

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

7723 *Resolución de 19 de abril de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Marbella n.º 4 a inscribir una escritura de compraventa.*

En el recurso interpuesto por don José Andújar Hurtado, notario de Marbella, contra la negativa de la registradora de la Propiedad de Marbella número 4, doña Nieves Ozámiz Fortis, a inscribir una escritura de compraventa.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 25 de febrero de 2020 por el notario de Marbella, don José Andújar Hurtado, con el número 150 de protocolo, doña A. M. B. (divorciada) y otras personas vendieron a don F. M. L. y doña C. A. A. un inmueble cuya participación indivisa perteneciente a dicha señora vendedora (una cuarta parte) figuraba inscrita a su nombre, con carácter privativo por confesión de su esposo, don J. M. M. M.

II

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Marbella número 4, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Hechos.

Bajo el asiento 1.502 del Diario 79 fue presentada escritura otorgada ante el notario de Marbella, don José Andújar Hurtado, el 25 de febrero de 2020, número de protocolo 150, por la que doña L. M. B., doña M. G. M. B. y don T. M. V., y doña A. M. B., ésta última compró en estado de casada con don J. M. M., con carácter privativo por confesión, y ahora comparece divorciada, sin haber hecho constar el no fallecimiento de dicho cónyuge, venden a don F. M. L. y doña C. A. A., la finca número 16.594 de Marbella sección 7, en unión de testimonio de diligencia de subsanación puesta al pie de su matriz, de fecha dieciocho de diciembre de dos mil veinte, y de los Impresos modelos C10 y 600 correspondientes a la autoliquidación del Impuesto de la operación contenida en dicho documento, debidamente cumplimentado por vía telemática, con C.S.V., la cual ha sido calificada suspensivamente en los siguientes términos:

Fundamentos de Derecho.

Primero. Conforme a los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 de su Reglamento, el Registrador califica bajo su responsabilidad los documentos presentados, extendiéndose la calificación –ente otros extremos– a “los obstáculos que surjan del Registro”, a “la legalidad de sus formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicite la inscripción”, a “las que afecten a la validez de los mismos, según las leyes que determinan la forma de los instrumentos” y a “la no expresión, a la expresión sin claridad suficiente, de cualquiera de las circunstancias que, según la Ley y este Reglamento, debe contener la inscripción, bajo pena de nulidad”.

Este principio legal de calificación por el Registrador se reconoce expresamente en cuanto a los “documentos públicos autorizados o intervenidos por notario” por el nuevo artículo 143 del Reglamento Notarial, redactado por Real Decreto 45/2007, de 19 de

enero, al establecer que los efectos que el ordenamiento jurídico les atribuye “podrán ser negados o desvirtuados por los Jueces y Tribunales y por las administraciones y funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias”. Impugnada esta redacción según el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, ha sido confirmada, expresamente por el Tribunal Supremo en sentencia de 14 de octubre de 2008.

Segundo. Artículo 51 del Reglamento Hipotecario, apartado 9.^a La persona a cuyo favor se practique la inscripción y aquella de quien proceda el bien o derecho que se inscriba se determinarán...a) Si se trata de personas físicas, se expresarán el nombre y apellidos; el documento nacional de identidad; si es mayor de edad o, en otro caso, la edad que tuviera, precisando, de estar emancipado, la causa; si el sujeto es soltero, casado, viudo, separado o divorciado y, de ser casado y afectar al acto o contrato que se inscriba a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, el régimen económico matrimonial y el nombre y apellidos y domicilio del otro cónyuge; la nacionalidad y la vecindad civil del sujeto si se acreditan o manifiestan; y el domicilio con las circunstancias que lo concreten.

Tercero. Conforme al artículo 1.324 del Código Civil, para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos, será bastante la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges.

Cuarto. Conforme al artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario, si la privatividad resultare sólo de la confesión del consorte, se expresará dicha circunstancia en la inscripción y ésta se practicará a nombre del cónyuge a cuyo favor se haga aquélla. Todos los actos inscribibles relativos a estos bienes se realizarán exclusivamente por el cónyuge a cuyo favor se haya hecho la confesión, quien no obstante necesitará para los actos de disposición realizados después del fallecimiento del cónyuge confesante el consentimiento de los herederos forzosos de éste, si los tuviere, salvo que el carácter privativo del bien resultare de la partición de la herencia.

Quinto. Resoluciones de la DGRN de 25 de julio de 2017, 7 de noviembre de 2018 y 27 de febrero de 2019:

– Según síntesis de la doctrina en resolución de la DGRN de 25 de julio de 2017 “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. 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. 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 atribuído 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. 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. 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. 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, 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 successionis' del confesante debe aplicarse la regla del artículo 95.4.º del reglamento hipotecario, al no resultar de la escritura calificada que no haya herederos forzosos a los que dicha norma se refiere.

– Y de la 7 de noviembre de 2018 “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. 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. Hechas las anteriores consideraciones, la calificación recurrida, en los términos en que ha sido expresada, no puede confirmarse. Si lo que hubiera eventualmente existido, mientras viva el cónyuge confesante, es la disolución del matrimonio o de la sociedad de gananciales del aportante, es innecesario, según la regulación normativa antes analizada, acreditar la ratificación del carácter privativo de la finca aportada o la adjudicación de la misma al aportante por liquidación de gananciales.

– Y por último la de 27 de febrero de 2019 “Ciertamente, la aplicación del Derecho extranjero plantea hasta qué punto un reconocimiento de privatividad entre cónyuges al

amparo de la ley reguladora de su régimen económico-matrimonial, implica necesariamente la inscripción conforme al artículo 95 del Reglamento Hipotecario, pensado exclusivamente –y con posible extrapolación– para el Derecho español, y especialmente para el artículo 1324 del Código Civil. Recordemos que la inscripción y sus efectos, se rige por la legislación hipotecaria española –‘rectius’ por la ‘lex rei sitae’–. El Registro publica una titularidad del esposo en la que –como ocurriría si se trataran de cónyuges bajo la ley española y concretamente el Código Civil– basta para transmitir la manifestación por el transmitente de que su ex cónyuge vive, sin precisarse prueba alguna de tal circunstancia ni su comparecencia, pues el reconocimiento o confesión produce todos sus efectos excepto si afectara a acreedores o herederos forzosos del confesante, hipótesis que no puede ser planteada dado que no ha fallecido la exesposa, no constando anotación registral alguna de un eventual acreedor.

Calificación.

Calificado el título a la vista de los Libros del Registro y de los Fundamentos de Derecho expuestos, suspendo la inscripción por el siguiente defecto subsanable:

– Doña A. M. B. compró una participación de la finca objeto de venta, en estado de casada con don J. M. M. M., con carácter privativo por confesión, y ahora comparece divorciada de dicho señor, es necesario hacer constar el no fallecimiento de dicho cónyuge, bastando con la manifestación de que el cónyuge confesante vive –o ex cónyuge–, sin que se precise prueba de tal circunstancia o de la comparecencia de quien en su día confesó.

Contra dicha calificación puede (...)

Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por Nieves Ozámiz Fortis registrador/a de Registro Propiedad de Marbella 4 a día trece de Enero del año dos mil veintiuno.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don José Andújar Hurtado, notario de Marbella, interpuso recurso el día 28 de enero de 2021 mediante escrito en el que alegaba los siguientes fundamentos jurídicos:

«En base a esa calificación entiendo, realmente, que lo que está discutiéndose es el alcance del art. 95.4 del Reglamento Hipotecario. En concreto, el problema se concreta en saber si el estado civil de “divorciado” implica el fallecimiento del ex cónyuge confesante. Pues en caso contrario, con decir en la comparecencia de una escritura que el compareciente está divorciado se presumiría que el otro ex cónyuge vive. De lo contrario habría dicho que está viudo.

El artículo 95.4 RH dice que “...Todos los actos inscribibles relativos a estos bienes (privativos por confesión) se realizarán exclusivamente por el cónyuge a cuyo favor se haya hecho la confesión, quien no obstante necesitará para los actos de disposición realizados después del fallecimiento del cónyuge confesante el consentimiento de los herederos forzosos de éste, si los tuviere, salvo que el carácter privativo del bien resultare de la partición de la herencia”.

En definitiva entonces, si el matrimonio se ha disuelto por divorcio, y el cónyuge confesante sigue vivo ¿es necesario acreditar que el cónyuge confesante sigue vivo?.

En caso afirmativo, ¿basta una mera manifestación al respecto en la escritura o es necesario acreditarlo fehacientemente con una fe de vida (art. 363 Reglamento Registro Civil)?.

En caso negativo, si el cónyuge confesante ha fallecido, y en paralelo con el caso contrario, ¿bastaría una mera manifestación del disponente de que los herederos

forzosos han dado su consentimiento o hay que acreditar fehacientemente este consentimiento (en acta aparte, o en la misma escritura)?

Es evidente que el divorcio supone la exención del vínculo matrimonial, pero eso no significa que los actos hechos durante el matrimonio no sigan produciendo efectos. Pues el hecho de ser ya divorciado no significa que el cónyuge confesante o sus herederos forzosos no tengan nada que decir en caso de disposición de los bienes. Lo normal habrá sido que por el divorcio se haya liquidado de la sociedad de gananciales. Pero aun no habiéndolo hecho, habrá que considerar a los divorciados como casados a los efectos de los efectos sobre actos jurídicos realizados durante o acontecidos durante el matrimonio. Por lo que, aun estando divorciados, el divorcio no presupone la muerte del otro cónyuge ni su desaparición de la escena jurídica. En el primer caso, por tanto, si el ex cónyuge hubiera fallecido, el divorciado sería viudo; y en el segundo, si el ex cónyuge siguiera vivo, el divorciado sería meramente divorciado.

En la comparecencia del disponente se hacía constar que era divorciada –no viuda–, por lo que en principio, no haría falta el consentimiento ni del ex cónyuge ni de los herederos forzosos del ex-cónyuge.

Para fundamentar lo anterior, en este escrito no voy a utilizar la expresión ex cónyuges, pues como he dicho, estamos hablando de efectos jurídicos de hechos jurídicos acontecidos durante el matrimonio, por lo que la extinción del vínculo matrimonial no afecta en modo alguno, a lo preceptuado en el art. 95.4RH.

Por tanto, veamos las distintas alternativas que se pueden plantear.

En el caso de que el cónyuge del confesante estuviera vivo, tenemos una disyuntiva: o que el compareciente lo acredite o que simplemente lo manifieste.

1. En el caso de que haya que acreditar la supervivencia del cónyuge sobreviviente, los únicos medios previstos por nuestro ordenamiento jurídico son: una Fe de Vida, que corresponde expedirla al Encargado del Registro Civil correspondiente; o bien a un Notario, mediante un acta notarial de presencia (art. 363 Reglamento Registro Civil).

En ambos casos, se entiende, que deberían expedirse y referirse al mismo minuto de otorgamiento de la escritura, pues si ambos documentos estuvieran hechos un sólo día antes –o incluso unas horas antes– nada probarían, pues es posible morir en el ínterin, entre su expedición y el otorgamiento de la escritura por la que se va a disponer del bien.

2. Si, por el contrario, se pensara que para acreditar la supervivencia del cónyuge confesante, podría bastar una mera manifestación del disponente, esto realmente no aportaría nada pues el preciso hecho de otorgar propia la escritura pública sería una manifestación tácita pero concluyente de que el cónyuge confesante sigue vivo. El hecho de que en la escritura se manifestara algo más al respecto no aportaría nada más.

En cualquier caso, ni una manifestación ni otra se exigen legalmente.

En el caso de que el cónyuge del confesante hubiera fallecido, tenemos la misma disyuntiva que para el caso de que sobreviviera (aplicando la misma lógica):

1. Acreditación fehacientemente que ha fallecido, que hay unos herederos forzosos, y que éstos prestan su consentimiento. (Certificado de Defunción, Últimas Voluntades, Testamento o Declaración de Herederos notarial o judicial, o Certificado Sucesorio Europeo; y escritura prestando su consentimiento).

2. O una mera manifestación del disponente, bien de que los herederos forzosos han prestado su consentimiento. O bien mera manifestación de unas personas que dicen ser herederos forzosos y que prestan su consentimiento. Pero sin acreditar nada en ambos casos: serían meras manifestaciones.

Con esto quiero hacer ver, que las meras manifestaciones en un sentido u otro no aportan nada. O se acreditan fehacientemente las cosas o manifestar o no manifestar no aporta ninguna seguridad jurídica. Otra cosa es que en algún precepto legal se permitiera una mera manifestación al respecto, como ahora ilustraré.

Hay casos similares previstos en el ordenamiento jurídico donde no se exige ni manifestar ni acreditar nada para su eficacia civil o registral, pese a que tengan trascendencia civil.

1. Es un asunto parecido a lo que ocurre en la Ley de Sociedades de Capital, que en relación a los bienes que sean activo esencial, la Ley dice en el art. 160 que “Es competencia de la junta general deliberar y acordar sobre los siguientes asuntos: f) La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado.”

El hecho de que para disponer de determinados bienes pueda haber unos requisitos, no significa que haya que acreditar registralmente (ni previamente en notaría) que se cumplen dichos requisitos. Sin perjuicio de que ello pueda tener relevancia civil. Ni siquiera manifestar nada al respecto.

Es decir, ni el Reglamento Hipotecario ni la Ley de Sociedades de Capital, imponen que “para inscribir bienes privativos por confesión, o que sean activos esenciales... o una certificación de una manifestación de la Junta General de la sociedad, que acredite que el bien no es activo esencial, respectivamente”

2. Lo mismo podría decirse de otros supuestos de reservas sucesorias donde también se contempla la figura del cónyuge fallecido del artículo 968 Cc.

Artículo 968.

Además de la reserva impuesta en el artículo 811, el viudo o viuda que pase a segundo matrimonio estará obligado a reservar a los hijos y descendientes del primero la propiedad de todos los bienes que haya adquirido de su difunto consorte por testamento, por sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo; pero no su mitad de gananciales.

Artículo 969.

La disposición del artículo anterior es aplicable a los bienes que, por los títulos en él expresados, haya adquirido el viudo o viuda de cualquiera de los hijos de su primer matrimonio, y los que haya habido de los parientes del difunto por consideración a éste.

En ninguno de estos dos casos se exige en notaría manifestación o acreditación alguna: nunca se pide un acta de manifestaciones de los parientes del difunto manifestando que los bienes que hubieran transmitido al viudo lo fueron por consideración a ese matrimonio de su pariente con ese difunto; ni se incluye en la escritura cláusula alguna de que no tiene hijos o descendientes del primer matrimonio (reserva que tampoco consta inscrita nunca en el Registro, sin perjuicio de su valor civil). Me refiero que cuando a un cónyuge viudo se le inscribe un bien procedente de la herencia del marido nunca se hace constar en la inscripción que está sujeto a la eventual reserva del art. 968 y 696 del Código Civil. Sin perjuicio, evidentemente de que civilmente pueda tener su valor si algún hijo reclamara llegado el caso.

En todos estos casos, lo ideal sería que la Ley exigiera una acreditación fehaciente, pues se dotaría de mayor eficacia jurídica a las diversas figuras jurídicas, como la protección de las legítimas en el caso de disponer en vida como tras la viudez de los bienes cuya privaticidad consta por confesión, o para la protección de los bienes troncales en el caso de las reservas viudales, o, en el ámbito de las sociedades mercantiles, para la protección de los derechos de los socios en cuanto a la disposición de activos esenciales.

Retomando el hilo del argumento principal, lo cierto es que, tampoco en ningún precepto se impone que sea requisito civil ni registral acreditar la fe de vida del cónyuge confesante en el caso del art. 95.4 RH; ni la manifestación fehaciente de los parientes del difunto sobre que no transmitieron ese bien en consideración a éste, en el caso de las reservas del art. 969; ni certificación de la manifestación de los socios en Junta General, sobre el carácter de no activo esencial, en el caso de disposición de un bien

societario. Para este último caso, esta Dirección General, se ha pronunciado inequívocamente en múltiples resoluciones. Cito la Resolución de 18 de junio de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE 23 de Noviembre) en la que yo fui recurrente, y que creo que fue la última o de las últimas de las múltiples sobre este particular.

En el caso del art. 95.4 RH, no sólo no se impone acreditar la supervivencia del cónyuge confesante con una fe de vida (que es el medio legal de acreditarla), sino que, ni siquiera exige una manifestación al respecto del disponente.

A diferencia de estos casos anteriores (art. 95.4 RH –o de las reservas que hemos visto–), una mera manifestación, está prevista, por ejemplo, en la Ley de Propiedad Horizontal, donde, en relación a los Gastos de Comunidad, se exige Certificación. Pero si no se aporta Certificación, al menos debe haber una manifestación del comprador exonerando de presentarla.

En el caso del art. 95.4 RH no se exige ni fe de vida, ni manifestación al respecto.

Distinto hubiera sido el caso de que en la comparecencia, se hubiera puesto que la disponente, que en vez de divorciada, estaba viuda, por manifestarlo así. En este caso ya no hace falta esa fe de vida –pues ella misma está reconociendo que no vive su cónyuge divorciado–, sino que sí que es necesario el consentimiento de los herederos forzosos de este (evidentemente acreditando fehacientemente –en este caso con el testamento, certificado sucesor europeo o acta de herederos– quiénes son, y no una mera manifestación de algún compareciente diciendo que es heredero forzoso).

Y no sólo no es necesario acreditar fehacientemente la vida, ni manifestar nada, sino que lo realmente importante, y lo que da valor a la función notarial, es que el hecho de otorgar una escritura presupone que el Notario ha indagado la voluntad, circunstancias y demás aspectos de los otorgantes y del negocio jurídico, para que cumpla perfectamente con la legalidad. Por lo que, no sólo es que ningún precepto exige acreditar con una fe de vida la supervivencia del cónyuge confesante, sino que el otorgamiento de la escritura ya supone una garantía de legalidad: porque el notario, al poner en la comparecencia que es divorciada no ha puesto que es viuda. Porque si el ex cónyuge hubiera fallecido, el estado civil de la compareciente sería el de viuda, y no el de divorciada, por mucha extinción del vínculo que haya.

En este sentido se pronuncia la Resolución de 10 de junio de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE 31 de Julio), sobre la labor del Notario en la autorización de una escritura pública, y en presuponer que el otorgamiento se adecúa a la legalidad.

Así, por ejemplo, en el caso dilucidado en dicha Resolución la Dirección General indicaba lo siguiente:

“Por otra parte, debe tenerse presente que la entrada en juego de un ordenamiento extranjero no supone la renuncia a la determinación de la situación jurídica publicada ni que el notario español pueda adoptar una actitud pasiva.

De un lado, el artículo 159 del Reglamento Notarial no hace distinción alguna, por lo que el notario autorizante debe indagar la situación de los otorgantes a fin de averiguar si existen capítulos o contrato matrimonial entre ellos para proceder, tal y como exige dicho precepto, testimoniando, en su caso, los aspectos particulares que puedan ser relevantes al efecto. Como expresó este Centro Directivo en Resolución de 15 de junio de 2009, con criterio reiterado por otras posteriores (5 de marzo de 2010 y 20 de diciembre de 2011), ‘(...) si bien es cierto que en muchos casos no es tarea sencilla el 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’.

Mutatis mutandis, en el otorgamiento de la escritura de referencia de disposición de un bien privativo por confesión de un divorciado, debe presuponerse que el notario ha desplegado también la mayor diligencia, para cumplir el control de legalidad del negocio que ha autorizado, sobre la base de las declaraciones de la disponente, y que ha indagado sobre la situación personal de la otorgante. Y que de haber sabido que estaba viuda no habría podido autorizar la escritura. Por lo que si puso en la comparecencia divorciada y no viuda, es porque se cercioró de que así era por haberlo manifestado la disponente.

Es más, es que un divorciado no se convierte en soltero por la mera extinción del vínculo matrimonial por divorcio, a diferencia de una anulación del matrimonio, pues en este caso el matrimonio es que nunca ha producido efectos, y podríamos decir que es soltera. En teoría, porque si hubiera algún bien inscrito al amparo del 95.4 RH por un matrimonio declarado nulo, incluso en estos casos sería necesario el consentimiento el cónyuge sobreviviente o de los herederos forzosos de este).

Otra cosa es que, en los casos donde no se exija una acreditación documental, los otorgantes puedan mentir. Pero eso ya escapa del ámbito notarial y registral, siendo una cuestión judicial si hay algún perjudicado que voluntariamente quiera reclamar.

En conclusión, una divorciada es una casada cuyo vínculo matrimonial se ha roto. Pero sigue produciendo efectos para hechos anteriores. De forma que no es soltera. Y si el otro cónyuge ha muerto, su estado civil no pasa a soltera, sino que está viuda. Aunque sea de su ex cónyuge. Pero es viuda. No soltera. Ya que no queda otra alternativa al no poder ser soltera.

Por todo lo expuesto,

Solicito

Que esta Dirección General tenga a bien considerar que otorgar una escritura por una persona que manifiesta ser divorciada no implica el fallecimiento del otro cónyuge. Sino más bien al contrario, es decir, que la expresión “divorciado” en la comparecencia de una escritura implica que el otro cónyuge sigue vivo, y por tanto que puede realizar el acto dispositivo documentado en la escritura calificada.»

IV

Mediante escrito, de fecha 1 de febrero de 2021, 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; 1324 y 1361 del Código Civil; 51, 93, 95 y 98 del Reglamento Hipotecario; 1385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 17 bis de la Ley del Notariado; 59 y 160 del Reglamento Notarial; las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 2 de febrero de 1951 y 28 de octubre de 1965, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de febrero de 1999, 13 de junio y 16 de octubre de 2003, 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 y 8 y 29 de junio de 2012, 25 de julio y 13 de noviembre de 2017, 7 de noviembre de 2018 y 27 de febrero de 2019.

1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso se formaliza la venta de un inmueble del que una participación indivisa del 25% pertenece a doña A. M. B. que, según se expresa en dicha escritura, es divorciada. Esta participación indivisa está inscrita con carácter privativo de dicha persona por haber confesado su esposo, en el momento de su adquisición, el carácter privativo del precio pagado por ella.

La registradora suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, es necesario hacer constar –por mera manifestación– que no ha fallecido el cónyuge confesante, pues, conforme al artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario, si la privatividad resultare sólo de la confesión del consorte, y consta dicha circunstancia en la inscripción, todos los actos inscribibles relativos a estos bienes se realizarán exclusivamente por el cónyuge a cuyo favor se haya hecho la confesión, quien no obstante necesitará para los actos de disposición realizados después del fallecimiento del cónyuge confesante el consentimiento de los herederos forzosos de éste, si los tuviere, salvo que el carácter privativo del bien resultare de la partición de la herencia.

El notario recurrente alega que si el ex cónyuge confesante hubiera fallecido, el divorciado sería viudo y en la escritura se hace constar que la vendedora es divorciada –no viuda–, por lo que no hace falta el consentimiento ni del ex cónyuge ni de los herederos forzosos de éste, y la extinción del vínculo matrimonial no afecta en modo alguno a lo preceptuado en el citado artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario.

2. Respecto de la aplicación en el presente 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 partencia 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.

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 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 inoficiosa de la disposición.

En definitiva, al margen de la existencia de algunas 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, la norma del citado artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario debe ser aplicada.

3. Como afirmó este Centro Directivo en Resolución de 7 de noviembre de 2018, si lo que existe, mientras viva el cónyuge confesante, es la disolución del matrimonio o de la sociedad de gananciales del disponente, es innecesario, según la regulación normativa antes analizada, acreditar la ratificación del carácter privativo del bien objeto de disposición o la adjudicación del mismo, por liquidación de gananciales, al disponente.

Ahora bien, no puede compartirse la afirmación del recurrente al sostener que si el ex cónyuge confesante hubiera fallecido, el divorciado sería viudo y, por tanto, la expresión sobre el estado de divorciada en la escritura implica que el ex cónyuge está vivo. Al haberse disuelto el vínculo matrimonial por el divorcio, no puede afirmarse que, si ex cónyuge ha fallecido, el estado civil del supérstite es viudo, sino que sigue siendo divorciado.

Ciertamente, es necesario que el notario, en cumplimiento de su deber de velar por la adecuación a la legalidad de los actos y negocios que autoriza (cfr. artículo 17 bis de la Ley del Notariado), 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 informar a las partes y reflejar en el

documento autorizado los elementos y circunstancias necesarios para apreciar la regularidad del negocio según el carácter del bien de que se trate como consecuencia del régimen económico matrimonial del que derive tal carácter.

Dados los privilegiados efectos que en nuestro ordenamiento se atribuye a la escritura pública, deben extremarse las cautelas para que cumpla todos los requisitos que permitirán que despliegue la eficacia que le es inherente y que, además, permiten asegurar una sólida publicidad registral basada en títulos en apariencia válidos y perfectos mediante la añadida función calificadora del registrador.

En tal sentido, respecto del régimen económico-matrimonial de los otorgantes casados no separados judicialmente, este Centro Directivo (cfr., por todas, Resoluciones de 15 de junio de 2009, 5 de marzo de 2010 y 20 de diciembre de 2011) ha estimado que la norma del párrafo quinto del artículo 159 del Reglamento Notarial –según la cual para la constancia de dicho régimen si fuere el legal bastará la declaración del otorgante–, debe 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.

En el presente caso se trata de otorgante divorciada, por lo que debe tenerse en cuenta que, según el párrafo tercero del artículo 159 del Reglamento Notarial, «si el otorgante fuere casado, separado judicialmente o divorciado, y el acto o contrato afectase o pudiese afectar en el futuro a las consecuencias patrimoniales de su matrimonio actual, o en su caso, anterior, se hará constar el nombre y apellidos del cónyuge a quien afectase o pudiese afectar, así como el régimen económico matrimonial».

A la vista de las normas precedentes, y mediante una interpretación teleológica de las mismas, debe concluirse que, dada la relevancia que respecto del acto dispositivo formalizado en la escritura calificada tiene el hecho de que viva o no el ex cónyuge de la otorgante divorciada, el notario autorizante debe recoger en tal instrumento público la manifestación de aquélla sobre tal extremo. De este modo, quedan suficientemente cubiertas, fuera del proceso, las necesidades del tráfico jurídico.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la calificación impugnada.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 19 de abril de 2021.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.