

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**10823** *Resolución de 15 de septiembre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Albacete n.º 4, por la que se suspende la rectificación de un asiento del Registro en virtud de una escritura de herencia.*

En el recurso interpuesto por doña María Isabel Merino Cubells, notaria de Valencia, contra la calificación del registrador de la Propiedad de Albacete número 4, don Julián Cuenca Ballesteros, por la que se suspende la rectificación de un asiento del Registro en virtud de una escritura de herencia.

#### Hechos

##### I

Mediante escritura autorizada por la notaria de Valencia, doña Isabel Merino Cubells, de fecha 31 de marzo de 2015, con el número 30 de protocolo, se otorgaron operaciones particionales ocasionadas tras el óbito de doña J. M. D. Comparecen el viudo y todos sus hijos, presentes o representados.

En la escritura se describe en el inventario una rústica en término de Albacete, al Paraje Bancal del Peral, sobre la que existen dos edificaciones: una de una sola planta, destinada a usos agrícolas, y otra edificación consistente en nave almacén, también para usos agrícolas. Los inmuebles descritos fueron construidos sobre un terreno privativo de don J. C. L. C. (el viudo), que lo había heredado de su madre. Pero se manifiesta que la construcción había sido realizada y costeadada con dinero de la comunidad de gananciales de la causante y el viudo en el año 1980, aun cuando la finca sobre la que se hizo la construcción era privativa de éste. El régimen económico matrimonial de los cónyuges era de sociedad de gananciales desde 1966, como se acredita en la escritura. La fecha de construcción se acredita con la certificación catastral descriptiva y gráfica, de donde resulta que la citada construcción data del año 1980. En la escritura, se manifiesta que, por aplicación del antiguo artículo 1404.2 del Código Civil (anterior a la reforma de 13 de mayo de 1981), el inmueble adquiriría carácter ganancial, si bien por error de concepto se inscribió como privativo del esposo (hoy el viudo), ya que el título de declaración de obra nueva fue formalizado el día 24 de enero de 1996 ante el notario de Valencia, don Claudio Reig Verdú, número 103 de su protocolo, en la que el otorgante reconocía que había realizado la construcción a expensas de los fondos de su sociedad conyugal. Fue inscrita en el año 2013. Por ello, los comparecientes, que son el viudo y la totalidad de los hijos de la causante, como únicos interesados en dicho bien, y de conformidad con el citado artículo 1404.2 del Código Civil en su redacción anterior a la reforma de 13 de mayo de 1981, y los artículos 40, 217 y 219 de la Ley Hipotecaria, solicitan que se rectifique el error cometido y que se inscriba con el carácter de ganancial.

##### II

La referida escritura se presentó por vía telemática en el Registro de la Propiedad de Albacete número 4 el día 4 de mayo de 2015 y, posteriormente, el día 19 de mayo de 2015 por escritura física, siendo objeto de calificación negativa de fecha 3 de junio de 2015, la cual fue notificada el día 8 de junio de 2015 y que, a continuación, se transcribe: «Registro de la Propiedad de Albacete núm. 4, examinada copia auténtica de escritura de herencia por fallecimiento de doña J. M. D., otorgada el día treinta y uno de marzo de dos mil quince ante el Notario de Valencia doña María Isabel Merino Cubells, protocolo número 30/2015,

que se presentó el día 4 de mayo de 2.015 bajo el asiento 50 del diario 148, se suspende la inscripción en base a los siguientes: Hechos: 1.–En dicha escritura de herencia, por fallecimiento de doña J. M. D., sus herederos solicitan que se rectifique el error de concepto de la inscripción 2.<sup>a</sup> de obra nueva, practicada con «carácter privativo», sobre la finca registral 18594 de la sección 2.<sup>a</sup>, de fecha 27 de noviembre de 2013, en virtud de escritura autorizada por el Notario de Valencia don Claudio Reig Verdú, el 24 de enero de 1996, protocolo número 108/1996, por aplicación del artículo 1404.2 del Código Civil, en su redacción anterior, para que la inscripción de la citada obra pase a tener el carácter de ganancial. 2. Del Registro resulta que la finca 18954 pertenece de forma privativa a don J. C. L. C., por título de legado de su madre, doña A. L. C. R. V., según inscripción 1.<sup>a</sup>, de fecha 24 de octubre de 1990. Y del documento de obra nueva, dicho don J. manifiesta que había construido «a expensas de la sociedad conyugal», una edificación destinada a vivienda y usos agrícolas y nave almacén, pero no se contiene acto de atribución de ganancialidad que fuese aceptado por el otro cónyuge, su fallecida esposa, doña J. M. D. Fundamentos de Derecho: 1. El artículo 18 de la Ley Hipotecaria que establece la obligación del Registrador de calificar los títulos presentados a inscripción. 2. La declaración de obra nueva es estimada por la legislación hipotecaria como una circunstancia de hecho y no implica en el ámbito civil cambio en la titularidad de la finca afectada, no es suficiente con la simple mención del artículo 1323 Código Civil. A los efectos del artículo 1359 del Código Civil, la declaración de obra nueva, si contiene un negocio jurídico oneroso, tiene aptitud para sostener un traspaso patrimonial entre cónyuges. Es necesario como resulta de varias Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de fechas 26/05/1999, 12/06/2003 y 18/09/2003, que al menos se determine el negocio traslativo causal que con arreglo a los citados artículos, convierte la edificación levantada sobre el suelo privativo en ganancial o que se realicen una serie de aportaciones proporcionales, con la finalidad de que el valor del solar compensado con una mayor aportación privativa de la esposa con dinero invertido en la construcción, iguale el valor del solar, de modo que cada uno de los cónyuges resulte tener el mismo interés económico en la construcción resultante lo que conllevaría un negocio jurídico de carácter oneroso que aunque no esté expresamente nombrado, puede tener aptitud suficiente para provocar el traspaso patrimonial en él contenido, y además la solicitud de la atribución de ganancialidad. 3. Los asientos practicados quedan bajo la salvaguardia de los Tribunales, y producirán plenos efectos de acuerdo con los artículos 1, 17, 20, 32, 34, 38 y 41 de la Ley Hipotecaria. En efecto, es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado que al tratarse de una inscripción ya efectuada y encontrarse los asientos bajo la salvaguarda de los Tribunales, con arreglo al artículo 1º de la Ley Hipotecaria, su modificación solo podrá realizarse con el consentimiento de su titular, en el caso, rectificando el título que originó la inscripción, o bien mediante una resolución judicial (Vid. también artículos 82, 214 y 217 de la Ley Hipotecaria). 4. No es procedente el procedimiento de rectificación de errores de concepto o materiales, pues para poder acudir a él, es preciso que se trate claramente de tales errores y así lo reconozca el Registrador, lo que no ocurre en este caso, en el que el Registrador mantiene como correcta la inscripción practicada. -Resolución de 8 de mayo de 2.009- Por consiguiente, no se practica inscripción de rectificación de error de concepto, por los motivos expresados haciendo constar que el asiento practicado está bajo la salvaguarda de los Tribunales y producirá todos sus efectos, mientras no declare su inexactitud en los términos establecidos por la Ley. No se practica anotación preventiva de suspensión por no solicitarse y no ser procedente. La precedente calificación (...) Este documento ha sido firmado con firma electrónica reconocida por Julián Cuenca Ballesteros registrador/a de Registro Propiedad de Albacete 4 a día tres de junio del año dos mil quince».

## III

El día 23 de junio de 2015, doña María Isabel Merino Cubells, notaria de Valencia, interpuso recurso contra la calificación en el que, en síntesis, alega lo siguiente: Primero.– Que, habida cuenta la fecha de la adquisición -1978- y de la construcción -anterior a la

reforma de 13 de mayo de 1981-, no se ha mencionado ninguna referencia en la escritura a los artículos 1323 y 1359 del Código Civil, por lo que el único fundamento a tener en cuenta es el artículo 1404.2 de dicho Código en su redacción anterior a la reforma de 13 de mayo de 1981: «(...) son gananciales (...) 2.-También los edificios construidos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose el valor del suelo al cónyuge al que pertenezca». Por lo tanto, estando casados el sociedad de gananciales cuando se construyó, y acreditada la construcción en 1980, por aplicación directa e imperativa del artículo 1404.2 del Código Civil entonces vigente, sin necesidad de ningún negocio traslativo causal, se considera el terreno ganancial en virtud de la accesión invertida recogida por el citado artículo, siendo la causa la propia accesión invertida reconocida por la ley. A diferencia de lo que ocurriría ahora con las actual redacción, donde la atribución de ganancialidad a una edificación construida sobre suelo privativo, por aplicación del artículo 1359, debe ser privativa, y para mutarla en ganancial sí necesitaría de un negocio traslativo causal que actuara como causa para sostener el traspaso patrimonial entre cónyuges o que se realicen aportaciones desiguales para compensar con aportación a la construcción el valor del terreno privativo que devendrá en ganancial, aun cuando no se nombre el negocio o sea atípico. Esto es lo que resulta de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de mayo de 1999 y 12 de junio y 18 de septiembre de 2003; Segundo.-Se trata de una accesión invertida, figura conocida y avalada por el Tribunal Supremo en Sentencias de 14 de octubre de 1982 y 16 de febrero de 1998, en las que, por aplicación del artículo 1404.2 del Código Civil en su redacción anterior a la reforma de 13 de mayo de 1981, se reconoce el carácter ganancial de lo edificado en terreno privativo y de dicho terreno, sin perjuicio del reintegro del valor del suelo a quien fue su propietario. No estamos ante un negocio jurídico oneroso, traslativo y voluntario de los cónyuges que sea la causa del traspaso patrimonial, sino ante la aplicación de un precepto legal cuyo efecto es la atribución de ganancialidad, efecto ajeno a la voluntad negocial dispositiva de las partes, por lo que la causa es la misma ley; Tercero.-Pero, además, el cónyuge declarante, manifestó en la declaración de obra nueva que el dinero empleado en la construcción había sido de su sociedad de gananciales, por lo que el título de declaración de obra nueva no precisa de rectificación, ya que la voluntad de los cónyuges es contundente de querer la ganancialidad de la construcción y por tanto la del terreno, tanto entonces como ahora, y con la legislación vigente en el momento en que se hizo, debió inscribirse como ganancial, siendo por tanto lo único a rectificar el asiento del Registro de la Propiedad, y Cuarto.-Los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales y es doctrina general exigir para su modificación el consentimiento del titular registral. Pues bien, resulta que la rectificación la están solicitando el titular registral y los herederos de la causante, además de haberse solicitado en su día en la declaración de obra nueva: «a expensas de los fondos de su sociedad conyugal, sujeta al régimen supletorio legal de gananciales» y «que se dejan declaradas las obras nuevas descritas y solicitan su inscripción del señor registrador de la Propiedad». Por lo que no admitir esta rectificación sería privar a un ciudadano de uno de los medios admitidos en la legislación hipotecaria para adecuar los asientos registrales y obligarle a acudir a los tribunales de Justicia, con los correspondientes coste y demora.

#### IV

Mediante escrito, de fecha 30 de junio de 2015, el registrador de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

#### Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 1323 y 1359 de Código Civil; 1404 del Código Civil en su redacción anterior a la reforma de 13 de mayo de 1981; 1, 17, 20, 32, 34, 38, 40, 41, 82, 214, 217 y 219 de la Ley Hipotecaria; 322 y siguientes del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1982 y 16 de febrero de 1998, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de mayo de 1999, 12 de

junio y 18 de septiembre de 2003, 2 de febrero y 13 de septiembre de 2005, 19 de diciembre de 2006, 8 de mayo de 2009, 13 de mayo y 19 de junio de 2010, 7 de marzo, 23 de agosto y 2 de diciembre de 2011, 4 y 17 de septiembre y 3 y 16 de octubre de 2012 y 5 y 20 de febrero y 27 de marzo de 2015.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible la rectificación que se realiza en la escritura de herencia de la esposa del titular registral, en la que concurren las circunstancias siguientes:

– La finca aparece en el Registro como privativa de don J. C. L. C. -que comparece en la que ahora se solicita la rectificación-, por herencia de su madre fallecida en 1978.

– Mediante escritura autorizada en 1996, don J. C. L. C. procede a formalizar la declaración de obra nueva de dos edificaciones: La primera es una edificación destinada a vivienda que se declara construida hace más de quince años, acreditándose la antigüedad por certificado técnico, que se incorpora a la escritura, en el que se dice que su construcción se realizó entre 1979 y 1980; La segunda edificación que se declara es una nave-almacén con licencia concedida en 1993. Ambas se manifiesta que se han construido con fondos de la sociedad conyugal.

– Dado que en la escritura no se hizo manifestación expresa de haber operado la accesión invertida prevista en el artículo 1404.2 del Código Civil en su redacción anterior a la reforma de 13 de mayo de 1981, la inscripción se realizó con carácter privativo.

– Ahora, se pretende el cambio de la naturaleza privativa de la finca por la de ganancial en virtud de la accesión invertida establecida por el artículo 1404.2 del Código Civil en su redacción anterior a la reforma de 13 de mayo de 1981; está acreditada la fecha de término de la construcción -año 1979-1980- por la certificación catastral y por el certificado del técnico que se incorporó en la escritura de obra nueva autorizada en 1996.

– En la escritura de herencia en la que se pretende la rectificación de la naturaleza ganancial de la construcción, comparecen el titular de la finca y además todos los herederos de la causante, esposa del citado titular, por entender que se produjo un error de concepto al practicarse la inscripción.

El registrador señala como defecto que la declaración de obra nueva es una circunstancia de hecho y no implica en el ámbito civil cambio en la titularidad de la finca afectada, por lo que no es suficiente con la simple mención del artículo 1323 Código Civil sino que se precisa de un negocio jurídico oneroso para sostener un traspaso patrimonial entre cónyuges; que al tratarse de una inscripción ya efectuada y encontrarse los asientos bajo la salvaguardia de los tribunales, su modificación solo podrá realizarse con el consentimiento de su titular, rectificando el título que originó la inscripción, o bien mediante una resolución judicial, y que no es procedente el procedimiento de rectificación de errores de concepto o materiales, pues para poder acudir a él, es preciso que se trate claramente de tales errores y así lo reconozca el registrador, lo que no ocurre en este caso, en el que mantiene como correcta la inscripción practicada.

La notaria recurrente alega que no se han hecho referencias a los artículos 1323 ni 1359 del Código Civil porque no se trata de una aportación a la sociedad de gananciales ni de un negocio jurídico que precise causa negocial; que se trata de una accesión invertida recogida por el artículo 1404.2 de la redacción del Código Civil anterior a la reforma de 13 de mayo de 1981, por lo que la causa está determinada por la ley; que el titular manifestó en la escritura de declaración de obra nueva que había realizado la construcción con dinero de su sociedad conyugal; que, por lo tanto, no se trata de un error del título que causó la inscripción, ya que en la escritura de declaración de obra nueva se reflejaba que había sido realizada la construcción a expensas del patrimonio ganancial, y que se trata de un error de concepto en la inscripción y que comparecen prestando su consentimiento a la rectificación todos los titulares registrales y los posibles interesados, por lo que procede la rectificación del mismo.

2. Toda la doctrina elaborada a través de los preceptos de la Ley y Reglamento Hipotecarios y de las Resoluciones de este Centro Directivo relativa a la rectificación del

Registro parte del principio esencial que afirma que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria). Por ello, como ha reiterado este Centro Directivo (cfr., por todas, las Resoluciones de 2 de febrero de 2005, 19 de diciembre de 2006, 19 de junio de 2010, 23 de agosto de 2011 y 5 y 20 de febrero y 27 de marzo de 2015), la rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho -lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad-, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho.

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

3. Como ha quedado expuesto, uno de los supuestos de inexactitud registral puede venir motivado por la existencia de errores materiales o de concepto en la redacción del asiento. El artículo 40 de la Ley Hipotecaria en su apartado c) señala que en este caso el Registro se rectificará en la forma determinada en el Título VII. Se entiende que se comete error de concepto, según el artículo 216 de la Ley Hipotecaria, cuando al expresar en la inscripción alguno de los contenidos en el título se altere o varíe su verdadero significado.

A diferencia de lo que ocurre con la inexactitud provocada por la falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento, cuya rectificación, como señala el artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria no exige el consentimiento del registrador, en el caso de la rectificación de errores de concepto, esta intervención es necesaria. El artículo 217, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria dispone que: «Los errores de concepto cometidos en inscripciones, anotaciones o cancelaciones, o en otros asientos referentes a ellas, cuando no resulten claramente de las mismas, no se rectificarán sin el acuerdo unánime de todos los interesados y del Registrador, o una providencia judicial que lo ordene».

Parece claro, a la vista del citado artículo, que el consentimiento o acuerdo unánime de todos los interesados y del registrador son requisitos indispensables para la rectificación. Y ello porque, en caso de error, la inexactitud viene provocada por la actuación equivocada del registrador al extender los asientos, de forma que lo que publica el Registro contraviene lo querido por las partes y plasmado correctamente en el título, mientras que cuando la inexactitud es consecuencia de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento, la rectificación del Registro precisará el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuye algún derecho, pero no del registrador cuya actuación ha sido ajena al origen de la inexactitud. En ambos casos, si no hay acuerdo de todas las personas que, según cada supuesto, deban intervenir será necesaria la oportuna resolución judicial.

4. En el presente expediente, según resulta de los títulos aportados la adquisición privativa del terreno data del año 1978 y la construcción de la vivienda de 1979 o 1980, ambos anteriores a la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981. En esta escritura de obra nueva también se declara una nave-almacén cuya construcción es de 1993. En consecuencia cabe la aplicación de la redacción que entonces estaba vigente del artículo 1404.2 del citado texto legal: «...son gananciales. Lo serán también los edificios construidos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose el valor del suelo al cónyuge a quien pertenezca». A partir de esta redacción, la doctrina y abundante jurisprudencia («Vistos»), configuraron la forma de accesión invertida en la que el fundo o el suelo cedían su naturaleza a favor de la de la construcción.

Esta forma de accesión invertida no se tuvo en cuenta al practicarse la inscripción de la obra nueva en su día, quizá debido a una no muy clara redacción de la escritura de obra

nueva autorizada en 1996, en la que la fecha de la construcción de la vivienda resultaba de los certificados incorporados en la escritura, declarándose además una nave-almacén construida en 1993 y sin que se contuviera en la misma una manifestación de haberse producido la accesión invertida.

Consecuentemente, no puede decirse que en el presente caso estemos ante un error de concepto imputable al registrador, cuya rectificación precisaría su consentimiento o resolución judicial, error que además el registrador no reconoce.

Pero aun cuando en el título se invoque el error, lo que es indudable es que en el mismo se reconoce una inexactitud registral cuya rectificación se solicita y para la que consta el consentimiento unánime de todos los interesados, tratándose de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad, por lo que se hace innecesario el otorgamiento de otra escritura y puede procederse a la rectificación si bien ésta se llevará a cabo por aplicación del artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria y no por aplicación del artículo 216 como error de concepto, como pretende la notaria recurrente y como se manifiesta en la escritura.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar la calificación, en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de Derecho.

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, 15 de septiembre de 2015.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.