

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

- 2371** *Resolución de 7 de febrero de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Dos Hermanas n.º 2, por la que se deniega la inscripción de una escritura de aportación de bienes a la sociedad de gananciales, con subrogación de hipoteca.*

En el recurso interpuesto por doña S. A. Z. y don J. C. P. A. contra la calificación del registrador de la Propiedad de Dos Hermanas número 2, don Manuel Lavado Molina, por la que se deniega la inscripción de una escritura de aportación de bienes a la sociedad de gananciales, con subrogación de hipoteca.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Sevilla, don Miguel Ángel del Pozo Espada, de fecha 6 de junio de 2012, con el número 1730 de orden de su protocolo, se otorgó por doña S. A. Z. y don J. C. P. A., aportación de una finca registral a la sociedad de gananciales que manifiestan tienen constituida entre ellos y subrogación en la hipoteca que grava la misma finca. En la citada escritura, comparecen ambos en estado de solteros y exponen que forman «unión de pareja de hecho», debidamente inscrita en el Registro de Parejas de Hecho de la Junta de Andalucía, lo que se acredita con un testimonio de la Resolución Administrativa de 11 de octubre de 2011. También exponen que mediante escritura ante el mismo notario, de 7 de junio de 2011, con número 2044 de su protocolo, habían convenido de común acuerdo establecer como régimen económico, el de la sociedad de gananciales, lo que «inscribieron» en el «Área de Participación Ciudadana» con fecha 11 de octubre de 2011, lo que acreditan con una certificación de esa entidad. Por escritura ante el mismo notario, de 18 de octubre de 2011, con el número 2905 de su protocolo, se otorgó complemento de la anterior en el sentido de justificar que el pacto de régimen económico que se había hecho está amparado en virtud de la Ley 5/2002, de 16 de diciembre de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Andalucía (artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 10 y 11), que se funda en la Constitución (artículos 9.2 y 39), además en los artículos 1254, 1255 y 392 del Código Civil y los artículos 1, 2, 3 y 18 de la Ley Hipotecaria; por lo que se solicita se atribuya el carácter de ganancial a la finca en el Registro de la Propiedad.

II

La referida escritura se presentó en el Registro de la Propiedad de Dos Hermanas número 2 el día 7 de junio de 2012, que causó nota de calificación negativa de fecha 21 de julio; habiendo sido presentada de nuevo junto con copia de la escritura complementaria el día 19 de octubre de 2012; fueron presentadas copias auténticas de las referidas escrituras en fecha 22 de octubre y fueron objeto de calificación negativa de 25 de octubre que a continuación se transcribe en lo pertinente: Calificación negativa de 21 de julio: «Calificado el documento que tuvo entrada telemáticamente en este Registro de la Propiedad número 2 de Dos Hermanas a las 19 horas 19 minutos del día 6 de junio de 2012, presentándose a las 9 horas del día siete, bajo el asiento 693 del Diario 23 –Escritura pública de aportación a la sociedad de gananciales y subrogación de hipoteca autorizada por notario de Sevilla don Miguel Ángel del Pozo Espada el día 6 de junio de 2012–, de la que con fecha 4 de julio de 2012 se aportó

copia y primera copia de la misma en soporte papel por don E. M. S. de Martin y Soldevilla, S.C., se deniega la inscripción solicitada en dicho documento en base al siguiente hecho y fundamento de Derecho. Hecho. Se trata de una Escritura pública en la que la titular, según el Registro, de una finca adquirida en estado de soltera y con carácter privativo, tras manifestar que en su actual estado de soltera tiene constituida con el otro compareciente, igualmente soltero, una pareja de hecho, debidamente inscrita en el correspondiente Registro de Parejas, de Hecho, la aporta a "la sociedad de gananciales entre ellos existente", solicitando "se atribuya el carácter de ganancial" a la misma, y que lo haga constar así en los libros de mi cargo. Este Hecho impide que se pueda acceder a la inscripción solicitada en base al siguiente fundamento de Derecho. 1.–La sociedad de gananciales está configurada en el ordenamiento jurídico vigente como el sistema común supletorio, a falta de capitulaciones matrimoniales, de regular el régimen económico del matrimonio (artículo 1.316 del Código Civil). A mayor abundamiento, los artículos 1.344 y siguientes de dicho Código, reguladores de la sociedad de gananciales, parten siempre del dato del matrimonio: Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges... Y el 1.345 dispone que la sociedad de gananciales empezará en el momento de la celebración del matrimonio... Al carecer la Comunidad Autónoma de Andalucía de competencia en esta materia la legislación aplicable es la común del Código Civil, por lo que al no estar unidos en matrimonio los intervinientes, no procede la aplicación del régimen económico de gananciales ni su acceso al Registro de la Propiedad, que es únicamente aplicable a los matrimonios, independientemente de los efectos que puedan tener entre las partes los pactos reguladores de sus relaciones personales y patrimoniales inscritos en el Registro de Parejas de Hecho. Notifíquese esta nota de calificación al presentante y, al notario autorizante. El asiento de presentación queda prorrogado por 60 días a contar desde la notificación de la presente, conforme al artículo 323 de la Ley Hipotecaria. Contra el presente (...). Dos Hermanas, a veintiuno e julio de dos mil doce. El registrador (firma ilegible). Fdo. Manuel Lavado Molina». Calificación negativa de 25 de octubre de 2012: "Vuelto a calificar el precedente título, que tuvo nuevamente entrada telemáticamente en este Registro de la Propiedad número 2 de Dos Hermanas a las 20 horas 26 minutos del día 18 de octubre de 2012, presentándose a las 9 horas del día 23, bajo el asiento 1190 del Diario 23 –Escritura pública de aportación a la sociedad de gananciales y subrogación de hipoteca autorizada por notario de Sevilla don Miguel Ángel del Pozo Espada el día 6 de junio de 2012–; con fecha 18 de octubre de 2012 tuvo entrada copia autorizada electrónica de la escritura complementaria de la anterior autorizada por el mismo notario el mismo día 18 de octubre, aportándose con fecha 22 de octubre de 2012 copia y primera copia de la escritura de aportación debidamente liquidada del Impuesto y copia de la escritura complementaria en soporte papel, por don E. M. S. de Martin y Soldevilla, S.C., se deniega la inscripción solicitada, dado que nada nuevo añade el documento complementario aportado, por lo que el Registrador que suscribe se reitera en todos los términos en la nota denegatoria del día veintiuno de julio de dos mil doce, que en cuanto a sus hechos y fundamentos de Derecho literalmente dice: "hecho Se trata de una escritura pública en la que la titular, según el Registro, de una finca adquirida en estado de soltera y con carácter privativo, tras manifestar que en su actual estado de soltera tiene constituida con el otro compareciente, igualmente soltero, una pareja de hecho, debidamente inscrita en el correspondiente Registro de Parejas de Hecho, la aporta a "la sociedad de gananciales entre ellos existente", solicitando "se atribuya el carácter de ganancial" a la misma, y que lo haga constar así en los libros de mi cargo. Este Hecho impide que se pueda acceder a la inscripción solicitada en base al siguiente fundamento de Derecho 1.–La sociedad de gananciales está configurada en el ordenamiento jurídico vigente como el sistema común supletorio, a falta de capitulaciones matrimoniales, de regular el régimen económico del matrimonio (artículo 1.316 del Código Civil). A mayor abundamiento, los artículos 1.344 y siguientes de dicho Código, reguladores de la sociedad de gananciales, parten siempre del dato del matrimonio: Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los

cónyuges... Y el 1.345 dispone que la sociedad de gananciales empezará en el momento de la celebración del matrimonio... Al carecer la Comunidad Autónoma de Andalucía de competencia en esta materia la legislación aplicable es la común del Código Civil, por lo que al no estar unidos en matrimonio los intervinientes, no procede la aplicación del régimen económico de gananciales ni su acceso al Registro de la Propiedad, que es únicamente aplicable a los matrimonios, independientemente de los efectos que puedan tener entre las partes los pactos reguladores de sus relaciones personales y patrimoniales inscritos en el Registro de Parejas de Hecho.” Notifíquese esta nota de calificación al presentante y, al notario autorizante. El asiento de presentación queda prorrogado por 60 días a contar desde la notificación de la presente, conforme al artículo 323 de la Ley Hipotecaria. Contra el presente (). Dos Hermanas, a veinticinco de octubre de dos mil doce. El Registrador (firma ilegible y sello del Registro). Fdo. Manuel Lavado Molina».

III

El día 23 de noviembre de 2012, doña S. A. Z. y don J. C. P. A. interpusieron recurso contra la calificación, en el que en síntesis alegan lo siguiente: «1.º—Los que suscriben este recurso, en contra de la nota recurrida, citan los siguientes preceptos legales que, como fundamentos de derecho, servirán de apoyo a las afirmaciones que más adelante realizarán: El artículo 9 de la Constitución Española... artículo 14 de la Constitución artículo 39.1 de la Constitución Artículos 1 y siguientes y 10, 11 y 12 del Estatuto de Autonomía para Andalucía La Ley 5/2002, de 16 de diciembre de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Andalucía en su Exposición de Motivos... 2.º—Por ello, es necesario regular esta nueva realidad social, no ya desde la imposición de un régimen jurídico imperativo o supletorio de las relaciones interindividuales, sino mediante una intervención de las Administraciones Públicas de Andalucía que contribuya a superar reconocimientos meramente formales de derechos, y a materializar en la práctica cotidiana los derechos a la libertad y a la igualdad en el ámbito familiar. 3.º—La finalidad de la Ley es, de una parte, ofrecer un instrumento de apoyo jurídico a las parejas de hecho y de otra, extender a éstas los beneficios que el ordenamiento autonómico en su conjunto venía confiriendo expresamente a las uniones matrimoniales. Así, conviene destacar que esta regulación nace desde el respeto a la libertad de los individuos para regular sus propias relaciones personales y patrimoniales, sin sujetarla externamente a mayores requisitos que los necesarios para garantizar la seguridad jurídica. Este principio pues, de intervención pública mínima aparece constante a lo largo de todos los preceptos, de forma que el contenido de los derechos y deberes que configuren la pareja de hecho será precisamente el que sus miembros hayan acordado atribuirse voluntariamente 4.º—El Decreto 35 /2005, de 15 de febrero de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por el que se constituye y regula el Registro de Parejas de Hecho, en su artículo 6 establece lo siguiente: “1.—Serán objeto de inscripción en el Registro: a) La constitución... de una pareja de hecho... b) Los pactos que regulen las relaciones personales y patrimoniales de sus miembros así como sus posteriores modificaciones. 5.º—Los artículos 392 y siguientes del Código Civil regulan la comunidad de bienes; y el artículo 392 la define 6.º—Los artículos 1.254 y siguientes del Código Civil regulan los contratos, y en particular los artículos 1.254 y 1.255 establecen 7.º—La Ley Hipotecaria en sus artículos 1, 2, 3, y 18 y artículos concordantes del Reglamento Hipotecario, dispone... 8.º artículo 7 del Reglamento Hipotecario 9.º—El registrador de la Propiedad deniega la inscripción solicitada de las escrituras públicas de aportación a la sociedad de gananciales y complementaria, fundamentando su negativa en el hecho de que los otorgantes constituyen una “pareja de hecho” y en el fundamento de Derecho de que el Código Civil en el artículo 1.316 y en los artículos 1.344 y siguientes exige “matrimonio” para que exista sociedad de gananciales. Añade el registrador de la Propiedad que al carecer la Comunidad Autónoma de Andalucía de competencia en esta materia, la legislación aplicable es la común del Código Civil, por lo que al no estar unidos en matrimonio los intervinientes, no procede la aplicación del régimen económico de gananciales ni su acceso al Registro de la Propiedad, que es únicamente aplicable a los matrimonios, independientemente de los

efectos que puedan tener entre las partes los pactos reguladores de sus relaciones personales y patrimoniales inscritos en el Registro de Parejas de Hecho. El registrador de la Propiedad considera que es necesario el requisito del “matrimonio” para la existencia de “la sociedad de gananciales”, pero la Ley autonómica de Parejas de Hecho permite claramente que una pareja de hecho, sin que exista matrimonio, pueda pactar libremente el régimen que regule sus relaciones patrimoniales. Esta legislación tiene por objeto según su artículo 1 la no discriminación de la persona por razón del grupo familiar del que forma parte, aunque éste no tenga su origen en el matrimonio sino en una unión estable de pareja, estableciendo una cierta equiparación entre ambas figuras en determinados ámbitos y para determinados efectos; además en el artículo 4 letra b) consagra el principio de “igualdad y no discriminación de los individuos por razón del modelo de unidad de convivencia de que formen parte”. Estableciendo en sus artículos 10 y 11 el principio de libertad de pactos que rige sus relaciones patrimoniales. Considera el registrador de la Propiedad que “la Comunidad Autónoma de Andalucía carece de competencia en esta materia, siendo la legislación aplicable el Código Civil”. Lo cierto es que existe una norma con rango de ley en la Comunidad Autónoma de Andalucía que permite a los particulares configurar su unidad familiar libremente como pareja de hecho, y que permite a los integrantes de las parejas o uniones de hecho establecer pactos para regular las relaciones patrimoniales entre los mismos. Aunque parezca una obviedad esa normativa está en vigor y crea unas expectativas a los particulares de poder acogerse a las disposiciones contenidas en la misma. La normativa autonómica no ha sido declarada inconstitucional, y ni siquiera ha sido objeto de recurso ante el Tribunal Constitucional, y por ello, en tanto en cuanto estamos ante una ley vigente, emanada de un órgano con potestad legislativa, que no ha sido expulsada del ordenamiento jurídico por el órgano que tiene competencia para ello, que es el Tribunal Constitucional, el notario como funcionario sujeto al principio de legalidad está sometido a la misma y la denegación de su intervención no estaría justificada. Es más ante una ley presuntamente inconstitucional, ni siquiera los jueces y magistrados pueden proceder a no aplicarla sin más, sino que lo único que pueden y deben hacer es plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad y entretanto suspender el procedimiento siempre que la resolución del mismo dependa de la normativa cuestionada, pero ni los notarios ni los registradores tienen la legitimación necesaria para la interposición de la referida cuestión de inconstitucionalidad. 10.º—En cualquier caso debemos tener presente que el negocio cuya inscripción se solicita se ampara no sólo en la legislación autonómica invocada sino en dos principios fundamentales que impregnan el ordenamiento jurídico en su conjunto cuales son el principio de autonomía de la voluntad, como emanación del principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad, y el principio también constitucional de igualdad y no discriminación. Tales principios tienen un fiel reflejo en la Ley Andaluza citada, así los motivos, la finalidad y el objeto para los que fue aprobada y que constan en su Exposición de Motivos y en su artículo 1, reseñados en los fundamentos de Derecho de este recurso, son en esencia los siguientes: —Se equiparan a las uniones matrimoniales otras unidades de convivencia. —Se trata de dar cumplimiento a los artículos 9,2 y 39 de la Constitución y al artículo 12 del Estatuto de Autonomía, promoviendo la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran de forma real y efectiva, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud; dando protección social, económica y jurídica de la familia. —Se trata de regular una nueva realidad social, sin imponer un régimen jurídico imperativo o supletorio de las relaciones interindividuales, sino mediante una intervención de las Administraciones Públicas de Andalucía que contribuya a superar reconocimientos meramente formales de derechos, y a materializar en la práctica cotidiana los derechos a la libertad y a la igualdad en el ámbito familiar. —La finalidad de la Ley es, de una parte, ofrecer un instrumento de apoyo jurídico a las parejas de hecho y de otra, extender a éstas los beneficios que el ordenamiento autonómico en su conjunto venía confiriendo expresamente a las uniones matrimoniales. Así, conviene destacar que esta regulación nace desde el respeto a la libertad de los individuos para regular sus propias relaciones personales y patrimoniales, sin sujetarla externamente a mayores requisitos que los necesarios para garantizar la seguridad jurídica. Este principio pues, de intervención

pública mínima aparece constante a lo largo de todos los preceptos, de forma que el contenido de los derechos y deberes que configuren la pareja de hecho será precisamente el que sus miembros hayan acordado atribuirse voluntariamente. –En materia de relaciones patrimoniales se respetan las decisiones adoptadas por la pareja de hecho. –La razón de esta Ley es promover la igualdad de todos los ciudadanos a través de la institución familiar, debiendo garantizarse el derecho a la diversidad como inherente a la propia dignidad de la persona. –El objeto de esta Ley, regulado en su artículo 1, es garantizar el principio de no discriminación de manera que nadie pueda ser discriminado por razón del grupo familiar del que forma parte, tenga éste su origen en la filiación, en el matrimonio, o en la unión estable de dos personas que convivan en relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su sexo. Esta posibilidad de pacto libre y voluntario entre los miembros de la pareja de hecho es además conforme con los artículos 1.254 y 1.255 del Código Civil que regulan el contrato y el principio de la autonomía de la voluntad y libertad de pactos en materia contractual. La sociedad de gananciales nace entre los miembros de la pareja de hecho, no como régimen económico supletorio de un matrimonio que no existe, sino como régimen económico libremente pactado en escritura pública inscrita en el Registro correspondiente. Una vez constituida la pareja de hecho y pactada la sociedad de gananciales para regir sus relaciones patrimoniales, los que suscriben el presente recurso otorgaron las escrituras de aportación de un bien a la sociedad de gananciales y su escritura complementaria, cuya inscripción deniega el registrador de la Propiedad; pero en base a los argumentos y fundamentos de Derecho expuestos con anterioridad debe considerarse que se ha actuado conforme a la legislación estatal y autonómica vigente aplicable al caso, por lo que las escrituras públicas de aportación de un bien a la sociedad de gananciales y su escritura complementaria deben tener acceso al Registro de la Propiedad. Estas escrituras igualmente también tienen su fundamento en los artículos 1.254, 1.255 y siguientes del Código Civil que establecen el principio de autonomía de la voluntad de las partes contratantes y de libertad de pactos. No se comprende que el propio registrador de la Propiedad, en el último inciso de su “fundamento de Derecho”, después de considerar que “sin matrimonio” no hay “sociedad de gananciales” no siendo posible el “acceso al Registro de la Propiedad”, admita los efectos “entre las partes de los pactos reguladores de sus relaciones personales y patrimoniales inscritos en el Registro de Parejas de Hecho”. Si se admite que estos pactos producen efectos entre las partes, es porque son válidos, eficaces y conformes con la legalidad vigente, por lo que no hay motivo para no admitir la inscripción en el Registro de la Propiedad de las escrituras calificadas negativamente por el registrador de la Propiedad. Por todo ello deben tener acceso al Registro de la Propiedad al no ser contrarias a la Ley, y en base a lo dispuesto en los artículos 1, 2, 3 y 18 de la Ley Hipotecaria y artículos concordantes del Reglamento Hipotecario, debiendo el registrador de la Propiedad practicar la inscripción solicitada dando para ello cumplimiento a lo dispuesto en la Ley Autonómica de Parejas de Hecho. De no admitirse el recurso, si se mantuvieran las consideraciones del registrador de la Propiedad, se estaría impidiendo que la Ley de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Andalucía cumpla su finalidad y objeto, al no tener acceso al Registro de la Propiedad el contrato celebrado por falta de existencia de matrimonio. Con ello la pareja de hecho constituida estaría siendo discriminada; y no se estarían respetando los principios de legalidad, de igualdad y de no discriminación; y de protección a la familia, consagrados en los artículos 9, 14 y 39,1 de la Constitución Española, desarrollados en el artículo 12 del Estatuto de Autonomía para Andalucía y en la Ley Autonómica de Parejas de Hecho. 11.º–Como hemos dicho con anterioridad, la Ley Andaluza permite específicamente a los integrantes de la pareja o unión de hecho la posibilidad de pactar específicamente un régimen económico matrimonial, pero por su parte, el Código Civil también permite en el artículo 392 que los comuneros configuren la comunidad de bienes existente entre ellos libremente al amparo del principio de autonomía de la voluntad, de tal forma que las reglas que contiene el Código Civil sólo serían de aplicación en defecto de esos pactos. En la medida en que esos pactos tienen trascendencia real y modifican desde luego, o en lo futuro, alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales, deben tener acceso al Registro de la

Propiedad al amparo de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del su Reglamento. La posibilidad del acceso al Registro de la Propiedad de tales pactos por los cuales los convivientes regulan sus relaciones patrimoniales, en la medida en que afecten a bienes inmuebles redundan en beneficio del principio de seguridad jurídica que ampara y protege la institución registral, y permite que los terceros que vayan a relacionarse con dicho bien tengan un perfecto conocimiento del estatuto jurídico del mismo. En la medida en que rigen el principio de autonomía de la voluntad y el principio del numerus apertus en la configuración de los derechos reales, a fin de cuentas, y desde la perspectiva estrictamente registral en lo que afecta a la configuración de la titularidad jurídico real del bien, el problema podría convertirse en un mero nominalismo: no querer llamarlo régimen económico matrimonial, pero sí podrían pactar efectos análogos configurando una comunidad de bienes con pactos especiales, y con acceso al Registro en virtud del numerus apertus. No se afectan en modo alguno los derechos ya adquiridos por terceras personas con anterioridad al otorgamiento de la escritura, y el acceso de la misma respecto de ese bien al Registro, aporta la seguridad jurídica de que no puedan desconocer los terceros la eficacia de esos pactos, llamémoslo régimen económico matrimonial o comunidad especial.

12.º—Teniendo en cuenta los principios constitucionales invocados, el principio de la autonomía de la voluntad que impregna profundamente la regulación civil no sólo en el ámbito estrictamente patrimonial, al que se ciñe la cuestión, sino que cada vez más se extiende al ámbito personal y familiar, y la regulación autonómica vigente no derogada y ni siquiera impugnada, podría hablarse perfectamente de un principio de libertad en la configuración del modelo de familia en todos sus aspectos y también en el patrimonial, que se traduce en una cada vez mayor asimilación en la producción de efectos en distintos ámbitos del ordenamiento jurídico, de orden civil, laboral, penal y fiscal, de la que podemos citar como recientísima manifestación el Real Decreto Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, cuyo artículo 1.4 letra b) define como “unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar”. Es decir, estamos ante una realidad familiar que admite diversas manifestaciones amparada en los principios constitucionales, que tiene su claro reflejo no sólo en los reconocimientos múltiples que ha venido haciendo tanto la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, sino cada vez más en la legislación española y en sus diversas ramas del ordenamiento jurídico. La constatación de esa realidad puede llevarnos a hablar perfectamente de la existencia junto a una causa matrimonii que ampara y protege los desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges, de una causa convivendi o familiae que ampara y protege igualmente los desplazamientos patrimoniales entre los convivientes con igual fuerza, y dentro de esa igualdad debe encontrarse igualmente el acceso al Registro de la Propiedad, como acceso a un instrumento jurídico que materializa no solo inter partes sino también frente a terceros el fundamental principio constitucional de la seguridad jurídica. En definitiva la consideración de las uniones de hecho como relaciones familiares lícitas y merecedoras de protección jurídica debe llevarnos a afirmar la existencia de una genérica causa familiae que ampara la legitimidad y fortaleza de los desplazamientos patrimoniales tanto entre los cónyuges como entre convivientes, lo que permitirá a referidos desplazamientos de gozar de fuerza y validez que no será plena si no se consiente el acceso de los mismos al Registro de la Propiedad. Se nos dirá entonces que quedan absolutamente borradas las diferencias entre unión de hecho y matrimonio, pero ciertamente no es así: la mera existencia de un vínculo matrimonial hace surgir el régimen económico matrimonial entre los casados, con la aplicación del supletorio en su caso que la legislación aplicable establezca, mientras que el caso de la unión de hecho se exige un expresa declaración de los convivientes en el sentido de que sus relaciones se rijan por un régimen económico matrimonial concreto y determinado, como ocurre el caso objeto del presente recurso. Y esa necesidad de una declaración auténtica, libre y espontánea de los cónyuges en ese sentido viene motivada

para evitar dar una trascendencia jurídica a lo que puede ser una mera situación fáctica, lo que en el fondo nos lleva de nuevo al principio de seguridad jurídica, del que en el aspecto inmobiliario se erige como baluarte esencial el Registro de la Propiedad».

IV

Hecha comunicación al notario autorizante a los efectos de que realizase las alegaciones que estimase pertinentes, con recepción de fecha 29 de noviembre, a la fecha no se ha recibido ninguna por el mismo.

V

Mediante escrito con fecha de 11 de diciembre de 2012, el registrador de la Propiedad elevó el expediente a este Centro Directivo (con registro de entrada el día 14 del mismo mes).

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 9, 14, 39, de la Constitución; 12 del Estatuto de la Comunidad Autónoma de Andalucía; 392 y siguientes, 1254, 1255, 1316, 1333, 1334, 1344, 1667 y siguientes del Código Civil; 1 y siguientes, 10 y 11 de la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, sobre Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Andalucía; 1, 2, 3 y 18 de la Ley Hipotecaria; 7 y 75 del Reglamento Hipotecario; y las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1992, 4 de marzo y 29 de octubre de 1997, 27 de mayo, 4 de junio y 23 de julio de 1998, 12 de septiembre de 2005, 22 de febrero de 2006, 8 de mayo de 2008,

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de aportación de bienes a una sociedad de gananciales constituida por pacto entre dos personas unidas por la relación de pareja de hecho en la que concurren las circunstancias siguientes: la pareja consta inscrita en el Registro de Parejas de Hecho de la Junta de Andalucía; los pactos para regular su régimen económico fueron otorgados en escritura pública, que se presentó a efectos de su inscripción en el Área de Participación Ciudadana dependiente del citado Registro de Parejas de Hecho, practicándose una inscripción de esa escritura.

2. La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1998, declaró que: «... naturalmente, cabe que los convivientes regulen las consecuencias de su estado como tengan por conveniente, respetando los límites generales del artículo 1255 del Código Civil; o bien que conductas significativas o de actos con ese mismo carácter patenticen que quieran constituir una sociedad o una comunidad de bienes...». Por lo tanto, consideramos que los convivientes pueden establecer una serie de pactos tendentes a regular las consecuencias patrimoniales de su unión, siempre que no sean contrarias a la Ley, a la moral o al orden público.

Así pues, los convivientes podrán pactar entre ellos, que les sean de aplicación las normas que disciplinan, en general, los distintos regímenes económicos matrimoniales, y en concreto el de la sociedad de gananciales, admitiendo la validez de este pacto, bien por remisión a los artículos que regulan dicho régimen económico matrimonial, bien por la adopción de pactos concretos que tradujeran en el convenio entre convivientes las normas de la sociedad de gananciales.

3. Ciertamente no está regulada en las leyes una aplicación genérica y en bloque del estatuto ganancial al régimen de convivencia, incluso cuando haya sido objeto de un pacto expreso de remisión. En este sentido, resulta difícil extender una organización jurídica basada en el carácter público del estatuto conyugal a unas relaciones personales que, desde el punto de vista jurídico -no así desde el social-, destacan precisamente por lo contrario. Esto es así por los siguientes motivos: 1. La imposibilidad de crear una sociedad de gananciales -que es un régimen económico matrimonial- sin matrimonio; 2. Falta de publicidad de la misma frente a terceros; y, 3. La imposibilidad de pactar entre

los convivientes capítulos matrimoniales y, dado que los regímenes económicos matrimoniales sólo pueden establecerse a través de capitulaciones matrimoniales, de ello se derivaría que los convivientes no pueden pactar que entre los mismos rijan las normas reguladoras de un régimen económico como es el de la sociedad de gananciales.

4. Así pues, carece de sentido el aplicar a las uniones extramatrimoniales el régimen legal supletorio de la sociedad de gananciales, incluso mediante pacto expreso de los convivientes. Pero ocurre que la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, sobre Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Andalucía, permite todo tipo de pactos expresos entre los convivientes para regular su régimen económico. Mediante pacto expreso se puede admitir la posibilidad de que los convivientes valiéndose de los medios de transmisión ordinarios –sea permuta, donación, sociedad civil o incluso irregular–, puedan conseguir que todos o parte de los bienes de titularidad de uno de ellos lleguen a pertenecer a ambos «pro indiviso», sujetándose a las normas generales de la comunidad ordinaria y de las normas de la contratación. Junto a lo anterior es evidente que en el momento de adquirir un bien o derecho concreto puede adquirirse en comunidad por ambos convivientes, versando dichos pactos sobre bienes o derechos concretos. Cabe una comunidad de bienes entre los convivientes, si queda acreditado que tenían una inequívoca voluntad de hacer común la vivienda. De no acreditarse el pacto expreso o tácito de constitución de una comunidad, deviene obligado concluir su inexistencia. A falta de pacto expreso, las participaciones en esa comunidad serán por partes iguales.

En ausencia de pacto expreso, cabe también la acreditación de la existencia de pactos tácitos entre las partes. Los «facta concludentia», que de manera inequívoca, demuestran la voluntad de los convivientes de configurar las relaciones económicas de su unión conforme a las reglas establecidas para la sociedad de gananciales, comunidad de bienes u otro cualquier sistema. La Sentencia del Alto Tribunal de 21 de octubre de 1992, establece que, «sensu contrario»: «... no aparece probada la existencia de pacto alguno, ni expreso ni tácito, por el que los convivientes (que ingresaban sus respectivos haberes mensuales en cuentas separadas e independientes...) convinieran en hacer comunes los bienes adquiridos durante la subsistencia de su unión convivencial...»; en el mismo sentido las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 mayo y 23 julio 1998.

5. Por lo tanto, si los convivientes no establecen pactos -expresos o tácitos- en esta materia, se produce la consecuencia de que no cabe la posibilidad de acudir a la aplicación analógica del sistema de régimen económico matrimonial, en especial el de gananciales, y también es inviable la aplicación analógica de las normas de la comunidad ordinaria o de la sociedad irregular.

En los casos de ausencia de pacto entre los convivientes, no es aplicable analógicamente el régimen económico de gananciales. Es decir, no se puede aplicar la normativa del matrimonio, especialmente la de los regímenes matrimoniales a las uniones de hecho porque la unión de hecho, aun generando una familia no equivale a una unión matrimonial, debiendo estarse a los pactos entre los convivientes.

Además no cabe aplicar el régimen económico matrimonial a quienes excluyen el matrimonio y, en consecuencia, no se pueden aplicar a la unión de hecho preceptos matrimoniales de la sociedad de gananciales.

Por otro lado, la unión no matrimonial, por el mero hecho de iniciarse, no conlleva el nacimiento de un régimen de comunidad de bienes. En consecuencia que los bienes adquiridos por alguno de los convivientes constante la unión de hecho, por el solo hecho de su existencia, no pueden hacerse comunes a ambos. Pertencerán a aquel que los adquiera, y, si los hubiesen adquirido en común, pertenecerán a ambos en copropiedad. Sólo estos bienes podrán ser repartidos al finalizar la unión o en cualquier momento, anterior o posterior, si es que se solicita su división.

Cuando cese con carácter definitivo la convivencia familiar, surgirá la necesidad de la disolución y adjudicación de la titularidad compartida sobre los bienes comunes, debiéndose efectuar en posiciones igualitarias, y a la que se debe aplicar, sin duda, el

régimen que establecen los artículos 392 y siguientes del Código Civil. Desde luego la presunción de igualdad, de naturaleza «iuris tantum», que establece el artículo 393.2 del Código Civil, tiene que ser enervada por los medios de prueba admitidos en derecho.

6. En definitiva, si no existe dicho pacto expreso, cada aportación será de propiedad individual. En cuanto al pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, así como los gastos de IBI y extraordinarios que genera el mantenimiento de la vivienda, perteneciendo la vivienda familiar por mitad indivisa a los dos integrantes de la pareja de hecho, el abono de las cuotas del préstamo hipotecario deberán todos hacerse al 50% sin que proceda establecer otro porcentaje al ser de aplicación lo dispuesto en los artículos 392, 393 y 395 del Código Civil. En este sentido, lo que no puede prosperar es la petición de que el importe de la hipoteca sea abonado por el progenitor en concepto de cargas de la unión de hecho. El pago deberá ser por ambas partes, y en consecuencia, si se trata de una copropiedad ordinaria sin atribución especial de cuotas cada parte deberá abonar la mitad por presumirse iguales éstas –artículo 393 del Código Civil–.

Así pues; en la pareja de hecho no se tiene obligación de contribuir al levantamiento de las cargas matrimoniales, si bien con arreglo a los artículos 392, 393,1 y 395,1 de Código Civil, los copropietarios participan tanto en los beneficios como en las cargas que genere, y por tanto deben sufragarlas por mitad las que afecten a la cosa común, es decir cuotas de amortización del préstamo hipotecario e IBI.

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

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

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

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, 7 de febrero de 2013.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.