

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

9682 *Resolución de 25 de julio 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 Santiago de Compostela n.º 1 a inscribir una escritura de extinción de comunidad.*

En el recurso interpuesto por don Héctor Ramiro Pardo García, notario de Santiago de Compostela, contra la negativa de la registradora de la Propiedad de Santiago de Compostela número 1, doña María del Pilar Rodríguez Bugallo, a inscribir una escritura de extinción de comunidad.

Hechos

I

Mediante escritura otorgada el día 26 de mayo de 2016 ante el notario de Santiago de Compostela, don Héctor Ramiro Pardo García, con el número 707 de protocolo, se formalizó la extinción de la comunidad existente sobre determinada finca entre don D. M., doña I. (viuda según se expresa en la comparecencia), doña M. J. y don J. F. R., dueños por iguales partes indivisas de la citada finca, en cuanto a una participación indivisa de la misma con carácter privativo por confesión de sus respectivos consortes.

II

Presentada la citada escritura pública en el Registro de la Propiedad de Santiago de Compostela número 1, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Calificado el documento que precede, que fue presentado a las nueve horas y cincuenta y un minutos del día 7 de marzo de 2017, bajo el asiento 67 del Diario 132, por la que se solicita la inscripción de la finca 45.375, mediante la extinción de condominio de la misma: Hechos: 1.º En el título presentado se extingue la comunidad existente entre don D. M., doña I., doña M. J. y don J. F. R., dueños por iguales partes indivisas de la citada finca, en cuanto a una participación indivisa de la misma con carácter privativo por confesión de sus respectivos consortes, no resultado de la presente el nombre de los mismos a efectos de determinar si se trata de los cónyuges confesantes, ni de los herederos forzosos de don J. B. S., esposo confesante de doña I. (hoy viuda). Tampoco consta la vecindad civil de los confesantes. Fundamentos de Derecho: Artículo 18 de la Ley Hipotecaria y 98 de su Reglamento y Artículo 1324 del Código Civil y 95-4.º del Reglamento Hipotecario; RDGRN 13-06-2003 y 15-10-2003. 2.º—En base a los hechos y fundamentos de derecho expresados, se suspende la práctica de la inscripción solicitada por los siguientes defectos subsanables: 1.º—No resultar del título presentado las circunstancias personales de los cónyuges de los comparecientes casados a efectos de constatar su coincidencia con los que en su día fueron confesantes y su vecindad civil. 2.º—No constar el consentimiento en su caso de los herederos forzosos de don J. B. S., esposo que fue de doña I. F. R., o bien, en ambos casos, no resulta el carácter privativo del bien de la liquidación de gananciales o de la partición de la herencia. Contra la expresada calificación puede (...) Santiago, 28 de marzo de 2017.—La registradora (firma ilegible) Firmado: doña María del Pilar Rodríguez Bugallo».

III

Contra la anterior nota de calificación, don Héctor Ramiro Pardo García, notario de Santiago de Compostela, interpuso recurso el día 25 de abril de 2017 con los fundamentos de Derecho que, a continuación, se transcriben en lo pertinente: «(...) 1.º Resulta curioso, aunque la Dirección General reiteradamente nos recuerda la autonomía de los registradores al calificar, que argumentos no usados por un registrador para suspender una inscripción sean utilizados por el que le sustituye en un ejercicio muy cercano a la *reformatio in peius* rechazada por el derecho administrativo. 2.º Admitida con reticencia, pero admitida, la postura de la Dirección General tenemos dos calificaciones de la escritura autorizada por mí el 26 de mayo de 2016, n.º 707 de protocolo y ambas se acompañan a este recurso para poner de manifiesto la calificación que el segundo registrador hace de la calificación del primer registrador, si bien, como es lógico ante la postura de la Dirección General criticada al principio, el recurso solo se dirige contra la segunda calificación. Dice la registradora como segundo argumento, que analizaremos en primer lugar, que no consta el consentimiento de los herederos forzosos de don J. B. S., esposo que fue de doña I. F. R. y dice que no consta «en su caso» y añade «o bien, en ambos casos, no resulta el carácter privativo del bien de la liquidación de gananciales o de la partición de la herencia. (...) Pide el consentimiento de los herederos forzosos «en su caso» pero no aclara cual es «su caso» si bien hay que presuponer que se refiere al caso de que la legítima de la herencia del confesante sea de esas que llaman «*parsbonorum*» o «*parshereditatis*», es decir de esas que atribuyen a los herederos forzosos un derecho sobre los bienes relictos, quedando fuera del «en su caso» de la registradora las legítima-valor, esas que atribuyen al legitimario el derecho a un valor en la herencia del causante. No ignora la registradora que en los casos de la legítima-valor, el art. 95.4 RH queda sin juego alguno y sólo podría ser aplicado dicho precepto si la legítima es *parshereditatis* o *parsbonorum*. Tampoco ignora la registradora que la legítima gallega es de las que se llaman *parsvaloris*, pues no atribuye al legitimario acción real sobre los bienes hereditarios, tal y como proclama el art. 249 de la Ley de Derecho Civil de Galicia. Siendo así las cosas, es claro que si la legítima de la herencia de que hablamos fuera la gallega en ningún caso sería necesario el consentimiento de los herederos forzosos del cónyuge del confesante, como tampoco lo es si la legítima es catalana y bien nos recuerdan las resoluciones de 13 de junio y 15 de octubre de 2003 o de 12 de mayo de 2007. Pero, a mayor abundamiento, si la legítima fuera *parsbonorum*, la registradora se limita a los números de un artículo del Código Civil y de otro del Reglamento Hipotecario. En cuanto al artículo del Código Civil, (...) dicho precepto se limita a establecer el valor de una prueba; la confesión de un cónyuge sobre el carácter privativo de un bien, diciéndonos que: «la confesión por sí sola, entre cónyuges, basta para determinar el carácter privativo del bien», y si basta la confesión por sí sola eso quiere decir que si el cónyuge confiesa el bien deja de presumirse ganancial y pasa a presumirse privativo, rompiéndose de ese modo la presunción de ganancialidad del art. 1361 del Código Civil. Rompiéndose para siempre. Desde el momento en que se rompe el bien se presume privativo y el cónyuge del confesante podrá disponer de él sin ninguna limitación, claro que, si dispone, la disposición, al igual que la confesión, no perjudicará por sí sola a los herederos forzosos del confesante ni a los acreedores, que podrán ejercer los derechos que les correspondan. Nada más dice el art. 1324 del Código Civil, por eso no se entiende por qué lo invoca la registradora, porque si dijera que el bien es ganancial es lógica la necesidad de disposición conjunta y si dijera que es privativo sería lógica la disposición individual. El art. 1324 no habla de disposición de los bienes. Solo del valor de una confesión, y de que la confesión por sí sola no perjudica a los herederos forzosos del confesante ni a los acreedores lo cual, hay que entender, podrán ejercitar las acciones que les correspondan si la confesión fue hecha en fraude de sus derechos, de la misma manera que las pueden ejercitar ante una donación fraudulenta, por ejemplo, pero sin que puedan atacar aquella confesión si el confesante la hizo sin fraude alguno. Sí habla de disposición el art. 95.4 del RH, y lo hace excediéndose de sus posibilidades, porque de nuestra Constitución resulta que las restricciones al derecho de propiedad deben establecerse por Ley y que un reglamento no puede crear ni

desarrollar una prohibición de disponer no establecida por una ley, por lo que la cita que hace la registradora del RH, aparte de no estar explicada ni fundamentada, no es aplicable al caso, pues el Reglamento es claramente ilegal en este punto y los funcionarios tenemos la obligación de no aplicar los reglamentos ilegales. Pero, además, la registradora, (...), no nos dice si el negocio recogido en la escritura que se califica, es un negocio de disposición al que el rigor registral tendría que aplicar la dicción literal del art. 95.4 RH. De esto ni habla la registradora, cuando la propia Dirección General ha afirmado más de una vez la discutible naturaleza de las extinciones de condominio. Discutible pero resuelta por numerosa jurisprudencia civil y registral que acredita el carácter determinativo de derechos y no dispositivo de dicha extinción de condominio, por lo que la aplicación del art. 95.4 RH quedaría excluida puesto que solo se refiere a actos de disposición (fundamento de derecho 2. De la Resolución de 1 de mayo de 2016, por ejemplo). Por último, nos queda el tema de la vecindad civil. Dice la registradora, dentro de esa autonomía calificadora de que hablábamos al principio, algo que el registrador no dijo en su primera calificación: que no resulta la vecindad civil ni las circunstancias personales de los cónyuges que permitan determinarla. Si la Dirección General aceptara los argumentos precedentes, o alguno de ellos, ya no sería necesario entrar en este tema, pero por si no los aceptara cabe decir que para el primer registrador es evidente la vecindad civil gallega de los otorgantes y por eso no la invoca como un defecto. Tal vez (...) porque el domicilio de los otorgantes en el momento de la confesión era Galicia y se presume que tienen vecindad civil gallega los que viviendo en Galicia otorgan un documento en Galicia. Pero, sin perjuicio de compartir, solidariamente, con el primer registrador el defecto apuntado por la registradora en su calificación, me parece importante hacer algunas reflexiones en sede de vecindad civil. La primera se refiere al momento de determinar la vecindad civil.—(...) Hay tres escrituras en el iter de este recurso: una primera de partición y constitución de renta vitalicia, en la que unos hijos y una viuda gallega parten la herencia de un causante gallego y los hijos constituyen a favor de la madre gallega una renta vitalicia. Una segunda escritura de confesión en la que de ocho otorgantes gallegos que viven en Galicia y otorgan su escritura en Galicia, cuatro confiesan la privatidad del dinero. Una tercera escritura en que tres de los hijos (que viven en Galicia y otorgan la escritura en Galicia) de aquel padre y de aquella madre y los nietos de uno de los hijos premuerto, extinguen el condominio de la finca y se la adjudican a uno de los hijos (que vive y otorga en Galicia) que abona a los demás el exceso en dinero. La registradora querrá saber la vecindad civil del confesante fallecido para determinar cuál es la legislación aplicable a la sucesión, aunque no nos lo diga Pero tampoco nos dice a qué vecindad civil se refiere: a la del momento en que el causante hizo la confesión o a la del momento en que su viuda hace la extinción de condominio que sería, lógicamente, la del momento de la muerte del confesante. En principio deberíamos de entender que la cuestión no puede dejarse al arbitrio del confesante. Si el confesante tenía, por ejemplo, vecindad catalana al tiempo de la confesión, el favorecido por la confesión tendría la certeza de que en vida del confesante y después de la muerte de éste podría disponer de la finca sin necesidad de la intervención de los herederos forzosos del confesante pues la legítima catalana es *parsvaloris*. Y esa certeza no debería poder variar según los caprichos del confesante que simplemente con cambiar su vecindad civil y someterse al derecho de Castilla, por ejemplo, podría hacer aparecer *ex novo* la necesidad del consentimiento de sus herederos forzosos. La propiedad no puede hacerse depender de las veleidades del confesante y para evitarlo hay que entender que la vecindad civil a tener en cuenta es la del momento de la confesión pues es el momento en que la confesión empieza a desplegar sus efectos y una vez iniciados no deben de poder cambiar por las veleidades del confesante y la vecindad civil del causante al tiempo de la confesión se presume gallega pues en Galicia vivía y en Galicia hizo la confesión. Para acabar, (...) he de resaltar que la registradora no cita ni un solo precepto legal en apoyo de su petición de datos personales ni de la necesidad constatar la vecindad civil (...), por lo que me limito a recordar que las reglas hermenéuticas, basadas en la historia, en el lugar del otorgamiento y en la costumbre también deben ser aplicadas, especialmente en Galicia, donde el art. 1 de la Ley de Derecho Civil de Galicia cita a la costumbre como fuente del derecho en

defecto de ley gallega aplicable y el art. 2 dice que los usos y costumbre notorios no requerirán prueba y que el derecho gallego se interpretará e integrará desde los principios generales que lo informan así como las leyes, los usos, las costumbres, la jurisprudencia emanada del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y la doctrina que encarna la tradición jurídica gallega. Además, art. 3 de dicha Ley dice que «el derecho civil gallego tendrá eficacia en el territorio de la comunidad autónoma». Y la función integradora que a los usos atribuye el art. 1.3 del Código Civil debería ser aprovechado por el registrador para llenar las lagunas de la ley aplicando en sus calificaciones lo que es usualmente aceptado en el territorio donde ejerce sus funciones. Supliendo la omisión de las cláusulas que, de ordinario, suelen establecerse. La equidad que ha de ponderarse en la aplicación de las normas y las reglas de interpretación a que alude el art. 3 del Código Civil deberían ser tenidas en cuenta por la registradora. Por todo ello solicito: –que se revoque la calificación de la registradora y se le ordene inscribir la escritura cuya inscripción ha suspendido. –que, en el supuesto de que no se revoque, se declare su nulidad y se tenga por no efectuada dado que carece de los requisitos exigidos por la legislación vigente tanto en cuanto al fondo como a la forma en que ha sido efectuada y supone, además, una *reformatio in peius* de otra calificación anterior».

IV

Mediante escrito, de fecha 27 de abril de 2017, la registradora de la Propiedad elevó el expediente, con su informe, a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18 y 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 14, 1068, 1324 y 1361 del Código Civil; 249 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia; 68 y 96 de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957; 68 y 92 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, pendiente de entrar en vigor; 53 y 56.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria; 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 93, 95 y 98 del Reglamento Hipotecario; 159, 160 y 209 del Reglamento Notarial; las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1951, 28 de octubre de 1965, 8 de marzo de 1983, 12 de abril de 2007, 14 de septiembre de 2009 y 25 de febrero de 2011, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de abril de 1962, 23 de junio de 1964, 3 de julio de 1967, 13 de febrero de 1999, 16 de octubre de 2003, 2 de enero de 2004, 28 de junio de 2007, 15 de junio de 2009, 5 de marzo y 4 de octubre de 2010, 13 de abril y 20 de diciembre de 2011, 29 de febrero, 9 y 13 de marzo, 4 de abril, 8 y 22 de mayo y 8 de junio de 2012, 22 de febrero, 7 de marzo, 3 de abril y 24 de junio de 2013, 24 de junio y 30 de noviembre de 2013 y 1 de julio, 2 de agosto, 29 de septiembre y 6 y 26 de octubre de 2016.

1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso, se extingue la comunidad existente sobre una finca entre los cuatro propietarios, dueños por iguales partes indivisas de la citada finca, habiendo adquirido cada uno de ellos, en estado de casados, una octava parte indivisa por herencia y otra octava parte con carácter privativo, respecto de ésta por confesión de sus consortes, mediante cesión a cambio de renta vitalicia.

La registradora suspende la inscripción por entender que existen dos defectos: a) no resultar de la escritura las circunstancias personales de los cónyuges de los comparecientes casados a efectos de constatar su coincidencia con los que en su día fueron confesantes y su vecindad civil, y b) no constar el consentimiento de los herederos forzosos del consorte de la copropietaria viuda ni resultar el carácter privativo del bien de la liquidación de gananciales o de la partición de la herencia de dicho cónyuge confesante.

El notario recurrente alega los siguientes argumentos: a) en cuanto a la exigencia del consentimiento de los herederos forzosos «en su caso», hay que presuponer que la registradora se refiere al caso de que la legítima de la herencia del confesante sea de las que atribuyen a los herederos forzosos un derecho sobre los bienes relictos, quedando

fuera las que atribuyen al legitimario el derecho a un valor en la herencia del causante; b) respecto de la cita del artículo 1324 del Código Civil, éste no se refiere a la disposición de los bienes, sino al valor de una confesión, que por sí sola no perjudica a los herederos forzosos del confesante ni a los acreedores; y aunque sí que se refiere a los actos de disposición el artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario, pero ésta es una norma claramente ilegal en este punto y los funcionarios tienen la obligación de no aplicar los reglamentos ilegales; c) la registradora no indica si el negocio recogido en la escritura es un negocio de disposición, al que tendría que aplicar el artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario, si bien esta Dirección General ha afirmado más de una vez la discutible naturaleza de las extinciones de condominio, y numerosa jurisprudencia civil y registral acredita el carácter determinativo de derechos y no dispositivo de dicha extinción de condominio, y d) respecto de la vecindad civil, el domicilio de los otorgantes en el momento de la confesión era Galicia y se presume que tienen vecindad civil gallega los que viviendo en Galicia otorgan un documento en dicha Comunidad Autónoma; además, hay que entender que la vecindad civil que debe tenerse en cuenta es la del momento de la confesión de privatividad realizada, pues es el momento en que ésta empieza a desplegar sus efectos.

2. Como cuestión previa, respecto de las alegaciones del recurrente sobre el criterio de otro registrador en su calificación del mismo documento, cabe recordar que el registrador, al ejercer su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores, como tampoco lo está por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos (cfr., por todas, las Resoluciones de 9 y 13 de marzo, 4 de abril y 8 y 22 de mayo de 2012 y 22 de febrero, 7 de marzo, 3 de abril y 24 de junio de 2013).

3. Para resolver el presente recurso conviene realizar algunas precisiones sobre la vecindad civil, por la incidencia que tiene en relación con las cuestiones planteadas.

Respecto de la prueba de la vecindad se plantean dificultades similares a las relativas a la nacionalidad, incluso acrecentadas, toda vez que si la vecindad civil accede al Registro Civil (como ocurre en casos de opción por la misma, declaración de adquisición por residencia habitual de dos años, adquisición de la nacionalidad española, opción por la vecindad civil del lugar de nacimiento o por la última de cualquiera de los padres) la propia inscripción registral podrá ser prueba de la vecindad civil, si bien estos supuestos son excepcionales, pues la regla general es que la vecindad civil no consta en el Registro Civil.

En relación con la vecindad civil, y la correspondiente sujeción al Derecho civil común o al especial o foral, este Centro Directivo ha tenido la oportunidad de poner de relieve las dificultades para su prueba, ya que, en términos generales, no hay datos suficientes para estimar positivamente o verificar con la inscripción del Registro Civil las circunstancias que, por cambio de residencia o domicilio, produzcan la modificación de la vecindad civil conforme al artículo 14 del Código Civil, y por ello, salvo en los casos de las declaraciones que los interesados puedan hacer ante el encargado de dicho Registro para la conservación de la misma o para su cambio por plazo abreviado de dos años, que dan lugar al correspondiente asiento registral, sería necesario acudir a la posesión de estado o, en último término, y con las limitaciones que en el ámbito del Registro pueden ser acogidas, a presunciones como la establecida en el artículo 68 de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 -69 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, pendiente de entrar en vigor-, o la que deriva del expediente tramitado y resuelto conforme a las previsiones del artículo 96 del mismo cuerpo legal -92 de la Ley 20/2011- (cfr. Resoluciones de 23 de junio de 1964, 3 de julio de 1967, 30 de noviembre de 2013 y 29 de septiembre de 2016).

Precisamente por la trascendencia que la vecindad civil tiene, el artículo 156.4º del Reglamento Notarial establece que en la comparecencia de la escritura «se expresará la vecindad civil de las partes cuando lo pidan los otorgantes o cuando afecte a la validez o eficacia del acto o contrato que se formaliza...», si bien, dadas las dificultades para su prueba antes referidas, el artículo 160 del mismo Reglamento dispone que la circunstancia de la vecindad se expresará por lo que conste al notario o resulte de las declaraciones de los otorgantes y de sus documentos de identidad. Ciertamente, como puso de relieve esta

Dirección General en Resolución de 30 de noviembre de 2013, «...en tales preceptos no se exige la acreditación documental, sino que la constancia de la vecindad civil se realiza por lo que resulte de las manifestaciones de los comparecientes a requerimiento del notario. Así parecía confirmarlo el artículo 161 del Reglamento Notarial, redactado por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, al establecer que, respecto de los españoles, se determinaría su «vecindad civil por el lugar del otorgamiento, salvo que manifieste el interesado otra cosa», de donde se colegiría del conjunto de las circunstancias indicadas contenidas en la escritura calificada que la vecindad civil del vendedor habría de entenderse que es la aragonesa al haberse otorgado la escritura calificada en Aragón, con las consecuencias que de ello se derivarían en orden a la determinación de su estatuto personal. Sin embargo, el citado inciso del artículo 161 del Reglamento Notarial («y la vecindad civil por el lugar del otorgamiento, salvo que manifieste el interesado otra cosa») fue declarado nulo por la Sentencia del Tribunal Supremo -Sala de lo Contencioso-Administrativo- de 20 de mayo de 2008, por entender que la presunción de conexión del lugar del otorgamiento del documento público con la acreditación de una determinada vecindad civil es contraria a las previsiones del artículo 14 del Código Civil, sin que guarde relación alguna con las formas de adquisición de una concreta vecindad civil, que tampoco resulta de la simple manifestación del interesado. Argumenta el Tribunal su declaración de nulidad afirmando que la «forma de acreditación de la vecindad civil, por el lugar del otorgamiento, salvo que manifieste el interesado otra cosa, estableciendo reglamentariamente una presunción sobre la realidad de tal vecindad civil que no se corresponde con la regulación de la adquisición de la misma, establecida en el artículo 14 del Código Civil», añadiendo que, a diferencia de lo que establece el artículo 159 del mismo Reglamento Notarial sobre la mera constancia de una circunstancia personal, estado civil, que no tiene otro alcance que la expresión de la correspondiente manifestación, respecto de la vecindad civil «la acreditación [conforme al artículo 161] supone entender justificada la realidad de tal circunstancia, de manera que debe corresponder con la adquisición de la misma según las previsiones legales, no cabe entender acreditada una determinada vecindad civil que no responde a las previsiones legales que permiten obtenerla y hacerla valer»».

También cabe recordar que este Centro Directivo, en Resolución de 29 de septiembre de 2016, ha expresado lo siguiente: «No obstante, es necesario que el notario, en cumplimiento de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autoriza, a la hora de redactar el instrumento público en tales supuestos haga las indagaciones oportunas sobre tal extremo, desplegando la mayor diligencia al reflejar en el documento autorizado cuál es la vecindad civil de los otorgantes. Aunque según la referida norma reglamentaria sea suficiente la declaración del otorgante sobre vecindad civil (que primordialmente versa sobre datos fácticos como el de la residencia continuada), aquella debe entenderse en el sentido de que tal extremo debe expresarse solo tras haber informado y asesorado en Derecho el notario a los otorgantes. Por lo demás, ningún obstáculo existe para, en su caso, acudir a otros medios para acreditar suficientemente la vecindad civil, como puede ser el acta de notoriedad regulada en el artículo 209 del Reglamento Notarial, como admitió este Centro Directivo en Resolución de 3 de julio de 1967 (también cabe recordar que el artículo 56.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, impone al notario la obligación de practicar las pruebas que estime oportunas dirigidas a acreditar la vecindad civil del causante al autorizar el acta de la declaración de herederos abintestato del mismo; y el artículo 53 de la misma Ley regula la actuación del notario para estimar acreditada la vecindad civil de los interesados a la hora de autorizar el acta de notoriedad para la constancia del régimen económico matrimonial legal)». Por lo demás, éste es un deber análogo al que incumbe al notario respecto de la expresión del régimen económico-matrimonial, pues, como también ha expresado este Centro Directivo anteriormente, «...si bien es cierto que en muchos casos no es tarea sencilla determinar cuál es el régimen legal supletorio, es necesario que el Notario, en cumplimiento de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autoriza, a la hora de redactar el instrumento público conforme a la voluntad común de los

otorgantes -que deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico-, despliegue la mayor diligencia al reflejar en el documento autorizado cuál es el régimen económico matrimonial que rige entre los esposos. En tal sentido, establece el artículo 159 del Reglamento Notarial que si dicho régimen fuere el legal bastará la declaración del otorgante, lo cual ha de entenderse en el sentido de que el Notario, tras haber informado y asesorado en Derecho a los otorgantes, y con base en las manifestaciones de éstos (que primordialmente versan sobre datos fácticos como su nacionalidad o vecindad civil al tiempo de contraer matrimonio, su lugar de celebración o el de la residencia habitual y la ausencia de capítulos -cfr. artículos 9.2 y 16.3 del Código Civil-), concluirá que su régimen económico matrimonial, en defecto de capítulos, será el legal supletorio que corresponda, debiendo por tanto hacer referencia expresa a tal circunstancia -el carácter legal de dicho régimen- al recoger la manifestación de los otorgantes en el instrumento público de que se trate. De este modo, quedan suficientemente cubiertas, fuera del proceso, las necesidades del tráfico jurídico» (vid. las Resoluciones de 15 de junio de 2009, 5 de marzo de 2010 y 20 de diciembre de 2011).

El elemento determinante para la adquisición de la vecindad civil es el de la residencia, identificándose el lugar de «residencia habitual» con el de domicilio civil, según el artículo 40 del Código Civil, siendo independiente de la vecindad administrativa o de la inscripción en el padrón municipal o en registros fiscales (vid. la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2009, que cita, a su vez, la de 8 de marzo de 1983 que afirmó que «las vecindades administrativas no siempre coinciden con el efectivo domicilio, teniendo escasa influencia las certificaciones administrativas que derivan de los datos del padrón municipal de habitantes, siendo el lugar de residencia habitual aquel que corresponde a la residencia permanente e intencionada en un precisado lugar debiendo tenerse en cuenta la efectiva vivencia y habitualidad, con raíces familiares y económicas»).

Por lo demás, debe tenerse en cuenta que el Código Civil dispone en su artículo 14 que la sujeción al Derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil, estableciendo una norma de cierre en dicho precepto, que actúa como una verdadera presunción «iuris tantum», cual es que en caso de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento, por lo que, a efectos de este recurso, debe primar la situación que respecto de la vecindad civil de los disponentes resulte del título calificado (así lo entendió este Centro Directivo en la citada Resolución de 29 de septiembre de 2016, respecto de una escritura en la que se especificaba que los transmitentes nacieron y tienen su domicilio en Galicia y que eran de vecindad civil gallega).

4. Respecto de la aplicación al caso de los artículos 1324 del Código Civil y 95.4 del Reglamento Hipotecario, debe tenerse en cuenta que, según la reiterada doctrina de esta Dirección General (cfr. las Resoluciones de 13 de febrero de 1999, 4 de octubre de 2010, 13 de abril de 2011 y 29 de febrero y 8 de junio de 2012, entre otras), la confesión de privatividad no aparece configurada en nuestro ordenamiento como una declaración de voluntad que fije frente a todos el carácter privativo del bien al que se refiere (sin perjuicio de su posible impugnación si se efectúa en fraude o perjuicio de terceros o no se corresponde con la realidad), sino como un simple medio de prueba de esta circunstancia, que opera en la esfera interconyugal y que carece de virtualidad para desvirtuar por sí sola la presunción de ganancialidad recogida en el artículo 1361 del Código Civil (cfr. artículo 1324 del Código Civil). Aunque también es cierto que esta presunción de ganancialidad tampoco es un título de atribución legal de esa cualidad a los bienes del matrimonio en tanto no conste que pertenecen privativamente a uno u otro cónyuge -o a ambos pro indiviso-, sino uno más de los medios de prueba (cfr. artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Según la Resolución de este Centro Directivo de 8 de junio de 2012 «...la confesión de privatividad se configura como un negocio de fijación de la verdadera naturaleza del bien, cuando existe incertidumbre sobre su pertenencia a una u otra masa patrimonial. En resumen, respecto de los cónyuges, la confesión de privatividad se configura como un medio de prueba especialmente hábil para acreditar que la adquisición del bien se realizó por el patrimonio privativo de cónyuge del confesante. En definitiva, destruye el juego de las presunciones de los artículos 1361 y 1441 del Código Civil,

creando otra presunción de privatividad que puede ser destruida, a su vez por una prueba fehaciente y suficiente de la ganancialidad o privatividad del cónyuge confesante...», «... una vez disuelto el matrimonio tendrá los efectos propios que le otorga la Ley de Enjuiciamiento Civil, un efecto limitado ya que dispone que tendrá eficacia probatoria si no lo contradice el resultado de las demás pruebas».

Por tales consideraciones se plantea el problema de determinar el régimen jurídico aplicable a estos bienes confesadamente privativos, pues si no pueden ser tratados como privativos a todos los efectos, «inter partes» y frente a terceros, tampoco pueden ser reputados inequívocamente como gananciales, de manera que los actos dispositivos realizados sobre ellos con sujeción al régimen de tales bienes sean definitivamente inatacables, al margen de la posibilidad de impugnar esos actos si «a posteriori» se demuestra que los bienes eran realmente privativos del cónyuge del confesante y éste no prestó su consentimiento a la enajenación, como sucede en el supuesto regulado por el artículo 1389 del Código Civil.

Adviértase en este mismo sentido cómo el propio Reglamento Hipotecario, a la hora de fijar los términos de la inscripción de tales bienes, y a diferencia del criterio seguido en otros casos –cfr. sus artículos 93.1 y 95.1–, se abstiene de exigir su calificación en el asiento como privativos o gananciales, limitándose a ordenar que se inscriban a favor del cónyuge favorecido por la confesión, con expresión de esta circunstancia (cfr. artículo 95.4), produciéndose una cierta indeterminación registral en lo relativo al carácter de la titularidad de ese bien. Y es precisamente por esta indeterminación por lo que el Reglamento Hipotecario, ante la necesidad de evitar en todo caso el acceso al Registro de negocios eventualmente claudicantes, impone el consentimiento de los herederos forzosos del confesante para la realización de actos dispositivos por parte del cónyuge beneficiado por la confesión, salvo que el carácter privativo del bien resulte de la partición hereditaria del confesante. En este sentido se afirma que el artículo 95, número 4, del Reglamento Hipotecario configura una auténtica limitación de las facultades que corresponden al favorecido por la confesión.

El artículo 1324 del Código Civil fue introducido por la reforma llevada a cabo por Ley de 13 de mayo de 1981, recogiendo la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, principalmente en sus Sentencias de 2 de febrero de 1951 y 28 de octubre de 1965, que se dictaron cuando el Código Civil prohibía las donaciones entre cónyuges, prohibición suprimida en la actualidad. De la doctrina sentada por las sentencias citadas y recogida en el indicado artículo 1324 del Código Civil, se deduce que este precepto reconoce valor probatorio entre los cónyuges a las manifestaciones que éstos hagan para fijar que determinados bienes son propios de uno de ellos, pero con la salvedad de que tales manifestaciones por sí solas no perjudicarán, en lo que interesa en este expediente, a los herederos forzosos del confesante. Por tanto el fallecimiento del confesante tiene como consecuencia que la confesión no vincula a los legitimarios, salvo que éstos la corroboren. En otro caso, los legitimarios sólo se verán afectados si además son herederos y sólo en la parte de herencia que excediera del importe de su legítima, si bien no bastaría con invocar su condición de herederos forzosos para impugnar el carácter privativo que su padre y causante atribuyó a los bienes adquiridos por su consorte, sino que tendrían que acreditar que con tal confesión se perjudican sus derechos legitimarios. Para ello, sería necesario practicar la partición hereditaria, con las correspondientes computaciones e imputaciones, al objeto de determinar si la confesión realizada, perjudica efectivamente la legítima, debiéndose recordar que la reducción de una donación inoficiosa no es un efecto producido «ope legis» sino que se produce a petición de quien resulte legitimado por su cualidad de heredero forzoso y por el concurso del dato de hecho de la comprobada inoficiosidad de la disposición.

Por otra parte, y al margen de la existencia de determinadas resoluciones judiciales que reconocen determinada eficacia a la confesión frente a los herederos forzosos tras el fallecimiento del confesante, creando una prueba de privatividad que les afecta y recayendo sobre dichos legitimarios la carga de la prueba necesaria para desvirtuar dicha presunción, lo cierto es que, en el ámbito registral, respecto del citado artículo 95.4 del

Reglamento Hipotecario, esta Dirección General (Resolución de 16 de octubre de 2003) ha puesto de relieve que, aunque no establece distinción cuando exige, en tales casos, el consentimiento de los herederos forzosos del cónyuge confesante para la inscripción de la enajenación realizada por el supérstite, dicha regla no es aplicable cuando los derechos legitimarios aparecen configurados como un mero derecho a un valor patrimonial atribuible por cualquier título (como ocurre con la legítima en Derecho catalán conforme al artículo 451-1 del Código Civil de Cataluña). Indudablemente, esa misma solución -la no aplicabilidad del citado precepto reglamentario- sería la procedente en el Derecho civil gallego a la vista de las disposiciones de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, que atribuye a la legítima una naturaleza claramente distinta a la establecida para el Derecho común en el Código Civil, pues según el artículo 249 de dicha ley «el legitimario no tiene acción real para reclamar su legítima y será considerado, a todos los efectos, como un acreedor». Por ello, es necesario que tal circunstancia, que para inscribir los actos de disposición referidos haría innecesario el consentimiento de los herederos forzosos del confesante, quede debidamente reflejada en el título, indicando claramente que esa ley gallega es la que ha regido la sucesión del confesante fallecido por razón de su vecindad civil.

5. Alega el recurrente que en el presente caso no es aplicable la regla del artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario porque se refiere a actos de disposición y la extinción de la comunidad no tiene carácter dispositivo.

Respecto de la naturaleza jurídica de la extinción de comunidad, hay un sector doctrinal que defiende el carácter meramente especificativo de derechos de tal acto, por lo que, al no implicar un título de transferencia inmobiliaria, no es título público inmatriculable la división de la cosa común (pues afirma que la característica esencial del título público de adquisición es contener un acto de adquisición derivativa). Por otra parte, otro sector doctrinal defiende el carácter traslativo de la disolución.

Esta Dirección General ha abordado el problema (vid., por todas, la Resolución de 1 de julio de 2016, entre otras citadas en los «Vistos» de la presente). Y, desde el punto de vista de la capacidad, cuando existen menores o incapacitados implicados en la disolución de comunidad, este Centro exigió la autorización judicial, propia de los actos de disposición de bienes inmuebles, en aquellos casos en que habiendo varias cosas en comunidad, se rompe la regla de posible igualdad del artículo 1061 del Código Civil. Pero no se consideran sujetos a autorización los actos de adjudicación de la única finca común, aunque se compense en efectivo al menor (cfr. Resolución de 2 de enero de 2004), o tampoco cuando, siendo varias cosas, se forman lotes iguales (cfr. Resoluciones de 6 de abril de 1962 y 28 de junio de 2007).

También la jurisprudencia ha abordado el tema de la naturaleza jurídica de la división de la cosa común y la partición de herencia. Frente a las teorías que afirman o niegan rotundamente su carácter traslativo, prevalece en nuestra jurisprudencia una consideración intermedia de la partición. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2007 expresa lo siguiente: «esta Sala ha acogido la doctrina que atribuye a la partición efectos determinativos o especificativos de la propiedad sobre los bienes adjudicados a cada uno de los herederos, lo que resulta más acorde con el sentido de distintos artículos del propio código (...) Así la norma del artículo 1068 del Código despliega sus efectos propios entre los coherederos atribuyendo la propiedad exclusiva del bien adjudicado al heredero, que antes de ella únicamente ostentaba un derecho abstracto sobre la totalidad de la herencia (...)». Se excluyen así, entre otras, las teorías que vendrían a equiparar la partición a un conjunto de permutas entre los coherederos o condueños, que sólo serían traslativas en la parte que no correspondía al adjudicatario por su cuota previa. Y la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2011 recuerda que la doctrina entiende que el acto divisorio es un acto con efecto extintivo de la situación jurídica anterior, la de la comunidad; y al mismo tiempo tiene un efecto modificativo del derecho de cada uno de los sujetos intervinientes.

En realidad, lo que sucede es que la división de la cosa común presenta una naturaleza jurídica compleja, difícil de reducir a la dicotomía entre lo traslativo y lo declarativo. Pero

en todo caso, se trate o no la disolución de comunidad de un acto traslativo, se produce como consecuencia de la misma una mutación jurídico real de carácter esencial, pues extingue la comunidad existente y modifica el derecho del comunero y su posición de poder respecto del bien (según la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2011, debe ser calificado de verdadera atribución patrimonial), que lo justifica como título inmatriculador e incide claramente en los aspectos relativos a la capacidad para realizar o formalizar este acto divisorio.

6. Hechas las anteriores consideraciones, debe ponerse de relieve que, tanto registradores de la Propiedad como notarios, complementariamente, desempeñan un papel fundamental en la seguridad jurídica preventiva, por lo que el instrumento público así como la inscripción deben procurar reflejar de forma cierta todas aquellas circunstancias referentes a la capacidad de los otorgantes, como edad o circunstancias modificativas de la capacidad, estado civil, nacionalidad, vecindad civil, o régimen económico matrimonial que incidan de presente o de futuro en la validez del negocio jurídico o de la relación jurídico real constituida. Por lo que, indudablemente, no solo hubiera sido conveniente, sino necesario de todo punto, que el notario autorizante hubiera realizado unas mínimas precisiones tanto sobre la vecindad civil como sobre la ley que reguló la sucesión del confesante fallecido.

No obstante, se considera innecesaria la exigencia expresada en el defecto primero de la calificación recurrida en orden a que se indiquen las circunstancias personales de los cónyuges de los comparecientes casados, a efectos de constatar su coincidencia con los que en su día fueron confesantes y su vecindad civil, toda vez que, tal y como dispone el artículo 159 del Reglamento Notarial, si el otorgante fuere casado y el acto o contrato afectase o pudiese afectar en el futuro a las consecuencias patrimoniales de su matrimonio actual, se hará constar el nombre y apellidos del cónyuge a quien afectase o pudiese afectar, así como el régimen económico matrimonial. Ahora bien, si lo que hubiera eventualmente existido, por ejemplo, es una disolución del respectivo matrimonio en vida, es irrelevante quiénes sean los cónyuges de los titulares registrales; asimismo, si alguno de los restantes cónyuges confesantes hubieran fallecido, el problema se plantearía en los mismos términos que respecto de la otorgante viuda, pero según el estado civil que de los comparecientes se expresa no hay base para llegar a esa conclusión por parte de la registradora. Cuestión distinta es que hubiera exigido que constara la vecindad civil del confesante ya fallecido, habida cuenta de la trascendencia que tal circunstancia tiene para determinar la ley que rige su sucesión y, por ende, los derechos de los legitimarios de tal confesante, pues, como ya se ha expresado anteriormente, el artículo 156.4.º del Reglamento Notarial establece que en la comparecencia de la escritura «se expresará la vecindad civil de las partes (...) cuando afecte a la validez o eficacia del acto o contrato que se formaliza...»; pero tal cuestión no se ha planteado en la calificación impugnada.

Por lo que se refiere al segundo defecto indicado en la calificación, no podría mantenerse si según la ley que rige la sucesión del cónyuge confesante fallecido no hubiera persona alguna que tuviera derecho a legítima o ésta consistiera en una legítima formal o configurada como un mero derecho a un valor patrimonial atribuible por cualquier título. Pero, al no expresarse cual fuera la vecindad civil de dicho confesante en el momento de su fallecimiento ni especificarse la ley aplicable a su sucesión, puede confirmarse la calificación impugnada, no porque pueda presumirse que dicha ley sucesoria sea la de Derecho común (como hace la registradora al citar el artículo 1324 del Código Civil), sino en cuanto –ante la falta de expresión de la vecindad civil o de la «lex successiois» del confesante– debe aplicarse la regla del artículo 95.4º del Reglamento Hipotecario, al no resultar de la escritura calificada que no haya herederos forzosos a los que dicha norma se refiere. Así parece entenderlo la registradora, toda vez que cita entre los fundamentos jurídicos de su calificación tanto el citado precepto reglamentario como la Resolución de este Centro Directivo de 16 de octubre de 2003 que, como ha quedado expresado anteriormente, considera que no es aplicable dicho precepto si la ley sucesoria configura los derechos de los legitimarios como mero derecho a un valor patrimonial. Sólo con estas precisiones puede mantenerse el defecto, pues, al no haberse expresado que la

sucesión del confesante se rija por la vigente ley gallega, debe considerarse necesario el consentimiento de sus herederos forzosos (o acreditar que resulta el carácter privativo del bien de la liquidación de gananciales o de la partición de la herencia de dicho cónyuge confesante), pues la atribución patrimonial que la extinción de la comunidad comporta en favor del adjudicatario de la totalidad de la finca común justifica la exigencia debatida como medida de protección de los derechos de tales legitimarios. Pero se trata de un defecto fácilmente subsanable si se expresa en la escritura calificada, y en la forma antes indicada, que –como afirma el recurrente en su escrito de impugnación– el confesante fallecido tenía vecindad civil gallega o la ley que rige su sucesión es el Derecho civil gallego.

Esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso interpuesto, con revocación de la calificación únicamente respecto del primer defecto, y desestimarle en cuanto al defecto segundo, 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, 25 de julio de 2017.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.