

LA JURISPRUDENCIA DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO SOBRE
DERECHO CIVIL VASCO.

Bilbao, a 27 de Noviembre de 2014.

La cuestión que abre la puerta al pronunciamiento por parte de esta Dirección General, es, con carácter principal, la incoación de un recurso administrativo, llamado recurso gubernativo, que se interpone contra la calificación de un Registrador, en los casos de los que nos vamos a ocupar principalmente, de un Registrador de la Propiedad, por parte de quien, con interés legítimo, se considera agraviado por esa calificación registral.

Bien, pues siguiendo a la Dirección General de los Registros y de Notariado en una reciente Resolución de 13 de Septiembre de 2014, en una cuestión de derecho civil foral catalán, el centro directivo señala lo siguiente:

“En relación con la cuestión competencial apuntada, hay que comenzar señalando que el **artículo 324 de la Ley Hipotecaria**¹, en su redacción resultante de las reformas introducidas

¹ **Artículo 324**

Las calificaciones negativas del Registrador podrán recurrirse potestativamente ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en la forma y según los trámites previstos en los artículos siguientes, o ser impugnadas directamente ante los juzgados de la capital de la provincia a la que pertenezca el lugar en que esté situado el inmueble, siendo de aplicación las normas del juicio verbal y observándose, en la medida en que le sean aplicables, las disposiciones contenidas en el artículo 328 de esta Ley. *Párrafo 1.º del artículo 324 redactado por el apartado tres del artículo trigésimo primero de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad («B.O.E.» 19 noviembre). Vigencia: 20 noviembre 2005*

Cuando el conocimiento del recurso esté atribuido por los Estatutos de Autonomía a los órganos jurisdiccionales radicados en la Comunidad Autónoma en que esté demarcado el Registro de la Propiedad, el recurso se interpondrá ante el órgano

por las Leyes 24/2001, de 27 de diciembre, y 25/2005, de 18 de noviembre, **regula la competencia para la resolución de los recursos interpuestos** contra la calificación de los registradores de la Propiedad, distinguiendo en sus dos párrafos **una regla general y otra especial**. En cuanto a la primera, dispone el párrafo primero del citado precepto lo siguiente: **«Las calificaciones negativas del Registrador podrán recurrirse potestativamente ante la Dirección General** de los Registros y del Notariado en la forma y según los trámites previstos en los artículos siguientes, **o ser impugnadas directamente ante los juzgados de la capital de la provincia** a la que pertenezca el lugar en que esté situado el inmueble, siendo de aplicación las normas del juicio verbal y observándose, en la medida en que le sean aplicables, las disposiciones contenidas en el artículo 328 de esta Ley».

La regla especial, incluida en el segundo párrafo del mismo artículo, se refiere a los **supuestos en que el conocimiento del recurso esté atribuido por los Estatutos de Autonomía a los órganos jurisdiccionales radicados en la Comunidad Autónoma** en que esté demarcado el Registro de la Propiedad, en cuyo caso **«el recurso se interpondrá ante el órgano jurisdiccional competente. Si se hubiera interpuesto ante la mencionada Dirección General, ésta lo remitirá a dicho órgano»**. Esta regla especial concuerda con lo establecido en la disposición adicional séptima de la **Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial** (en su redacción dada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre), conforme a la cual **«cuando el conocimiento del recurso gubernativo contra la calificación negativa de un Registrador de la Propiedad basada en normas de derecho foral esté atribuido por los Estatutos de Autonomía a los órganos jurisdiccionales radicados en la comunidad autónoma en que esté demarcado el Registro de la Propiedad, se interpondrá ante el órgano**

jurisdiccional competente. Si se hubiera interpuesto ante la mencionada Dirección General, ésta lo remitirá a dicho órgano.

Título XIV introducido por el artículo 102 de la Ley 24/2001, 27 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social («B.O.E.» 31 diciembre). Vigencia: 1 enero 2002

jurisdiccional competente. Si se hubiera interpuesto ante la Dirección General de los Registros y Notariado, ésta lo remitirá a dicho órgano».

Por tanto, de la interpretación conjunta de ambas normas resulta que la atribución de la **competencia especial para resolver el recurso a favor de los órganos (jurisdiccionales) radicados en la Comunidad Autónoma** en que esté demarcado el Registro cuya calificación se recurre depende de la concurrencia de dos condiciones: **1º) que la calificación del registrador esté «basada en normas de derecho foral», y 2º) que dicha competencia esté prevista y atribuida por los correspondientes Estatutos de Autonomía** a los órganos (jurisdiccionales) radicados en la Comunidad Autónoma en que esté demarcado el Registro de la Propiedad.

¿Y qué dice nuestro Estatuto de Autonomía? Sin entrar en la materia, cuestión bien detallada en la ponencia de Don Jesús Delgado, me remito al artículo 14 de nuestra Norma Orgánica, donde se dispone:

“Artículo 14

1. La competencia de los órganos jurisdiccionales en el País Vasco se extiende:.....

a. En el orden civil, a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y de revisión en las materias del Derecho Civil Foral propio del País Vasco.....

Por tanto, en la inmensa mayoría de las ocasiones, las cuestiones que se susciten en materia de Derecho Civil Foral Vasco, **no van a corresponder a la Dirección General.**

Queda así enormemente reducido el objeto de mi ponencia, al menos de cara a las resoluciones que se emitan en el futuro, existiendo francamente pocas que versen sobre la materia, y en la mayoría de los casos, que se refieran a normas en vigor.

Por otro lado, no tenemos en el ámbito de la Comunidad Autónoma Vasca ninguna disposición legal, que regule la materia de estos recursos, al contrario de lo que, por ejemplo,

ocurre en Cataluña, donde la Ley 5/2009, de 28 de abril, de los recursos contra la calificación negativa de los títulos o las cláusulas concretas en materia de Derecho catalán que deban inscribirse en un Registro de la Propiedad, Mercantil o de Bienes Muebles de Cataluña. Si bien es cierto que esta norma ha sido recientemente declarada parcialmente inconstitucional por la sentencia 4/2014 de 16 de Enero, en cuanto el TC ha considerado que se extralimitaba al regular también los recursos que se presentasen, aún cuando no infringiesen disposición alguna de Derecho Catalán.

El funcionamiento procesal que genera una resolución es muy similar a un proceso judicial donde prima el principio de contradicción, pero que exclusivamente atañe a cuestiones de derecho. Comienza con la presentación de un título, típicamente un título público, ante el encargado de un Registro. Éste lo somete a su calificación, y para el caso de que ésta sea desfavorable, sea por apreciar un defecto subsanable u otro insubsanable, el afectado puede interponer el recurso alegando lo que en Derecho considere oportuno. Se le pide un informe al Registrador, quien tras evacuarlo, pasa las actuaciones a la Dirección General, quien emite la Resolución.

Visto todo lo anterior, comentaré algunas resoluciones, comenzando por una de 1977, que ya ha llovido, para irnos acercando al momento actual.

RDGRN DE 6 DE MAYO DE 1977.

Se trata de una resolución adoptada vigente la Compilación de Derecho Civil Foral de Bizkaia y Álava, de 31 de Julio de 1959, en la cual un matrimonio casado bajo el régimen económico matrimonial legal supletorio de Comunicación Foral de Bienes, que es el propio de los vizcaínos aforados, otorga ante notario una Escritura de Capitulaciones Matrimoniales pactando el régimen de absoluta separación de bienes. Presentada a su inscripción en el

Registro Civil del lugar del matrimonio, se deniega esta, aludiendo a la literalidad del artículo 41, que decía lo siguiente:

“El Régimen de bienes en el matrimonio, una vez contraído éste, es inmutable, aún en el caso de pérdida o adquisición voluntaria o involuntariamente por parte del marido de la cualidad de vizcaíno infanzón.”

El argumento básico del Juez que deniega la inscripción pivota en dos puntos:

1.- La literalidad del artículo 41, señalando que están prohibidas las capitulaciones post-nupciales.

2.- Que el cambio de régimen, podría vulnerar los derechos del cónyuge viudo, en cuanto a la consolidación de la comunidad foral, al estar privado de derechos sucesorios.

El notario argumenta contra el primer razonamiento, que una modificación del Código Civil operada en 1975² permitía mudar el régimen económico matrimonial libremente, pues existía una laguna en la Compilación, que era rellenada por el Código Civil como cuerpo supletorio. Y alega contra el segundo, que igual de discriminatorio contra el cónyuge viudo, sería modificar el régimen de comunicación foral *ab initio*, privándole de las ventajas que la consolidación de la comunicación foral da al cónyuge con menos patrimonio.

2 Se trata de la Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, que bala la siguiente redacción al artículo 1.320 del Código Civil: *“Los cónyuges mayores de edad podrán en todo momento, actuando de común acuerdo, modificar el régimen económico, convencional o legal, del matrimonio. Si alguno de ellos fuere menor de edad se estará a lo dispuesto en el artículo 1.318.”*

Que la “inmutabilidad” se refería al hecho de que, no por cambiar de vecindad civil, se alteraba el régimen económico matrimonial, sino tan sólo la vecindad civil.

No fueron estimadas las alegaciones del notario, por lo que éste en última instancia apeló el fallo basándose en lo siguiente:

- a. La Compilación permite en su artículo 42 pactar el régimen económico matrimonial, y en ausencia de pacto, ordena la aplicación de un régimen legal supletorio, cual es el de la comunicación foral de bienes. Ante la reforma operada en el Código Civil, y dado que la Compilación no establecía nada sobre el momento en que podían pactarse, debía entenderse que ahora era posible en cualquier momento, dado el carácter supletorio del Derecho Común.
- b. Y si se puede a la luz de la reforma de 1975 del Código Civil, pactar en un momento posterior otro régimen económico matrimonial, esta libertad no iría en contra de la inmutabilidad, puesto que la misma se refiere a que, como hemos señalado antes, los cambios de vecindad civil no afectan al régimen de bienes. A modo de ejemplo, indica que dos cónyuges que luego adquiriesen vecindad civil aforada, no podrían cambiar su régimen al de comunicación foral, para compensar la falta de derechos viudales de los que privaba la compilación.

La Dirección General confirma el auto apelado, y no le da la razón al notario, entendiendo qué, el artículo 41 contiene dos normas:

.- una de derecho material, en cuanto consagra el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, que era el vigente en el código civil hasta la reforma de 1975. Puesto que dicha reforma no es directamente aplicable en el Infanzonado, no podían sostenerse las aseveraciones del notario

- Y otra de derecho formal, por cuanto si los cónyuges perdiesen la vecindad vizcaína aforada, y la ganasen en villa, o en otra parte del estado, podrían alterar su régimen, porque lo que sí no puede la compilación, era dar vigencia extraterritorial a sus disposiciones.

A día de hoy esta resolución está ampliamente superada, y de forma pacífica en territorio aforado y común, rige el principio de libertad de pactos, ex art. 1.325 y 1.326, que no podrán en ningún vulnerar los límites del artículo 1.328³. Y de la misma forma, según lo previsto en la Ley 3/1992 de Derecho Civil Foral del País Vasco⁴.

RDGRN DE 12 DE DICIEMBRE DE 2006

Seguimos con la Comunicación Foral, pero para tratar un supuesto muy diferente, y en todo caso ya con la actual Ley 3/1992 en vigor; en este caso, unos particulares recurren la calificación del Registrador de la Propiedad nº 11 de Bilbao, comprensiva de su negativa a anotar preventivamente una demanda. Los hechos son los que siguen:

³ Art. 1.328.- Será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge

4 Artículo 93.- El régimen económico del matrimonio será el que libremente pacten los cónyuges en escritura pública, antes o después de su celebración.

El régimen económico matrimonial, tanto el pactado como el legal podrá ser modificado mediante el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales.

En ningún caso las modificaciones en el régimen económico matrimonial perjudicarán los derechos adquiridos por terceros, ni los derivados de la troncalidad.

Artículo 94.- A falta de pacto, se entenderán sujetos a comunicación foral los matrimonios en que ambos contrayentes sean vizcaínos aforados o, a falta de vecindad común, si fijan la residencia habitual común inmediatamente posterior a su celebración en la Tierra Llana, y, a falta de dicha residencia común, si en ella ha tenido lugar la celebración del matrimonio.

La demandante pretendía obtener una sentencia favorable, condenando a la demandada a elevar a público un contrato privado de compraventa. En aras a que no se perjudicase el objeto del pleito, y su pretensión última no se viese frustrada, solicitó la anotación preventiva de la demanda como medida cautelar. El registrador se negó argumentando que el titular de los bienes aparecía casado en régimen de comunicación foral de bienes y que por ello era necesario que la demanda hubiese sido dirigida contra ambos cónyuges, apoyándose en el artículo 99⁵, y que por otro lado el último párrafo del artículo 20⁶ de la Ley Hipotecaria, que consagra el principio de tracto sucesivo, impide la anotación sobre una finca cuyo titular registral no ha sido parte en el procedimiento, todo ello para garantizar la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución. No conforme la demandante, argumenta que no es de aplicación el artículo 20, por no contemplar las anotaciones preventivas de demanda, y que por otro lado es indiferente que el titular esté casado bajo este régimen económico matrimonial, pues no aporta nada que la demanda también se hubiese dirigido contra su cónyuge. Lo único que se pretende es advertir a terceros que sobre ese bien existe un procedimiento.

⁵ Artículo 99.- En la comunicación foral, los actos de disposición de bienes requerirán del consentimiento de ambos cónyuges.

Si uno de los cónyuges se negara a otorgarlo, podrá el Juez autorizar la disposición si lo considera de interés para la familia.

No obstante, cualquiera de los cónyuges podrá, por sí solo, disponer del dinero o valores mobiliarios de los que sea titular.

⁶ Artículo 20 Para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos.

En el caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, los Registradores denegarán la inscripción solicitada.....

No podrá tomarse anotación de demanda, embargo o prohibición de disponer, ni cualquier otra prevista en la ley, si el titular registral es persona distinta de aquella contra la cual se ha dirigido el procedimiento.

La Dirección contesta:

1.- En cuanto a la aplicación o no del artículo 20, es indudable la plena vigencia del mismo para el caso propuesto. Efectivamente, el precepto contempla todo tipo de títulos (escrituras, resoluciones judiciales, administrativas...) por los que se *declare, transmita, grave, modifique o extinga el dominio y demás derechos reales...*, y en este supuesto, se trata de un título judicial, en el que además se modifica, pues se altera el dominio u otro derecho real, sin implicar gravamen o transmisión. Por tanto, continúa la resolución, los actos de disposición o gravamen que haga el titular registral, quedan sujetos al resultado del pleito, excluyendo así la aplicación del fundamental art. 34 de la Ley Hipotecaria. En el mismo sentido se suspenden los efectos del art. 35 (de cara a la usucapión) y frente al anotante del art. 41 de la Ley.

2.- Por otro parte, al preguntarse si es suficiente que se dirija contra uno sólo de los cónyuges, o es necesario contra los dos, la Dirección hace una comparación con el objeto del procedimiento: si se suscribiese, o si se hubiese suscrito la escritura pública, hubiese sido absolutamente necesario el concurso de ambos cónyuges, luego para que sea respetado el principio de tutela judicial efectiva, es de todas luces necesario que ambos sean demandados, pues en caso contrario se produciría indefensión. Sin duda alguna, constando inscrito el bien a nombre de un cónyuge casado en comunicación foral de bienes, el inmueble tiene el carácter de comunicado ex art. 95, y por tanto es imprescindible que la demanda se dirija contra los dos, pues de los dos es necesario que se obtenga el consentimiento para la disposición o gravamen.

RDGRN DE 26 DE JULIO DE 2014

Continuamos ahora con una resolución muy reciente, referente además a un caso acaecido en Bizkaia, que resumidamente, y prescindiendo de datos que no son pertinentes en este caso, es el siguiente:

Se presenta en el Registro de la Propiedad de Amorebieta, un testimonio de una sentencia judicial dictada en un procedimiento de divorcio, en la cual además se aprueba el convenio regulador, por mor del cual, al liquidarse la sociedad conyugal de comunicación foral de bienes, se adjudican a la esposa la vivienda, el garaje y el trastero como anejos a la misma, si bien tienen la consideración de fincas independientes.

Presentado el testimonio en el Registro de la Propiedad, el registrador emite una nota con calificación negativa, en la que señala lo siguiente:

- 1.- El en Registro consta que los excónyuges compraron las fincas en estado de soltero, por mitades indivisas.
- 2.- No consta en el Registro que los titulares hayan realizado negocio jurídico alguno por el que hayan aportado a la sociedad conyugal las fincas.
- 3.- Y por tanto, no habiendo pertenecido en ningún momento a la sociedad conyugal, no puede incluirse en el ámbito de ésta, y para su adjudicación a uno de los cónyuges debe otorgarse la oportuna Escritura Pública de extinción del condominio.

Recurrida ante la Dirección General por la interesada-adjudicataria, se argumenta lo siguiente: la vivienda es cierto que se adquirió en estado de solteros, pero en tomo momento ha sido el domicilio conyugal, pues con esa finalidad se adquirió, eso ha sido, el

préstamo que sirvió para financiar la adquisición se ha venido satisfaciendo a partes iguales con dinero de la sociedad conyugal. Y por ese motivo, y con efectos retroactivos, en el convenio regulador se le ha querido dar ese carácter. Este convenio es un contrato en el que existe libertad de pactos, siempre que se respete su contenido mínimo y los límites derivados del derecho de familia y de la necesidad de tuición de menores y cónyuges en situación de inferioridad. Y por ello, y además habiendo sido aprobado en sede judicial, no cabe duda que si los convenientes le han dado el carácter de bien integrante de la comunicación foral con efectos retroactivos, esta consideración debe tener, siendo suficiente la adjudicación en el convenio regulador, sin necesidad de formalizar una extinción de condominio.

La Dirección General, resuelve lo siguiente:

En primer lugar, como es habitual en estos casos, se pregunta si entra dentro del ámbito de calificación las resoluciones judiciales, de acuerdo con lo que establece el art. 100⁷ del Reglamento Hipotecario, recordando que el registrador no puede entrar al valorar el fondo del asunto, ni tampoco la validez del convenio, pero sí si el testimonio comprensivo de la sentencia que aprueba el convenio es título inscribible.

Ya tiene señalado la Dirección⁸ qué actos se deben inscribir en virtud de convenio, y cuales en virtud de Escritura Pública. Y por tanto, el convenio es un medio idóneo para la inscripción, siempre que no se extralimite de su contenido, sin que pueda servir para

⁷ **Artículo 100.-** La calificación por los Registradores de los documentos expedidos por la autoridad judicial se limitará a la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro.

⁸ Resolución de 25 de Octubre de 2005.

soportar otros negocios jurídicos que nada tengan que ver con el objeto de un proceso que versa sobre una crisis matrimonial.

Efectivamente el art. 3 de la Ley Hipotecaria, exige entre otros requisitos, la necesidad de documento público o auténtico para practicar la inscripción, citando que para inscribir en el Registro los títulos relativos a bienes inmuebles o derechos reales, estos deben estar consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico. Pero esto no quiere decir que se pueda elegir indistintamente cualquiera de ellos para cualquier clase de acto o contrato.

Y además, está más que reconocido en nuestro ordenamiento que los cónyuges puedan realizar entre ellos los negocios jurídicos que consideren conveniente, ex art. 1.323 C.c., y por todas la Resolución de 11 de Abril de 2012. Pueden por tanto en el momento de disolver y liquidar su régimen económico matrimonial realizar cuantas transferencias de bienes, incluso privativos, consideren conveniente, haciendo así negocios jurídicos complejos, para, por ejemplo, compensar con un bien propio al cónyuge que lleve un defecto de adjudicación en la liquidación. Ahora que estos negocios, no pueden pretender su inscripción sin más, por el hecho de figurar en un convenio regulador.

Además, el proceso de divorcio, que tiene por objeto principalmente aspectos personales, también los tiene patrimoniales, pero no son propiamente los derivados de una liquidación de bienes conyugales, sino más bien, otros tales como la atribución de la vivienda familiar y el ajuar. Por eso, sólo si las partes no se pronuncian sobre ello, lo hace el Juez. Todo los demás negocios que tengan por objeto la transmisión de bienes, son negocios independientes del proceso de divorcio, que por tanto debieran figurar en escritura.

Y sentado lo anterior, ¿basta el convenio para inscribir la adjudicación de una vivienda adquirida en estado de solteros, y por tanto privativa, a uno de los cónyuges, o es necesaria la escritura pública?

Considera la Dirección que el dato fundamental es el hecho de que estamos ante la **vivienda familiar**. Ello porque, aparte de la causa onerosa (la mujer se adjudica la vivienda asumiendo también el préstamo hipotecario que la grava), y de la causa propia del proceso de solución de la crisis matrimonial, existe otra causa, que es la protección del interés de los hijos y familiar⁹, que debe ser protegida, y que es la causa típica de los convenios reguladores en cuanto a la atribución de la vivienda familiar.

Por tanto, y existiendo esta causa familiar, y teniendo además como finalidad el convenio la terminación de una vida en común, y habiéndose adquirido esa vivienda para que sirviese de domicilio a la familia, **y siendo un contenido obligatorio el del convenio el de la atribución del domicilio familiar**, la Dirección General resuelve que **en estos supuestos, y sólo en estos**, puede procederse a la inscripción de bienes privativos en procesos que tengan por objeto la liquidación de sociedades conyugales, y que documentalmente estén soportados en un testimonio de sentencia dictada en un divorcio, aprobando un convenio regulador. No así, respecto de cualquier otro bien que no sea la vivienda familiar, tal y como recoge la Resolución de 4 de septiembre de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Mogán, por la que suspende la inscripción de un testimonio de sentencia de divorcio y de auto por el que se aprueba un convenio regulador.

⁹ Resoluciones de 7 de Julio y 12 de Septiembre de 2012.

No quiero terminar el comentario de esta Resolución, sin llamar la atención sobre la consideración que la misma hace de la parcela de garaje y del trastero, también adjudicados a la esposa. Los mismos, dice, la resolución, aunque sean fincas independientes, tienen la consideración de anejos funcionales, , pues, como recogen, y cito literalmente, las sentencias de la Audiencias Provinciales de Ciudad Real (Secc. 2.ª) de 28 de octubre de 2010 y de Murcia (Secc. 5.ª) de 4 de mayo de 2011, en sendos supuestos similares a los ahora examinados de adjudicación de la vivienda familiar junto con el garaje y trastero anejos, *«de acuerdo a una interpretación acorde con la realidad social, ..., el concepto de residencia habitual del núcleo familiar antes de la ruptura matrimonial, se hace extensivo y comprende aquellos anexos tales como trastero y plaza de garaje, independientemente de si registralmente constituyen fincas diferentes, si antes de la ruptura matrimonial por su ubicación, eran utilizados conjuntamente con la vivienda por sus moradores, constituyendo «elementos útiles para el desarrollo normal y habitual de la vida familiar y son complementos de la vivienda familiar, al proporcionar utilidad y comodidad a sus miembros; de ahí que su atribución se encuentre vinculada y es posible en la sentencia de divorcio, junto a la de la vivienda familiar, cuando son dependencias inherentes, complementarias o anexo de ellas. A sensu contrario, no es tema de familia cuando no cumplen estas funciones ni es parte integrante de aquella», diferente consideración lo es cuando la plaza de garaje está en finca diferente y alejada de la vivienda, como no es el caso».*

Y esto lo digo, por la trascendencia fiscal que tiene. Efectivamente la liquidación de la sociedad conyugal está exenta del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y de Actos Jurídicos Documentados, no así los excesos de adjudicación que surjan de la misma, que, salvo que tengan su origen en la adjudicación de un único bien de imposible o difícil división, estarán sujetos por el exceso al Impuesto por el concepto Transmisiones.

Pues bien, he conocido ya de distintos casos, que son como siguen: se practica una extinción de condominio entre una pareja que ha dejado de serlo, y en la cual liquidan su patrimonio común, muy frecuentemente integrado por una vivienda, un garaje y un trastero, fincas independientes, próximas a la vivienda o incluso en el mismo edificio. Se adjudica todo a un miembro de la pareja (típicamente a cambio de asumir él o ella íntegramente la deuda hipotecaria). Y se liquida la escritura por actos jurídicos documentados, pagando el 0,5% por la extinción de comunidad. Pues bien, en alguna ocasión Hacienda ha considerado que el otro miembro de la pareja podría haberse adjudicado el garaje y el trastero, y liquida el exceso en cuanto a éstos al tipo general del 7%. Y en otras ocasiones, al producirse la venta de la vivienda habitual junto con la parcela de garaje que la acompañaba, ha entendido la Diputación que el exención por reinversión de vivienda habitual no ampara la ganancia patrimonial generada por la venta del garaje. Debe dejarse meridianamente claro, que ni la parcela de garaje ni el trastero han tenido “vida propia” en momento alguno, y que carecen de sentido sin la vivienda, con la cual constituyen una unidad habitacional, o una finca funcional, de la cual no pueden desgajarse artificialmente.

Termina la resolución indicando que en los casos de divorcio, no se produce la consolidación de la comunicación foral (art. 104), de tal forma que los llamados bienes aportados y los bienes ganados no se confunden, perteneciendo a cada cónyuge los bienes de su procedencia, o los adquiridos con ellos o con el importe de su venta. Regla que debe entenderse sin perjuicio de las que rigen la atribución de la vivienda familiar, o su uso en tiempos de crisis.

RESOLUCIÓN DE 7 DE FEBRERO DE 2013.

En este caso, y sin ser una materia tradicional del derecho foral, porque no era tradicional en ningún caso el reconocimiento de las uniones de pareja, en una sociedad en la que la norma era el matrimonio, se aprobó la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, al hilo de lo que ya había ocurrido en otras comunidades autónomas, y de lo que estaba por venir en otras, para dar respuesta a una innegable realidad social de un sector de la población que reclamaba lo que se llamó “derecho a no contraer matrimonio”. Vamos a analizar esta resolución, referida a la Ley 5/2002 de 16 de Diciembre de Parejas de Hecho en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Se trata de un hombre y una mujer solteros, unidos en pareja de hecho inscrita en el Registro de parejas de la Junta de Andalucía, aclarando además que mediante pacto capitular en escritura, acordaron para su unión, el régimen de bienes gananciales. De esta forma, la mujer aportó a su sociedad de gananciales un inmueble, vivienda habitual de los dos, asumiendo además el hombre el préstamo hipotecario que la gravaba. Es decir, un negocio clásico de aportación a gananciales. Estos pactos, su formalización y publicidad, están expresamente previstos en la Ley andaluza¹⁰, y además en una forma muy similar a como lo hace nuestra norma¹¹.

¹⁰ **Artículo 10 Libertad de pactos.-** Los miembros de las parejas de hecho, teniendo en cuenta el principio de libertad de pactos que rige sus relaciones patrimoniales, podrán solicitar de las Administraciones Públicas de Andalucía información sobre las disposiciones legales vigentes al respecto.

En cualquier caso las parejas podrán, en el momento de su inscripción, establecer el régimen económico que mantendrán tanto mientras dure la relación, como a su término. Los pactos que acordaren podrán establecer compensación económica cuando tras el cese de la convivencia se produzca un desequilibrio económico en uno de los convivientes, en relación a la posición del otro y que suponga una merma con respecto a su situación previa al establecimiento de la convivencia.

Artículo 11 Información e inscripción registral.- 1. Las parejas de hecho interesadas en suscribir un documento, en el que quede reflejado el régimen económico voluntariamente pactado entre sus

Presentada la escritura de aportación el Registrador de la Propiedad la calificó negativamente argumentando literalmente lo siguiente:

La sociedad de gananciales está configurada en el ordenamiento jurídico vigente como el sistema común supletorio, a falta de capitulaciones matrimoniales, de regular el régimen económico del matrimonio (artículo 1.316 del Código Civil). A mayor abundamiento, los artículos 1.344 y siguientes de dicho Código, reguladores de la sociedad de gananciales, parten siempre del dato del matrimonio: Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges... Y el 1.345 dispone que la sociedad de gananciales empezará en el momento de la celebración del matrimonio...

Al carecer la Comunidad Autónoma de Andalucía de competencia en esta materia la legislación aplicable es la común del Código Civil, por lo que al no estar unidos en matrimonio los intervinientes, no procede la aplicación del régimen económico de gananciales ni su acceso al Registro de la Propiedad, que es únicamente aplicable a los matrimonios, independientemente de los efectos que puedan tener entre las partes los pactos reguladores de sus relaciones personales y patrimoniales inscritos en el Registro de Parejas de Hecho

Es decir, que sólo el régimen de gananciales puede predicarse de un matrimonio, y que La Junta de Andalucía carece de competencias para legislar sobre el tema (art 149 1.8º CE), por lo que la legislación aplicable es la común del Código Civil, y al no estar sujetos los miembros de la unión al matrimonio, no puede inscribirse el bien de esa forma.

miembros, podrán requerir de la Administración de la Junta de Andalucía que les informe sobre los aspectos a tratar en la elaboración del mismo, especialmente con respecto a las siguientes materias:

2. Los miembros de las parejas de hecho podrán solicitar del Registro la anotación del documento en que hubiesen acordado el régimen económico aplicable a los mismos, así como sus posteriores modificaciones.

¹¹ Artículo 5 Regulación de la relación y régimen económico.- 1.- Los miembros de la pareja de hecho podrán regular las relaciones personales y patrimoniales derivadas de su unión, mediante documento público o privado, con indicación de sus respectivos derechos y deberes, así como las compensaciones económicas para el caso de disolución de la pareja.

2.- No podrá pactarse la constitución de una pareja de hecho con carácter temporal ni someterse a condición. Las Administraciones públicas no inscribirán en el registro los pactos que atentaran contra los derechos fundamentales y las libertades públicas de cualquiera de sus miembros.

El recurso por parte de los interesados, no se hace esperar: tras unos fundamentos de carácter sociológico sobre la necesidad de regular las uniones, y otros de carácter más general basados en el libre desarrollo de la personalidad y en la igualdad material y formal, así como en la autonomía de la voluntad, indican que si una norma, ni más ni menos que con rango de Ley, permite a los miembros de la unión pactar libremente las condiciones y efectos de sus relaciones patrimoniales, no puede imponer el registrador su criterio en contra. Añaden que la norma, que no ha sido tachada de inconstitucional, ni tan siquiera recurrida, surte efectos directos e inmediatos, y como parte de un cuerpo legal, vincula a todos los ciudadanos, y en especial a los poderes públicos. Si no puede un juez dejar de aplicar una norma por considerarla inconstitucional, sino como mucho plantear una cuestión de inconstitucionalidad, menos aún un registrador.

Añaden además, que si el registrador reconoce que los pactos alcanzados vinculan a los firmantes, es sin duda porque reconoce su legalidad, y de ahí que deba permitir su acceso al Registro. Y que si el régimen de copropiedad de los art.- 392 y siguientes C.c., permite regular las normas de funcionamiento y su acceso al Registro por tener trascendencia real, cuanto no más la escritura aportada, qué solo redundaría en beneficio de la seguridad jurídica, pues permite conocer el estatus de un inmueble a través de su publicidad.

Terminan diciendo, que si existe una *causa matrimonii*, fruto de la protección que el ordenamiento otorga a la familia, de la misma forma, debe favorecerse la llamada *causa convivendii*.

Sorpresivamente, desde mi humilde opinión, la Dirección General, da la razón al Registrador, basándose en los siguientes motivos:

Tras empezar reconociendo que la STS de 27 de Mayo de 1998, declaró qué: «...*naturalmente, cabe que los convivientes regulen las consecuencias de su estado como tengan por*

conveniente, respetando los límites generales del artículo 1255 del Código Civil; o bien que conductas significativas o de actos con ese mismo carácter patenticen que quieran constituir una sociedad o una comunidad de bienes...». Por lo tanto, consideramos que los convivientes pueden establecer una serie de pactos tendentes a regular las consecuencias patrimoniales de su unión, siempre que no sean contrarias a la Ley, a la moral o al orden público.

Pero encuentra la Dirección los siguientes problemas: no está regulada la remisión genérica y en bloque del estatuto ganancial al régimen de convivencia, argumentando que ello es debido a que es imposible debido a que :

- 1.- no se puede hablar de sociedad de gananciales, que es un régimen económico matrimonial, si no hay matrimonio.
- 2.- La falta de publicidad frente a terceros
- 3.- La imposibilidad de pactar entre los convivientes capítulos matrimoniales, pues no están unidos en matrimonio.

Entiende por tanto que cuando la Ley Andaluza habla de “pacto regulador”, se está refiriendo a que, mediante cualquier medio de transmisión ordinario (permuta, compraventa, donación, sociedad civil...) puedan dar satisfacción a sus pretensiones. Es más, añade que ni siquiera sería necesario que pactasen nada, pues de los “facta concludentia”, de forma presunta, podría saberse cuales son los pactos de las partes. Dice tajantemente que no cabe aplicar el régimen económico matrimonial a quienes excluyen el matrimonio.

Pero lo más importante de la argumentación, se encuentra en el Punto 7, que por su interés reproduzco:

*Por su parte, la Ley Andaluza reseñada, fija la plena libertad de pactos para establecer el régimen económico de la relación de la pareja estable y de la compensación por disolución, respetando los derechos mínimos recogidos en la legislación general aplicable. Es ésta la que muestra más paralelismo con la regulación del matrimonio, tal como se deduce del régimen previsto en sus artículos 10 y 11. **El documento donde consten los pactos será inscribible en el Registro de Uniones de Hecho, pero nunca perjudicarán a terceros.***

*De la Exposición de Motivos de la misma Ley 5/2002, de 16 de diciembre, sobre Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Andalucía, resulta de forma cristalina que **el Registro de Parejas de Hecho es un Registro administrativo. Diferencia importante y esencial –para este expediente– con respecto a la naturaleza del Registro de la Propiedad que conforme los artículos 1 y 18 de la Ley Hipotecaria tiene el carácter de registro jurídico. Igualmente ocurre con el Registro Civil, de manera que en la Exposición de Motivos de la Ley 20/2011, de 21 de julio, se deduce de forma clara el carácter jurídico de este Registro. Esta circunstancia hace que los documentos y títulos que contienen los actos y negocios que resulten inscritos en estos Registros, hagan publicidad en perjuicio de terceros de los derechos que resulten de los mismos. A diferencia de éstos, el Registro de Parejas de Hecho es un Registro administrativo y por tanto su contenido no perjudica a tercero.***

Es decir, que esta resolución altera profundamente la intención de la normativa, no sólo andaluza, sino de cualquier otro territorio, pues está vedando, creo que de forma extralimitada, el acceso al Registro de las adquisiciones de bienes inmuebles por parte de parejas de hecho, salvo que lo hagan en copropiedad ordinaria, amparándose en que:

1.- No cabe hablar de regímenes de gananciales (y en general de ningún otro como la comunicación foral), en el caso de parejas de hecho.

2.- El Registro no produce efectos frente a terceros, y por tanto no puede dar publicidad de un pacto de la misma forma que lo hace el Registro Civil (o en su caso de la Propiedad)

No dice nada sin embargo la resolución, sobre la falta de competencia de la Junta para regular la materia, cuestión alegada por el registrador. Es un punto que no tendría cabida en nuestra normativa, al amparo de la previsión del artículo 149 1.8º y del Estatuto de Autonomía, debiendo añadir que la norma vasca no fue denunciada por inconstitucional ante el TC, salvo en cuanto a lo relativo a la adopción, siendo luego retirado el recurso tras la aprobación de la ley del matrimonio entre personas del mismo sexo.

Quedará sin embargo por ver como influye la Sentencia del Tribunal Constitucional, 93/2013 de 23, en un recurso contra la Ley Foral Navarra 6/2000 de 3 de Julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, pues ha declarado entre otros inconstitucional el apartado 3º del artículo 2, cuando dice *. Las disposiciones de la presente Ley Foral se aplicarán a las parejas estables cuando, al menos, uno de sus miembros tenga la **vecindad civil navarra**.*

Y en el caso de nuestra normativa, el apartado 2º del artículo 2, recoge que: *Las disposiciones de la presente ley serán de aplicación a las parejas de hecho constituidas en los términos del artículo 3 y siguientes de la ley. A tal efecto, podrán inscribirse aquellas parejas de hecho en las que al menos uno de sus integrantes tenga su **vecindad administrativa** en el territorio de la Comunidad Autónoma de Euskadi, sin distinguir, en el caso de la otra parte, su nacionalidad.*

Entiendo que la diferencia de vecindades referidas será un elemento determinante.

Como vemos sigue habiendo una gran indefinición con este tema, y aún deberán pasar años para asentar esta nueva realidad dentro de nuestro acervo jurídico.

RESOLUCIÓN DE 11 DE MARZO DE 2003.

Y vamos a terminar, brevemente, hablando de esta resolución, que a raíz de la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Abril de 2014, va a volver a estar en el punto de mira de muchos operadores jurídicos, en el quehacer diario de nuestra labor.

El caso ocurre en Cataluña, pero bien podría ocurrir, y en mi caso prácticamente a diario, en la vida de mi despacho.

Se presenta en el Registro de la Propiedad una Escritura de aceptación de herencia, en la cual, la viuda en nombre propio y de sus hijos menores de edad, manifiesta la herencia causada al fallecimiento de su esposo, que fallece intestado y con vecindad civil catalana. Y en pago de su haber, se adjudica la mitad de único inmueble en pago de su mitad de gananciales, y de la herencia de su esposo el usufructo viudal. Presentada la Escritura en el Registro, es calificada negativamente aduciendo lo siguiente:

.- El causante falleció después de la entrada en vigor de la Ley de 15 de Octubre de 1990, que modificó el art. 9.8 del Código Civil, dándole la siguiente redacción:

La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. **Los derechos que por ministerio de la ley se**

atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes.

Y toda vez que el matrimonio estaba casado en gananciales, a la viuda se le debe aplicar la legislación común, que le otorga el usufructo de un tercio, y no de la totalidad, como hace la ley catalana. Máxime habiendo menores, por lo que se aprecia un clarísimo conflicto de intereses, pues encima se está quedando con más de lo que le correspondía, a juicio del Registrador. Y voluntariamente, ante estos menores de edad, no se puede excluir voluntariamente la ley aplicable¹².

En este caso es el propio notario el que interpone el recurso gubernativo en interés de doctrina, y expone que ante este artículo, el 9.8, hay dos opciones: “1. La ley que rige los efectos del matrimonio regula todas y cada una de las atribuciones que corresponden al cónyuge supérstite. Esta es la interpretación del Registrador: al ser el usufructo viudal intestado catalán un derecho sucesorio que se concede ex lege, la atribución del mismo se verificará de conformidad con la ley que rige el régimen económico matrimonial. 2. La ley que rige los efectos del matrimonio se aplica sólo a las atribuciones legales de carácter familiar que surgen a favor del viudo al fallecer su cónyuge, pero no a las atribuciones legales que correspondan al cónyuge supérstite por ministerio de la ley ligadas al régimen económico matrimonial, sean de carácter familiar o sucesorio. Por tanto, quedan fuera del precepto los derechos abintestato, con la consecuencia de que dicho precepto no regiría la atribución del usufructo universal al cónyuge supérstite en la herencia intestada del cónyuge premuerto, que se considera consiste en otorgar a la norma la extensión que le corresponde sin extensiones injustificadas.”

¹² La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros

El notario apunta como correcta la segunda, pues lo que pretendía el legislador de 1990 no era romper el principio de universalidad de la sucesión, sin acabar con las discriminaciones entre cónyuges, asegurando el principio de igualdad.

Así pues:

1.- Los beneficios familiares derivados de la celebración del matrimonio, dependen de la ley que rige los efectos del matrimonio, pero los que rigen la sucesión, son los que corresponden a la ley del causante

2.- Debe primar el respeto a las normas de la sucesión intestada, pues no puede llegarse a soluciones diferentes según cuales sean las normas reguladoras del régimen económico matrimonial.

3.- Y debe primar siempre el principio de unidad de la sucesión.

Ante las alegaciones del notario, el registrador opuso lo siguiente:

Si el cambio de vecindad civil no altera el régimen económico matrimonial, tampoco debe alterar los efectos derivados del mismo, expectantes, y queridos por las partes. En definitiva, es un problema de derechos ya adquiridos que no pueden ser turbados pro la aplicación de una ley determinada a posteriori.

¿Y qué resuelve la Dirección General?

Parte de que hay dos puntos de salida:

a.- Considerar que los efectos del matrimonio incluyen el régimen económico matrimonial establecido al iniciarse la relación.

b.- O entender que, puesto que el régimen es mutable, el legislador se refería solo a los derechos ligados al matrimonio y de carácter familiar, que pueden integrarse en la sucesión, con independencia del régimen matrimonial elegido.

Para resolver el problema, la Dirección parte del principio de universalidad y unidad en la sucesión, formulado en el art. 9.8, en cuanto se refiere a la ley nacional del causante (o la determinada por su vecindad civil). Y es este contexto se sitúa la remisión a los derechos del cónyuge, introducida por la Ley 11/1990.

Y así como es posible considerar que los derechos sucesorios del supérstite participan de la naturaleza de las disposiciones mortis causa, y que por tanto la ley aplicable sería que se utilizó para determinar los efectos del matrimonio, **también es posible considerar de cara al principio anterior de universalidad de la sucesión, y de seguridad jurídica, es preciso que se aplique la ley personal del causante, y su interpretación se hará con arreglo a la ley que regía los efectos del matrimonio, pero solo en cuanto las atribuciones, al estatuto primario del cónyuge, referido a instituciones tales como la tenuta, el año de luto, etc...**

Sin embargo, una Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Abril de 2014, brillantemente comentada por Don Francisco de Borja Iriarte, y a cuyo artículo me remito, ya nos advierte que ha cambiado la interpretación por parte del Alto Tribunal de este precepto, y ahora, un cambio de vecindad civil de los ya cónyuges, va a suponer que existirán dos normativas en la sucesión: Una, la que rigió en el momento de contraer matrimonio a los efectos de delimitar los derechos, y digo todos los derechos del cónyuge viudo, y otra, para regular el resto de efectos de la sucesión, que será aquella que corresponda con la vecindad civil del *de cuius* en el momento de fallecer.

Matrimonio casado en Bilbao y de Bilbao de toda la vida, que se traslada a vivir a Las Arenas, donde tras más de 15 años fallece el marido, intestado. ¿Cuál es la legítima de la viuda? Esto

no es un caso de laboratorio. Y la cuestión no es baladí. Como en muchas otras ocasiones, nos movemos en un terreno de indefinición.