dicha escritura se pretende la extinción del condominio existente sobre la finca registral 18.000 de Mancha Real, entre doña E. M. R., don J. A. M. R., don A. M. R. y don O. I. M. R. por título de herencia. En la referida escritura se expresa que dado el carácter indivisible de la finca, se adjudica el pleno dominio de la misma a favor de don O. I. M. R. y se solicita la inscripción de la parte que se adjudica en esta escritura con carácter ganancial porque “los importes de pago de esta adjudicación han sido satisfechos mediante préstamo hipotecario que se formalizará en el día de hoy”.

3.º) Que calificado el documento presentado, no procede acceder a la práctica de los asientos solicitados por siguiente motivo:

1.º No consta acreditado el carácter ganancial de tres cuartas partes indivisas. De este Registro, bajo la salvaguarda de los tribunales, conforme al artículo 1.3 de la Ley Hipotecaria, resulta que la finca registral antes referida consta inscrita en cuanto a la cuota indivisa del adjudicatario con carácter privativo por título de herencia. Del documento presentado resulta que se extingue el condominio citado, adjudicando el pleno dominio de la finca a favor de uno de los comuneros, a calidad de que este último abone a los restantes comuneros el valor de sus respectivos haberes, al amparo de los artículos 406 y 1062 del Código Civil; y se manifiesta que el adjudicatario está casado en régimen de gananciales y dado que “los importes de pago de esta adjudicación han sido satisfechos mediante préstamo hipotecario que se formalizará en el día de hoy”, solicita la inscripción de la finca en la proporción de una cuarta parte indivisa con carácter privativo del adjudicatario y las tres cuartas partes indivisas restantes con carácter ganancial del mismo y de su esposa.

#### Fundamentos de Derecho:

1.º No consta acreditado el carácter ganancial de tres cuartas partes indivisas, siendo contrario al principio hipotecario de especialidad que obliga a la perfecta determinación de la naturaleza de las participaciones indivisas que constituyen el objeto del derecho inmobiliario inscribible, ex artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario.

El principio de subrogación real, que en sede de sociedad de gananciales implica que los bienes adquiridos con dinero ganancial sean gananciales y los adquiridos con dinero privativo, sean privativos resulta de los siguientes preceptos:

Artículo 1344 del Código Civil: “Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella”.

Artículo 1346.32 del Código Civil: “Son privativos de cada uno de los cónyuges (...) 3.º Los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos”.

Artículo 1347.32 del Código Civil: “Son bienes gananciales: (...) 3.º 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”.

No obstante, este principio de subrogación real se exceptúa en los casos de extinción de condominio por aplicación analógica del criterio del carácter del propio bien del que deriva el derecho a la adquisición (que resulta de los artículos 1346.4, 1347.4 y 1352 del Código Civil) y que determina que siendo la cuota indivisa privativa (“bien del que deriva el derecho a la adquisición”), la finca que recibe el comunero en la extinción será privativa; y si se ha abonado a los restantes comuneros su haber en dinero ganancial, surge, entre los cónyuges, el derecho de reembolso a favor del patrimonio que sufraga la adquisición, regulado en el artículo 1358 del Código Civil: “Cuando conforme a este Código los bienes sean privativos o gananciales, con independencia de

la procedencia del caudal con que la adquisición se realice, habrá de reembolsarse el valor satisfecho a costa, respectivamente, del caudal común o del propio, mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación”.

El citado artículo 1346.4 del Código Civil dispone: “Son privativos de cada uno de los cónyuges: (...) 4.º Los adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges”. Y el último párrafo del artículo 1346 establece: “Los bienes mencionados en los apartados 4.º y 8.º no perderán su carácter de privativos por el hecho de que su adquisición se haya realizado con fondos comunes; pero, en este caso, la sociedad será acreedora del cónyuge propietario por el valor satisfecho”.

El artículo 1347 del Código Civil establece: “Son bienes gananciales: (...) 4.º Los adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial, aun cuando lo fueran con fondos privativos, en cuyo caso la sociedad será deudora del cónyuge por el valor satisfecho”.

El artículo 1352 del Código civil establece: “Las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos serán también privativos. Asimismo lo serán las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir.

Si para el pago de la suscripción se utilizaren fondos comunes o se emitieran las acciones con cargo a los beneficios, se reembolsará el valor satisfecho”.

Así, resulta de doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras, Resolución de 13 de noviembre de 2017, de acuerdo con la cual “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 1347.3.º del Código Civil (‘son bienes gananciales (...) Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común’) y 1346.3.º (‘son privativos de cada uno de los cónyuges (...) Los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos’). 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).

Bien es verdad que en las adquisiciones onerosas, en caso de que no se aplique el denominado principio de subrogación real (con arreglo al cual los bienes adquiridos tienen la misma naturaleza privativa o ganancial que tuviesen los fondos utilizados o la contraprestación satisfecha), para evitar el desequilibrio entre los distintos patrimonios de los cónyuges, surge como contrapeso el correspondiente derecho de reembolso (a favor del patrimonio que sufraga la adquisición) consagrado en el artículo 1358 del Código Civil.

En el presente caso, debe entenderse que la totalidad de la finca adjudicada tras la extinción de la copropiedad conserva la misma naturaleza que tenía la titularidad originaria de la condueña adjudicataria, es decir la cuota indivisa de la que trae causa la adjudicación, que era privativa”.

Como señala la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de julio de 2018: “(...) 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 4.2 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 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. Por otro lado, se ha admitido por este Centro Directivo la determinación de la naturaleza privativa o ganancial de una finca adquirida como consecuencia de una extinción de comunidad atendiendo a la naturaleza la que tenía anteriormente la porción indivisa que pertenecía al adjudicatario –sin perjuicio de los reembolsos que procedan a favor del patrimonio ganancial o privativo que proceda– (vid., por todas las Resoluciones de 29 de enero y 12 de junio de 2013 y 30 de junio, 13 de noviembre y 13 de diciembre de 2017) (...).

“(…) Del mismo modo, y de forma congruente con lo anterior, es también doctrina reiterada de esta Dirección General (vid. Resoluciones citadas en los ‘Vistos’) que son válidos y eficaces cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges, y, por ende, entre sus patrimonios privativos y el consorcial (vid. artículo 1323 del Código Civil), siempre que aquéllos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto (vid. artículo 609 del Código Civil), entre los cuales no puede desconocerse 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 (cfr. artículos 609, 1255 y 1274 del Código Civil) y subsidiariamente por la normativa del Código Civil. En todo caso, han de quedar debidamente exteriorizados y precisados en el título inscribible los

elementos constitutivos del negocio de aportación por el que se produce el desplazamiento entre los patrimonios privativos y el consorcial, y especialmente su causa, que no puede presumirse a efectos registrales (vid. artículos 1261.3 y 1274 y siguientes del Código Civil). La especificación de la causa es imprescindible para acceder a la registración de cualquier acto traslativo, tanto por exigirlo el principio de determinación registral, como por ser presupuesto lógico necesario para que el registrador pueda cumplir con la función calificadoradora, y después practicar debidamente los asientos que procedan (vid. artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 y 193.2 de su Reglamento, y Resoluciones de 20 de febrero de 2003, 10 de marzo de 2004, 8 de junio de 2009, 29 y 31 de marzo de 2010 y 19 de enero y 29 de julio de 2011)".

En consecuencia, se suspende la inscripción en tanto no queda acreditada la naturaleza ganancial de tres cuartas partes indivisas.

– Podrá practicarse la inscripción con carácter privativo si así lo consiente expresamente el comunero adjudicatario, en virtud del principio hipotecario de rogación (arts. 6, 19 bis y 322 de la Ley Hipotecaria).

– Mientras que para poder inscribirlas con carácter ganancial es necesario que se celebre un de aportación de tales participaciones indivisas a la sociedad de gananciales, expresando los elementos constitutivos de tal negocio, y especialmente su causa (ex arts. 1261 y 1274 y ss. del Código Civil y el principio hipotecario de especialidad, arts. 9 y 21 de la Ley Hipotecaria y 51 y 193.2 del Reglamento Hipotecario).

Acuerdo:

Se suspende la inscripción solicitada por los hechos y fundamentos de derecho antes indicados. No se practica anotación preventiva por defecto subsanable por no haberse solicitado.

Practicada la notificación de la calificación de conformidad con el artículo 322 y 323, de la Ley Hipotecaria, quedará prorrogado automáticamente el asiento de presentación, por un plazo de sesenta días, contados desde la fecha de la última notificación.

La presente calificación negativa determina la prórroga del asiento de presentación que señala el artículo 323.1 de la Ley Hipotecaria. Contra la presente nota de calificación podrá (...)

Mancha Real, a fecha de la firma La Registradora Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por Aurora María Barranco Aguayo registrador/a de Registro Propiedad de Mancha Real a día veintitrés de enero del dos veintitrés.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don José Andújar Hurtado, notario de Marbella, interpuso recurso el día 3 de marzo de 2023 mediante escrito en el que alegaba los siguientes fundamentos:

«1. Defecto según nota de calificación.

La Registradora, en los fundamentos de Derecho parece que va a exponer varios, ya que empieza enumerando el 1.º, pero luego en nota de calificación no hay un 2.º fundamento.

Sea como fuera, el único defecto que pone es que “no consta acreditado el carácter ganancial de las tres cuartas partes indivisas”.

Pero realmente todo gira en torno al problema de si el principio de subrogación real que rige la sociedad de gananciales (lo adquirido con dinero privativo es privativo; y viceversa, lo adquirido con dinero ganancial es ganancial, según los arts. 1346.3 y 1347.3 respectivamente), cede, en las disoluciones de comunidades de bienes, a la aplicación analógica del art. 1346.4 del Código Civil sobre la base de un supuesto

derecho de construcción doctrinal que denomina la Registradora como “natural desenvolvimiento del derecho de cuota”.

## 2. Alegaciones.

Esa calificación es errónea, a mi juicio, porque sí que consta acreditado el carácter ganancial, por varias razones:

1. Porque lo adquirido constante la sociedad de gananciales con dinero ganancial es ganancial.

El Código Civil dice en el art. 1347.3.º que “Son bienes gananciales: 3. 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.”

En nuestro caso una esposa adquiere con dinero ganancial.

Y no hay duda alguna de que el dinero con que efectúa su adquisición es ganancial:

a) No sólo porque así se presumiría de no haber dicho nada la esposa sobre la procedencia del dinero, pues según el Artículo 1361 del Código Civil “Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges.”

Esta presunción legal del artículo 1361 del Código Civil, por otro lado, es tal, cuando se trata de dinero, que la propia Dirección General en múltiples resoluciones, no ha querido ver el carácter privativo del dinero, incluso cuando se alegaba que el dinero provenía de una herencia, o de una donación, etc... Lo cual en muchos casos era más que evidente y palpable. Y, pese a ello, se ha atribuido carácter ganancial porque no se probaba el carácter privativo del mismo, casi llegando a pedir una probatio diabólica, del carácter privativo del dinero.

b) Sino también porque el notario recoge expresamente en la escritura la confesión de la esposa de que el dinero con el que efectúa la adquisición, es ganancial, porque proviene de un préstamo hipotecario que han pedido ambos esposos (y que se iba a formalizar y se formalizó con el número siguiente de protocolo). Protocolo de préstamo hipotecario que también se presentaría por la gestoría del banco simultáneamente con la disolución de condominio, ya que ambos estaban relacionados, si es que dudaba de esta afirmación.

Aunque incluso, si ese segundo documento no se hubiera presentado a inscripción en su registro –imaginemos que se hipotecaba otra finca en otro Registro–, no debe dudar la Registradora de esa confesión de ganancialidad, pues la veracidad o no de lo manifestado por una persona no es objeto de calificación: pensemos un caso de una persona que compra una casa y dice que es soltera, cuando realmente está casada –en gananciales por ser el régimen legal supletorio en España, salvo en alguna región con derecho foral–. Si la Registradora pensara que esa persona pudiera estar casada, ¿denegaría la inscripción hasta que se le acreditara que está soltera? No. Pues en nuestro caso, si la esposa confiesa que el dinero es ganancial, por la misma lógica no debería dudar, si es que tuvo alguna duda de ello.

c) Y por si fuera poco, en la escritura se recogió también expresamente y por escrito, no sólo la confesión del origen ganancial del dinero con el que se hacía la adquisición, sino la voluntad expresa de la adjudicataria de que la adquisición fuera ganancial, especificando, a modo de resumen, que de esta forma ella tendría una cuarta parte privativa, y tres cuartas partes –las adquiridas– serían gananciales.

Por todo ello, no cabe albergar duda alguna, de que el dinero con el que se verifica la adquisición es claramente ganancial: por presunción, por confesión de la adquirente, y por voluntad expresa de la adquirente de atribuirle el carácter ganancial de forma que lo adquirido fuera ganancial.

Por todo ello sí que “consta acreditado el carácter ganancial de las tres cuartas partes indivisas”, en contra del criterio mantenido por la Registradora.

2. Por otro lado, parece que aunque consta perfectamente acreditado el carácter ganancial del dinero con el que se ha efectuado la adquisición, como ha quedado expuesto, la Registradora alude a una errónea aplicación analógica del art. 1346.4 del Código Civil, sin que haya una razón válida para aplicar ni la analogía, ni ese artículo en concreto, a nuestro caso, por varias razones:

Para la sociedad de gananciales, la regla general en nuestro Derecho, es que todo lo adquirido constante la sociedad de gananciales, con dinero ganancial, es ganancial: bien sea lo adquirido fruto del trabajo, de la industria, de árboles, cosechas, arrendamientos... etc. Así lo expresa el art. Artículo 1347.

“Son bienes gananciales:

- 1.º Los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges.
- 2.º Los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales.
- 3.º 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.”

El artículo 1346 viene a corroborar esta regla general, ya que regula su correlativo para los bienes privativos: son bienes privativos los que ya tuviera cada uno antes de comenzar la sociedad o los adquiridos después con cargo a bienes o derechos privativos, o a título lucrativo.

Más adelante, el propio Código Civil regula excepciones a la regla general de que lo adquirido con dinero ganancial o a costa de bienes gananciales sea ganancial, y que lo adquirido con dinero o a costa de bienes privativos es privativo: por ejemplo los supuestos regulados en el apartado 4 del mismo artículo 1347.

“4.º Los adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial, aun cuando lo fueran con fondos privativos, en cuyo caso la sociedad será deudora del cónyuge por el valor satisfecho.”

El art. 1346.4 establece la misma excepción para el derecho de retracto de carácter privativo (por cierto, que sin la previsión de que la sociedad sea acreedora del cónyuge por el valor satisfecho).

O también son excepciones a la regla general los supuestos previstos en muchos otros artículos, que precisamente existen para establecer excepciones a la regla general: 1348, 1352, 1356, 1357, 1359, 1360.

Por contra, también se regulan expresamente algunos casos que están en concordancia con el principio general de que todo lo que se genere durante el matrimonio es ganancial, pero que por su propia idiosincrasia pueden generar dudas, y se regulan para evitarlas, pero, reitero, sin apartarse del principio general: 1349, 1350, 1351, 1353, 1354

En nuestro caso, y conforme al principio general, la esposa adquiere derechos que representan el 75 % de un bien, con cargo a dinero ganancial. Por consiguiente, ese 75 % debe ser ganancial.

Pero pese a lo claro que es el supuesto –se adquiere algo con dinero ganancial, luego, lo adquirido es ganancial–, la Registradora considera que lo adquirido no es ganancial, ya que lo adquirido no se adquiere, según su calificación negativa, por el negocio jurídico de una disolución de condominio previsto en el art. 404 del Código Civil, sino por ejercicio de un retracto (legal podríamos añadir, ya que no hay ninguna convención al efecto para que pueda considerarse convencional), previsto en ese art. 1346.4 de Código civil aplicando el concepto arbitrario y correoso de la analogía, (el art. 1346.4 –que regula el retracto–) a un supuesto que no tiene nada que ver con el retracto como es salir de la proindivisión por convenio entre los condueños, y abonando la adjudicataria el exceso con dinero ganancial, que en nuestro caso.

El art. 1346.4 tiene su correlativo en el 1347.4 como hemos apuntado ya. Y ambos son excepciones a la regla general de que lo adquirido a costa de bien privativo es privativo, o si lo adquirido es a costa de bienes gananciales debe ser ganancial: si un bien

se adquiere por ejercicio de un retracto, ese bien tiene el mismo carácter que tuviese el derecho de retracto legal. O sea, si el derecho de retracto es privativo, el bien adquirido con su ejercicio es privativo. Y si el derecho de retracto es ganancial, el bien adquirido con su ejercicio es ganancial.

La registradora alega que las excepciones contempladas en estos dos artículos, en concreto en el 1346.4 deben interpretarse, no restrictivamente como sería lo propio de cualquier excepción a la regla general, sino que hay que interpretar la excepción laxamente, y aplicarla, por analogía, a la adquisición que hace un comunero del resto de cuotas que recaen sobre la cosa en los supuestos de indivisión.

Yo creo que es justamente al contrario: las excepciones siempre deben interpretarse restrictivamente. Por lo que no cabe extender el art. 1346.4 –artículo alegado por la Registradora– a supuestos no contemplados en él, salvo que tengan un verdadero y justificado sentido jurídico. A lo sumo, se me ocurren sólo dos supuestos donde podría caber dicha extensión analógica: un derecho de tanteo, o la opción de compra. Pues podría pensarse que presentan identidad de razón con el retracto de que habla el art. 1346.4 o el 1347.4. Recalco lo de identidad de razón.

Sin embargo ella quiere extender también esta excepción a un supuesto derecho, que no es tal derecho, y que denomina “derecho de desenvolvimiento natural de un derecho de cuota”. No entiendo el calificativo de natural, máxime cuando este pretendido desenvolvimiento es precisamente todo menos natural: es una construcción artificiosa de la doctrina.

Pero dejando a un lado querencias del querer, lo cierto es que aplicando la ley, la lógica de la vida práctica, y haciendo un uso correcto del Derecho, no podemos ni deberíamos inventarnos derechos ni desenvolvimientos de derechos donde no los hay, ni cuando no están previstos legalmente como excepción. No hay ningún texto legal que apoye ese pretendido derecho nacido del desenvolvimiento natural de un derecho.

Y menos aún, se puede forzar la analogía para querer aplicar esos derechos nacidos de un pretendido desenvolvimiento de cuota, o de cualquier otro que nos inventemos o nos parezca oportuno.

En nuestro caso, ese supuesto derecho de desenvolvimiento natural del derecho de cuota, no presenta la más mínima “*ratio iuris*” con el derecho de retracto, porque el retracto previsto en el 1522 del Código civil –que la calificación, dicho sea de paso, no menciona en ningún lugar del recurso–, sólo se puede ejercitar cuando un copropietario enajena su parte a un extraño.

“Artículo 1522. El copropietario de una cosa común podrá usar del retracto en el caso de enajenarse a un extraño la parte de todos los demás condueños o de alguno de ellos.”

En nuestro caso no se ejercita ningún derecho de retracto legal, ya que los otros tres copropietarios transmiten voluntariamente su parte a la adquirente. Y ésta paga con dinero ganancial.

Distinto sería, si los tres hermanos venden a un extraño, y entonces la adquirente hubiese verificado su adquisición haciendo uso de este retracto legal: entonces sí que se podría aplicar el art. 1346.4 del Código Civil con todas las de la ley siendo lo adquirido privativo, sin perjuicio de reembolsar el crédito generado con la sociedad de gananciales, si la adquisición se hubiera verificado con dinero ganancial. (Derecho de reembolso, por otro lado, que curiosamente, como ya he apuntado, no contempla el 1346.4, a diferencia del 1347.4 para idéntico supuesto)

Sea como fuere, la adquisición verificada en la escritura objeto de este recurso no se ejercitó en base a ningún derecho de retracto legal, sino que el negocio verificado en ella fue una acción convenida –voluntaria–, que no implicaba, además, enajenación alguna, sino que se trataba de una extinción de comunidad propiciada, no sólo por normas civiles –art. 404 Código Civil–, sino también fiscalmente por ser la cosa indivisible –ya que se paga el 1.2 % de impuestos en vez del 7 % en Andalucía–. Opción de mejor derecho que supone un importante ahorro a los contribuyentes.

Para ilustrar que no se pueden hacer desenvolvimientos naturales de derechos arbitrariamente al margen de la ley (y menos aún intentar aplicarlos por analogía), voy a

enumerar algunos supuestos teóricos donde podría darse ese supuesto desenvolvimiento natural de un derecho, para que se vea que pueden dar lugar tanto a situaciones racionales y justas, como irracionales e injustas, según de qué parte se mire—. Pero en todo caso fuera de la ley:

Imaginemos, en primer lugar, el propietario de un piso. Aunque con particularidades, es un supuesto de condueño de una comunidad –art. 396 Código Civil–, incardinado en los preceptos que regulan la comunidad de bienes. Precisamente la calificación habla de un derecho derivado del desenvolvimiento natural de un derecho de cuota. Venden el piso de al lado. Y a ese copropietario le interesaría comprarlo para ampliar el suyo. Podría pensarse, haciendo una elucubración jurídica y desarrollando su derecho de copropietario en la Propiedad Horizontal, que es justo que lo pueda adquirir con preferencia a un tercero, porque es mejor que lo compre él, que ya es vecino, y que además, le viene bien pues amplía su casa, que se le ha quedado pequeña (podríamos, puestos ya, alegar muchas más razones, seguro). Pero lo cierto es que la ley no da ese derecho, por muy razonable que se pudiera ver por alguien. Querer ver en el derecho del vecino que le interesaría comprar el piso contiguo, un desenvolvimiento natural del derecho de cuota, y aplicarlo por analogía, es retorcer el Derecho.

También podríamos pensar en los socios de una sociedad: tres amigos, que se conocen, son ingenieros, y deciden hacer una sociedad, precisamente porque cada uno de ellos aporta su [sic] conocimientos profesionales. Uno de ellos quiere salirse o muere, y en su lugar entraría un tercero. Podría pensarse que los otros dos deberían tener un derecho derivado del susodicho desenvolvimiento natural del derecho de cuota de socio, a adquirir con carácter preferente las acciones del que sale, incluso aunque alguna normativa legal dijera lo contrario, porque la sociedad la hicieron los tres por ser ingenieros. Y no sería justo que entrara un tercero por compraventa o por herencia, que no aportaría nada. Lo cierto es que, por muy justo que pudiera parecernos esta pretensión, debe regularse expresamente en los estatutos de la propiedad esa posibilidad o la contraria, pero lo que no puede hacerse en modo alguno, es, existiendo una normativa al respecto, saltársela alegando el derecho al desenvolvimiento natural del derecho de cuota y aplicarla por analogía.

Otro caso podría ser, por poner ejemplos que se pueden dar en la práctica, ser socio de un club deportivo o cultural, y tener asignados unos asientos determinados o unos palcos. Si el titular del asiento o palco de al lado los vende, el que tiene su asiento contiguo, no puede alegar un derecho al desenvolvimiento natural del derecho de cuota de socio, para adquirir el asiento vacante con preferencia al comprador del mismo, por muy lógico que le parezca que debería adquirirlo él con preferencia al comprador, ya que lleva abonado al asiento muchos años, y le gustaría que su hijo, que ahora ya es mayor, pueda ir a los encuentros y sentarse junto a él.

Otro supuesto: imaginemos que un nudo propietario –que no va a poder disfrutar del piso ya que el usufructo es vitalicio y el usufructuario es joven vende su nuda propiedad a un tercero que le interesa adquirirlo como inversión. ¿El usufructuario puede solicitar la adquisición preferente de la nuda propiedad, alegando que disfruta del piso? No. El código civil no contempla esa posibilidad, por mucho desenvolvimiento natural del derecho del usufructuario que se quiera ver, y por mucha aplicación analógica que se quiera aplicar. Pero es que al contrario tampoco: el nudo propietario tampoco puede alegar un derecho derivado del desenvolvimiento natural de su derecho de cuota (la nuda propiedad en el fondo es una cuota del pleno dominio) si el usufructuario vendiese su derecho de usufructo, cosa que puede hacer libremente al amparo del art. 480 del Código Civil.

Otro ejemplo más, las servidumbres. ¿Sería lógico que el dueño del predio sirviente o el dueño del predio dominante, tuvieran derecho de retracto alegando ese supuesto desenvolvimiento natural del derecho de servidumbre, en caso de venderse el predio dominante o el sirviente?

O pensemos en un retracto mucho más usual: según el art. 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, el arrendatario de una vivienda tiene derecho de retracto en

caso de venta de la vivienda arrendada. Sin embargo, si la disposición de la vivienda se hiciera a título gratuito, por permuta, por aportación a sociedad, y en general por cualquier negocio de enajenación distinto a una venta, no tiene ese derecho de retracto, por mucha analogía y por mucho intento de pretender ejercitar ese derecho nacido del desenvolvimiento natural del derecho de arrendamiento. Porque la ley sólo prevé ese derecho de retracto en el caso de venta. Intentar ejercitarlo en los demás supuestos distintos a una venta, alegando el desenvolvimiento del derecho de arrendamiento, y aplicarlo por analogía, podrá ser lógico, pero no es legal, porque la ley lo dice claramente: sólo se puede ejercitar en el caso de venta.

Lo que quiero hacer ver con estos ejemplos, es que no puede retorcerse el Derecho, e inventar derechos derivados de pretendidos desenvolvimientos naturales de otros derechos, y aplicarlos utilizando el correoso recurso a la analogía, para contradecir una regulación legal, por muy lógicos que nos parezcan. Sino que hay que ajustarse a la ley:

En el primer caso, del propietario de un piso, el art. 396 excepciona la comunidad atribuyendo a cada condueño el derecho exclusivo sobre un elemento independiente.

En el segundo la normativa legal de sociedades, o asociaciones, prevé que en los estatutos se regule de forma expresa el régimen de transmisión inter vivos y mortis causa de las acciones o de la condición de asociado, –y en caso contrario hay una regulación supletoria al respecto–, pero esa regulación no se puede contradecir aplicando analogía a alguna.

En el tercero, si hay alguna normativa del club al respecto, tampoco se puede contradecir alegando la aplicación analógica de ningún derecho derivado del desenvolvimiento natural del derecho del abonado a ocupar una localidad.

En el caso del usufructo, o de la servidumbre, ya hemos visto que ni se regula el retracto del nudo propietario, y que, es más, el usufructuario puede, por ley, vender libremente su derecho de usufructo. Por mucho que la lógica pudiera pensar que en el primer caso el nudo propietario revaloriza mucho su nuda propiedad, y que en el segundo el usufructuario adquiere lo que lleva disfrutando muchos años, y que le viene muy bien, incluso sentimentalmente, máxime, si hubiera hecho reformas o conservado con esmero la cosa usufructuada. Y por mucho que se piense que en caso de servidumbres a ambos propietarios podría convenirles adquirir la finca sirviente o dominante, para así evitar la servidumbre, que en el fondo molesta a ambos.

Por no decir, el caso del arrendatario: ¿quién mejor que él estará interesado en adquirir la vivienda que habita? Sin embargo no puede ejercitar ese derecho de retracto si no es por una venta, y sólo en caso de venta, por mucho desenvolvimiento de su derecho de arrendamiento y por mucha analogía que quiera aplicarse pensando que eso sería justo o lógico.

El Derecho hay que cumplirlo, aunque a veces por lógica pueda parecer que debiera ser otra la solución prevista por el Legislador. Lo contrario lleva a la inseguridad jurídica.

Los Notarios y los Registradores no podemos elucubrar ni hacer piruetas jurídicas – como pueden hacer los teóricos del Derecho en sus estudios y trabajos doctrinales–, sino que debemos enfrentarnos a problemas reales, que se dan en la vida práctica, con personas reales, y donde los clientes quieren soluciones seguras.

Porque de lo contrario se generaría una inseguridad jurídica que podría ocasionar graves responsabilidades económicas, sobre todo para el Notario, que es el que está en la primera línea: los clientes están frente a él pensando que el negocio que se va a firmar cumple la ley. En todos los casos que se firma una escritura: se entrega el dinero, si el negocio es oneroso; o se transfiere un derecho sin dinero, si es un negocio gratuito. Y los otorgantes desaparecen de escena una vez firmado.

Por eso el Notario debe confeccionar sus documentos apoyándose en pilares firmes del Derecho: que son básicamente la ley. Y sólo en algún caso excepcional no contemplado expresamente por la ley, en la solución propiciada por los tribunales o por este Centro Directivo que siempre gozó de gran prestigio jurídico. Pero no se puede apoyar en elucubraciones doctrinales, utilizado la analogía como coartada, porque se piense que son justas o lógicas.

También el Registrador, debe apoyarse en la ley, y no hacer caso a las disquisiciones jurídicas propiciadas por la doctrina, pues esas elucubraciones jurídicas no son fuente del Derecho, y lo único que provocan es inseguridad jurídica si se acude a ellas en supuestos en los que la ley es clara. *In claris non fit interpretatio*.

En nuestro caso concreto: no podemos admitir la existencia de un “derecho al desenvolvimiento de un derecho de cuota”, sencillamente porque en ningún lugar del Código Civil se habla de este derecho. Es una construcción doctrinal artificiosa, que genera inseguridad jurídica, pues ocurre, como ha sido el caso, que el Notario se aferra a la ley, y redacta el documento en un sentido acorde al tenor de la ley.

Sin embargo la Registradora se basa, no en la ley, sino en una construcción doctrinal aplicándola, además, por analogía –que es un concepto totalmente arbitrario y correoso– alejado de la seguridad jurídica que proporciona la ley.

Al final, como el sistema de seguridad jurídica en España se basa en una doble calificación, se genera el problema si el Registrador no se aferra a la ley y contradice al Notario basándose en cosas distintas de la ley: problema que no afecta a los teóricos del Derecho –que pueden elucubrar libremente en sus libros, sin asumir ninguna responsabilidad–, sino que afecta a personas concretas, con sus intereses y necesidades concretos. Pero también afecta a los profesionales del Derecho que redactamos y autorizamos sus negocios jurídicos, plasmando la voluntad de los clientes, y ajustándola a la ley.

Tampoco es admisible aplicar la analogía por parte de la Registradora, queriendo asimilar ese supuesto derecho doctrinal “derecho de desenvolvimiento del derecho de cuota”, a un retracto. Porque a todas luces no hay la más mínima justificación de base: falta totalmente la *“ratio iuris”*. Es querer aplicar una normativa, la prevista en el art. 1346.4 a un supuesto no previsto en él, simplemente porque sí.

Quizás más lógico habría sido que hubiera aplicado, sin más y sin tener que acudir a ninguna analogía, al artículo 1354. “Los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas.” Que es la solución que se buscaba en la escritura y que la propia esposa manifestó expresamente.

Si uno se asoma a la vida práctica puede comprobar que hay muchas más razones para no retorcer el Derecho que para retorcerlo.

Nuestro caso es un ejemplo palmario: un matrimonio casado en gananciales decide comprar la cuota de los hermanos de la esposa, y acuden al Notario. El Notario, excediéndose de sus funciones civiles, les informa que fiscalmente es más ventajoso hacer una disolución de condominio que una compraventa. Ambas son elecciones jurídicas lícitas, pero en el primer caso se ahorran casi un 6 % de impuestos.

¿Quién puede pensar que el marido, que pone también el dinero, y que se endeuda con la esposa para pedir un préstamo hipotecario, para pagar esas partes que adquieren, puede llegar siquiera a imaginarse, que lo adquirido va a ser sólo de su esposa?

Porque el problema no es sólo una mera calificación –de si es privativa la totalidad del bien, o ganancial en 3/4 partes y privativo en 1/4 parte– El problema es de más calado: porque si es ganancial, para venderlo se necesita el consentimiento de ambos. Mientras que si es privativo, la esposa puede disponer libremente de él, incluso a título gratuito, prescindiendo completamente del marido.

No puede servir de justificación el decir que al adquirirlo se habrá generado un crédito para cuando se disuelva la sociedad de gananciales. Porque eso, teóricamente, queda muy bien. Pero en la vida práctica, ese crédito no genera resultados justos. Porque el día de mañana puede que no haya forma de cobrar ese crédito si el matrimonio se disuelve, resultante de una enajenación hecha solamente por la titular privativa, con la que no estaba de acuerdo el esposo.

No sólo hay que mirar, además, el valor del crédito, sino que lo adquirido puede tener también un valor afectivo de lo adquirido –por ejemplo si lo adquirido va a ser la vivienda habitual, o una finca que se va a labrar–.

Pero las consecuencias de que lo adquirido sea ganancial o privativo van más allá: pensemos fiscalmente, en que pasados unos años se venda la cosa. Si es privativo la ganancia o pérdidas patrimoniales sólo se contarían en el Impuesto sobre la Renta de la adjudicataria. Si es ganancial, se contarían en el Impuesto sobre la Renta de los dos.

Cada uno puede tener una fiscalidad diferente, y perder ventajas fiscales –como podría ser compensar con pérdidas propias o comunes–.

Lo que quiero hacer ver, es que calificar una cosa como ganancial o privativa no es sólo un ejercicio doctrinal jurídico, sino que tiene muchas implicaciones civiles, fiscales... y sobre todo de justicia con el sentido común: si se le preguntara a la adjudicataria y al esposo, seguro que dirían que ellos pensaban que lo adquirido era ganancial, porque para eso pedían ambos un préstamo hipotecario, y lo adquirieron ambos con el esfuerzo de ambos.

3. Y por si las anteriores razones expuestas no fueran suficientes para tratar de exponer que no cabe la aplicación analógica del 1346.4 al supuesto de esta escritura, queda el argumento más evidente: en la escritura la esposa confiesa que el dinero es ganancial.

Y en la propia escritura la esposa manifiesta su voluntad, de que las cuotas adquiridas sean gananciales.

Si lo que se pretendiera es que al disolverse una comunidad de bienes, lo adquirido siga siendo privativo de la adjudicataria aunque el exceso se pague con dinero ganancial, el cónyuge adjudicatario tendría que romper la presunción de ganancialidad y la regulación del 1347.3, obteniendo la confesión del otro cónyuge para que reconozca tal carácter privativo del bien. Rompiendo de esta forma, la regla general.

Si no lo hace así, debería cumplirse la regulación legal, que atribuye el carácter ganancial a los bienes adquiridos con dinero existente en la sociedad ganancial, el cual, por otra parte siempre se presume ganancial salvo prueba en contrario.

Modos de atribución del carácter privativo o ganancial a un bien.

La propia Dirección General también, a modo didáctico, recuerda en una Resolución de 4 de julio de 2022 BOE 219 páginas 125392 y siguientes, que, a su vez, reitera, en el mismo sentido, el criterio de otras anteriores (R. 12 de junio de 2020, R. 15 de enero de 2021, R. 8 de septiembre de 2021, R. 9 de septiembre de 2021), que son perfectamente lícitas las siguientes opciones en relación con la sociedad de gananciales, y la situación jurídica de los bienes privativos, en lo que se refiere al ámbito registral:

Primera. Justificar indubitadamente el carácter privativo del bien (léase también ganancial). Si el bien es fungible, como ocurre con el dinero, dicha justificación debe realizarse siempre mediante prueba documental pública. En este sentido, esta Dirección General en su reciente Resolución de fecha 30 de mayo de 2022 ha manifestado que “el rastro del dinero privativo que se dice invertido en la adquisición ha de gozar de una acreditación documental plena, pues en el procedimiento registral no existe la posibilidad de admisión de otros medios de prueba, cuya admisión habría de llevar pareja la posibilidad de contradicción. Esa conclusión viene avalada por el contenido del artículo 95.2 del Reglamento Hipotecario que, como se ha expuesto anteriormente, exige, con el limitado alcance de regular su acceso registral, que, en las adquisiciones a título oneroso, se justifique el carácter privativo del precio o de la contraprestación mediante prueba documental pública. Fuera del proceso esa exigencia se viene entendiendo necesario que sea directamente la fe notarial –y no tanto las manifestaciones de parte interesada plasmadas en soporte documental público– la que ampare la privatividad del precio invertido. En otro caso, la presunción de ganancialidad proyecta tabularmente sus efectos, hasta su impugnación judicial; y esta es la solución estricta que rige en el ámbito registral en tanto no haya una modificación normativa que flexibilice este extremo (como la legislación civil especial de Aragón, por ejemplo –vid. artículo 213 del Código de Derecho Foral de Aragón–). No obstante, no debe descartarse una interpretación flexible del referido artículo 95.2 del Reglamento Hipotecario que, atendiendo a la realidad social (cfr. artículo 3.1 del Código Civil), lleve a admitir la inscripción del bien con carácter privativo sobre la base de manifestaciones del

comprador que, constando en documento público, tengan como soporte algún dato adicional como pudiera ser, por ejemplo, el documento bancario del que resulte la correspondencia del pago realizado con el previo ingreso en una cuenta de la titularidad del comprador de dinero procedente de donación constatada en escritura pública”.

Segunda. Que un cónyuge confiese el hecho del carácter privativo (léase también ganancial) de la contraprestación con la que se adquirió el bien por el otro cónyuge, con lo que se sujeta al régimen especial de los artículos 1324 del Código Civil y 95.4 del Reglamento Hipotecario.

Tercera. Que los cónyuges celebren un negocio jurídico de atribución de carácter privativo (léase también ganancial), pero dejando claramente expresada la causa onerosa o gratuita de dicho negocio.

Esta doctrina muy bien explicada por la Dirección General, precisamente, sirve de apoyo a mi último argumento a favor de la ganancialidad de las cuotas adquiridas por la adjudicataria.

Es decir, en sentido correlativo a lo explicado en esa Resolución, también cabe:

1. Que lo adquirido sea ganancial haciendo “una interpretación flexible del referido artículo 95.2 del Reglamento Hipotecario que, atendiendo a la realidad social (cfr. artículo 3.1 del Código Civil), lleve a admitir la inscripción del bien con carácter privativo (léase ganancial) sobre la base de manifestaciones del comprador que, constando en documento público”

2. Que lo adquirido sea ganancial si un cónyuge confiesa el carácter ganancial de la contraprestación con la que adquirió el bien, con lo que se sujeta al régimen especial de los artículos 1324 del Código Civil y 95.4 del Reglamento Hipotecario. Y el bien sería ganancial.

3. Y por último, también cabe que lo adquirido sea ganancial, si el adquirente celebrara un contrato atribuyéndole la ganancialidad.

En el caso concreto objeto del recurso, el cónyuge adjudicatario, declara expresamente y confiesa que el dinero con el que se adquieren las otras cuotas indivisas se realiza con dinero ganancial. Y explicita además, que deben considerarse que son gananciales. Y no sólo confiesa, sino que explica por qué el dinero es ganancial: porque sin solución de continuidad se va a concertar un préstamo hipotecario otorgado por la adjudicataria y su cónyuge como prestatarios, precisamente para poder pagar el dinero que corresponde a cada uno de los condueños de los que recibe su parte.

De hecho la propia Dirección General en una resolución de Resolución de 29 de enero de 2013 (BOE de 26 de Marzo, páginas 15667 y siguientes), a sensu contrario, viene a corroborar esta solución: en el caso de esta Resolución, si no hay una confesión expresa de privatividad, el bien es ganancial, viene a decir.

Luego, a sensu contrario, y en nuestro caso, hay una confesión expresa de ganancialidad y una voluntad de atribuir el carácter ganancial a lo adquirido. Ambos cosas, confesión y voluntad.

Es decir, incluso aunque se pensara que prevalece la aplicación analógica derivada del derecho al desenvolvimiento natural del derecho de cuota, y que por tanto el bien sería privativo, surgiendo un derecho de crédito a favor de la sociedad de gananciales, en el presente caso, objeto de este recurso, resulta que la esposa adjudicataria confiesa expresamente que el dinero es ganancial. Y no sólo confiesa la procedencia del dinero, sino que expresamente quiere que la adquisición sea ganancial, tal y como se hizo constar en ese párrafo expreso de las estipulaciones. Con lo cual y aplicando el criterio de esta reciente Resolución de 2022, lo adquirido debe ser ganancial.

En resumen, considero que no sólo es que no quepa aplicar laxamente la analogía para dar preferencia a un doctrinal y pretendido derecho de “desenvolvimiento natural del derecho de cuota” sobre la regulación legal de los artículos 1346.4 o 1347.4, sino que en el caso específicamente objeto del presente recurso, es la propia adjudicataria la que confiesa el carácter ganancial del dinero utilizado para salir de la proindivisión y manifiesta expresamente su voluntad de que las 3/4 adquiridas sean ganancial porque

se pagan con dinero ganancial provenientes de un préstamo hipotecario que se va a firmar a continuación compareciendo ambos cónyuges.

Considero por último, y para resumir, que aplicar, en este caso, la analogía –que es un concepto jurídico arbitrario– para contradecir una regulación legal genera inseguridad jurídica y contradice una norma legal, no siendo más que una mera creación doctrinal.

Alegar la analogía para saltarse la regulación legal genera, no sólo inseguridad jurídica, sino que puede generar perjuicios para la entidad prestamista, ya que la hipoteca no llega a inscribirse, así como para el propio Notario autorizante, ya que podría parecer que ha autorizado un documento erróneo, cuando realmente lo único que hizo fue aplicar la regulación legal contenida expresamente en el código civil, art. 1347.3, de forma que lo adquirido debe ser ganancial. “Son gananciales: 3.–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.”

Calificación a efectos doctrinales, en su caso.

El artículo 325 de la Ley Hipotecaria, según la redacción resultante de la modificación efectuada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, dispone que la subsanación de los defectos indicados por el Registrador en la calificación no impedirá a cualquiera de los legitimados, incluido el que subsanó, la interposición del recurso.

Se trata de una norma que reconoce la posibilidad de recurso para revisar la calificación con el alcance legalmente previsto, y no sólo a efectos doctrinales –como acontecía conforme al artículo 112 del Reglamento Hipotecario antes de la reforma–.

Obedeció dicha modificación a la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 22 de mayo de 2000, sobre dicho precepto reglamentario, según la cual de los artículos 6, 18, 22 y 66 de la Ley Hipotecaria, resulta que el Notario autorizante del título ha de estar legitimado siempre para interponer el recurso, aunque se haya subsanado el defecto, por estar interesado en la inscripción, habida cuenta de las responsabilidades legalmente definidas.

Y añade dicha Sentencia que “el objeto del recurso gubernativo... no es el asiento registral sino el acto de calificación del Registrador, de manera que, practicado dicho asiento, no se trata de anularlo sino de que se declare que la calificación del Registrador, al denegar la inscripción por concurrir defectos subsanables, no fue ajustada a derecho, y ello es posible jurídicamente, aunque el asiento se haya practicado una vez subsanados los defectos apuntados por el Registrador, y tiende, entre otros fines, a evitar que la carga o gravamen, impuesto por la incorrecta calificación, lo soporte el interesado o el Notario autorizante de la escritura pública”».

#### IV

Mediante escrito, de fecha 17 de marzo de 2023, la registradora de la Propiedad elevó el expediente a esta Dirección General con su preceptivo informe.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 404, 1062, 1224, 1225, 1227, 1255, 1274 a 1277, 1284, 1285, 1315, 1323, 1324, 1325, 1328, 1346, 1347, 1352, 1355, 1357, 1358, 1359 y 1361 del Código Civil; 1, 9, 18 y 21 de la Ley Hipotecaria; 51.6.<sup>a</sup>, 90, 93, 94 y 95 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1991, 26 de noviembre de 1993, 19 de abril y 29 de septiembre de 1997, 24 de febrero y 25 de octubre de 2000, 2 de octubre y 11 de diciembre de 2001, 26 de febrero y 17 de abril de 2002, 11 de junio de 2003, 8 de octubre de 2004 y 25 de mayo y 3 de diciembre de 2015; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de septiembre de 1937, 6 de abril de 1962, 7 de junio de 1972, 2 de febrero de 1983, 10 de marzo y 14 de abril de 1989, 25 de septiembre de 1990, 7 y 26 de octubre de 1992, 11 de junio de 1993, 28 de mayo de 1996, 21 de diciembre de 1998, 15 de marzo, 26 de mayo y 15 y 30 de diciembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 21 de julio

de 2001, 17 de abril de 2002, 12 de junio y 18 de septiembre de 2003, 2 de enero y 4 de abril de 2004, 4 y 14 de abril de 2005, 22 de junio de 2006, 6 de junio de 2007, 22, 29 y 31 de marzo y 19 de octubre de 2010, 13 de junio, 29 de julio, 3 de septiembre y 11 de noviembre de 2011, 28 de enero, 11 de abril, 4 de junio y 17 de septiembre de 2012, 29 de enero y 12 de junio de 2013, 20 de febrero, 13 de marzo y 27 de mayo de 2014, 11 de mayo de 2016, 13 de noviembre y 13 de diciembre de 2017 y 30 de julio de 2018, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 12 de junio de 2020, 15 de enero y 8 y 9 de septiembre de 2021 y 4 de julio de 2022.

1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso, se extingue la comunidad existente sobre determinada finca entre los cuatro copropietarios, dueños por iguales partes indivisas de las mismas, con adjudicación a uno de ellos, quien ha pagado a los restantes su parte, según manifiestan; y se añade lo siguiente:

«La parte adjudicataria hace constar que los importes de pago de esta adjudicación han sido satisfechos mediante préstamo hipotecario, que se formalizará en el día de hoy, por lo que, el carácter de la parte que se adjudica en esta escritura, será carácter ganancial.»

La registradora suspendió la inscripción solicitada por no acreditarse el carácter ganancial de tres cuartas partes indivisas de la finca referida. Afirma que el principio de subrogación real –que en sede de sociedad de gananciales implica que los bienes adquiridos con dinero ganancial sean gananciales y los adquiridos con dinero privativo sean privativos– «se exceptúa en los casos de extinción de condominio por aplicación analógica del criterio del carácter del propio bien del que deriva el derecho a la adquisición (que resulta de los artículos 1346.4, 1347.4 y 1352 del Código Civil) y que determina que siendo la cuota indivisa privativa (“bien del que deriva el derecho a la adquisición”), la finca que recibe el comunero en la extinción será privativa; y si se ha abonado a los restantes comuneros su haber en dinero ganancial, surge, entre los cónyuges, el derecho de reembolso a favor del patrimonio que sufraga la adquisición, regulado en el artículo 1358 del Código Civil».

El recurrente alega: a) Que lo adquirido constante la sociedad de gananciales con dinero ganancial es ganancial; b) Que, acreditado el carácter ganancial del dinero con el que se ha efectuado la adquisición, no hay una razón válida para la aplicación analógica del artículo 1346.4 del Código Civil, y c) Que, en la escritura, la esposa confiesa que el dinero es ganancial y manifiesta su voluntad de que las cuotas adquiridas sean gananciales.

2. La cuestión planteada debe resolverse según el criterio sentado por este Centro Directivo en numerosas ocasiones (cfr. las Resoluciones de Resolución de 29 de enero de 2013, 11 de mayo de 2016, 13 de noviembre y 13 de diciembre de 2017 y 30 de julio de 2018, entre otras citadas en los «Vistos» de la presente).

La extinción de la comunidad 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. En nuestro Derecho, dejando a salvo supuestos especiales, se permite, y aun 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 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.

En el presente caso debe atenderse, además, a las normas que el Código Civil establece para determinar los bienes y derechos que conforman el activo ganancial (artículos 1346 a 1351 y concordantes del Código Civil), para determinar el carácter del bien adjudicado.

3. La sociedad legal de gananciales constituye un régimen económico-matrimonial, de tipo comunitario, que se articula en torno al postulado según el cual se hacen 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 1347.3.º del Código Civil («son bienes gananciales (...) Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común») y 1346.3.º («son privativos de cada uno de los cónyuges (...) Los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos»). 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).

Bien es verdad que en las adquisiciones onerosas, en caso de que no se aplique el denominado principio de subrogación real (con arreglo al cual los bienes adquiridos tienen la misma naturaleza privativa o ganancial que tuviesen los fondos utilizados o la contraprestación satisfecha), para evitar el desequilibrio entre los distintos patrimonios de los cónyuges, surge como contrapeso el correspondiente derecho de reembolso (a favor del patrimonio que sufraga la adquisición) consagrado en el artículo 1358 del Código Civil.

4. En este caso, los preceptos que rigen la sociedad conyugal legal, más que apoyar la consideración de que el pleno dominio de la finca adquirido por uno de los cónyuges en virtud de la extinción del condominio ha de tener carácter ganancial (mediante la aplicación del principio de subrogación real, presuponiendo el carácter ganancial del dinero con que el cónyuge adjudicatario ha de pagar su parte a los demás condueños –artículos 404, 406 y 1062 del Código Civil– con base en la presunción de que dicho numerario es de tal carácter –artículo 1361 del Código Civil–), pone de relieve 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, de decir, la cuota indivisa de la que trae causa la adjudicación, que en el caso examinado era privativa [criterio consagrado, por ejemplo, en el artículo 211.g) del Código del Derecho Foral, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón]. En efecto, 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 privativo 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 letra y el espíritu del apartado cuarto 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, 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 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 (vid., entre otras posteriores, la 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 de 17 de septiembre de 2012, donde se sostiene la aplicación analógica de la regla cuarta 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)».

Y es que, en suma, la solución que resultaría de la aplicación combinada del principio de subrogación real y de la presunción del artículo 1361 del Código Civil cede ante un título adquisitivo del cual, por estar basado en un derecho de adquirir privativo, legalmente resulte la privatividad de lo adquirido. Y esta calificación en la extinción del condominio vendrá determinada por el carácter que corresponda a la previa titularidad indivisa del comunero, que es precisamente de la que trae causa su derecho y la que faculta –a través de la división y adjudicación– para adquirir todo el bien común; incluso cuando se abone a los demás en dinero ganancial la compensación por el exceso que esa adjudicación le suponga sobre su haber, pues la causa de la adquisición sigue siendo el derecho que el adjudicatario tenía como comunero, y éste quedó determinado como privativo.

5. Ciertamente, el principio de autonomía de la voluntad de los cónyuges casados en régimen de gananciales permite que, para la determinación del carácter ganancial o privativo de un bien o derecho determinado, los cónyuges puedan, bien en el momento de la adquisición, bien con posterioridad, alterar el carácter que resultaría de aplicar las reglas establecidas en el Código Civil antes referidas.

La regulación que del régimen económico matrimonial contiene el Código Civil se caracteriza por un marcado principio de libertad que se manifiesta, entre otros, en los artículos 1315 (libertad en la determinación del régimen económico), 1325 (libertad en cuanto a su estipulación, modificación o sustitución), 1328 (libertad de pacto en tanto las estipulaciones no sean contrarias a las leyes o las costumbres o limitativas de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge) y 1323 (posibilidad de transmitirse los cónyuges por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos), sin más limitaciones que las establecidas en el mismo Código (cfr. artículo 1315).

El propio artículo 1355 –al permitir que los cónyuges atribuyan carácter ganancial a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, con independencia de cuál sea la procedencia y la forma y plazos de satisfacción del precio o contraprestación– se encuadra dentro de ese amplio reconocimiento de la autonomía privada, y constituye una manifestación más del principio de libertad de pactos que se hace patente en el mencionado artículo 1323. Precisamente la aplicación de este

principio hace posible también que, aun cuando no concurren los presupuestos de la norma del artículo 1355, los cónyuges atribuyan la condición de gananciales a bienes que fueran privativos. Así lo admitió esta Dirección General en Resolución de 10 de marzo de 1989 que, respecto del pacto específico de atribución de ganancialidad a la edificación realizada con dinero ganancial sobre suelo privativo de uno de los cónyuges, señaló que «aun cuando la hipótesis considerada no encaje en el ámbito definido por la norma del artículo 1355 del Código Civil (que contempla la posibilidad de asignar de modo definitivo el carácter ganancial solamente respecto de los bienes adquiridos a título oneroso, tanto si hubiere indeterminación sobre la naturaleza de la contraprestación al tiempo de la adquisición como si ésta fuera inequívocamente privativa), no por ello ha de negarse la validez y eficacia del acuerdo contenido en la (...) escritura calificada, toda vez que los amplios términos del artículo 1323 del Código Civil posibilitan cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges y, por ende, entre sus patrimonios privativos y el consorcial, siempre que aquéllos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto –entre los cuales no puede desconocerse 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–, y cuyo régimen jurídico vendrá determinado por las previsiones estipuladas por los contratantes dentro de los límites legales (artículos 609, 1255 y 1274 del Código Civil) y subsidiariamente por la normativa del Código Civil». Este criterio ha sido posteriormente confirmado en Resoluciones de 14 de abril de 1989, 7 y 26 de octubre de 1992, 11 de junio de 1993, 28 de mayo de 1996, 15 y 30 de diciembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 21 de julio de 2001, 17 de abril de 2002, 12 de junio y 18 de septiembre de 2003, 22 de junio de 2006, 6 de junio de 2007, 29 y 31 de marzo y 19 de octubre de 2010, 19 de enero, 13 de junio y 3 de septiembre de 2011, 13 de noviembre de 2017, 30 de julio de 2018, 12 de junio de 2020, 15 de enero y 8 y 9 de septiembre de 2021 y 4 de julio de 2022, entre otras.

Según la referida doctrina de este Centro Directivo, los elementos constitutivos del negocio por el que se produce el desplazamiento entre los patrimonios privativos y el consorcial han de quedar precisados debidamente, también respecto de la causa de la transferencia patrimonial, que no puede presumirse a efectos registrales. Ahora bien, como se indicó en la referida Resolución de 22 de junio de 2006, dicha exigencia de especificación causal del negocio ha de ser interpretada en sus justos términos. En este sentido, se ha considerado suficiente que se mencione la onerosidad o gratuidad de la aportación, o que la misma resulte o se deduzca de los concretos términos empleados en la redacción de la escritura, toda vez que «los referidos pactos de atribución de ganancialidad tienen la finalidad de ampliar el ámbito objetivo del patrimonio consorcial, para la mejor satisfacción de las necesidades de la familia, y por ello están trascendidos por la relación jurídica básica –la de la sociedad de gananciales, cuyo sustrato es la propia relación matrimonial–. Se trata de sujetar el bien al peculiar régimen de afección propio de los bienes gananciales, en cuanto a su administración, disposición, cargas, responsabilidades, liquidación que puede conducir a su atribución definitiva a uno u otro cónyuge, de acuerdo con las circunstancias de cada uno, o sus respectivos herederos». A lo que se añadió que cabe «entender que el desplazamiento patrimonial derivado del negocio jurídico de atribución de ganancialidad tiene una identidad causal propia que permite diferenciarlo de otros negocios jurídicos propiamente traslativos del dominio, como la compraventa, la permuta (el cónyuge que aporta no espera obtener un precio u otra contraprestación), o la donación (la aportación no se realiza por mera liberalidad). Por ello, se llega a afirmar que encuentran justificación en la denominada “causa matrimonii”, de la que, históricamente puede encontrarse algunas manifestaciones como la admisión de las donaciones “propter nuptias” de un consorte al otro –a pesar de la prohibición general de donaciones entre cónyuges–, o la antigua dote. Y es que, aun cuando no puedan confundirse la estipulación capitular y el pacto específico sobre un bien concreto, la misma causa que justifica la atribución patrimonial en caso de aportaciones realizadas mediante capitulaciones matrimoniales (cfr. la Sentencia del

Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1993, según la cual “Siendo los capítulos por su propia naturaleza actos jurídicos cuyo tratamiento es el de los onerosos, difícilmente podría ser impugnado como carente de causa”; y la Resolución de 21 de diciembre de 1998) debe considerarse suficiente para justificar los desplazamientos patrimoniales derivados de pactos extracapitulares de ganancialidad, sin necesidad de mayores especificaciones respecto del elemento causal del negocio. En ambos casos se trata de convenciones que participan de la misma “iusta causa traditionis”, justificativa del desplazamiento patrimonial “ad sustinenda oneri matrimonii”».

6. En el presente caso, el criterio de la registradora debe ser confirmado porque, en contra de lo que afirma el recurrente, falta el consentimiento del cónyuge del adjudicatario que es imprescindible para que –con base en el referido principio de autonomía de la voluntad– quede determinado el carácter ganancial de lo adjudicado.

Las mencionadas cláusulas de la escritura objeto de calificación han de interpretarse en el sentido de que el cónyuge adjudicatario ha querido que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1355 del Código Civil, se atribuya carácter ganancial a las participaciones que está adquiriendo, a pesar de que por las reglas antes analizadas, le correspondería tener carácter privativo. El título de adquisición es sin duda el de extinción de condominio, que, considerando el carácter privativo de la cuota que pertenecía al marido en la extinta comunidad, implicaría el mismo carácter para el bien adquirido. Pero para que entre en juego el pacto de atribución de ganancialidad, de acuerdo con el artículo 1355 del Código Civil, es imprescindible que preste su consentimiento la esposa del adjudicatario, mientras que en la escritura calificada únicamente se indica su nombre y no tiene intervención alguna en el otorgamiento.

Frente a las manifestaciones del recurrente sobre la confesión de la esposa acerca del carácter ganancial del dinero empleado por el adjudicatario y sobre la manifestación de voluntad de aquélla en el sentido de que las cuotas adquiridas sean gananciales, prevalece el hecho incontestable de que la escritura calificada se expresa que comparece «don O. I. M. R. (...), que está casado con arreglo al régimen económico matrimonial de gananciales con doña W. O. K. (...) con NIE número (...)»; únicamente se expresa que se le exhibe al notario el «NIF» de don O. I. M. R.; y en la intervención únicamente consta que esta persona interviene en su propio nombre y derecho, sin alusión alguna a la comparecencia e intervención del cónyuge.

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, 30 de mayo de 2023.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.