

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

13877 *Resolución de 2 de noviembre de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación negativa de la registradora de la propiedad de Ribadeo-A Fonsagrada, por la que se deniega la inscripción de un testimonio de auto por el que se homologa un acuerdo de extinción de condominio.*

En el recurso interpuesto por doña M. J. T. C., procuradora de los tribunales, en nombre y representación de doña M. C. L. V., contra la nota de calificación negativa de la registradora de la Propiedad de Ribadeo-A Fonsagrada, doña Inés Areán Fraga, por la que se deniega la inscripción de un testimonio de auto por el que se homologa un acuerdo de extinción de condominio.

Hechos

I

En auto, dictado el 31 de enero de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Luarca Valdés en el procedimiento ordinario número 716/2011, sobre división de cosa común, seguido por don A. P. P. contra doña M. C. L. V., se homologó la transacción solicitada por las partes y se declaró finalizado el proceso.

II

Presentado testimonio del indicado auto judicial en el Registro de la Propiedad de Ribadeo-A Fonsagrada, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Calificado por doña Inés Areán Fraga, Registradora de la Propiedad de Ribadeo-A Fonsagrada, el testimonio expedido el 20 de junio del 2013 por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Luarca Valdés de Auto número 36/2013, dictado en el Procedimiento Ordinario número 716/2011, seguido en dicho Juzgado, que ha causado el asiento número 273 del Diario 1, tras examinar los antecedentes del Registro, acuerda suspender la inscripción en base a: Es necesario otorgar escritura pública para disolver y liquidar la comunidad formada entre A. P. P. y M. C.L. V. sobre las fincas que les pertenecen por mitades indivisas. En la misma, se deberán hacer constar las circunstancias personales completas de los otorgantes, incluyendo el estado civil que no consta en el documento presentado. Todo ello conforme al principio de titulación pública, artículo 3 de la Ley Hipotecaria, los negocios jurídicos deben acceder al Registro a través del título formal adecuado. La Resolución de 6 de septiembre de 2016 de la Dirección General señaló que: “la transacción, aun homologada judicialmente no es una sentencia y por ello carece de su contenido y efectos por cuanto, al carecer de un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto, nada impide su impugnación judicial en los términos previstos en la Ley (artículo 1817 del Código Civil). El auto de homologación tampoco es una sentencia pues el Juez se limita a comprobar la capacidad de los otorgantes para transigir y la inexistencia de prohibiciones o limitaciones derivadas de la Ley (artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero sin que lleve a cabo ni una valoración de las pruebas ni un pronunciamiento sobre las pretensiones de las partes (artículo 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En otras Resoluciones se reitera la misma idea como la de 19 de mayo de 2017 (...) Contra la presente nota de calificación (...) Ribadeo a 30 de junio del 2017.–La Registradora (firma ilegible)».

III

Contra la anterior nota de calificación, doña M. J. T. C., procuradora de los tribunales, en nombre y representación de doña M. C. L. V., interpuso recurso mediante escrito fechado el día 8 de agosto de 2017 en el que expone: «Motivos Primero.—Se indica en dicha calificación que en el documento presentado no constan las circunstancias personales de los otorgantes, cuando esto no es así. Junto con el testimonio del auto se han presentado ante el Registro igualmente otros documentos testimoniados que fueron suscritos entre las partes ahora litigantes y otrora cotitulares del inmueble de cuya inscripción se trata en este caso concreto. Y existe en esta documentación un acuerdo suscrito por don A. P. P. y doña M. C. L. V., de fecha 26 de enero de 2013, “sobre división de cosa común” que en lo que respecta al inmueble sito en Ribadeo ([...] finca 17.944), se adjudica el 100% del mismo a la Sra. L. V. sin ningún tipo de condición. En dicho acuerdo constan en su parte superior todos los datos de los otorgantes, con una salvedad, en efecto: su estado civil. Mas este defecto se procede a subsanar en este acto mediante la presentación del documento 2 que se acompaña que no es otra cosa que la certificación literal del acta de matrimonio de don A. P. P. y doña M. C. L. V., en la que por inscripción marginal consta el divorcio de los mismos llevado a cabo por sentencia del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción de Luarca de fecha 24 de noviembre de 2008. Segundo.—Sin embargo, el motivo principal por el que se suspende la inscripción registral es el siguiente: “Es necesario otorgar escritura pública para disolver y liquidar la comunidad formada entre don A. P. P. y doña M. C. L. V. sobre las fincas que les pertenecen por mitades indivisas. (...). Todo ello conforme al principio de titulación pública, artículo 3 de la Ley Hipotecaria, los negocios jurídicos deben acceder al Registro a través del título formal adecuado. La Resolución de 6 de septiembre de 2016 de la Dirección General señaló que ‘la transacción, aún homologada judicialmente no es una sentencia y por ello carece de su contenido y efectos por cuanto, al carecer de un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto, nada impide su impugnación judicial en los términos previstos en la Ley (artículo 1817 del Código Civil). El auto de homologación tampoco es una sentencia pues el Juez se limita a comprobar la capacidad de los otorgantes para transigir y la inexistencia de prohibiciones o limitaciones derivadas de la Ley (artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) pero sin que lleve a cabo ni una valoración de las pruebas ni un pronunciamiento sobre las pretensiones de las partes (artículo 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En otras Resoluciones se reitera la misma idea como la de 19 de mayo de 2017.” Según los artículos 1216 del Código Civil y 317,1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, son documentos públicos los testimonios que de las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie expidan los Secretarios Judiciales, a quienes corresponde dar fe, con plenitud de efectos, de las actuaciones procesales que se realicen por el Tribunal o ante él (artículos 281 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 145 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y conforme al artículo 319,1 de dicha Ley Procesal tales testimonios harán prueba plena del hecho o acto que documentan y de la fecha en que se produce esa documentación. Como decíamos más arriba, en la documentación que fue presentada ante el Registro consta expresamente la “causa” de la transmisión del bien a que se refiere esa presentación. Y así, en el expositivo primero del acuerdo firmado entre los ex cónyuges en fecha 26 de enero de 2013 consta expresamente la misma: “Que en el Juzgado de Primera Instancia número uno de los de Luarca se sigue el Juicio Ordinario número 716/2011, sobre división de cosa común, siendo parte demandante don A. P. P. y parte demandada doña M. C. L. V.” Y se ejercita la “actio communi dividundo” porque el régimen económico matrimonial de los ex cónyuges era el de separación de bienes, tal y como consta por nota marginal (...) según la escritura de capitulaciones matrimoniales de fecha 25 de marzo de 2000. Tercero.—Se nos dice que es necesario la elevación a escritura pública del acuerdo al que llegaron los ex cónyuges porque el mismo fue aprobado por Auto y no por sentencia y por tal motivo no tiene acceso al Registro de la Propiedad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria. Con los debidos respetos, no podemos compartir dicha conclusión ni por razones de forma ni de fondo. Por razones de forma ya hemos alegado en el motivo anterior que estos documentos deben

considerarse públicos a todos los efectos y por tal motivo hallarse comprendidos dentro de los contemplados en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria. En cuanto a los motivos de fondo, repele a las reglas más básicas de la hermenéutica actual que se exija que la resolución aprobatoria de las operaciones divisorias tras el ejercicio de una *actio communi dividendo* por alguno de los cónyuges o ex cónyuges en un proceso declarativo ordinario deba adoptar la forma de sentencia y no auto. Esto es, lo que parece que tanto la Registradora de Ribadeo-A Fonsagrada y la DGRN parecen estar exigiendo es la solución contenciosa de todo litigio, proscribiendo el acuerdo entre las partes ya que de forma tan grave sanciona el mismo. Los acuerdos que en el seno de estos procedimientos adoptan las partes, a veces son el menor de los daños que pueden inferirse recíprocamente y en un caso como el presente, donde consta expresamente un documento de fecha 28 de enero de 2013 suscrito por los respectivos abogados y procuradores de los ex cónyuges, resulta evidente que ambos estuvieron debidamente asesorados para alcanzar el acuerdo transaccional que ulteriormente fue objeto de aprobación por la autoridad judicial. Y resulta tan evidente la evolución del legislador sobre el ejercicio de la "*actio communi dividendo*" por parte de los cónyuges o ex cónyuges que ya no solo existe la previsión de los artículos 400 y siguientes del Código Civil sino que la Ley 5/2012 de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles vino, en su Disposición Final Tercera, a añadir una excepción 4ª al apartado 3 del artículo 438, con la siguiente redacción: "En los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y en los que tengan por objeto obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas, cualquiera de los cónyuge podrá ejercer simultáneamente la acción de división de la cosa común respecto de los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa. Si hubiere diversos bienes en régimen de comunidad ordinaria indivisa y uno de los cónyuges lo solicitare, el tribunal puede considerarlos en conjunto a los efectos de formar lotes o adjudicatarios". Es decir, cuando el legislador ya no hace esperar a los cónyuges a la terminación del procedimiento de separación, nulidad o divorcio sino que les permite el ejercicio simultáneo de la acción de división de la cosa común, repele al sentido común que la DGRN haya evolucionado en sentido inverso, esto es, en exigir el otorgamiento de escritura pública entre personas que están o han pasado una crisis conyugal. Pretender que años más tarde al acuerdo aprobado judicialmente en que los ex cónyuges han contado con el debido asesoramiento comparezcan libre y voluntariamente a repetir lo que ya han suscrito en su día en presencia judicial y bajo la fe pública del secretario judicial supone un desconocimiento de la realidad social y de los pormenores que acontecen entre aquellos que en su día estuvieron unidos por un vínculo conyugal. Todo lo cual supone ir contra un precepto básico del Código Civil, el artículo 3, que textualmente dispone: "Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas." La suspensión de esta inscripción por los motivos aducidos lleva a concluir a quienes en su día llegaron a un acuerdo que no solo aligera los Juzgados sino que evita el enconamiento de situaciones personales y patrimoniales complicadas y sostenidas en el tiempo, que de nada sirven abogados, procuradores, supervisiones de sus actuaciones por Juzgados y Tribunales e intervención de la fe pública de Secretarios Judiciales si más tarde aquellas partes se ven compelidas a reiterar trámites y gastos en notarías. No creemos ni que ese sea el espíritu del artículo 3 del Código Civil cuando se trate de interpretar el artículo 3 de la Ley Hipotecaria ni que la modificación introducida en la LEC por la Ley 5/2012 de 5 de julio de Mediación en asuntos civiles y mercantiles obedezca a ese rigorismo y solución contenciosa por sentencia de todo tipo de ejercicio de la acción de división de la cosa común».

IV

La registradora emitió informe, manteniendo íntegramente su calificación, y formó expediente que elevó a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 2, 3, 18 y 326 de la Ley Hipotecaria; 19, 71, 72, 73, 415, 437 y 787 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 90 y 1816 del Código Civil; 100 del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de enero de 2006, 29 de octubre de 2008, 5 de diciembre de 2012, 9 de julio y 5 de agosto de 2013, 25 de febrero de 2014, 3 de marzo y 2 de octubre de 2015, 4 y 5 de mayo, 19 de julio y 6 de septiembre de 2016 y 17 y 18 de mayo y 26 de julio de 2017.

1. Ejercitada la acción de división de cosa común sobre inmueble que pertenece por mitad y proindiviso a dos ex cónyuges actualmente divorciados y, en su momento, casados bajo el régimen de separación de bienes, durante el procedimiento se presenta ante el Juzgado acuerdo suscrito por las partes por el que se lleva a cabo la extinción del condominio. Se presenta en el Registro de la Propiedad testimonio del auto judicial por el que se homologa el acuerdo alcanzado entre las partes.

2. En primer lugar y en cuanto a la falta de constancia de las circunstancias personales de los interesados, la registradora remite a la necesidad de la constancia de su estado civil en la escritura pública que, a su juicio, es necesario otorgar, ya que no consta en el documento presentado. La recurrente, aporta junto al escrito de recurso certificado del Registro Civil con el que pretende su subsanación.

Es preciso recordar, una vez más, lo que dispone el artículo 326 de la Ley Hipotecaria: «El recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma».

En base a dicho precepto, es continua doctrina de esta Dirección General (por todas, Resolución de 25 de julio de 2017, basada en el contenido del artículo y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, Sentencia de 22 de mayo de 2000), que el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad y Mercantil es exclusivamente la determinación de si la calificación es o no ajustada a Derecho.

Enlazando con lo anterior, también ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo, en base al mismo fundamento legal (por todas, Resoluciones de 23 de diciembre de 2010, 7 de septiembre de 2015, 14 de diciembre de 2016 y 17 de febrero de 2017), que en la tramitación del expediente de recurso no pueden ser tomados en consideración documentos no calificados por el registrador (y que han sido aportados al interponer el recurso). En consecuencia, no procede llevar a cabo un pronunciamiento en relación a documentos que no se pusieron a disposición de la registradora mercantil al tiempo de llevar a cabo su calificación sin perjuicio de que llevándose a cabo una nueva presentación se adopte un nuevo acuerdo de calificación en el que se haga referencia a dichos documentos (vid. artículo 108 del Reglamento Hipotecario).

3. Entrando en el fondo del recurso, la cuestión debatida ha sido resuelta por el esta Dirección General en numerosas ocasiones habiéndose elaborado una reiterada doctrina que resulta de plena aplicación al presente supuesto.

Tal y como ya ha quedado resuelto en pronunciamientos previos, la transacción supone un acuerdo por el que las partes, dando, prometiendo o reteniendo alguna cosa evitan la provocación de un pleito o ponen termino al que hubiesen ya comenzado, adquiriendo tal acuerdo carácter de cosa juzgada entre ellos tal y como se prevé en los artículos 1809 y 1816 del Código Civil; mientras que su homologación o aprobación judicial, según lo previsto en el artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, implica una revisión del organismo jurisdiccional en cuanto al poder de disposición de las partes en relación al objeto del pleito, pero no implica un verdadero análisis y comprobación del fondo del acuerdo que supone la transacción.

En estos supuestos, por tanto, se debe acudir a lo señalado en el artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «Aprobación de las operaciones divisorias. Oposición a ellas. 1.º—El Secretario judicial dará traslado a las partes de las operaciones divisorias, emplazándolas por diez días para que formulen oposición. Durante este plazo, podrán las partes examinar en la Oficina judicial los autos y las operaciones divisorias y obtener, a su

costa, las copias que soliciten. La oposición habrá de formularse por escrito, expresando los puntos de las operaciones divisorias a que se refiere y las razones en que se funda. 2.º—Pasado dicho término sin hacerse oposición o luego que los interesados hayan manifestado su conformidad, el Secretario judicial dictará decreto aprobando las operaciones divisorias, mandando protocolizarlas. 3.º—Cuando en tiempo hábil se hubiere formalizado la oposición a las operaciones divisorias, el Secretario judicial convocará al contador y a las partes a una comparecencia ante el Tribunal, que se celebrará dentro de los diez días siguientes. 4.º—Si en la comparecencia se alcanzara la conformidad de todos los interesados respecto a las cuestiones promovidas, se ejecutará lo acordado y el contador hará en las operaciones divisorias las reformas convenidas, que serán aprobadas con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo».

De manera expresa se ha pronunciado la Resolución de 6 de septiembre de 2016 para un supuesto similar al aquí estudiado: «“(…) la transacción, aun homologada judicialmente no es una sentencia y por ello carece de su contenido y efectos por cuanto, al carecer de un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto, nada impide su impugnación judicial en los términos previstos en la Ley (artículo 1817 del Código Civil). El auto de homologación tampoco es una sentencia pues el Juez se limita a comprobar la capacidad de los otorgantes para transigir y la inexistencia de prohibiciones o limitaciones derivadas de la Ley (artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero sin que lleve a cabo ni una valoración de las pruebas ni un pronunciamiento sobre las pretensiones de las partes (artículo 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). No cabe en consecuencia amparar las afirmaciones del escrito de recurso que pretenden equiparar el supuesto de hecho al de presentación en el Registro de la Propiedad del testimonio de una sentencia recaída en procedimiento ordinario. Esta Dirección General ha tenido ocasión de manifestar recientemente (cfr. Resolución de 9 de julio de 2013) que ‘la homologación judicial no altera el carácter privado del documento pues se limita a acreditar la existencia de dicho acuerdo. Las partes no podrán en ningún caso negar, en el plano obligacional, el pacto transaccional alcanzado y están obligados, por tanto, a darle cumplimiento’. Si bien es cierto que en virtud del principio de libertad contractual es posible alcanzar dicho acuerdo tanto dentro como fuera del procedimiento judicial, no es menos cierto que para que dicho acuerdo sea inscribible en el Registro de la Propiedad deberán cumplirse los requisitos exigidos por la legislación hipotecaria (...)”. También ha tenido ocasión de señalar esta Dirección General que en los procesos judiciales de división de herencia que culminan de manera no contenciosa se precisa escritura pública, por aplicación del artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (cfr. Resolución de 9 de diciembre de 2010). La protocolización notarial de la partición judicial, siempre y cuando haya concluido sin oposición, viene impuesta como regla general por el artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este criterio, además, es compartido unánimemente por la doctrina, para quienes la referencia a la sentencia firme contenida en el artículo 14 de la Ley Hipotecaria se limita a las particiones judiciales concluidas con oposición. En efecto, el artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina que la aprobación de las operaciones divisorias se realiza mediante decreto del secretario judicial, hoy letrado de la Administración de Justicia, pero en cualquier caso ordenando protocolizarlas».

Por ello, y fuera de los supuestos en que hubiese habido oposición entre las partes y verdadera controversia, el acuerdo de los interesados que pone fin al procedimiento de división de un patrimonio no pierde su carácter de documento privado, que en atención al principio de titulación formal previsto en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, exige el previo otorgamiento de escritura pública notarial a los efectos de permitir su acceso al Registro de la propiedad.

4. Partiendo de estos principios, también este Centro Directivo (cfr., por todas, Resoluciones de 25 de febrero y 9 y 10 de marzo de 1988), ha admitido el carácter inscribible del convenio regulador sobre liquidación del régimen económico-matrimonial que conste en testimonio judicial acreditativo de dicho convenio y que haya sido aprobado por la sentencia que acuerda la separación; y ello porque se considera que se trata de un acuerdo de los cónyuges que acontece dentro de la esfera judicial y es presupuesto necesario de la misma sentencia modificativa del estado de casado. Pero esta posibilidad

ha de interpretarse en sus justos términos, atendiendo a la naturaleza, contenido, valor y efectos propios del convenio regulador (cfr. artículos 90, 91 y 103 del Código Civil), sin que pueda servir de cauce formal para otros actos que tienen su significación negociar propia, cuyo alcance y eficacia habrán de ser valorados en función de las generales exigencias de todo negocio jurídico y de los particulares que imponga su concreto contenido y la finalidad perseguida.

Esta Dirección General, en su Resolución de 29 de octubre de 2008, ya manifestó que «4.– El régimen de separación de bienes está basado en la comunidad romana pero ello no autoriza a identificar ambas regulaciones. Esta diferenciación resulta, en nuestro ordenamiento, del hecho de que el régimen económico matrimonial de separación de bienes sólo pueda existir entre cónyuges, así como de la afectación de los bienes al sostenimiento de las cargas del matrimonio, de las especialidades en la gestión de los bienes de un cónyuge por el otro, de la presunción de donación en caso de concurso de un cónyuge y de las limitaciones que para disponer se derivan del destino a vivienda habitual de un inmueble. Nada de esto sucede en una comunidad romana en la que en ningún momento existen consecuencias patrimoniales derivadas de las circunstancias personales de los titulares, pues ni los bienes integrantes de esta comunidad se sujetan a afectación especial alguna ni sufren especiales limitaciones a su disposición. 5.–Por otra parte, la regulación legal del convenio de separación y divorcio no limita su contenido a la liquidación del régimen de gananciales sino que se refiere, sin más, a la liquidación del régimen económico matrimonial. Ciertamente, en el régimen de separación es posible que dicha liquidación sea innecesaria (por no existir deudas pendientes o por su conversión en una comunidad ordinaria), pero puede ocurrir lo contrario cuando existe un patrimonio activo común que no se desea seguir compartiendo o deudas de las que no se desea seguir respondiendo».

En definitiva, puede establecerse como conclusión derivada de la doctrina de esta Dirección General, que el convenio regulador ha de considerarse título inscribible en materia de liquidación del régimen económico-matrimonial, en aquellos negocios que puedan tener carácter familiar, como pudiera ser la liquidación del patrimonio ganancial, así como –en los supuestos del régimen de separación de bienes– la adjudicación de la vivienda habitual y otros bienes accesorios a ella, destinados a la convivencia y uso ordinario de la familia, y en general para la liquidación del conjunto de relaciones patrimoniales que puedan existir entre los cónyuges derivadas de la vida en común.

5. Teniendo en cuenta esto, recientes Resoluciones de este Centro Directivo (vid. Resoluciones de 18 de mayo y 26 de julio de 2017) han admitido la viabilidad como título inscribible de un acuerdo transaccional homologado por el juez, siempre que su objeto sea el propio de un convenio regulador (artículo 90 del Código Civil) y resulte de la documentación presentada la conexión de dicho acuerdo con una situación de crisis matrimonial.

En el supuesto de este expediente, los titulares adquirieron las fincas en estado de casados en régimen de separación de bienes y no ha quedado acreditado ni el carácter habitual de alguna de las viviendas adjudicadas ni que al tiempo de emitirse la calificación por parte de la registradora, exista una conexión directa entre este acuerdo y la crisis matrimonial de los contendientes. Por tanto, procede confirmar el defecto objeto de recurso, sin perjuicio de que pueda presentarse toda la documentación que se considere oportuna nuevamente a la registradora, para que ésta pueda decidir si resulta o no título inscribible el auto que homologa esta transacción judicial, a la vista de la doctrina antes expuesta.

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

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

Madrid, 2 de noviembre de 2017.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.