

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**5932** *Resolución de 9 de mayo de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Zaragoza n.º 3 a inscribir decreto de adjudicación dictado en ejecución de una sentencia judicial.*

En el recurso interpuesto por don E. F. G., procurador de los tribunales, en nombre y representación de don J. A. H. I., doña R. T. B. y don D. M. G., contra la negativa de la registradora de la Propiedad de Zaragoza número 3, doña Amalia Bengoa Fernández, a inscribir decreto de adjudicación dictado en ejecución de una sentencia judicial.

#### Hechos

I

En el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Zaragoza se ha seguido procedimiento de ejecución de títulos judiciales número 937/2010, en el que se llevó a cabo la ejecución de la sentencia firme dictada en el procedimiento ordinario número 30/2009 de división de cosa común. En el referido procedimiento se dictó decreto, firme, el día 13 de marzo de 2013 por don J. M. M. B., secretario judicial del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Zaragoza, por el que se adjudicó la finca registral número 3.828 del Registro de la Propiedad de Zaragoza número 3 en favor de don D. M. G., con la posterior cesión del remate de la mitad indivisa de la finca a favor de don J. A. H. I.

II

Con fecha 22 de diciembre de 2016, se presentaron en el Registro de la Propiedad de Zaragoza número 3 testimonio del citado decreto firme y del mandamiento de cancelación, acompañados de otra documentación, siendo objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro de la Propiedad de Zaragoza tres Acuerdo adoptado en el día de hoy por el Registrador de la Propiedad que suscribe, en la calificación de los documentos presentados con los números de asiento 128 y 129 del diario 53, controles de entrada números 2513 y 2514/2016, a la vista de los citados documentos y de los antecedentes que resultan del Registro, en base a los siguientes hechos y fundamentos de derecho: Hechos: 1.-Con fecha 22 de diciembre de 2016 se presentan con los números de asiento 128 y 129 del diario 53, testimonio de adjudicación y mandamiento de cancelación de cargas -este último por duplicado-, acompañados de la correspondiente acreditación de la autoliquidación de Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y comunicación a efectos de Impuesto sobre el incremento del valor de terrenos de naturaleza urbana. El testimonio presentado, lo es del Decreto firme, dictado el 13 de marzo de 2013 por don J. M. M. B., Secretario del Juzgado de Primera Instancia Número Cuatro de Zaragoza, en el que se siguen autos de Ejecución de Títulos Judiciales número 937/2010, en cuyos antecedentes de hecho se hace constar que a solicitud de don R. P. C., en dicho Juzgado se han seguido autos de Juicio Ordinario 30/09-C contra doña M. R. T. B., don J. A. H. I. y don D. M. G., sobre división de cosa común respecto de la finca registral 3828 sita en (...) dictándose Sentencia el 28 de octubre de 2009 que recurrida, ganando posteriormente firmeza. Y disponiéndose ahora en ejecución de la acción para hacer efectivo el cese de la indivisión existente, la aprobación de la adjudicación del inmueble en favor de don D. M. G., con la posterior cesión del remate de la mitad indivisa de la finca a favor de don A. H. I., que tuvo lugar mediante acta de fecha 12 de marzo de 2013, que también se transcribe en el testimonio presentado. Se

acompaña a la documentación citada acta notarial otorgada el 6 de agosto de 2014 ante el Notario de Zaragoza don Emilio Latorre Martínez de Baroja, número 1701 de su protocolo, en la que comparecen las personas y a los efectos que se citan a continuación: –Doña E. H. T., como Administradora única de la entidad arrendataria de la finca, «Molcular Utilajes, S.L.», según consta en instancia suscrita el 24 de junio de 2013 por don E. F. G., en representación de don J. A. H. I. – Y doña M. R. T. B., esposa del citado don J. A. H. I. y cotitular de la finca objeto del procedimiento. Comparecen a los efectos de manifestar que en todo momento han estado informadas y notificadas del Procedimiento Judicial número 937/10 seguido en el Juzgado de Primera Instancia número cuatro, que nos ocupa. También se acompaña instancia suscrita el día 10 de julio de 2013 por los adjudicatarios de la finca don D. M. G., don J. A. H. I. y doña R. T. B., al objeto de hacer constar sus circunstancias personales, y cuyas firmas se hallan legitimadas notarialmente. 2.–En cuanto al testimonio del Decreto de adjudicación: De los datos obrantes en este Registro, la finca registral 3828 de Cuarte de Huerva, pertenece a los cotitulares, en la proporción y con el carácter que se indican a continuación: –Al demandante don R. P. C., casado con doña R. M. M. L., en cuanto a una tercera parte indivisa, con carácter presuntivamente consorcial. –Al demandado don D. M. G., soltero, en cuanto a una tercera parte indivisa, con carácter privativo. –Al demandado don J. A. H. I., casado con doña M. R. T. B., en cuanto a una tercera parte indivisa, con carácter presuntivamente consorcial. Dicha titularidad resulta de la inscripción 4.ª de dominio que se practicó por escritura del Notario de Zaragoza don Mariano Pemán Melero, autorizada el día 13 de abril de 2004, resultando también por otra escritura autorizada el mismo día y por el mismo Notario, que los cinco titulares, como parte prestataria e hipotecante, comparecieron todos ellos al objeto de constituir una carga hipotecaria sobre la finca y que motivó la inscripción 5.ª. Ahora, de la documentación presentada no resulta que la titular doña R. M. M. L. haya sido parte en el procedimiento judicial que nos ocupa, siendo dicha señora cotitular de la finca, como se ha puesto de relieve, al haber adquirido su esposo don R. P. C. una tercera parte indivisa de la misma con carácter presuntivamente consorcial. 3.–En cuanto al Mandamiento de cancelación: De los datos obrantes en este Registro y respecto del mandato consistente en la «cancelación de la anotación o inscripción del gravamen que ha originado la presente adjudicación, así como las inscripciones y anotaciones posteriores a que se refiere el antecedente de hecho primero», no consta en el Registro asiento alguno relativo a los autos de referencia, susceptibles de cancelación, al no estar asegurada con algún asiento las resultas del mismo. Fundamentos de Derecho: –Respecto al punto 2 de los Hechos: Las exigencias del principio de tracto sucesivo debe llevar a la suspensión de la inscripción solicitada, ya que en el procedimiento del que dimana el documento calificado no han intervenido todos los titulares registrales de la finca, siendo éste uno de los extremos a los que alcanza la calificación registral de los documentos judiciales, conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario. En cuanto al principio de tutela judicial efectiva ha de prevalecer sobre el de colaboración en la ejecución de las decisiones judiciales, que impone la proscripción de la indefensión y, que ha de anteponerse a la obligatoriedad que tienen los Registradores de respetar y colaborar en la ejecución de los pronunciamientos judiciales, como tiene manifestado la Dirección General del Registro y del Notariado en múltiples resoluciones. No es posible pretender despojar de la propiedad de un inmueble a quien tiene derechos atribuidos a todos los efectos por el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, cuando este titular no ha sido parte en el procedimiento. Lo contrario sería violar el artículo 24 de la Constitución Española, por lo que es necesaria la intervención de todos ellos para que la resolución pueda tener reflejo registral. –Principios de tracto sucesivo, de legitimación registral y de tutela judicial efectiva. (Artículos 20 de la Ley Hipotecaria y 24 de la Constitución Española) –Respecto al punto 3 de los Hechos: La incongruencia de las cancelaciones solicitadas con la situación registral vigente en el momento en que se pretende la práctica del asiento, ya que del Registro no resulta ningún asiento cuyo objeto fuese asegurar los resultados del procedimiento susceptibles ahora de las cancelaciones correspondientes. Principio de tracto sucesivo. Por todo ello se acuerda: A.–Suspender la inscripción de los documentos de referencia, en base a los hechos y

fundamentos de derecho expresados, al no ser inscribibles por indefensión de doña R. M. M. L., cotitular de la finca, siendo necesaria una ratificación de la citada señora a todo lo actuado prestada conforme al artículo 3 de la Ley Hipotecaria; y al no existir asiento registral alguno referente a gravamen originado por el procedimiento judicial de referencia que pueda motivar ahora su cancelación. B.—No practicar anotación preventiva de suspensión, por no haberse solicitado. Esta calificación negativa podrá (...) Zaragoza, a doce de enero de dos mil diecisiete. La Registradora de la Propiedad. Este documento ha sido firmado digitalmente por la registradora: doña Amalia Bengoa Fernández con firma electrónica reconocida».

## III

Contra la anterior nota de calificación, don E. F. G., procurador de los tribunales, en nombre y representación de don J. A. H. I., doña R. T. B. y don D. M. G., interpuso recurso el día 16 de febrero de 2017 de acuerdo con los siguientes razonamientos: «(...) I.—Reconoce la propia Resolución que el principio de tutela judicial efectiva ha de prevalecer sobre el de colaboración en la ejecución de las decisiones judiciales, y que el mismo debe anteponerse a la obligatoriedad que tienen los registradores de respetar y colaborar en la ejecución de los pronunciamientos judiciales. La Resolución sobre este extremo manifiesta igualmente que: «no es posible pretender despojar de la propiedad de un inmueble a quien tiene derechos atribuidos a todos los efectos por el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, cuando este titular no ha sido parte en el procedimiento. Lo contrario sería violar el artículo 24 de la Constitución Española, por lo que es necesaria la intervención de todos ellos para que la resolución pueda tener reflejo registral». II.—En este orden de cosas, el propio ordenamiento jurídico reconoce soluciones que permiten, garantizando el principio de tutela judicial efectiva, la inscripción registral cuando uno de los titulares del bien inmueble no ha sido parte en el procedimiento judicial: El artículo 235.2 del Código de Derecho Foral de Aragón, aplicable a este supuesto, en tanto que tanto el Sr. P. C. como su esposa, la Sra. M. L. tienen vecindad civil aragonesa, y los ahora recurrentes también, determina que: «el cónyuge cuyo consentimiento se omitió —se refiere a la venta de cosa común por los cónyuges— puede prestarlo expresa o tácitamente con posterioridad, pero no se presume en ningún caso. Mientras no consienta, puede interponer demanda contra el comprador en petición de que se declare que la compraventa en que no ha sido parte le es inoponible, así como exigir la restitución al patrimonio común de la cosa vendida y entregada, salvo que el comprador haya adquirido la propiedad por usucapión o, si es el caso, en virtud de las reglas de protección de terceros de buena fe». El tenor de la norma permite que el consentimiento sea expreso o tácito, lo que no puede ser en ningún caso, es presunto. Al objeto de conseguir que la Sra. M. L. pudiera proporcionar su consentimiento de considerarlo conveniente: se puso en primer lugar, extrajudicialmente el problema suscitado en conocimiento del abogado que asistió al marido en el procedimiento civil de división de cosa común; en segundo lugar, se informó de ello al Juzgado donde se dictó la Resolución que pretende inscribirse (...) y, ante la pasividad de la actora, se optó por requerirla notarialmente para que bien concediera su consentimiento o que no lo hiciera (...), advirtiéndole al amparo del artículo 235.2 del Código de Derecho Foral de Aragón, que de no completar el requerimiento notarial, se consideraría que tácitamente otorgaba su consentimiento; decidiendo ella libremente, no realizar acción alguna. A este respecto, el contenido del requerimiento notarial informaba de la existencia de un procedimiento judicial de división de cosa común y la venta en pública subasta del inmueble, dándole un plazo para que se manifestara y advirtiéndole que en el caso de que no se personara en la Notaría, se entendería que presta su conformidad. Por tanto, informada de las consecuencias que tenía su inactividad la misma, voluntariamente adoptó la decisión de no acudir a la referida Notaría, considerando por tanto, debe entenderse que con su inactividad, ha deseado reconocer tácitamente su consentimiento. En este sentido, la Jurisprudencia se muestra partidaria de deducir su existencia de la pasividad de la parte que no expresó su consentimiento teniendo conocimiento del acto impugnado [Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2006 y de 15 de enero de 2008], en las

mismas se reconoce que, el consentimiento contractual, es decir el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa de constituyen el contrato, no ha de manifestarse siempre y en todo caso de forma expresa, sino que es admisible, de cara a conformar los presupuestos necesarios para declarar la validez de los contratos, la apreciación de un consentimiento tácito con base en determinadas deducciones, como acto presuntivo del Tribunal de Instancia. De igual modo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2005, reconoce que aunque es cierto que generalmente el mero consentimiento no implica conformidad, ni basta el mero silencio para entender que se produjo la aquiescencia, sin embargo, el silencio puede entenderse como aceptación cuando se haya tenido la oportunidad de hablar, es decir, cuando no está imposibilitado para contradecir la propuesta del oferente, por impedimento físico o por no haber tenido noticias del mismo, y se deba hablar conforme a los principios generales del Derecho *tacens consentit*, si *contradicens* impediré *poterat*. III.—Por otro lado, el artículo 94.3 del Reglamento Hipotecario determina que: «para la inscripción de los actos de disposición a título oneroso de los bienes inscritos conforme al apartado 1 de este artículo, será necesario que hayan sido otorgados por el titular registral con el consentimiento de su consorte o, en su defecto, con autorización judicial». Sin embargo, la legitimación para instar la autorización judicial a la que se refiere el artículo 94.3 del Reglamento Hipotecario está circunscrita al otro cónyuge que desea vender el inmueble, no a cualquier persona. Por ese motivo, la única alternativa que resulta viable para solventar la controversia suscitada, es entender que siendo conocedora la Sra. M. L. del procedimiento de división de cosa común instado por su propio marido, tanto por la representación procesal del Sr. P. C. como por el requerimiento notarial ha sido conocedora, y en tanto que no compareció en la Notaría, aunque fuera para denegar su consentimiento, debe entenderse que tácitamente lo ha otorgado».

#### IV

La registradora de la Propiedad de Zaragoza número 3, doña Amalia Bengoa Fernández, emitió informe, en el que mantuvo íntegramente su calificación, formó el oportuno expediente y lo elevó a esta Dirección General.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 24 de la Constitución Española; 400, 404, 1062, 1315, 1346, 1347, 1375, 1376, 1377, 1378 y 1385 del Código Civil; 210 y 233 a 235 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el texto refundido de las Leyes civiles aragonesas; 1, párrafo tercero, 20, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria; las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1989, 10 de julio de 2000, 25 de febrero de 2011 y 16 de marzo de 2016; la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 21 de abril de 2003, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de septiembre de 2000, 8 de febrero de 2012, 8 de octubre de 2013, 11 de junio de 2014, 11 de mayo de 2016 y 1 de febrero de 2017.

1. Se plantea en este recurso la inscripción de un decreto de adjudicación procedente de un procedimiento de ejecución de una sentencia dictada en un juicio verbal de disolución de condominio. El condueño que promovió como demandante la referida disolución de comunidad ostentaba la titularidad de una participación indivisa de la finca con carácter presuntivamente consorcial, de acuerdo con las normas de derecho aragonés.

La registradora estima, como único defecto que ha sido objeto de recurso, que, dado que el cónyuge del condómino demandante no ha estado personado como demandante en el procedimiento que da lugar a la sentencia ejecutada, es necesario que conste su consentimiento a la disolución del condominio y enajenación en pública subasta de la finca.

El recurrente señala que ha intentado sin éxito obtener el consentimiento de la esposa del demandante. No obstante, y en tanto se le ha realizado un requerimiento notarial al

efecto de que preste dicho consentimiento, sin que tal requerimiento haya obtenido contestación alguna, considera que ha de entenderse prestado el asentimiento de forma tácita, en aplicación de lo establecido en el artículo 235.2 del Código de Derecho Foral de Aragón.

2. La cuestión debatida en este recurso es similar a la que se discutió en el expediente que motivó la Resolución de este Centro Directivo de 1 de febrero de 2017. Aunque en aquel caso se trataba de un supuesto sometido a las normas del Código Civil sobre la sociedad de gananciales, sus conclusiones son perfectamente trasladables al supuesto que ahora se plantea en el ámbito del régimen consorcial aragonés.

3. Como ha afirmado reiteradamente esta Dirección General, el respeto a la función jurisdiccional, que corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales, impone a todas las autoridades y funcionarios públicos, incluidos por ende los registradores de la Propiedad, la obligación de cumplir las resoluciones judiciales. Pero no es menos cierto que el registrador tiene, sobre tales resoluciones, la obligación de calificar determinados extremos, entre los cuales no está el fondo de la resolución, pero sí el de examinar si en el procedimiento han sido emplazados aquellos a quienes el Registro concede algún derecho que podría ser afectado por la sentencia, con objeto de evitar su indefensión, proscrita por el artículo 24 de la Constitución Española y su corolario registral del artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

4. En la regulación de la comunidad de bienes en nuestro ordenamiento se establece como un derecho esencial de cada condueño el de poder pedir en cualquier momento la división de la cosa común. En este sentido recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2016: «Como esta Sala ya tiene declarado, entre otras, en la STS de 15 de junio de 2012 (núm. 399/2012), este reconocimiento tan explícito de la acción de división (*actio communi dividundo*), más allá del posible disfavor con el que nuestro Código Civil acogió las situaciones de indivisión resultantes de la comunidad, se presenta como una aplicación de uno de los principios rectores que informa la comunidad de bienes, conforme a la preferencia de la libertad individual que cada comunero conserva pese al estado de división. De forma que se erige en una significativa facultad del comunero de naturaleza imprescriptible (artículo 1965 del Código Civil), siendo calificada, además, como una facultad de carácter irrenunciable. Todo ello, de acuerdo a su antecedente inmediato en la antigua *actio familiae unerciscundae* (acción de partición de herencia), de la que trae su caracterización básica».

5. El régimen económico-matrimonial del consorcio conyugal aragonés, al igual que la sociedad 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 210.2, c), del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba con el título de «Código del Derecho Foral Aragonés», el texto refundido de las Leyes civiles de aragonesas, y 1346.3 y 1347.3 del Código Civil («Durante el consorcio, ingresan en el patrimonio común los bienes enumerados en los apartados siguientes: (...) c) Los bienes adquiridos a título oneroso por cualquiera de los cónyuges a costa del caudal común»; «son bienes gananciales. Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común»). Respecto de esos bienes comunes se establece un régimen especial de gestión que implica que, como regla general, resulte necesario el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, la pertinente autorización judicial (*vid.* artículos 233 y 234 del Código del Derecho Foral Aragonés, y 1375 y siguientes del Código Civil).

6. El ejercicio de la acción de división, cuando alguna de las cuotas del condominio tiene carácter común o ganancial, ha generado importantes dudas en la doctrina científica

y en la jurisprudencia. No es fácil afirmar si la decisión de promover la división de la comunidad ha de venir respaldada por el consentimiento de los dos cónyuges, o, por el contrario, ha de considerarse que cada uno de ellos puede ejercitar la acción unilateralmente.

Así, por un lado, está la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1989 entendió que la exigencia del consentimiento conjunto que se establece en los artículos 1377 y 1378 del Código Civil carece de aplicación en los supuestos de enajenación en pública subasta de la cosa indivisa, y que más bien había que aplicar la facultad de actuación individual que se desprende de lo señalado en el párrafo segundo del artículo 1385 del mismo Código. Conforme al artículo 400 del Código Civil, ningún copropietario estará obligado a permanecer en la indivisión. El ejercicio de esta facultad de pedir la división, cuando alguna de las cuotas del condominio sea ganancial, ha de armonizarse con el régimen específico de gestión de esta clase de bienes. En la misma línea, la Resolución de este Centro Directivo de 4 de septiembre de 2000 se pronuncio a favor de la posibilidad de ejercicio de la acción de división por uno de los esposos, aun tratándose de una participación indivisa inscrita con carácter presuntivamente ganancial.

7. Sin embargo, frente a esta interpretación se han producido en los últimos años pronunciamientos en un sentido opuesto. Ya la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2000 señaló: «Al comprender la división instada la referida finca IX y ser propiedad ganancial, como ha quedado sentado, determina que también debió de ser demandada en este pleito la esposa que queda identificada, y fue omitida en la demanda sin causa alguna justificada, por lo que, ha de tenerse en cuenta el artículo 1347 en relación al 1385, ambos del Código Civil, ya que si bien este precepto autoriza a cualquiera de los esposos a ejercitar la defensa de los bienes comunes por vía de acción o de excepción, esta facultad, como dice la Sentencia de 23 de febrero de 1994, no es susceptible de interpretación extensiva y absoluta respecto a cada cónyuge individualizado, para poder soportar exclusivamente las consecuencias de una acción establecida por vía procesal y afectar directamente a bien inmueble de naturaleza ganancial, como aquí sucede, por lo que debe de ser dirigida contra ambos cónyuges y ello impone que han de ser llamados conjuntamente al proceso que se instaure a fin de que puedan defender sus correspondientes intereses. La doctrina jurisprudencial reiterada sí lo viene exigiendo, al declarar que el litisconsorcio se convierte en necesario cuando el que resulta demandado no tiene todo el poder jurídico necesario exigido por la Ley y no se le puede condenar a realizar actos o disposiciones que afectan a los bienes comunes más allá de lo que integra su propia disponibilidad (Ss. de 4-abril-1988 y 22-julio-1991 que cita las de 6-junio-1988, así como las de 29-abril-1992, 9-junio-1994 y 25-septiembre-1995, entre otras)». En el mismo sentido se manifestaron sentencias como la de la Audiencia Provincial de Badajoz de 21 de abril de 2003.

Pero sobre todo hay que citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2011 que aborda un caso bastante similar al que es objeto de este recurso. Parte la Sala Primera de un principio indiscutible: «Lo primero que debe afirmarse es que el marido recurrente (...) es titular de la acción de división de los bienes comunes y ello con independencia de que se haya o no liquidado la sociedad de gananciales, porque de acuerdo con el art. 400 CC, que se alega como infringido, ningún copropietario estará obligado a permanecer en la indivisión, regla que no tiene excepciones y a la que no puede oponerse el hecho de que las cuotas sean o no gananciales o no se haya liquidado aun la sociedad, porque también sería titular de la acción en el caso de que no se hubiese producido la crisis matrimonial y no debiera liquidarse dicha sociedad». A continuación, y partiendo de la base de que el acto divisorio es un acto con un efecto extintivo de una situación jurídica anterior, la de la comunidad, y con un efecto modificativo del derecho de cada uno de los sujetos intervinientes, se plantea si uno de los cónyuges, en este caso el marido, puede ejercitar solo la acción de división, o bien debe actuar conjuntamente con la esposa, tal como disponen los artículos 1375 y 1377.1 del Código Civil. Y responde a esta disyuntiva: «La conclusión a que se llega es que deben seguirse las reglas normales de la acción de división, es decir, que o bien actúan conjuntamente frente a los demás

copropietarios, o bien debe demandarse al otro cónyuge, aquí a la esposa conjuntamente con los demás, en su cualidad de copropietaria como parte de la sociedad de gananciales».

También este Centro Directivo en su Resolución de 11 de junio de 2014 concluyó: «La escritura pública calificada, como en ella advierte la notaria autorizante, inventaría bienes privativos en su mayor parte, pero en ciertas cuotas concurre una participación ganancial por haber sido esta adquirida constante matrimonio y bajo dicho régimen económico-matrimonial. Este carácter sobre una cuota –cualquiera que sea su entidad– determina que sea imprescindible el concurso del consentimiento de ambos cónyuges o en su defecto resolución judicial a fin de proceder a la liquidación del condominio pues de otra forma quedaría sin cumplir la exigencia del tracto sucesivo, en sus aspectos formal y material».

8. A la vista de lo expuesto ha de afirmarse que la facultad de pedir la división y acabar con la situación de comunidad la ostentan todos los copropietarios, en tanto se trata de una nota esencial al régimen de comunidad romana o por cuotas. Y ello con independencia de que la titularidad de cada condueño tenga carácter privativo o consorcial. No obstante, en este último caso, ha de aplicarse el régimen de cogestión propio de los bienes comunes. Eso significa que, con arreglo a los artículos 233 y 234 del Código del Derecho Foral Aragonés, y 1377 y 1378 del Código Civil, para que pueda ser inscrito el decreto de adjudicación derivado de la ejecución de una sentencia dictada en un procedimiento de división de comunidad será imprescindible que se dé alguna de las siguientes circunstancias: a) que la demanda por la que se ejercita la *actio communi dividundo* haya sido interpuesta por los dos cónyuges; b) que, habiendo sido presentada dicha demanda sólo por uno de los esposos, el otro figure entre los demandados, o, c) que el cónyuge que no ha intervenido en el procedimiento preste su consentimiento en documento público al acto por el que se materialice la división de la cosa común.

9. En el supuesto de este expediente, alega el recurrente que ha de entenderse prestado el consentimiento de la esposa del demandante en tanto se le ha realizado un requerimiento notarial al efecto, sin que tal requerimiento haya obtenido contestación alguna. Se apoyan en la aplicación de lo establecido en el artículo 235.2 del Código de Derecho Foral de Aragón, según el cual, el cónyuge cuyo consentimiento se omitió puede prestarlo expresa o tácitamente con posterioridad, pero no se presume en ningún caso.

La cuestión es si cabe deducir el consentimiento tácito del hecho de no haber contestado al requerimiento notarial que se le hizo al efecto. La jurisprudencia ha considerado desde antiguo que son presupuestos para la consideración del silencio como consentimiento tácito, que el interesado tenga conocimiento de los hechos a los que pudo oponerse y que su propio interés o posición contractual impliquen la necesidad de manifestar su disconformidad con los hechos o propuestas de la otra parte. La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2010, ratifica esta línea cuando dice «con carácter general, cuando en el marco de una relación jurídica preexistente, se lleva a cabo un acto concreto por una de las partes que debería obtener una respuesta de la otra, bien aceptándolo bien rechazándolo, si esta última, pudiendo y debiendo hablar, guarda silencio, ha de reputarse que consiente, en aras de la buena fe».

No obstante lo anterior la propia doctrina jurisprudencial considera excepcional la equiparación del silencio con el consentimiento tácito; así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2010 dice «esta Sala ha declarado ya en otras resoluciones que, ciertamente, el conocimiento no equivale a consentimiento ni el silencio supone una declaración genérica (SSTS de 26 de mayo de 1986, 16 de octubre de 1992 y 3 de octubre de 1998), tal y como defiende la parte ahora recurrente. No obstante, también se ha establecido, con valor de doctrina jurisprudencial, que ha de estarse a los hechos concretos para decidir si el silencio cabe ser apreciado como consentimiento tácito o manifestación de una determinada voluntad. De este modo, la resolución del conflicto radica en determinar bajo qué condiciones debe interpretarse aquél como tácita manifestación de ese consentimiento, a cuyo fin habrán de valorarse las relaciones preexistentes entre las partes, la conducta o comportamiento de éstas y las circunstancias que preceden y acompañan al silencio susceptible de ser interpretado como asentimiento».

La apreciación de estas circunstancias no corresponde al registrador, que para calificar, en cuanto intérprete autorizado y autónomo de la legalidad, no puede valerse de presunciones, ni apreciar vicios en el consentimiento o la buena o mala fe de los intervinientes, ni atender o juzgar cuestiones de hecho, que suponen un juicio valorativo que corresponde a los tribunales. Bien es cierto que en algunos supuestos la propia norma atribuye efectos a la falta de contestación al requerimiento notarial, como ha sucedido recientemente con la modificación del artículo 1005 del Código Civil efectuado por la Ley 15/2015, de 3 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, cuando dispone que si el llamado a la herencia no manifiesta su voluntad en dicho plazo se entenderá aceptada la herencia pura y simplemente, pero no sucede así en el artículo 235.2 del Código de Derecho Foral de Aragón, de cuya dicción se deduce claramente que distingue entre consentimiento tácito, esto es el que deriva de un hecho que no podría realizarse sin dicho consentimiento, frente al presunto que es aquel que resulta de un comportamiento concreto al que la propia norma otorga valor probatorio y que aparece expresamente proscrito en la citada norma aragonesa.

Y, además porque, como ha recordado en numerosas ocasiones este Centro Directivo, en el ámbito de la legislación hipotecaria la regla general es la de que no se admiten los consentimientos tácitos ni presuntos, rigiendo la exigencia de acreditación fehaciente de los actos y negocios que pretenden su acceso al Registro (cfr. artículo 3 de la Ley Hipotecaria), exigencia que se extiende a todos los extremos del negocio que han de reflejarse en el asiento (cfr. artículos 9 y 21 de la Ley Hipotecaria y Resolución de 5 de marzo de 1999), sin que por tanto dicha prueba fehaciente pueda ser suplida por consentimientos presuntos.

Por otro lado, desde la perspectiva propiamente registral no puede obviarse que los principios de legitimación registral y de tracto sucesivo (artículos 1.3.º, 20, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria) impiden que pueda tener acceso al Registro cualquier acto que suponga una modificación de la titularidad tabular sin que presten su consentimiento los titulares registrales afectados, o sin que se presente una sentencia dictada en un procedimiento en el que los mismos hayan sido parte. Procede por tanto confirmar la calificación impugnada.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora.

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, 9 de mayo de 2017.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.