

**III. OTRAS DISPOSICIONES****MINISTERIO DE JUSTICIA**

**6123** *Resolución de 8 de marzo de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Barcelona n.º 4, por la que se suspende la inscripción de una escritura de liquidación de sociedad de gananciales y adjudicación de herencia.*

En el recurso interpuesto por don J. M. V. A. contra la calificación del Registrador de la Propiedad de Barcelona número 4, don Nicolás Nogueroles Peiró, por la que se suspende la inscripción de una escritura de liquidación de sociedad de gananciales y adjudicación de herencia.

**Hechos****I**

Mediante escritura autorizada por el Notario de Barcelona, don Gonzalo Veciana García-Boente, de fecha 19 de mayo de 2005 su otorgante y ahora recurrente, don J. M. V. A., había procedido el 19 de mayo de 2005 a otorgar una escritura de manifestación de los bienes relictos por su consorte, en que se incluían aquéllos sobre cuya inscripción se discute en este recurso, adjudicándoseles a su favor como heredero, gravados con la prohibición de disponer que se dirá. La escritura fue inscrita en el Registro de la Propiedad. El 11 de mayo de 2010, con el número 714 de su protocolo, se otorgó por don J. M. V. A., escritura de rectificación, liquidación de gananciales y adjudicación de la herencia de su esposa, doña E. M. V., en que rectificaba las declaraciones vertidas en la anterior y calificaba los bienes cuya inscripción se discute ya no como privativos de su mujer sino como gananciales. Dicha escritura fue objeto de calificación negativa por el registrador de la Propiedad de Barcelona número 4, con fecha 9 de julio de 2010, por ser contraria a los actos del otorgante cinco años antes, y no aportarse prueba fehaciente del error padecido. La escritura se presentó acompañada de un acta de notoriedad autorizada por el mismo notario de Barcelona, don Gonzalo Veciana García-Boente, el día 11 de mayo de 2010, número de protocolo 715, –es decir el mismo día y con número de protocolo inmediatamente posterior al de la escritura objeto de calificación–, en la que el notario estima justificada la notoriedad de que don J. M. V. A. al tiempo de contraer matrimonio con doña E. M. V., poseía la vecindad civil común por lo que su régimen económico matrimonial era el supletorio de Derecho Civil común, esto es el de sociedad de gananciales. Concorre en este expediente, en efecto, que la fallecida había realizado, en estado de casada con el recurrente, dos escrituras de compraventa compareciendo por sí sola en la adquisición, aseverando que su vecindad era la catalana, por lo que se inscribieron a su nombre como privativos y se hizo constar que su régimen económico matrimonial era el de separación de bienes. Una calificación que fue ratificada por el ahora recurrente en la citada escritura de manifestación de los bienes relictos por su esposa en el año 2005. Será posteriormente, como vimos, en la del 2010, cuando pretenderá rectificar el recurrente, en una nueva escritura de adjudicación de herencia, sus propias declaraciones ya consignadas en el Registro para hacer constar en éste que los bienes en cuestión tenían naturaleza ganancial –vivienda habitual del matrimonio y plaza de garaje que la acompaña–. Para eso acompaña el acta de notoriedad que se ha mencionado, a los efectos de acreditar tal vecindad civil común del esposo a la fecha de la celebración del matrimonio. Concorre también en el expediente, que la causante en su testamento, impuso una limitación de disponer de los bienes adquiridos como consecuencia de su herencia, por un plazo de diez años a contar

desde el momento de su fallecimiento. Esa prohibición fue aceptada por el otorgante ahora recurrente en la primera escritura (2005). Posteriormente en la de 2010, previo cambio en la calificación de los bienes, como quiera que el recurrente en la escritura de rectificación, liquidación de la sociedad de gananciales y aceptación de la herencia de su esposa, pretende adjudicarse, en pago de sus derechos gananciales, las referidas vivienda habitual y plaza de garaje, se habilitó en la escritura un exceso de adjudicación por el valor que superaba de la parte que le correspondía en las mismas –en virtud de las atribuciones preferentes de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil– de la que resultaba el recurrente era el único compareciente en la escritura.

## II

La referida escritura se presentó en el Registro de la Propiedad de Barcelona número 4 el día 10 de septiembre de 2010 y fue objeto de calificación negativa de 6 de octubre de 2010, que a continuación se transcribe –por lo que afecta al objeto del expediente–: «De conformidad con lo tipificado en los artículos 18, 19 bis y 322 de la Ley Hipotecaria, así, como con lo previsto en los artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, se ha procedido a suspender a inscripción del documento que se dirá, por adolecer de defectos. Antecedentes de hecho: 1.º–Con fecha 10 de septiembre de 2010, se ha presentado en este Registro documentación complementaria de la escritura autorizada con el número 714, por el notario de Barcelona, don Gonzalo Veciana García-Boente, el 11 de mayo de 2010, por la que J. M. V. A. rectifica la escritura de manifestación de herencia otorgada el día 19 de mayo de 2005, ante el notario de Barcelona don Gonzalo Veciana García-Boente, en el sentido de hacer constar que la causante doña E. M. V. estaba casada con el otorgante bajo el régimen legal de la sociedad de gananciales, y no en régimen de separación de bienes, habiéndose omitido en consecuencia la previa liquidación de la sociedad de gananciales, por lo que tras relacionar los bienes relictos por la causante como bienes gananciales, entre los que se encuentra el departamento 39, (...) y la entidad 166, plaza de parking n.º 166, (...), únicas fincas radicantes en la demarcación de este Registro, se las adjudica en pago de su haber en la sociedad de gananciales y por tanto libres de cualquier limitación y sin que puedan quedar afectadas por las disposiciones hereditarias, que ha motivado el Asiento número 1949 del Diario 94. 2.º–Según resulta del Registro, el departamento 39, (...) fue adquirido por doña E. M. V. en estado de casada en régimen de separación de bienes, de regionalidad catalana, según la inscripción 31 de la finca número 26.233, obrante al folio 2369 del tomo y libro 731 de Gracia, habiendo constituido hipoteca sobre dicha finca según resulta de la inscripción 21 de la finca número 11.648-N obrante al folio 10 del tomo y libro 184 de Gracia/A, de la que también resulta casada en régimen de separación de bienes. 3.º–En el mismo sentido, la entidad 166, plaza de parking n.º 166, (...), fue adquirido por doña E. M. V. en estado de casada en régimen de separación de bienes, según la inscripción 51 de la finca número 18.610-N, obrante al folio 1669 del tomo y libro 320 de Gracia /A. 4.º–Por fallecimiento de la citada doña E. M. V. adquirió las fincas anteriormente relacionadas don J. M. V. A., a quien dicha señora M. nombró heredero en sustitución de doña A. V. S., imponiéndole la limitación de no poder gravar ni por cualquier otro título enajenar bienes comprensivos de la herencia por un plazo de diez años a contar desde el fallecimiento de la testadora, acaecido el día dos de abril de dos mil cinco. 5.º–Dicha escritura fue objeto de calificación negativa con fecha 9 de julio de 2010, por ser contrario a los actos del otorgante cinco años antes, y por no aportarse prueba fehaciente del error padecido. 6.º–La escritura se presenta ahora acompañada de un acta de notoriedad autorizada por el mismo notario de Barcelona, don Gonzalo Veciana García-Boente, el día once de mayo de dos mil diez, numero de protocolo 715, -es decir el mismo día y con número de protocolo inmediatamente posterior al de la escritura objeto de calificación-, en la que el notario autorizante estima justificada la notoriedad de que don J. M. V. A. al tiempo de contraer matrimonio con doña E. M. V., poseía la vecindad civil común. 7.º–Del contenido de los relacionados documentos no resulta la existencia o no de hijos habidos del

matrimonio de don J. M. V. A. y doña E. M. Va. 8.º—En la repetida escritura, don J. M. V. A. se adjudica, en pago de su haber en la sociedad de gananciales, el departamento 39 (...) y la entidad 166, plaza de parking número 166, (...), valoradas en 102,949,26 euros y 10.734,12 euros, respectivamente; y por título de herencia los restantes bienes: 1) una finca situada en Vilafranca del Penedés, propiedad de la causante con carácter privativo valorada en 37.779,54 euros; 2) el ajuar doméstico valorado en 3:478,20 euros; y 3) tres partidas en efectivo metálico, que suman un total: de 18.162,46 euros. Fundamentos de Derecho: 1.ª—El artículo 18 de la Ley Hipotecaria, en su número 1 señala que los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicita la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes Y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por: O que resulte de ellas.y de los asientos del Registro. 2.ª—El artículo 98 del Reglamento Hipotecario establece que el Registrador considerará, conforme a lo prescrito en el artículo 18 de la Ley, como faltas de legalidad en las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, las que afecten a la validez de los mismos, sean las leyes que determinan la forma de los instrumentos, siempre que resulten del texto de dichos documentos o puedan conocerse por la simple inspección de ellos; y del mismo modo apreciará la no expresión, o la expresión sin la claridad suficiente, de cualquiera de las circunstancias que, según la Ley y este Reglamento, debe contener la inscripción, bajo pena de nulidad. 3.ª—El artículo 1.344 del Código Civil establece que mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella. En el presente caso, el valor de los bienes gananciales que resulta del inventario de la escritura es de 135.324,04 euros, mientras que don J. M. V. A. recibe como ganancial un importe de 113.683,38 euros que es notablemente superior, lo que supone un exceso de adjudicación que no esta debidamente causalizado. Además, este exceso de adjudicación no puede resultar amparado por el artículo 1.406 del Código Civil, porque este precepto parte de la idea de la atribución en el haber «hasta donde alcance»: Tampoco puede fundamentarse en la indivisibilidad del bien puesto que puede recibir el bien por distintos títulos atributivos. 4.ª—En el presente caso, el exceso de adjudicación supone un acto de disposición contrario a la limitación de disponer impuesta por el causante en su testamento (artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria, y del artículo 6 del Código Civil). El resultado del exceso de adjudicación es sustraer el mismo a la relacionada limitación. 5.ª—No consta la no existencia de legitimarios que, en caso de existir, hubiesen sido interesados en la correspondiente liquidación y partición. 6.ª—La limitación de disponer impuesta por la causante durante el plazo de diez años respecto de los bienes recibidos por herencia, comprende tanto los actos a título gratuito como los onerosos, inter vivos y mortis causa. Es por ello necesario proteger los intereses de los beneficiados por la limitación, que hoy resultan indeterminados. Don J. M. V. A. no puede ser el protector de estos interesados pues existe un conflicto de intereses. Por tanto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 426.24 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del Código Civil de Catalunya, relativo a sucesiones, previsto para los fideicomisos, la designación del órgano de protección de los derechos de los beneficiarios indeterminados corresponde a la autoridad judicial. Resolución: En consecuencia, se suspende la inscripción del documento presentado por cuanto el exceso de adjudicación supone un acto de disposición contrario a la limitación de disponer impuesta por la causante en su testamento; y por no constar debidamente representados los beneficiarios indeterminados de la citada limitación. Anotación preventiva por efectos subsanables (vid. art. 323 de la Ley Hipotecaria) No se ha practicado la anotación que establecen los artículos 42.9 y 69 del referido cuerpo legal, por no haber sido solicitada. Notificación. Autoridad e Interesado. Se procederá a la notificación formal. Prórroga de la vigencia del asiento. Por causa de la suspensión de la inscripción del documento, su respectivo asiento de presentación ha quedado prorrogado durante el plazo de 60 días. Contra la presente calificación. (...) Barcelona, a 6 de octubre de 2010. El Registrador (firma ilegible) Fdo.: Nicolás Nogueroles Peiró».

Contra esta calificación se interpuso recurso ante este Centro Directivo, con fecha 22 de diciembre de 2010, por don J. M. V. A., que fue desestimado por silencio. Posteriormente, a los efectos de subsanar la escritura presentada para su inscripción en el Registro, se autorizó acta de notoriedad por el notario de Barcelona, don Gonzalo Antonio Veciana García-Boente, con fecha 23 de agosto 2011, con el número 1.298 de su protocolo; por ésta, se declaró la notoriedad de que, al tiempo del fallecimiento de la causante, ni ella, ni su esposo heredero, tenían hijos ni descendientes. Se presentó toda la documentación reseñada junto con la referida acta de notoriedad, en el Registro de la Propiedad de Barcelona número 4, el día 15 de octubre de 2011, que causó nota de calificación el día 21 de noviembre del mismo año en los términos siguientes: «Antecedentes de hecho. 1.º—Con fecha 10 de septiembre de 2010, se presentó en este Registro documentación complementaria de la escritura autorizada con el número 714, por el notario de Barcelona, don Gonzalo Veciana García-Boente, el 11 de mayo de 2010, por la cual J. M. V. A. rectifica la escritura de manifestación de herencia otorgada el día 19 de mayo de 2005, ante el notario de Barcelona don Gonzalo Veciana García-Boente, en el sentido de hacer constar que la causante doña E. M. V. estaba casada el otorgante en régimen de separación de bienes, habiéndose omitido en consecuencia la previa liquidación de la sociedad de gananciales, por lo que tras relacionar los bienes relictos por la causante como bienes gananciales, entre los que se encuentra el departamento 39, (...), y la entidad 166, plaza de parking n.º 166, (...), únicas fincas radicantes en la demarcación de este Registro, se las adjudica en pago de su haber en la sociedad de gananciales, y por tanto libres de cualquier limitación y sin que puedan quedar afectadas por las disposiciones hereditarias, que ha motivado el Asiento número 1949 del Diario 94. 2.º—Según resulta del Registro, el departamento 39, (...), fue adquirido por doña E. M. V. en estado de casada en régimen de separación de bienes, de regionalidad catalana, según la inscripción 3.ª de la finca número 26.233, obrante al folio 236º del tomo y libro 731 de Gracia, habiendo constituido hipoteca sobre dicha finca según resulta de la inscripción 2ª de la finca número 11.648-U, obrante al folio 10 del tomo y libro 184 de Gracia/A, de la que también resulta casada en régimen de separación de bienes. 3.º—En el mismo sentido, la entidad 166, plaza de parking n.º 166, (...), fue adquirido por doña E. M. V. en estado de casada en régimen de separación de bienes, según la inscripción 5.ª de la finca número 18.610-N, obrante al folio 166º del tomo y libro 320 de Gracia/A. 4.º—Por fallecimiento de la citada doña E. M. V. adquirió las fincas anteriormente relacionadas don J. M. V. A., a quien dicha señora M. nombró heredero en sustitución de doña A. V. S., imponiéndole la limitación de no poder gravar ni por cualquier otro título enajenar bienes comprensivos de la herencia por un plazo de diez años a contar desde el fallecimiento de la testadora, acaecido el día dos de abril de dos mil cinco. 5.º—Los mencionados documentos fueron calificados negativamente con fecha 6 de octubre de 2010. Nota que se da por reproducida íntegramente y que se adjunta. 6.º—Con fecha 27 de diciembre de 2010, don J. M. V. A. presenta recurso ante este Registro para la Dirección General de los Registros y del Notariado. 7.º—El mencionado recurso fue desestimado por la Dirección General de Registros y Notariado por silencio negativo. 8.º—Continua vigente el asiento de presentación 1949 del Diario 94 y no consta la interposición de recurso ante los tribunales de justicia. 9.º—Con fecha sábado 15 de octubre de 2011, se presentan los mismos documentos acompañados de otra acta de notoriedad, autorizada ante el notario de Barcelona, don Gonzalo Antonio Veciana García-Boente, veintitrés de agosto de dos mil once, protocolo 1298, para su inscripción, en la que J. M. V. A. requiere al notario autorizante para que, previas las pruebas necesarias, compruebe y declare la notoriedad de los hechos narrados y especialmente que al tiempo del fallecimiento de la causante, ni ella, doña E. M. V., ni su heredero, don J. M. V. A., tenían hijos ni descendientes. Fundamentos de Derecho 1.º—El artículo 327 de la LH establece que transcurridos tres meses desde que el recurso tuvo su entrada en Registro de la Propiedad sin que recaiga resolución se entenderá desestimado el recurso quedando expedita la vía jurisdiccional. En el presente caso han transcurrido los tres meses desde la interposición del recurso y por tanto hay, como dice el art. 328 de la LH, una resolución presunta de la Dirección General desestimando el recurso y confirmando la nota de calificación. 2.º—La nueva acta de notoriedad presentada no afecta

a la resolución de la nota de calificación de 6 de octubre de 2010. 3.º—Estando vigente el asiento de presentación la aportación durante ese plazo de los documentos, previamente calificados y confirmada la calificación por la DGRN, sólo puede dar lugar al mantenimiento de la calificación como resulta de los artículos 108 del RH y 323 de la LH al no haberse subsanado los defectos en los términos resultantes de la nota de calificación. Resolución: Se reitera la nota de calificación de 6 de octubre de 2010 que se acompaña. Barcelona, a 21 de noviembre de 2011. El Registrador (firma ilegible) Fdo: Nicolás Nogueroles Peiró».

## III

No se solicitó calificación sustitutoria a esta nueva calificación en el plazo reglamentario. En el recurso de 2010 sí lo había sido, confirmándose por el designado sustituto la calificación en su día verificada.

## IV

El día 28 de diciembre de 2011, don J. M. V. A. interpuso recurso contra la calificación, en el que en síntesis alega lo siguiente (los mismos argumentos que en el recurso desestimado por silencio): 1.º—El régimen económico del matrimonio formado por don J. M. V. A. y doña E. M. V. era el de sociedad de gananciales, conforme establece la normativa aplicable, esto es, el Código Civil y, especialmente, el Título Preliminar del Código Civil, en la redacción anterior a la Ley de 17 de marzo de 1973 y el Decreto de 31 de mayo de 1974; de cuyo artículo 15 del Código Civil resultaba que los derechos y deberes de familia declarados en el propio Código eran de aplicación a las personas de vecindad civil, común, añadiéndose que la mujer seguiría la condición del marido por lo que casándose personas de distinta vecindad civil, habría de aplicarse a sus relaciones personales y patrimoniales, como integrantes de esos deberes y derechos, la ley correspondiente a la vecindad del marido. Cuestión ésta, alega el recurrente, no debatida por el registrador, puesto que, pese a no pronunciarse claramente a este respecto, aplica la normativa del Código Civil referente a la sociedad de gananciales; 2.º—Por lo tanto, tras el fallecimiento de doña E. M. V. procede, en primer, lugar la liquidación de la sociedad de gananciales, y, posteriormente, como actos jurídicos diferenciados, la adjudicación de la correspondiente herencia. A este respecto, cita la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 30 de junio de 2010, «este tribunal ha venido decantándose por la necesidad de acudir a la previa liquidación del patrimonio ganancial; así lo hemos dicho en anteriores resoluciones, como la sentencia de 26-11-2002 (Sección 1.ª de esta Audiencia), donde se recordaba la STS 8-06-1999 en la que se dice que «era obligada la liquidación de la Sociedad de gananciales como presupuesto previo a la práctica de las operaciones particionales, cuya omisión, valorada debidamente por la resolución de instancia, provoca el perecimiento de estos motivos». En el mismo, sentido la STS de 14-12-2005 a cuyo tenor fallecidos ambos cónyuges es necesario liquidar la sociedad de gananciales existente, para proceder a continuación a la partición, del haber hereditario del primeramente fallecido, y seguidamente; de manera separada, proceder a la partición de los bienes integrantes de la segunda herencia. También la, sentencia de esta Audiencia (Sec. 1.ª) de 14-12-2005 y las esta misma Sección de 5-10-2007 y 15-10-2007. La tesis había sido ya sostenida en anteriores resoluciones del Tribunal Supremo (SSTS 7-12-1988 y 22-7-2007), y también las Audiencias Provinciales siguen su misma línea (St de 9 de febrero de 1998, de la Audiencia Provincial de la Coruña Sección 4.ª - y St. de 10 de octubre de 1994 de la AP de Granada). En la STS de 17/10/2002 aunque en hipótesis referida al caso de fallecimiento de persona que había contraído dos matrimonios, se dice que «como presupuesto o elemento esencial, se cuenta la determinación del patrimonio hereditario del causante. Y para poder hacerlo es imprescindible la fijación del suyo y de cónyuge herederos del mismo, correspondientes a su parte de los bienes gananciales. En otro caso se estaría practicando una partición de patrimonio a sabiendas de que es parcialmente ajeno». Insiste en el mismo criterio, la SAP de Segovia de 28 de septiembre de 2000 cuando con cita de las SSTS 31-12-1912, 22-8-1914, 10-1-1934, 17-4-1943, 5-6-

1985, 7-12-1988, 18-3-1991, 22-2-1997 y 8-6-1999; y de las Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado de 5-10-1893, 12-11-1895 28-1-1898, 14-3-1903, 26-2-1906; 11-9-1907, 29-1-1908. También la AP de Las Palmas (Sec. 3.ª) 11-3-2005 en la que se dice: «Tal previa liquidación es un prius lógico para que, una vez concretados, los bienes que de la masa ganancial ha correspondido a cada uno de los cónyuges, pueda llevarse a cabo la división judicial de la herencia. Ello, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de los bienes gananciales, según se recoge en el artículo 1344 del Código Civil y se señala en las sentencias del Tribunal Supremo de 8.10.1990 y 12.6.1990. Tanto en el cuaderno particional de la actora como en la resolución judicial combatida se parte de la base de que los bienes que se recogen en la misma son gananciales, más precisamente por eso mal puede llevarse a cabo la división instada sin que, como se deja dicho, se concreten los bienes que de tal masa ganancial correspondía a la cónyuge fallecida. «También se traen a colación la antes citadas SSTs de 17-10-2002 y 8-6-1999 y las de 22.7.1997 y 7.12.1988. En igual sentido la SAP de Cantabria (Sec. 3.ª) de 12-12-2005 con apoyo en la jurisprudencia ya citada y la de la Sección 1.ª de esta Misma Audiencia de 6-7-2006. Tercero.—Es evidente, por lo tanto, que la liquidación de gananciales es operación necesariamente previa a la división del haz hereditario del causante, no puede saberse cuál sea este, si previamente no se ha liquidado la sociedad conyugal. El reconocimiento jurisprudencial en la materia es, como hemos visto, claro al respecto y responde a la propia lógica y naturaleza de las cosas; es preciso conocer cuál es el haz hereditario del causante y para ello debe liquidarse previamente la comunidad (SSTs 17-10-2002, 20-2-2002, 8-06-1999, 7-12-1988 y 22-7-1997).»; 3.º—En lo referente a la liquidación de la sociedad de gananciales, el recurrente señala que son aplicación los artículos 1392 y siguientes del Código Civil. En este sentido, el registrador considera que, conforme al artículo 1344 del Código Civil, la liquidación y posterior adjudicación de bienes a cada uno de los cónyuges debe realizarse por mitad. Posteriormente, creando un perplejidad absoluta a la parte recurrente, el registrador pretende aplicar la condición referente a la prohibición de disponer impuesta por la causante, doña E. M. V., en su testamento, en la liquidación de la sociedad de gananciales. Extremo cuya fundamentación y base jurídica la parte recurrente no acierta a entender o encontrar. Parece que el registrador se ha olvidado de que la testadora no puede disponer por ningún medio de los bienes gananciales, puesto que el presente caso sería una sociedad de tipo germánico, lo que implica que disuelta la sociedad de gananciales, pero no liquidada, no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes que lo integran, y de la que pueda disponerse separadamente; sino que, por el contrario, la participación de aquéllos se predica globalmente respecto de la masa ganancial, en cuanto patrimonio separado colectivo, en tanto que conjunto de bienes con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación, que presupone la actuación conjunta de ambos cónyuges o, como en el presente caso, de sus respectivos herederos y, solamente, cuando concluyan las operaciones liquidatorias, esa cuota sobre el todo cederá su lugar a las titularidades singulares y concretas que a cada uno de ellos se le adjudiquen en las operaciones liquidatorias. Por lo tanto, la condición referente a la prohibición de disponer impuesta por la causante, doña E. M. V., en su testamento, debe hacerse efectiva respecto de los bienes adjudicados a la masa hereditaria de la causante, una vez liquidada la sociedad de gananciales, no durante y para la liquidación de la sociedad de gananciales. Sin embargo, en las operaciones de liquidación de dicha sociedad de gananciales, las partes, esto es el cónyuge viudo y los herederos, que en este caso son la misma persona, puesto que la testadora ha nombrado heredero cónyuge y no ha nombrado albacea ni contador partidor en su testamento, tienen total libertad para realizar la partición y adjudicación, siempre respetando, claro está, la normativa aplicable. En el presente caso, don J. M. V. A., como cónyuge viudo y heredero de doña E. M. V., sin que exista ningún precepto legal que le impida realizar la liquidación de la sociedad de gananciales, al reunir en su misma persona la condición de cónyuge viudo y heredero, amparándose en el artículo 1406.4 y 1407 del Código Civil y ejerciendo el derecho que dicho artículo le otorga, opta por

adjudicarse la vivienda habitual y su garaje abonando la diferencia, que pasará a formar parte de la masa hereditaria de doña E. M. V. El recurrente aduce que el registrador parece desconocer la facultad que el 1407, del Código Civil otorga al cónyuge viudo, es más, considera el registrador, que para ejercitar dicho derecho, primero debe justificarse en la indivisibilidad del bien, estableciendo así el registrador de motu proprio un nuevo requisito no contemplado ni por el artículo 1406.4 ni por el 1407 del Código Civil, ni por la jurisprudencia. Según la propia doctrina del Tribunal Supremo, en Sentencias entre otras, de 17 de junio de 1980, de 25 de septiembre de 2004 o de 7 de noviembre de 2007: conforme al artículo 1061 del Código Civil, ha de ser posible la igualdad de las cosas que se han de adjudicar, cuando ello es posible. Pero si no, puede ser así no se quebranta tal principio, pues depende de las circunstancias de cada caso y la naturaleza de lo que se reparta, sin que sea precisa la existencia de una igualdad matemáticamente absoluta;

4.º—Realizada la liquidación conforme a los artículos 1406.4 y 1407 del Código Civil, el recurrente indica que el registrador entiende que existe un exceso de adjudicación, lo cual la parte recurrente no consigue comprender, toda vez que el artículo 1407 del Código Civil establece claramente que el cónyuge cuya adjudicación superara su haber deberá abonar la diferencia en dinero al otro cónyuge, es decir, que en todo caso, en la masa hereditaria de la causante, doña E. M. V., habrá un crédito o una cantidad de dinero adjudicada en la liquidación de la sociedad de gananciales, cantidad de dinero o crédito que sí estará limitada por la condición impuesta por la causante en su testamento. Por lo tanto, no existe ningún exceso de adjudicación. Sin olvidar que, las adjudicaciones realizadas en la liquidación de la sociedad de gananciales no pueden verse limitadas por la limitación de disponer impuesta por la causante en su testamento. Considerando la parte recurrente totalmente errónea la aplicación del artículo 6 del Código Civil en este punto, por parte del registrador. Señala el recurrente el artículo 1380 del Código Civil: «la disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos los efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento»; 5.º—En su fundamento de derecho quinto el registrador dice «no consta la no existencia de legitimarios que, en caso de existir, hubiesen sido interesados en la correspondiente liquidación y partición.» El recurrente alega que el registrador parece desconocer la normativa aplicable, esto es, la legislación civil catalana, dado que la causante era de vecindad civil catalana al tiempo de su fallecimiento. En la legislación civil o los legitimarios carecen de derecho, alguno para intervenir no sólo en la liquidación de gananciales, sino también en la partición de la herencia, ya que éstos sólo ostentan un mero derecho de crédito contra el heredero. En el presente supuesto, dado que solo existe un heredero, no se produce una partición de la herencia, sino una simple adjudicación. Pero a mayor abundamiento, en el testamento de la causante, doña E. M. V., se recoge expresamente que «carece de descendientes y no tiene por tanto, más herederos forzosos que sus nombrados padres», ambos fallecidos en el momento de su fallecimiento. Dicho documento consta protocolizado en la escritura de 19 de mayo de 2005, de manifestación de herencia testada, otorgada ante el notario de Barcelona, don Gonzalo Veciana García-Boente, con número de protocolo 1.015. El recurrente aduce que a este respecto, la Dirección General de Registros y Notariado se ha pronunciado: «el argumento de que la necesidad de despejar dudas sobre la posible existencia de otros herederos forzosos preteridos, determina, en el supuesto debatido la necesidad de acta de declaración de herederos, no puede ser estimado, toda vez que ello conduciría a ineficacia de todo testamento como título sucesorio si no va acompañado de un acta acreditativa de la inexistencia de otros legitimarios que los nombrados en el propio testamento, consecuencia ésta que aparece claramente contradicha en la propia regulación legal (cfr. artículo 14 de la Ley Hipotecaria)»; 6.º—Aduce el recurrente que el registrador, basándose en la aplicación del artículo 426.24 de la Ley 10/2008 de 10 de julio, de Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, entiende que la autoridad judicial debe designar en el presente supuesto un órgano de protección de los derechos de los beneficiarios indeterminados de la prohibición o limitación de disponer que la testadora recoge en su testamento. Dicho artículo entró en vigor con posterioridad al

fallecimiento de la causante, por lo tanto, no es de aplicación al presente supuesto y sería, por tanto, del todo improcedente la apreciación del registrador a éste respecto; 7.º— El recurrente señala que el debate fundamental en el presente supuesto se centra en la correcta liquidación de la sociedad de gananciales existente entre los cónyuges don J. M. V. A. y doña E. M. V. Por lo tanto, la normativa a aplicar es la de los artículos 1392 y siguientes del Código Civil, que implica la competencia de la Dirección General de Registros y Notariado. Siendo una liquidación de sociedad de gananciales por fallecimiento de uno de los cónyuges, están legitimados para practicar la misma el cónyuge superviviente y los herederos. En el presente caso, don J. M. V. A. agrupa en su persona las dos condiciones, pues es el cónyuge viudo y el heredero nombrado por el cónyuge fallecido en su testamento como tal. No existen legitimarios de la causante, puesto que, tal y como se recoge en el testamento de la causante, no tuvo hijos ni descendientes de hijos premuertos. Habiendo fallecido ambos progenitores en el momento de la delación hereditaria. Legitimado por ley para ello, don J. M. V. A. realiza la liquidación de la sociedad de gananciales, ejerciendo el derecho que el artículo 1406.4 y 1407 del Código Civil le otorga, compensándose la diferencia en las adjudicaciones con un crédito o cantidad en metálico que pasa a formar parte de la masa hereditaria de doña E. M. V. Crédito o cantidad en metálico que sí se ve afectada por la limitación en la disposición impuesta por la testadora al heredero en su testamento. El artículo 1380 del Código Civil establece «la disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos los efectos si fuere adjudicado la herencia del testador: En caso contrario se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento». La testadora no establece una limitación de disponer sobre las fincas registrales número 11648/N (anteriormente número 26.233) y número 18610/N del Registro de la Propiedad de Barcelona número 4 a nombre de don J. M. V. A., en virtud de adjudicación en la liquidación de la sociedad de gananciales. En el presente supuesto, sobre el crédito o la cantidad dineraria y demás bienes adjudicados. Alegado lo anterior, el recurrente aduce que procedería la inscripción de las fincas registrales número 11648/N (anteriormente 26.233) y número 18610/N, del Registro de la Propiedad de Barcelona número a nombre de don J. M. V. A. en virtud de adjudicación en la liquidación de la sociedad de gananciales. El recurrente realiza una pequeña mención a la referencia realizada por el registrador en el antecedente de hecho número cinco: «Dicha escritura fue objeto de calificación negativa con fecha 9 de julio de 2010, por ser contrario a los actos del otorgante cinco años antes». Dicha mención a la doctrina de los propios actos, según el recurrente carece de todo fundamento, pues el don J. M. V. A. rectifica un error padecido manteniendo las adjudicaciones realizadas no afectadas por dicho error. A este respecto, señala el recurrente, el registrador incumpliría la doctrina de los propios actos, pues la calificación realizada de la escritura en fecha 9 de julio de 2010 es totalmente distinta y se basa en argumentos jurídicos totalmente opuestos a los expresados en la calificación de fecha 6 de octubre de 2010, creando así una inseguridad jurídica innecesaria y perjudicial para los intereses de don J. M. V. A.

V

El día 5 de enero de 2012 se dio traslado del recurso al notario autorizante, recibido por el mismo el día 11 de ese mes, y con fecha 15 de enero, se emitió el informe correspondiente, en el que en síntesis, se expone y fundamenta lo siguiente: Primero.—Es pacífico el acuerdo sobre los hechos, que cabe sintetizar así: a) El régimen económico del matrimonio es el de la sociedad de gananciales regulado en el Código Civil español. — La sucesión se rige por el Código de Sucesiones de Cataluña por ser de vecindad civil catalana la causante al tiempo de su fallecimiento; y, b) El registrador deniega la inscripción de la liquidación de la sociedad de gananciales realizada en la escritura invocando una prohibición de disponer impuesta por la causante en su testamento, olvidando que la prohibición de disponer sólo puede afectar a los bienes hereditarios; y, Segundo.—Debe determinarse si es conforme a Derecho la suspensión de la inscripción que el citado registrador basa en que «...el exceso de adjudicación supone un acto de disposición contrario a la limitación de disponer impuesta por la causante en su



testamento» y «por no constar debidamente representados los beneficiarios indeterminados de la citada limitación». La calificación, señala el notario, presenta una mezcla confusa de argumentos, sin distinguir con suficiente claridad lo relativo a la liquidación de la sociedad de gananciales de lo relativo a la adjudicación de la herencia y en especial la diferente legislación civil aplicable a una y a otra institución. Así las cosas, la cuestión fundamental radica en decidir si el testador puede por vía de disposición testamentaria suprimir radica en decidir el derecho que conceden al cónyuge viudo los artículos 1406 y 1407 del Código Civil: 1.º—Es principio fundamental en nuestro Código que el testador no puede disponer a su arbitrio de los bienes gananciales, sino que esta disposición está condicionada a que efectivamente se adjudiquen dichos bienes en el haber hereditario. Ahora bien, toda vez que en nuestro ordenamiento se admiten ciertos efectos al legado de cosa ajena, se ha considerado conveniente admitir también determinados efectos al legado de cosa ganancial. Pero estos efectos no condicionan ni limitan en forma alguna la liquidación de los bienes gananciales, que los interesados pueden practicar libremente sin derecho alguno a intervenir por parte de los beneficiarios de la disposición de un bien ganancial; estos beneficiarios quedan a expensas de que el bien se adjudique al haber hereditario del causante, en otro caso solo tienen un derecho de crédito contra la herencia (artículo 1380 del Código Civil). Por lo tanto, la prohibición de disponer testamentaria no puede afectar a la liquidación de los gananciales, sino tan solo a los bienes hereditarios; 2.º—El registrador argumenta ante la adjudicación íntegra de la vivienda al cónyuge viudo que «supone un exceso de adjudicación que no ésta debidamente causalizado». La causa radica precisamente en el derecho que le otorga el artículo 1407 del Código Civil, al disponer que en este caso el viudo decidirá «a su elección», sin que se puedan oponer a ello los herederos ni cualquier otro interesado en la herencia»; 3.º—El notario señala la equivocada interpretación del artículo 1406 pretendiendo que la prevista adjudicación preferente en el haber del viudo queda limitada «hasta donde éste alcance», desconociendo que el artículo siguiente, el 1407, exceptiona los supuestos de los números 3 (el local profesional) y 4 (la vivienda habitual) y dispone que en estos dos casos el valor de los bienes o el derecho superara al de haber del cónyuge adjudicatario, deberá éste abonar la diferencia en dinero; 4.º—No sería cierto, por tanto, que «el exceso de adjudicación supone un acto contrario a la prohibición de disponer» porque el exceso de adjudicación resulta de un acto de liquidación de bienes gananciales y la prohibición de disponer sólo recae sobre bienes hereditarios. Obsérvese que si el testador en vez de imponer una mera prohibición de disponer temporal a su cónyuge le hubiera privado de toda la herencia, nombrando heredero universal a un tercero. Este tercero no podría oponerse a la decisión del viudo de adjudicarse íntegramente la vivienda familiar. Con mayor motivo, no se le puede privar de este derecho por la circunstancia de ser un heredero gravado; 5.º—Resulta una petición de principio, el argumento que sigue al anterior, de que «el resultado del exceso de adjudicación es sustraer el mismo a la relacionada limitación», puesto que la vivienda conyugal no ha estado disponible, porque el causante ni puede disponer de ella, ni puede limitar el derecho del viudo a adjudicársela íntegramente; sin perjuicio de la compensación en dinero que proceda; 6.º—El fundamento de Derecho quinto confundiría la legislación aplicable al caso cuando argumenta que en caso de existir legitimarios «hubiesen sido interesados en la correspondiente liquidación y partición». La legislación aplicable a la sucesión es la catalana, como reconoce el registrador en el fundamento sexto, aunque equivocaría el precepto invocado, porque el artículo 426.24 del Código Civil de Cataluña no estaba vigente al tiempo de abrirse la sucesión del causante. En Cataluña los legitimarios son meros acreedores de la herencia y su presencia no es obligada en la partición hereditaria y mucho menos en la liquidación de la sociedad de gananciales. Se mantiene este defecto después de aportar acta de notoriedad de la que resulta que al tiempo del fallecimiento de la causante, ésta carecía de herederos forzosos; y 7.º—En cuanto a los posibles beneficiarios de la prohibición de disponer hay que hacer las siguientes consideraciones, señala el notario que el registrador olvida que la legislación aplicable a la sucesión de la causante es el Código de Sucesiones de Cataluña, vigente

al tiempo del fallecimiento de la causante. Se olvida, además, que en el presente caso no estamos ante un supuesto de partición hereditaria dado que existe un heredero único. El registrador pretende aplicar, con indebida analogía, a la prohibición de disponer las normas relativas a la sustitución fideicomisaria. Esta confusión no debe admitirse. Es cierto que en la sustituciones fideicomisarias, en las que sí se designan verdaderos beneficiarios de los bienes, opera una prohibición de disponer, pero no puede afirmarse lo contrario, es decir, que en las prohibiciones de disponer exista siempre implícitamente la designación de beneficiarios. Además, esta interpretación iría en contra de lo dispuesto en los artículos 187 y 188 del Ley 40/1991, de 30 diciembre del Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña del Código de Sucesiones, que requiere que los llamamientos a un posible beneficiario se infieran claramente de las palabras utilizadas por el testador. Se puede concluir por tanto, que no existe beneficiario alguno, por tanto nadie ha de estar representado en la liquidación de la sociedad de gananciales, ni aunque lo estuviera podría oponerse a la adjudicación a don J. M. V. A. de su vivienda. Además la hipótesis de unos supuestos beneficiarios llevaría a conclusiones absurdas. Si consideramos como beneficiarios a los herederos de don J. M. V. A., resulta que éstos recibirán un crédito, el crédito a la compensación por la diferencia de valor entre el haber y el valor de lo adjudicado, y a la vez recibirán la obligación de satisfacer este crédito. No hay que olvidar la vigencia en Cataluña del principio «nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest» que impide pensar que los bienes afectados por la prohibición, de disponer pasen a otros herederos distintos de los voluntarios, en caso de que el interesado dispusiera por testamento de sus bienes. La no existencia de beneficiario no impide, que en su caso, la prohibición de disponer despliegue sus efectos, pero limitados a los bienes efectivamente adjudicados en la herencia, tanto los procedentes de la liquidación de los gananciales como los bienes privativos de la causante.

## VI

Mediante escrito con fecha de 30 de enero de 2012, el registrador de la Propiedad emitió el informe correspondiente y elevó el expediente a este Centro Directivo.

### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 9, 24 y 33 de la Constitución; Sentencias del Tribunal Constitucional 106/1987 (RTC 1987,106); 113/1988 (RTC 1988, 113) y 96/1990 (RTC, 1990, 96); 102/ 1984 (RTC 1984, 102); 46/1982 (RTC 1982, 46) y 172/1987 (RTC 1987, 172); artículos 997, 1282 y 1355 del Código Civil; los artículos 1, 18, 19 bis, 38, 40, 322, 323, 325, 327 y 328 de la Ley Hipotecaria; 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 79, 109 y 115 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; 28 de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; 108 del Reglamento Hipotecario; 143 y 209 del Reglamento Notarial; 1 y 2 de la Ley 4/2005, de 8 de abril, de los recursos contra la calificación de los Registradores de la Propiedad de Cataluña; 60.4 del Código de Familia de Cataluña; 461. 2 y 10 de la Ley 10/2008, 10 de julio, del libro cuarto relativo a sucesiones del Código Civil de Cataluña; 111 de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, de la ley primera del Código Civil de Cataluña; Ley 102 de la Compilación de Navarra; artículos 28.2 y 29 a) de la Ley 2/2003, 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad de Aragón; Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1893, 18 de mayo de 1932, 18 de marzo de 1956, 18 de diciembre de 1965, 29 de octubre de 1968, 14 de julio de 2008 y 3 de enero de 2011; Sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona de 10 de marzo de 1994 (R. Civil 451); y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de julio de 1933, 5 de febrero de 1953, 3 de julio de 1967, 8 de mayo y 6 de noviembre de 1980, 27 de octubre de 1986, 22 de febrero y 11 de junio de 1993, 5 de mayo de 1998, 15 y 21 de diciembre de 1999, 19 y 25 de mayo y 15 de junio de 2000, 14 de octubre y 19 de diciembre de 2002, 22 de julio de 2003, 2 de enero de 2004, 13 de septiembre y 13 de octubre de 2005, 26 de abril de 2006, 1 de octubre de 2007, 16 de septiembre de 2008 y de 14 de enero de 2012.

1. Como cuestión previa a la resolución de este expediente, es preciso preguntarse sobre la admisibilidad del presente recurso, habida cuenta de la anterior presentación y posterior desestimación por silencio de otro previo contra nota de calificación anterior del mismo contenido (en que se suspendía la inscripción del mismo derecho por el mismo defecto). Es decir, es necesario preguntarse por el alcance y fortaleza que haya que reconocer a las resoluciones dictadas por esta Dirección General que no hayan sido recurridas en plazo ante la jurisdicción ordinaria. Una respuesta que no es posible ensayar sin abordar previamente otras dos cuestiones.

2. La primera es si las resoluciones registrales (del registrador o de la Dirección General) se transforman en firmes y definitivas como pasa con los actos administrativos ordinarios (con arreglo a la doctrina de los «actos consentidos») por el transcurso de los cortos plazos fijados en ley para su impugnación. En nuestro sistema hipotecario la acción de rectificación es inseparable del dominio o derecho real de que deriva (artículo 40 de la Ley). No puede, por tanto, darse por extinguida o precluida la pretensión para solicitar la protección registral por el transcurso del plazo de impugnación de la resolución recaída mientras el derecho substantivo –cuya inscripción se pide– siga o pueda seguir estando vivo o, habiendo podido estarlo en algún momento anterior, sea necesaria su inscripción para cumplir con el requisito del tracto sucesivo. Nuestro sistema es causal (ista) y el asiento accesorio del derecho cuya inscripción se pide. Un derecho de propiedad, al que se impidiese su acceso al Registro, no sería un verdadero derecho de propiedad y ya no solo porque no podría su titular realizar actos dispositivos como la hipoteca que forman parte de su contenido constitucionalmente protegido sino porque solo desde la inscripción puede tenerse un derecho real por plenamente eficaz (cfr. artículos 32 de la Ley Hipotecaria y 606 del Código Civil). Transcurrido el plazo para la interposición de los recursos, no se produce, por tanto, la caducidad automática de la pretensión ejercitada sino únicamente del procedimiento y, por tanto, el particular, presentando de nuevo los documentos en el Registro correspondiente (si no lo estuviesen ya), podrá intentarlo otra vez –con independencia de las posibles responsabilidades civiles o de otro orden en que pueda llegar a incurrir si se demuestra su contumacia o mala fe–. No otro sentido puede tener, en caso de desestimación presunta, el mayor plazo de la prórroga del asiento de presentación frente al dispuesto para la interposición del recurso judicial (cfr. artículo 327 penúltimo y 328 de la Ley). Incluso en lo que parece un exceso que el recurso gubernativo pueda continuar aunque el defecto haya sido subsanado y la inscripción practicada (cfr. artículo 325 último de la Ley Hipotecaria). Cabría ciertamente pensar en una tercera vía (media) y sostener que, en esos casos, una vez agotados los plazos fijados por la ley para interponerlos, sería solo factible, para exigir el correspondiente asiento, intentar el declarativo ordinario (es decir, el que suele denominarse «recurso civil», regulado en los artículos 66 y 40 de la Ley Hipotecaria). Alternativa restrictiva cuya procedencia no corresponde valorar a esta Dirección General, pero que en cualquier caso parece difícilmente compatible, a falta de un pronunciamiento terminante de ley, con la interpretación favorable al ejercicio de los derechos fundamentales –en este caso al de tutela efectiva– que impone la jurisprudencia constitucional y resulta de la misma Constitución y por tanto, a lo que aquí importa, favorable a la protección de los intereses del recurrente (principio pro actione).

3. Problema distinto, aunque emparentado, es si puede entenderse por nuevo recurso aquél en que la pretensión ejercitada, aun siendo la misma (porque coinciden las tres identidades sujetos, objeto y causa de pedir), se sustenta en una prueba documental distinta (en este caso, por aportación de nuevos documentos complementarios). Los documentos no presentados en plazo, en principio, pierden toda virtualidad procesal. Sólo si la pretensión fuese distinta –y aquí por lo dicho no lo es– cabría entrar a valorarlos pero solo porque el procedimiento no sería ya el mismo sino otro diferente. Por ello, lo que en realidad se sostiene –cuando se conviene en admitir a trámite un nuevo recurso con apoyo en una base documental distinta, en el que se repite la misma petición de inscripción ya rechazada– es, quiérase o no, que la acción para reclamar la inscripción sigue viva, mientras lo sigan estando –o puedan estarlo– los derechos substantivos cuya inscripción se pide. Y que, por tanto,

mientras persista esa posibilidad, la petición de inscripción puede ser reproducida por la parte ya sea – porque es irrelevante – con la misma base documental u otra distinta, esté vigente el primer asiento presentación o háyase practicado otro distinto. Nuestro registro es de derechos no de documentos y lo que importa, para identificar la pretensión, es el derecho cuya inscripción se pide y no los documentos en que pretenda apoyarse. Esta y no otra ha sido la doctrina tradicional en esta materia. La admisión del recurso no procede, pues, porque nuestro procedimiento registral sea un procedimiento de base documental –y cambiada esta la pretensión sea distinta– sino porque la pretensión registral de inscripción, no puede tenérsela por caducada mientras pueda entenderse subsistente el derecho material cuya inscripción se pide, y por tanto útil su defensa registral.

4. Esta doctrina conoce, sin embargo, algunas restricciones. No cabe nuevo recurso cuando la pretensión impugnatoria ha sido estimada en otro anterior (artículo 325 último a contrario de la Ley Hipotecaria). O cuando siendo desestimatorio el primero (por silencio o no) ha ganado prioridad otro título y se ha extendido asiento contradictorio (artículos 1.3, 38, 40 y 327 in fine de la Ley Hipotecaria). Tampoco cuando el nuevo recurso es exacta reproducción de otro anterior que haya sido desestimado (ha de darse para que proceda la inadmisión la más completa identidad en la argumentación empleada): cfr. artículo 127 a contrario cuya exigencia de que aleguen defectos «nuevos» debe ser aplicable no solo al registrador sino también a la parte. Tampoco, en fin, es posible reiterar el recurso, pendiente otro, o en base a la misma nota, ya que la «seguridad jurídica y la propia eficacia y utilidad del sistema de recursos que el legislador ha arbitrado como mecanismo de tutela jurídica, exigen que, en tanto la cuestión planteada no se resuelva definitivamente, el mismo interesado no pueda volver a plantearla por igual vía». Pero, en lo que se refiere al presente asunto –a parte que los argumentos de la parte no son exactamente los mismos y que la nota es distinta (por cuanto declara en distinta fecha no subsanados los defectos a la vista de la nueva documentación aportada: fundamento 2)–; la litispendencia, al haberse agotado el plazo del recurso judicial del 328 sin haberse interpuesto, ha concluido, y por tanto ha dejado de ser un obstáculo para tramitar el segundo recurso; por lo que, vigente el mismo asiento presentación (cfr. artículo 108 del citado Reglamento), con arreglo a los principios de celeridad, y eficacia, procede resolver la impugnación planteada contra la nueva nota. Y no solo porque en estos casos (en que el recurso judicial no fue utilizado y la prueba aportada es distinta) la resolución no tendría por qué ser forzosamente la misma sino porque mientras no quede definitivamente resuelta la cuestión mediante una sentencia judicial firme y definitiva, el derecho sigue vivo y la parte –con independencia de las responsabilidades civiles y de otro tenor en que pueda incurrir si su conducta se demostrase contraria a la buena fe, es decir, dolosa, obstruccionista o abusiva– tiene derecho a replantearla de nuevo, aportando nuevos argumentos con arreglo a los principios generales. Las notas de calificación de los registradores, en general, y las Resoluciones de la Dirección General, en particular, no se vuelven firmes y definitivas (cfr. artículos 66 in fine y 40 de la Ley Hipotecaria) y los titulares de los presuntos derechos sobre los que se pronunciaron aquellas pueden exigir su protección registral mientras no prescriban (e, incluso, si, extinguidos, fuese imprescindible su inscripción para poder reconstruir el tracto sucesivo).

5. Salvado por tanto este obstáculo, se trata ahora de determinar si, en el supuesto de hecho planteado, hay que entender inscribible una escritura de rectificación (de otra anterior) de liquidación de gananciales y herencia, en la que se incorpora un par de bienes que en el registro constaban ya inscritos a nombre del recurrente en base a una escritura, otorgada por él cinco años antes, de manifestación de bienes de su mujer, en que aceptaba su herencia, reconocía que esos bienes eran privativos de ella y, por ello, se los adjudicaba gravados con la prohibición de disponer impuesta en el testamento. Entre la prueba aportada se incluía un acta en la que el notario autorizante estimaba justificada la notoriedad de que don J. M. V. A. al tiempo de contraer matrimonio con doña E. M. V., poseía la vecindad civil común. El registrador había ya entendido en su primera calificación que, al no resultar de la prueba aportada acreditado el carácter ganancial de los bienes cuya inscripción se pedía, no procedía la rectificación solicitada de la inscripción de herencia practicada a favor del recurrente y, por tanto, que había que seguir estando a

los asientos de los que resultaba su condición de privativos (primero, los de compra; luego, los de hipoteca posterior constituida en solitario por la causante; y por último los de herencia aceptada por el propio recurrente en la escritura del 2005). Para finalmente concluir, que los tantas veces citados bienes (vivienda y parking) habrían de tenerse a todos los efectos por privativos de la causante, y por tanto sujetos a la prohibición de disponer. Se trata ahora, en este recurso, de decidir si procede, con los documentos presentados, rectificar los asientos del registro y con ello las operaciones de adjudicación de herencia e inscribir una liquidación de sociedad conyugal realizada por quien se encuentra en situación de conflicto de intereses, pues afecta a la eficacia de la prohibición de disponer inscrita, cuando los asientos cuya rectificación se pretende (compra con carácter privativo, constitución de hipoteca exclusivamente por la titular registral y adjudicación de herencia de los bienes) que se hallan bajo la salvaguarda de los tribunales, conforme al artículo 1 de la Ley Hipotecaria y fueron consentidos durante años por quien ahora pretende rectificarlos unilateralmente. Por tanto, se trata de una prueba especialmente delicada en este caso, teniendo en cuenta que, de entenderla suficiente, no solo se cambiaría la calificación de los bienes y rectificaría el registro; si no que se liberaría al heredero, burlando en su caso la voluntad del causante, del cumplimiento de una prohibición de disponer que en otro caso le obligaría.

6. La función del acta de notoriedad es declarar hechos y a este punto es al que en todo caso se extiende la fe que les quepa reconocer. Los juicios sobre esos hechos –que sólo le está permitido al notario emitir, cuando se le han pedido expresamente y resultan «evidentes por aplicación directa de los preceptos pertinentes»– no son hechos. Su presunta evidencia no tiene necesariamente por que ser compartida por los demás funcionarios que estén obligados a enjuiciarlos, en ejercicio de las competencias que tengan atribuidas por las leyes. En este caso el acta de notoriedad declara notorio que el heredero en la época que se celebró su matrimonio con la causante tenía la «vecindad civil común». La afirmación de que el otorgante tenía determinada vecindad civil no constituye una afirmación de hechos sino una declaración, como dice el citado reglamento, de una «situación personal jurídica» que implica una declaración de derechos. En casos como el presente, sobre todo cuando pueden derivarse consecuencias tan graves como las antes explicadas –en que se pretende por el heredero dejar sin eficacia una prohibición de disponer inscrita, establecida por la causante sobre bienes que constaban también inscritos a su favor en el Registro de la Propiedad como privativos, y que había sido aceptada previamente por ese mismo heredero en la inicial escritura de aceptación y manifestación de herencia– el acta de notoriedad, con arreglo a lo ordenado en el artículo 209.4 del Reglamento notarial, debe fijar de forma separada, los hechos que declaran notorios para luego, si es que fue pedido al notario, emitir los juicios sobre los mismos si son «evidentes» y exponiendo siempre las razones que en que se fundamenta para concluirlo así (en cumplimiento del deber de motivación que, por exigencia de la Constitución, sujeta a todas las autoridades y funcionarios del Estado). Un deber que hay que cumplir con especial cuidado cuando, como es el caso, de las declaraciones emitidas puedan resultar conculcados intereses de terceros, desconocidos o ausentes o, en general, personas que no están en condiciones de defenderse.

7. En este caso en primer lugar, los de la propia causante. La libertad de testar, en efecto, está protegida por nuestra Constitución en su artículo 33 y por tanto el derecho del testador a regular el destino de sus bienes para después de su muerte en el modo y forma que mejor le parezca, siempre que respete las leyes; disposición vinculante y por tanto de obligada observancia, ante todo y en primer lugar, para sus propios herederos. Razón por la que de nada pueden servir para practicar el asiento, tal como fue solicitado, las declaraciones, o reconocimientos del heredero cuando, como pasa en el presente caso, exista una contradicción tan patente de intereses entre los suyos propios y los que viene obligado a servir como heredero, causahabiente o representante, de su causante. En segundo lugar, hay que velar también por los intereses de los posibles beneficiarios de la prohibición (legitimarios y acreedores pero también sucesores legítimos si fuese el caso que falleciese el heredero intestado en el período de vigencia); lo que fuerza a los

notarios –y de faltar es defecto apreciable por los funcionarios encargados de calificar el valor y eficacia de la notoriedad pretendida- a notificar la iniciación del acta por cédula o edictos a fin de que puedan alegar los posibles terceros perjudicados lo que estimen oportuno en defensa de sus derechos (artículo 209.3 del Reglamento Notarial).

8. Por lo que se refiere a la presunta «evidencia» del juicio por el que notario aprecia la vecindad, en este caso, común, hay que decir con la Audiencia Provincial de Barcelona –sentencia de 10 de Marzo de 1994 (R. Civil 451)– que éste de su prueba es uno de los puntos más problemáticos del régimen jurídico de la vecindad civil; dificultad que, como también dijo la Resolución de esta Dirección General de 6 de noviembre de 1980 (BIMJ/1224, pp. 52-55) deriva del hecho que el Código Civil admite una adquisición automática de la nueva vecindad, que no tiene por qué constar forzosamente en el registro civil. Es doctrina de este Centro, por lo demás, que la rectificación en el registro de una atribución de bienes en determinado concepto, exige, a falta del consentimiento de los presuntos interesados, sentencia judicial recaída en juicio en que sean llamados todos los posibles perjudicados por la rectificación pretendida. Como hemos visto ese consentimiento no concurre aquí, por lo que habrá de aportarse una prueba, como ya dijo la Resolución de 6 de noviembre de 1980, que acredite el hecho a rectificar de modo absoluto con documentos fehacientes. Esto excluye, por lo pronto, de los tres modos de probar la vecindad, desechada la certificación del Registro Civil, la prueba de presunciones (que no puede admitirse en un Registro de la Propiedad sino en casos excepcionales y salvo que, contra la dicción terminante del artículo 18 de la Ley y 3 del Reglamento Hipotecario, una ley expresamente lo autorice, por su escasa solidez para servir con fundamento de una atribución de derechos que, de ser errónea o equivocada, puede conducir a una privación legal de otros constitucionalmente protegidos); y, por tanto, deja como única alternativa, la prueba de la posesión de estado que exige, para darla por buena, cuando se acredita mediante acta de notoriedad –como ya permitió la resolución de 3 de julio de 1967– que se extremen las garantías formales, en especial, dadas las particularidades del caso, las antes señaladas.

9. En efecto –al hecho de la inscripción en su día como privativos a favor de la causante de los bienes cuya rectificación se pide o de que las operaciones de adjudicación de herencia y de liquidación de la sociedad conyugal se otorgan por quien se encuentra en situación de conflicto de intereses cuando, como es el caso, hay que valorar la eficacia y alcance de la prohibición de disponer impuesta por la testadora, la prueba del carácter privativo o ganancial de los bienes, de su valor y el de los excesos de adjudicación, el carácter de residencia habitual de uno de ellos– se suma aquí no solo el de que en el acta de notoriedad no aparezca probada la residencia del heredero en domicilio fuera de Cataluña durante parte, al menos, de los diez años anteriores a la fecha del matrimonio (sin que nada importe que éste se hubiese celebrado fuera de ella); o el de que no resulte en el expediente la forma que se hayan practicado las notificaciones a que se refiere el artículo 209.3 del Reglamento Notarial; o de que –separados los hechos declarados notorios del juicio que al notario le merecen– no se hayan expresado los motivos de por qué le parece evidente al fedatario la conclusión que mantiene; sino, sobre todo, el hecho de que la causante, por si sola, hubiese hipotecado los bienes, cuya calificación se discute, a vista ciencia y paciencia de su marido sin que este se opusiera y, ante todo, el de que éste hubiese reconocido ante notario (en escritura anterior de manifestación de herencia del año 2005) que los bienes eran privativos de su esposa. Un reconocimiento de derechos, pero también asunción de cargas y deberes, que, cualquiera que sea su alcance –que no es cosa de discutir ahora– al estar inscrito en el Registro, protegido por la presunción de exactitud del artículo 38 de la Ley hipotecaria y por tanto bajo la salvaguardia de los tribunales, sólo puede ser dejado sin efecto, y por tanto rectificado, previa prueba terminante de que el hoy recurrente había padecido un vicio de consentimiento que lo invalide. Cosa que, como es sabido, no es posible en el procedimiento registral sino que exige un juicio contradictorio en que se de la posibilidad de defender sus intereses a todos los que puedan resultar perjudicados por la rectificación. Conclusión, por lo demás, que refuerza en Cataluña el hecho de que, según su Código

Civil, está terminantemente prohibido que alguien pueda intentar «hacer valer un derecho que contradiga la conducta propia observada con anterioridad si ésta tenía una significación inequívoca de la cual derivan consecuencias jurídicas incompatibles con la pretensión actual» (artículo 111.8 de la Ley 29/2002, del Parlamento de Cataluña, ley primera del Código Civil de Cataluña). Y que, en un plano más general, viene también confirmada por el hecho de que la aceptación de herencia, tanto en el Derecho de Cataluña como del Código Civil, no pueda ser impugnada sino cuando adolezca de algunos de los vicios que anulan el consentimiento. Un conjunto de razones, sin duda, determinantes, para que, a la vista de las demás expuestas y la documentación incorporada al expediente, haya de procederse a denegar la rectificación solicitada.

Por todo lo anterior, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la calificación impugnada en los términos expresados.

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, 8 de marzo de 2012.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.