

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

5936 *Resolución de 10 de mayo de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Álora, por la que acuerda no practicar la inscripción de una escritura de compraventa.*

En el recurso interpuesto por don Antonio Jesús Lainez Casado de Amezua, notario de Cártama, contra la nota de calificación extendida por el registrador de la Propiedad de Álora, don Antonio Gallardo Piqueras, por la que acuerda no practicar la inscripción de una escritura de compraventa, siendo la vendedora británica y soltera.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Cártama, don Antonio Jesús Lainez Casado de Amezua, el día 26 de febrero de 2016, con el número 267 de protocolo, doña C. L. W., británica, soltera, vendió una edificación a un matrimonio asimismo británico.

II

Presentada copia autorizada de dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Álora, dicho documento fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Visto por el Registrador de la Propiedad de Álora y su distrito hipotecario, el procedimiento registral identificado con el número de entrada 77.011/2016, iniciado como consecuencia de presentación telemática en el mismo Registro, por Don Antonio Jesús Láinez Casado de Amezúa, de los documentos que obran en dicho procedimiento, en virtud de solicitud de inscripción. En el ejercicio de la calificación registral sobre la legalidad de los documentos presentados, obrantes en el procedimiento de referencia, resultan los siguientes Hechos Primero.—El documento objeto de la presente calificación, copia autorizada electrónica, otorgada ante el notario de Cártama, Don Antonio Jesús Láinez Casado de Amezúa, el día veintiséis de febrero de dos mil dieciséis, protocolo 267, fue presentado telemáticamente por el propio Notario, asignando como presentante a Don F. M. P., a las 12:29 horas del día 26 de febrero de 2016, asiento 769 del Diario de Presentación número 142, habiéndose suspendido la calificación, con igual fecha, por falta de pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados. Con fecha 5 de abril de 2016, Don F. M. P. aportó una copia física del título calificado en unión de las cartas de pago del citado impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados. Segundo.—Tratándose de vivienda inscrita en favor de titular registral de nacionalidad británica y soltera, y realizándose en el título calificado la venta de dicha finca, no se declara por el mismo transmitente su pertenencia o falta de integración en alguna «civil partnership», como institución británica, análoga al matrimonio, en la que se establecen medidas de protección del miembro de la unión, no titular, cuya inobservancia determina la falta de validez de la transmisión realizada; debiéndose acreditar igualmente, en caso afirmativo y dependiendo de la adscripción del transmitente a uno u otro de los Derechos británicos internos en conflicto —a través del criterio conflictual del «domicile»—, la concurrencia de los elementos que, en el ordenamiento finalmente aplicable, permiten atribuir validez a la transmisión realizada, sin el consentimiento del miembro de la unión no matrimonial registrada, que no sea titular de la vivienda. A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes Fundamentos de Derecho I.—Los documentos de todas clases, susceptibles de inscripción, se hallan sujetos a calificación por el Registrador, quien, bajo su

responsabilidad, ha de resolver acerca de la legalidad de sus formas extrínsecas, la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos contenidos en los mismos, de conformidad con lo establecido en los artículos 18 y 19 de la Ley Hipotecaria y 98 a 100 del Reglamento para su ejecución. II.—Conforme al artículo 9, apartado 1, del Código civil español, «la ley personal correspondiente a las personas físicas», «determinada por su nacionalidad», «regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte». En el título objeto de calificación, por tanto, dada la nacionalidad británica del vendedor, la determinación de las cuestiones relativas a la capacidad del transmitente para realizar la transmisión deberá realizarse a la luz del Derecho británico, como norma material reclamada, dentro del denominado «estatuto personal», por el sistema español de Derecho Internacional privado. Una capacidad que, tratándose de la transmisión de vivienda, puede verse limitada como consecuencia de la posible pertenencia del transmitente a una unión no matrimonial de personas del mismo sexo o «civil partnerships» (cfr. sección 1ª de la Civil Partnership Act británica de 18 de noviembre de 2004), cuya vivienda familiar se encuentre en la edificación objeto de transmisión. Pues, en efecto, la ley británica establece, en relación con la vivienda familiar, un específico régimen de protección de los intereses, no solo del cónyuge (en el caso del matrimonio), sino también del miembro de la unión no matrimonial de carácter homosexual (en el caso de la civil partnership) que no resulte titular de la misma vivienda. Normas de las que deriva un reconocimiento muy amplio de derechos de contenido patrimonial en favor del cónyuge o partner no titular de la vivienda familiar, atribuyendo al mismo derechos de ocupación de la misma vivienda y facultades de participación en el ejercicio del dominio o en su contenido económico. III.—En efecto, la legislación británica consagra amplios derechos de posesión o permanencia en la vivienda familiar, en favor del cónyuge no titular de la misma. La Family Law Act 1996 (Chapter 27), para Inglaterra y Gales, la Matrimonial Homes (Family Protection) (Scotland) Act 1981, para Escocia, y la Family Homes and Domestic Violence (Northern Ireland) Order 1998 [No. 1071 (N.I. 6)], para Irlanda del Norte, conceden al cónyuge no titular derechos de ocupación sobre la vivienda familiar de carácter ciertamente reforzado. En la primera de aquellas normas, el Derecho inglés reconoce a favor de «the spouse not so entitled» el derecho «to occupy a dwelling-house» sobre la «matrimonial home» («if in occupation, a right not to be evicted or excluded from the dwelling-house or any part of it» e «if not in occupation, a right with the leave of the court so given to enter into and occupy the dwelling-house» -vid. sección 30-); derechos que tienen la consideración, respecto de terceros y con ciertas limitaciones, de auténtica carga real. «The other spouse's matrimonial home rights», dice el apartado 2 de la sección 31, «are a charge on the estate or interest», que, dice el apartado siguiente, «has the same priority as if it were an equitable interest created at whichever is the latest of the following dates: (a) the date on which the spouse so entitled acquires the estate or interest; (b) the date of the marriage; and (c) 1st January 1968 (the commencement date of the [1967 c. 75.] Matrimonial Homes Act 1967). En el Derecho escocés, por su parte, la sección 1ª de la Matrimonial Homes (Family Protection) (Scotland) Act 1981 establece que «where, apart from the provisions of this Act, one spouse is entitled, or permitted by a third party, to occupy a matrimonial home (an 'entitled spouse') and the other spouse is not so entitled or permitted (a 'non-entitled spouse'), the non-entitled spouse shall, subject to the provisions of this Act, have the following rights-(a) if in occupation, a right to continue to occupy the matrimonial home; (b) if not in occupation, a right to enter into and occupy the matrimonial home» («together with any child of the family», dice el apartado siguiente). Un derecho que puede ser objeto de renuncia, la cual, sin embargo, dice el apartado 5 de la misma sección, debe ser realizada «in writing», en relación con «(a) (in) a particular matrimonial home, or (b) (in) a particular property which it is intended by the spouses will become a matrimonial home»; renuncia que, añade el apartado 6, «has effect only if, at the time of making the renunciation, the non-entitled spouse has sworn or affirmed before a notary public that it was made freely and without coercion of any kind». En Irlanda del Norte, en fin, se establece un régimen análogo de protección para la vivienda familiar en la sección 4ª de la Family Homes and Domestic Violence (Northern Ireland) Order 1998, el cual se aplica si

(«this Article applies if-», dice la sección): (a) «one spouse is entitled to occupy a dwelling-house by virtue of- (i) a beneficial estate or a contract; or (ii) any statutory provision giving that spouse the right to remain in occupation; and (b) «the other spouse is not so entitled». De modo que, en tal caso, «subject to the provisions of this Order, the spouse not so entitled has the following rights (“matrimonial home rights”)-»: (a) «if in occupation, a right not to be evicted or excluded from the dwelling-house or any part of it by the other spouse except with the leave of the court given by an order under Article 11;» (b) «if not in occupation, a right with the leave of the court so given to enter into and occupy the dwelling-house». Atribuyendo, además, el Derecho norirlandés a los derechos de ocupación de la vivienda matrimonial reconocidos por la ley al cónyuge no titular -de manera análoga a como sucede en Inglaterra y Gales- el carácter de auténtica «carga real» (vid. sección 5ª de la Family Homes and Domestic Violence (Northern Ireland) Order 1998); un verdadero derecho con eficacia erga omnes al cual la ley atribuye «the same priority as if it were an equitable interest created at whichever is the latest of the following date»: (a) «the date on which the spouse so entitled acquires the estate», (b) «the date of the marriage, and» (c) «1st September 1989 (the commencement date of Part II of the [1984 NI 14.] Family Law (Miscellaneous Provisions) (Northern Ireland) Order 1984)». La protección, sin embargo, tiene un desenvolvimiento diferente en los tres países, dado que Escocia cuenta con una ventaja de la que, sin embargo, no disfruta el Derecho inglés: de conformidad con la sección 6ª de la Matrimonial Homes (Family Protection) (Scotland) Act 1981 (as amended by the Family Law (Scotland) Act 2006), «a transferee for value is protected against the possibility that an occupancy right of a non-entitled spouse of the transferor still exists, if the transferee is given and accepts one of the following documents in good faith»: - «a written declaration by the transferor (or a person acting on behalf of the transferor under a power of attorney or as a guardian), declaring that the subjects of the transfer are not (or were not at the time of the dealing) a matrimonial home in respect of which a spouse of the transferor has or had occupancy rights» (sin que sea necesario que dicha declaración sea realizada en un documento separado, ni formalizada ante notario o en presencia de testigos, salvo que se contenga en el propio título negocial de disposición o que tenga por objeto «to acquire self-proving status», en cuyo caso debe ser inscrita en «the Books of Council and Session»). - «a consent by the non-entitled spouse (or a person acting on behalf of the non-entitled spouse under a power of attorney or as a guardian), either in gremio of the disposition or in a separate document» -declaración de voluntad que, en ambos casos, debe cumplir con los requerimientos de forma establecidos en la Matrimonial Homes (Form of Consent) (Scotland) Regulations 1982 (SI 1982 No. 971)-. - «a renunciation by the non-entitled spouse (or a person acting on behalf of the non-entitled spouse under a power of attorney or as a guardian) of his or her occupancy rights in the property, as permitted by section 1(5) of the 1981 Act» (renuncia que, en este caso, como vimos, debe ser realizada ante («sworn in front of») notario público, «freely and without coercion». En Inglaterra y Gales, por el contrario, no existen tales facilidades. Las secciones 30 a 33 de la Family Law Act 1996 (Chapter 27) no permiten que el derecho de ocupación del cónyuge no titular sea impedido en sus efectos por la simple declaración del esposo titular. El derecho real de ocupación «which arises ex lege (by operation of law)» no desaparece, en beneficio del adquirente, por la simple declaración del cónyuge titular, en forma análoga a la prevista por el ordenamiento escocés. Se establece, no obstante, un mecanismo distinto, dirigido a dotar de efectividad la transmisión de la vivienda familiar, mediante la imposición de determinado contenido negocial forzoso en todos los actos de disposición de la vivienda familiar. Así, dice el apartado 3 de la Schedule 4 de la Family Law Act 1996, (1) «where one spouse (or civil partner) is entitled by virtue of section 31 to a charge on an estate in a dwelling-house and the charge is registered under section 31(10) or section 2 of the Land Charges Act 1972, it shall be a term of any contract for the sale of that estate whereby the vendor agrees to give vacant possession of the dwelling-house on completion of the contract that the vendor will before such completion procure the cancellation of the registration of the charge at his expense». Añadiendo los apartados siguientes que (2) «sub-paragraph (1) shall not apply to any such contract made by a

vendor who is entitled to sell the estate in the dwelling-house freed from any such charge»; (3) «if, on the completion of such a contract as is referred to in sub-paragraph (1), there is delivered to the purchaser or his legal representative an application by the spouse (or civil partner) entitled to the charge for the cancellation of the registration of that charge, the term of the contract for which sub-paragraph (1) provides shall be deemed to have been performed»; (4) «this paragraph applies only if and so far as a contrary intention is not expressed in the contract»; (5) «this paragraph shall apply to a contract for exchange as it applies to a contract for sale»; y (6) «this paragraph shall, with the necessary modifications, apply to a contract for the grant of a lease or underlease of a dwelling-house as it applies to a contract for the sale of an estate in a dwelling-house». Normas dirigidas a la protección del adquirente que tienen su equivalente en el Derecho norirlandés. Así, conforme a la sección 8ª Family Homes and Domestic Violence (Northern Ireland) Order 1998, «where a matrimonial charge is registered in relation to an estate in a dwelling-house, it shall be a term of any contract for the disposal of that estate, whereby the person disposing of the estate agrees to give vacant possession of the dwelling-house on completion of the contract, that that person will before such completion procure the cancellation of the registration of the charge at his expense»; añadiendo los párrafos siguientes que (2) «if, on completion of such a contract as is referred to in paragraph (1), there is delivered to the person acquiring the estate or his solicitor such documents and fees as are required to effect cancellation of the registration of the matrimonial charge, the term of the contract, for which paragraph (1) provides, shall be deemed to have been performed»; (3) «paragraph (1) shall not apply to any such contract made by a person who is entitled to dispose of the estate in the dwelling-house freed from any such charge»; (4) «this Article applies only if and so far as a contrary intention is not expressed in the contract». Estableciéndose, además, mecanismos que facilitan la liberación de la carga impuesta. Así, a través de la sección 10ª de la misma Family Homes and Domestic Violence (Northern Ireland) Order 1998, la cual permite que los derechos sobre la vivienda matrimonial sean precedidos de la liberación o posposición de la «carga matrimonial» legalmente impuesta; bien porque el «spouse entitled to matrimonial home rights may by a release in writing release those rights or release them as respects part only of the dwelling-house affected by them»; bien porque «where a contract is made for the disposal of the estate in a dwelling-house affected by a registered matrimonial charge then, without prejudice to paragraph (1), the matrimonial home rights constituting the charge shall be deemed to have been released on the happening of whichever of the following events first occurs- (a) the delivery to the purchaser of such documents as are required to effect cancellation of the registration of the matrimonial charge; or (b) the lodging of such documents in the Land Registry or the Registry of Deeds, as the case may require»; bien a través de negocios de posposición del rango, dado que «a spouse entitled by virtue of Article 5 to a matrimonial charge may agree in writing that any mortgage of, or other interest in, that estate shall rank in priority to the matrimonial charge». IV.-Un régimen de tutela en todo análogo se establece para las personas integradas en las uniones paramatrimoniales de personas del mismo sexo -los llamados «civil partnerships»- por la Civil Partnership Act 2004. Para Inglaterra y Gales, de la manera más directa, por remisión expresa a las secciones 30 y siguientes de la Family Law Act 1996, antes referidas. Remisión que realiza la sección 82 de la Civil Partnership Act 2004, para permitir que la «Schedule 9 amends Part 4 of the Family Law Act 1996 (c. 27) and related enactments so that they apply in relation to civil partnerships as they apply in relation to marriages»; de modo que, a través del elenco de modificaciones complementarias contenidas en la Schedule 9, se introdujeron en la Family Law Act 1996 todo un conjunto de referencias expresas al civil partner, paralelas al cónyuge, quedando aquél definitivamente cubierto por idéntica protección. En el caso de Escocia, la Civil Partnership Act 2004 establece un derecho de ocupación en todo semejante al matrimonial y con análogos efectos respecto de terceros. Así, la sección 106 de dicha Acta establece que «the continued exercise of the rights conferred on a non-entitled partner by the provisions of this Chapter in respect of a family home are not prejudiced by reason only of any dealing of the entitled partner relating to that home, and a third party is not by reason

only of such a dealing entitled to occupy that home or any part of it» -. Estableciéndose, sin embargo, en este último caso (Escocia), un régimen de protección de terceros de carácter algo diferente. Y, así –junto al régimen de renuncia, sustancialmente idéntico al previsto para la vivienda matrimonial–, el derecho al uso continuado de la vivienda familiar cesa, en beneficio de tercero, en los siguientes supuestos, entre otros (*vid.* subsección 3 de la misma sección): - si «the non-entitled partner in writing either- (i) consents or has consented to the dealing (any consent being in such form as the Scottish Ministers may, by regulations made by statutory instrument, prescribe), or (ii) renounces or has renounced occupancy rights in relation to the family home or property to which the dealing relates»; - si «the court has made an order under section 107 dispensing with the consent of the non-entitled partner to the dealing»; - si «the dealing comprises a sale to a third party who has acted in good faith, if there is produced to the third party by the seller- (i) an affidavit sworn or affirmed by the seller declaring that the subjects of sale are not, or were not at the time of the dealing, a family home in relation to which a civil partner of the seller has or had occupancy rights, (ii) a renunciation of occupancy rights or consent to the dealing which bears to have been properly made or given by the non-entitled partner»; o - si «the entitled partner has permanently ceased to be entitled to occupy the family home, and at any time after that a continuous period of 5 years has elapsed during which the non-entitled partner has not occupied the family home». En Irlanda del Norte, en fin, al igual que sucede en Inglaterra y Gales, la ley hace extensiva a las uniones estables entre personas del mismo sexo el régimen de protección de la vivienda familiar, establecido por las normas de protección de los cónyuges (la Family Homes and Domestic Violence (Northern Ireland) Order 1998) -normas que, por disposición expresa de la sección 206 de la Civil Partnership Act 2004 (y su elenco de modificaciones complementarias, contenidas en la Schedule 19), fueron objeto de adaptación, con el fin de que «they apply in relation to civil partnerships as they apply in relation to marriages» -; schedule a través de la cual, como sucedió con Inglaterra y Gales, se introdujeron en la Family Homes and Domestic Violence (Northern Ireland) Order 1998 las referencias expresas al civil partner, de forma paralela al cónyuge y para establecer en relación con aquél idéntica protección. V.–Junto a ello, sucede además que el Derecho británico reconoce, en favor del cónyuge no titular de la vivienda familiar, un derecho de contenido económico y de auténtica participación en la titularidad de aquélla, como consecuencia de la convivencia matrimonial. Un fenómeno que también se produce en el ámbito de la unión estable entre personas del mismo sexo. En efecto, la creencia común según la cual los matrimonios ingleses se hallan organizados bajo el régimen de separación de bienes constituye una simplificación deformadora. En realidad, el Derecho británico no concibe la existencia, siquiera, de un régimen legal de bienes en el matrimonio. Por el contrario, el common law se inspira en el principio conforme al cual el matrimonio no altera al régimen de la propiedad sobre los bienes de los cónyuges. La diferencia, ciertamente sutil, conduce sin embargo a resultados potencialmente distintos: mientras la rígida aplicación de un régimen de separación impide la creación de cualquier ámbito comunitario, de tenencia o gestión de bienes, entre los cónyuges, la sola idea de propiedades –o patrimonios– separados no impide la comunicación de efectos entre los actos de cada uno de aquéllos. Desde esta última perspectiva, nada impide que, tanto en el ámbito propiamente matrimonial como en el de las uniones civiles, el principio general de protección de la familia imponga ciertas formas de comunidad o participación familiar sobre la vivienda, que determinen la existencia de límites a los actos dispositivos de cada uno de los cónyuges o miembros de la unión. Y así, cuando sólo uno de los cónyuges –o de los miembros de la unión civil homosexual– figura como titular formal de la propiedad sobre la vivienda familiar, el Derecho británico organiza un especial régimen de protección del otro cónyuge o –civil partner– en torno a las ideas de los llamados «constructive» y «resulting trusts». Instituciones que permiten al otro cónyuge, cuando el mismo hubiera realizado alguna contribución directa o indirecta a la adquisición o mejora del inmueble, reclamar una parte de la propiedad -material o fiduciaria- sobre el mismo, calculada habitualmente en proporción a la importancia de aquella contribución. Un derecho de participación de naturaleza absoluta, que resulta oponible a los acreedores hipotecarios

sobre el bien, como auténtica carga legal tácita, y que acompaña a la vivienda familiar, transmitiéndose ambulatoriamente con ella, en perjuicio de herederos y terceros adquirentes. En la jurisprudencia inglesa, además (Springette v. Defoe, 1992), se afirma expresamente la existencia de una «presumption of resulting trust», en beneficio de aquella figura de coparticipación conyugal en la titularidad del bien. La institución fue formulada inicialmente en la decisión inglesa de la Court of Appeal Gissing v. Gissing, 1969, finalmente aceptada por la House of Lords. La Cámara reiteró el principio de separación o inexistencia de régimen matrimonial, contenido en la sentencia Pettit v. Pettit de 1968, pero acogió, junto a él, la tesis formulada tiempo atrás por Lord Denning en su judgment del asunto Binion v. Evans, 1972, § 359. Sobre la base de ciertas disposiciones contenidas en la Matrimonial, Proceedings and Property Act de 1970, que reconocen expresamente (vid. sección 37^a) los derechos del cónyuge que adquiere un «interest» sobre los bienes del otro, Denning defendió la existencia de «a beneficial interest in the property» o derecho de participación efectiva, como consecuencia de «substantial financial contributions» realizadas por uno de los cónyuges en favor del otro. Una tesis que, finalmente, ha terminado por imponerse en la jurisprudencia británica (vid. Eves v. Eves, 1975; Burns v. Burns, 1984, Grant v. Edwards and another, 1986, Thomas v. Fuller-Brown, 1988, Lloyd's Bank v. Rosset, 1990, Springer v. Defoe, 1992 y Midland Bank v. Cooke and another, 1995). Estamos en presencia de un principio de protección patrimonial de los cónyuges –o de los miembros de la unión homosexual o partnership– y de la familia, particularmente en presencia de hijos, que conduce a la creación de una forma de comunidad oponible a terceros, en búsqueda de la cual el Tribunal está autorizado a utilizar todo tipo de pruebas. Como afirma la Cámara en Lloyds Bank plc v. Rosset, 1991, considerado por la doctrina como «the new orthodoxy» -o «the leading authority on this area of the law», dicen N. G. y P. T., («Journal of Current Legal Issues», 1995)-, el Tribunal puede apreciar la existencia del «trust» no solo «where there is evidence of an agreement or understanding as to the disposition of the beneficial interests, independently of any inference to be drawn from the conduct and contributions of the parties», sino también «on the basis of an inferred agreement», para cuya apreciación «the court must rely entirely on the conduct of the parties both as the basis from which to infer a common intention to share the property beneficially and as the conduct relied on to give rise to a constructive trust». Se trata de una operación de búsqueda que permite al tribunal transformar, por la misma fuerza de las conductas de los cónyuges, el simple «proprietary estoppel», que «since on the conventional view, (estoppels) do not bind third parties, at any rate until they are crystallised by the intervention of the court» (D. H., «Equitable Rights of Cohabitees», 1990, pág. 380 y ss.), en «a proprietary interest, capable of binding the bank» (G. B., 1991, «Contractual and Estoppel Licences as Proprietary Interests in Land», pág. 38). Dentro de aquella operación de búsqueda, el Tribunal debe encontrar un primer elemento subjetivo, consistente en la intención común o compartida de creación del «beneficial ownership», que permite al cónyuge que no figura como propietario legal la adquisición de un «beneficial interest» en la propiedad del otro. Dicha intención puede deducirse de pruebas directas, orales o escritas, relativas a la existencia de «an agreement, arrangement or understanding» (Springette v. Defoe, 1992) o de la simple contribución económica sustancial realizada por el cónyuge no propietario -»direct contributions to the purchase price by the partner who is not the legal owner, whether initially or by payment of mortgage instalments» (Midland Bank v. Cooke and another, 1995)-. Incluso, en Burns v. Burns, 1984, «indirect contributions, including substantial contributions to the family expenses so as to enable the mortgage instalments to be paid, would also suffice» como evidencia de esa intención común –menos seguro es, sin embargo, que las simples aportaciones realizadas «towards household expenses», en cualquiera de las categorías tradicionales de «re-decoration, alterations/improvements and repair», claramente ignoradas en Midland Bank v. Cooke and another, 1995, puedan justificar la existencia de aquel «equity»-. En cualquier caso, la evidencia derivada de la aportación patrimonial debe hallarse acompañada de algún grado de entendimiento expreso entre los cónyuges. Como afirma el Juez Steyn en el asunto Springette v. Defoe, 1992, debe existir alguna «reason to rebut

the presumption of resulting trust», puesto que «[o]ur trust law does not allow property rights to be affected by telepathy»; es necesario, por ello, algún grado de acuerdo entre los cónyuges, en «any form of communication which is fully understood by both parties» (aunque, en contra, se encuentra *Midland Bank v. Cooke and another*, en el que existió, según afirmaba el propio Tribunal, «a complete lack of communication»). En segundo término, es necesario que del establecimiento de ese régimen de titularidad formal exclusiva se derive algún beneficio para uno de los cónyuges –por la obtención de alguna ventaja financiera o al evitar perjuicios derivados de una relación matrimonial anterior del otro cónyuge o relativa a terceros–, surgido sobre la base de la confianza en la común intención de creación del «trust», que implique un perjuicio para el otro. Como afirma la Cámara en *Lloyds Bank v. Rosset*, 1990, «acquisition of a beneficial interest (apart from under a resulting trust) depends not only on an agreement, understanding or arrangement between the parties, but also that the party claiming the beneficial interest has acted to his or her detriment or significantly altered his or her position in reliance on that agreement, in order to give rise to a constructive trust or proprietary estoppel». Debe tratarse de un perjuicio económico, directo o indirecto, derivado de las aportaciones económicas, directas o indirectas, realizadas por uno de los cónyuges y sobre las que ambos hayan proyectado sus acuerdos de forma que pueda «have been considered sufficient to lead to the inference of a beneficial interest» (*Savill v. Goodall*, 1993). Y ello, aun cuando «the content of the discussions was tenuous, and certainly there was no substantial discussion of beneficial interests in the property», siempre que el acuerdo se haya manifestado «in some sense public, at any rate to be communicated to the other party» (*Hammond v. Mitchell*, 1991). Y sin que puedan comprenderse en dicho concepto los meros sacrificios derivados de la vida familiar, como el abandono de la carrera profesional, que tan solo dan lugar a la creación de un «proprietary estoppel», como forma alternativa, no oponible a terceros, de adquisición del «beneficial interest» (en contra, D. H., op. cit., 1990, pág. 132 y, partiendo del precedente *Taylor's Fashions Ltd v. Liverpool Victoria Trustees Co Ltd*, 1982, y sobre la idea de «consideration of the conscionableness or otherwise of that party's conduct», P. M., «*Journal of Current Legal Issues*», 1997, pág. 10, para quienes ambas figuras gozan de eficacia erga omnes). VI.–Estamos, en todo caso, ante verdaderos derechos de contenido patrimonial que han de reconocerse igualmente a los miembros de la civil partnership. No solo por aplicación general de los principios, antes expuestos, que determinan en el common law la existencia del constructive o resulting trust de manera genérica –pues encuentran su fundamento, al margen de la relación personal entre las partes, en el desplazamiento patrimonial producido y la existencia de acuerdos expresos o implícitos– y la necesaria extensión a la unión civil homosexual de la doctrina elaborada en relación al matrimonio –aplicación extensiva a la que sin duda invita la análoga regulación que de la pareja civil del mismo sexo realiza el propio ordenamiento británico–; sucede además que la Civil Partnership Act 2004 establece expresamente un régimen de participación en los derechos sobre la vivienda en favor del civil partner no titular, muy semejante al realizado por el common law para el cónyuge no titular. Y así, en relación con Inglaterra y Gales, ese derecho de participación del cónyuge no titular, como consecuencia de su aportación a la vivienda, se reconoce de manera expresa en favor del civil partner por la sección 65 –«contribution by civil partner to property improvement»– de la Civil Partnership Act 2004, precepto que concede el mismo derecho de participación cuando «a civil partner contributes in money or money's worth to the improvement of real or personal property in which or in the proceeds of sale of which either or both of the civil partners has or have a beneficial interest, and the contribution is of a substantial nature». Pues en tal caso, dice el precepto, «the contributing partner is to be treated as having acquired by virtue of the contribution a share or an enlarged share (as the case may be) in the beneficial interest of such an extent- (a) as may have been then agreed, or (a) in default of such agreement, as may seem in all the circumstances just to any court before which the question of the existence or extent of the beneficial interest of either of the civil partners arises (whether in proceedings between them or in any other proceedings)». Aunque, todo ello, «subject to any agreement (express or implied) between the civil partners to the contrary». VII.–Por lo

que, en definitiva, la validez de la transmisión realizada en el título objeto de calificación exigirá la constancia, mediante declaración del propio transmitente, de su falta de integración en alguna «civil partnership». Una necesidad de declaración sobre la falta de integración en alguna unión de carácter análogo –la «unión de hecho» valenciana o la «unión estable de pareja» de Cataluña– que igualmente aparece exigida por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de mayo de 2013 –siguiendo expresamente el criterio sostenido por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 35 de Barcelona–, en el caso de actos de disposición realizados por personas sujetas –posiblemente, al menos– a las vecindades civiles valenciana y catalana, respectivamente. Afirmando así la Dirección General que «el principio de legalidad, al que está sometido el Registrador en su calificación, no soporta el que puedan acceder al Registro actos dudosos, con las graves consecuencias que para la seguridad del tráfico y los derechos conllevaría»; por lo que, «en la duda de la aplicabilidad o no al supuesto de hecho de la normativa catalana de las uniones estables de pareja, se impone una actuación cautelar del Registrador a fin de prevenir el eventual fraude a los derechos del conviviente carentes de reflejo tabular, pues no cabe duda de que el inmueble que se pretende enajenar es susceptible de servir de sede a una unión convivencial de pareja, y menos cuando aquella duda pueda desvanecerse con una simple manifestación de la disponente que pretende tenga acceso al Registro una nueva situación jurídica inmobiliaria». Debiendo acreditarse además, en caso contrario y dependiendo de la adscripción del transmitente a uno u otro de los Derechos británicos internos en conflicto (a través del criterio conflictual del «domicile»), la concurrencia de los elementos que permitan, en el ordenamiento finalmente aplicable, atribuir validez al acto de disposición realizado, sin el consentimiento del miembro de la unión civil que no resulte titular de la vivienda. En su virtud, Resuelvo suspender la inscripción solicitada, por la concurrencia de los defectos mencionados, y sin que proceda la extensión de anotación preventiva de suspensión, a pesar del carácter subsanable de todos los defectos indicados, al no haber sido expresamente solicitada. Todo ello sin perjuicio del derecho de los interesados de acudir a los Tribunales de Justicia para contender y ventilar entre sí sobre la validez o nulidad de los títulos calificados. Notifíquese al presentante y al funcionario autorizante del título calificado en el plazo máximo de diez días. Álor, a dieciocho de abril de dos mil dieciséis. La presente nota de calificación (...). Vuelta a presentar la escritura el día 4 de noviembre de 2016 en el Registro de la Propiedad de Álor, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Visto por el Registrador de la Propiedad de Álor y su distrito hipotecario, el procedimiento registral identificado con el número de entrada 83.049/2016, iniciado como consecuencia de presentación en el mismo Registro, por Don F. M. P., de los documentos que obran en dicho procedimiento, en virtud de solicitud de inscripción. En el ejercicio de la calificación registral sobre la legalidad de los documentos presentados, obrantes en el procedimiento de referencia, resultan los siguientes El documento objeto de la presente calificación, copia autorizada electrónica, otorgada ante el notario de Cártama, Don Antonio Jesús Láinez Casado de Amezúa, el día veintiséis de febrero de dos mil dieciséis, protocolo 267, fue presentado telemáticamente por el propio Notario, asignando como presentante a Don F. M. P., a las 12:29 horas del día 26 de febrero de 2016, asiento 769 del Diario de Presentación número 142, habiéndose suspendido la calificación, con igual fecha, por falta de pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados. Con fecha 5 de abril de 2016, Don F. M. P. aportó una copia física del título calificado en unión de las cartas de pago del citado impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, habiendo obtenido calificación desfavorable con fecha 18 de abril de 2016. Dicho título ha vuelto a ser presentado por Don F. M. P. a las 9:58 horas del día 4 de noviembre de 2016, asiento 404 del Diario de Presentación número 144, sin subsanar el defecto señalado en la citada nota de calificación, por lo que se reitera la misma, acompañándose copia de ella. Notifíquese al presentante y al funcionario autorizante del título calificado en el plazo máximo de diez días. Álor, a veintitrés de noviembre de dos mil dieciséis. La presente nota de calificación (...).

III

Solicitada calificación sustitutoria, correspondió la misma al registrador de la Propiedad de Archidona, don Jorge Alonso Zugasti, quien, con fecha 23 de enero de 2017, confirmó la calificación del registrador de la Propiedad de Álora.

IV

Contra la nota de calificación sustituida, don Antonio Jesús Lainez Casado de Amezua, notario de Cártama, interpuso recurso el día 13 de febrero de 2017 en base a la siguiente argumentación extractada: Que se confunde el régimen del «civil partnership», figura no existente y extraña a nuestro ordenamiento civil, con el régimen económico-matrimonial, equiparándolo indebidamente con éste; Que se omite toda referencia a lo dispuesto en los artículos 10 y 11 del Código Civil y que, frente al artículo 9 del Código Civil debe estarse al artículo 10.5 del mismo texto legal, y Que, especialmente, el artículo 10, en su apartado 8, como norma de orden público establece: «serán válidos a efectos del ordenamiento jurídico español, los contratos onerosos celebrados en España, por extranjero incapaz según su ley nacional, si la causa de la incapacidad no estuviere reconocida en la legislación española (...).» En aplicación de esto, los artículos 159 del Reglamento Notarial y 51.9.a) del Reglamento Hipotecario exigen que se hagan constar «las circunstancias relativas al estado de cada compareciente (...) si es soltero, casado, separado judicialmente, viudo o divorciado». También podrá hacerse constar a instancia de los interesados su situación de unión o separación de hecho. La vendedora manifestó en la escritura con claridad cuál era su estado civil: soltera, cumpliendo estrictamente la exigencia reglamentaria. La posibilidad de hacer constar la situación de unión de hecho no es requisito obligatorio ni imperativo en el Derecho civil común, es potestativo: en el Derecho común, aun existiendo una unión o pareja de hecho, no se exige el consentimiento de la pareja de hecho para disponer de la vivienda habitual familiar (que exige, por ejemplo, la legislación civil catalana). Así, el artículo 1320 del Código Civil se refiere a cónyuges. No es aplicable la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de octubre de 2015 porque hace alusión a un supuesto en el que un norteamericano declara estar casado. Supondría esta complejidad innecesaria la posibilidad de introducir regímenes extraños en nuestro ordenamiento jurídico, contrarios al orden público interno, desoyendo claramente lo dispuesto en el artículo 10.8 del Código Civil.

V

El registrador emitió su preceptivo informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 149.1.8.^a de la Constitución Española; 9, en sus párrafos primero, segundo y tercero, 10, en sus párrafos primero, quinto y octavo, 11, en su párrafo primero, 12, en su párrafo primero, y 1320 del Código Civil; 3 y 18 de la Ley Hipotecaria; 159 del Reglamento Notarial; 36, 51.9.a) y 98 a 100 del Reglamento Hipotecario; 13 y 22 del Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I); la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 35 de Barcelona de 19 de abril de 2006, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de enero de 1999, 13 de mayo de 2013, 28 de octubre de 2015 y, entre otras, de 3 de mayo de 2016.

1. Es objeto de recurso la calificación conforme a la cual constituye defecto subsanable la falta de manifestación, en la escritura pública, por la vendedora, soltera y británica, de que no se integra en alguna «civil partnership», de las contempladas en su Derecho.

Considera el registrador que en el caso de que así se manifestara debería acreditarse además y dependiendo de la adscripción del transmitente a uno u otro de los Derechos británicos internos en conflicto (a través del criterio conflictual del «domicile») la concurrencia de los elementos que permitan, en el ordenamiento finalmente aplicable, atribuir validez al acto de disposición realizado sin el consentimiento del miembro de la unión civil que no resulte titular de la vivienda.

El notario autorizante y recurrente, considera, por el contrario, que esta exigencia no se deduce de precepto alguno en el Derecho común, (la finca transmitida se sitúa en Málaga y en dicha provincia fue otorgada la escritura de compraventa); que tal exigencia complicaría extraordinariamente el tráfico jurídico y que en todo caso sería de aplicación del artículo 10, párrafo octavo, del Código Civil.

Ha de añadirse, como hecho relevante, que en la escritura calificada, se manifiesta en el exponen I que la vendedora «(...) es dueña del pleno dominio de la siguiente finca que es su vivienda familiar».

2. Para resolver el supuesto planteado debe, en primer lugar, decidirse si es preciso que una persona soltera que transmite una vivienda deba o no manifestar su posible pertenencia a una pareja no casada. Así lo consideró la sentencia, que devino firme, del Juzgado número 35 de Barcelona, de fecha 19 de abril de 2006, que anuló la Resolución de 18 de junio de 2004 de este Centro Directivo. El supuesto contemplado se refería a una vivienda sita en la Comunidad Autónoma de Cataluña y en relación con la Ley de parejas de hecho de dicha Comunidad Autónoma que exige para la disposición de la vivienda familiar de la pareja, el consentimiento de ambos, cualquiera que fuere su titularidad.

Por su parte, la Resolución de 28 de octubre 2015, citada en la nota de calificación se refiere a un supuesto diferente en cuanto, el disponente extranjero manifestaba estar casado, no integrar una pareja (como la Resolución de 13 de enero de 1999).

3. Centrada así la cuestión debe resolverse, para este concreto supuesto, si es necesario, que una persona extranjera que se dice soltera, sin manifestar que tiene pareja de hecho, transmite una vivienda, sita en la Comunidad Autónoma de Andalucía, que dice ser su residencia familiar, debe manifestar asimismo cuál es el régimen aplicable a la misma, a fin de verificar que no es inválido el acto de transmisión por faltar los consentimientos que pudieran ser requeridos.

4. España presenta como es sabido, carencias notables en la regulación de las parejas no casadas. No es excepción el ámbito del Derecho internacional privado.

Nuestro país ha suscrito el Convenio (CIEC) hecho en Múnich el 5 de septiembre de 2007 sobre reconocimiento de parejas de hecho registradas y es uno de los diecisiete Estados miembros que, en cooperación reforzada, aplicará el Reglamento 2016/1104, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

Sin embargo, ninguno de estos instrumentos es aplicable. El primero –que además no está aún en vigor– no ofrece solución al caso planteado y el segundo porque no será aplicable hasta el 29 de enero de 2019.

Ambos instrumentos se refieren a parejas registradas, elemento que, en las normativas de las Comunidades Autónomas con capacidad normativa civil, no presenta un carácter determinante, no existiendo en Derecho común regulación civil al respecto.

5. Por lo tanto, no siendo posible acudir a una norma europea o convencional en búsqueda de una norma conflictual, debe acudir al Derecho nacional, que conforme al artículo 149.1.8.^a de la Constitución Española, deberá ser el estatal.

Examinado éste, nuevamente debe concluirse que no existe en el ordenamiento español una norma de conflicto, ni referida a una situación internacional, ni interregional, en relación a los diversos supuestos que pueden afectar a una pareja no casada, por lo que es necesario, en lo posible, acudir a otras reglas con las que pueda presentar la calificación del supuesto, mayor proximidad a fin de lograr un resultado equitativo.

6. Entre las posibles soluciones que la doctrina ha aceptado, dependiendo del concreto supuesto, se encuentra la norma general de conflicto del párrafo primero del

artículo 9 del Código Civil por ser calificada la relación, de familia. También se ha acudido en el plano patrimonial, al Reglamento (CE) número 593/2008, relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

Debe recordarse que este instrumento en el ámbito internacional, al ser de aplicación universal, traslada al artículo 10.5 del Código Civil, que limita ahora su vigencia exclusivamente al ámbito interregional.

7. Sin embargo, si conforme a la ley del foro la relación surgida de la pareja ha de considerarse familiar -de lo que no cabe duda pese a la insuficiente regulación del Derecho común-, resulta inaplicable la normativa europea.

Es así, en cuanto el artículo 1.2.º, b) del Reglamento (UE) número 593/2008 excluye de su ámbito de aplicación «las obligaciones que se deriven de relaciones familiares y de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables, incluida la obligación de alimentos».

8. La inaplicación del Reglamento (CE) número 593/2008 a la resolución del supuesto tiene dos consecuencias:

La primera que no será relevante su artículo 22, relativo a los Estados con más de un sistema jurídico, que establece un criterio de designación directa de la unidad territorial: «Cuando un Estado se componga de varias unidades territoriales cada una de las cuales tenga sus propias normas jurídicas en materia de obligaciones contractuales, cada unidad territorial se considerará como un país a efectos de la determinación de la ley aplicable en virtud del presente Reglamento», por lo que no se tendrá en cuenta la aplicación del Derecho común contractual en el lugar de situación del inmueble;

Y, la segunda, asimismo relevante, que no será aplicable el artículo 13 del Reglamento, que tiene por rubrica incapacidad, que desplaza, en su ámbito, al artículo 10 párrafo octavo del Código Civil y recoge la denominada teoría del interés nacional: «En los contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley de ese país solo podrán invocar su incapacidad resultante de la ley de otro país si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de negligencia por su parte». Y ello sin entrar en que ha de entenderse por incapacidad a los efectos del precepto, por irrelevante en este supuesto.

9. Teniendo en cuenta lo anterior la única norma aplicable sería -a día de hoy- el artículo 9, párrafo primero, del Código Civil, que remite a la ley de la nacionalidad de la otorgante.

Sin embargo, debe hacerse notar que la aplicación de esta norma de conflicto, en relación a las relaciones patrimoniales de la pareja de hecho (si bien registradas) será sustituida, como se ha indicado, desde el 19 de enero de 2019, por el Reglamento (UE) 2016/1104, al participar España en la decisión de cooperación reforzada y ser, como todos los europeos sobre la ley aplicable, un Reglamento de aplicación universal.

Conforme al artículo 30 y considerando 52 del mismo, la vivienda habitual constituye una excepción a las reglas generales sobre la ley aplicable determinada por el Reglamento, como excepción basada en lo que denomina el instrumento, en la traducción española, «leyes de policía» -normas imperativas-.

Artículo 30. «1. Las disposiciones del presente Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro. 2. Las leyes de policía son disposiciones cuya observancia considera esencial un Estado miembro para salvaguardar sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de ser aplicables a toda situación que entre dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que sea la ley aplicable a los efectos patrimoniales de la unión registrada en virtud del presente Reglamento.»

Considerando 52. «Consideraciones de interés público, como la protección de la organización política, social o económica de un Estado miembro, deben justificar que se

confiera a los órganos jurisdiccionales y otras autoridades competentes de los Estados miembros la posibilidad, en casos excepcionales, de hacer excepciones basadas en leyes de policía. Por consiguiente, el concepto de «leyes de policía» debe abarcar las normas de carácter imperativo, como las normas para la protección del hogar familiar. No obstante, esta excepción a la aplicación de la ley aplicable a los efectos patrimoniales de las uniones registradas habrá de interpretarse en sentido estricto, para que pueda seguir siendo compatible con el objetivo general del presente Reglamento».

10. Siendo indudable el carácter familiar de la unión de hecho, como calificación jurídica de la relación internacional, al amparo del artículo 12, párrafo primero, del Código Civil, que tiene por objeto la escritura calificada –una vendedora británica soltera vende ante notario español a un matrimonio británico una vivienda en España– y manifestando la vendedora en dicho documento que es su vivienda familiar, en el ámbito de las relaciones personales que eventualmente pudieran existir, es indudable la responsabilidad del transmitente por la enajenación realizada. Sin embargo, la trascendencia que ese hecho presenta conforme a su ley nacional –en el caso británico su «domicile»–, y concretamente su pertenencia o no a una «civil partnership», podría conducir a un resultado excesivo pues debería en caso afirmativo probar el cumplimiento de los requisitos que conforme a su ley personal debe cumplir la transmisión, teniendo en cuenta que en la escritura no se manifiesta tener una «civil partnership».

La dificultad de esta prueba y su excesiva onerosidad es evidente. Téngase presente, que se trata de una vivienda situada en una Comunidad Autónoma regida por el Derecho común y a la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho, que no exige el consentimiento del no titular, por lo que establecer requisitos no exigidos para españoles supondría una multiplicidad de regímenes que dificultaría no solo la transmisión sino el acceso al crédito para la financiación de bienes inmuebles a un no nacional. Todo ello implicaría una cara discriminación –aun no siendo aún aplicable el Reglamento (UE) 2016/1103–. El desplazamiento normativo del artículo 10, párrafo octavo, del Código Civil, por el artículo 13 del Reglamento (CE) nº 593/2008, que es inaplicable por razón de su materia al presente caso, sin que corresponda hacer un análisis del mismo más allá de la resolución del presente supuesto, debe permitir la aplicación del Derecho nacional en otros contratos como el presente, excluidos del Reglamento Roma I y por lo tanto regidos por el Derecho nacional, en el cual por razón de la materia debe entenderse aplicable, en aras a la seguridad jurídica, el artículo 10.8 del Código Civil y con ello inexigible la prueba exigida por el registrador.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar de la nota de calificación del registrador.

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, 10 de mayo de 2017.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo