

III. OTRAS DISPOSICIONES**MINISTERIO DE JUSTICIA**

5938 *Resolución de 11 de mayo de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Lleida n.º 1 a inscribir el convenio regulador de un decreto de divorcio.*

En el recurso interpuesto por don J. M. P. R., abogado, en nombre y representación de doña M. C. R. M. y don J. M. B. C., contra la negativa de la registradora de la Propiedad de Lleida número 1, doña María Eugenia Rubies Farre, a inscribir el convenio regulador de un decreto de divorcio.

Hechos

I

En el Registro de la Propiedad de Lleida número 1 se presentó, el día 9 de diciembre de 2016, testimonio del decreto, de fecha 29 de julio de 2016, dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Lleida en procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo entre doña M. C. R. M. y don J. M. B. C., en la que se adjudicaba a doña M. C. R. M. la mitad indivisa perteneciente a su ex cónyuge de una finca del citado Registro, siendo objeto de calificación negativa, de fecha día 28 de diciembre de 2016, por la que la registradora acordó suspender la inscripción por inventariarse un bien adquirido en proindiviso en separación de bienes, siendo así que consta inscrito en régimen de comunidad del consorcio aragonés.

II

Presentado nuevamente dicho título en el Registro de la Propiedad de Lleida número 1, junto con una certificación del Registro Civil, del que resulta la inscripción del decreto de aprobación del citado divorcio en dicho registro el día 3 de enero de 2017, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Nota de calificación (art. 19 bis L.H.) Presentado con fecha 9 de diciembre de 2016, testimonio de fecha 29 de julio de 2016 expedido por el Juzgado de Primera Instancia número siete de los de Lleida, del decreto dictado el 29 de julio de 2016 en el procedimiento de Divorcio mutuo acuerdo número 1022/2016 seguido en dicho juzgado, en el que se declara la disolución por divorcio del matrimonio celebrado entre doña M. C. R. M. y don J. M. B. C., y se aprueba el Convenio Regulado de fecha veintisiete de mayo de dos mil dieciséis suscrito por ambos señores. En el Convenio referido, los citados señores doña M. C. R. M. y don J. M. B. C., manifiestan que su matrimonio está sujeto al régimen económico matrimonial de separación de bienes, y entre otros pactos señalan que son dueños de la finca 38012 de Lleida, en cuanto a un cincuenta por ciento cada uno, y don J. M. B. C. cede y adjudica a doña M. C. R. M. la totalidad de su parte en la indicada finca. Del contenido del Registro, resulta que la indicada finca 38012 de Lleida, figura inscrita a favor de los citados consortes doña M. C. R. M. y don J. M. B. C., quienes siendo de regionalidad civil foral aragonesa, adquirieron la finca para su sociedad conyugal, sin atribución de cuotas y para su sociedad conyugal aragonesa. Retirado el título se ha aportado nuevamente con fecha tres de enero de dos mil diecisiete junto con Certificación del Registro Civil de Lleida. Del certificado del Registro Civil de Lleida aportado, resulta que el Decreto de aprobación del divorcio antes referido figura inscrito en dicho Registro Civil, si bien no resulta que se hayan otorgado escritura de capítulos matrimoniales por los citados consortes, que implicara el cambio de régimen matrimonial. Fundamentos de derecho Es competencia del Registrador, en el ámbito propio de su función calificadoradora,

apreciar la existencia de obstáculos que surjan del Registro o de la documentación aportada, así como la legalidad de las formas extrínsecas de la misma, para el cumplimiento de lo solicitado en documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, (artículos. 18 de la Ley Hipotecaria y 98 de su Reglamento). Conforme al régimen matrimonial aragonés que rige el matrimonio de los otorgantes, dicho régimen se ordenará por las capitulaciones que otorguen los cónyuges y en defecto de pactos en capitulaciones regirán las normas del consorcio conyugal. (art. 193 Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón). Los capítulos matrimoniales requieren para su validez, el otorgamiento en escritura pública, y su constancia en el Registro Civil. (art. 195 y 198 DLeg. 1/2011, y 1327 y 1333 CCivil), como se ha señalado no resulta del Registro Civil que se hayan otorgado capítulos matrimoniales. El régimen económico del matrimonio será el de separación de bienes cuando así lo hayan acordado los cónyuges en capitulaciones matrimoniales (art. 203 DLeg.1/2011). Para la práctica de la inscripción es indispensable que no existan errores materiales en el documento presentado pues se daría lugar con ello a una inexactitud originaria, incompatible con el principio de seguridad jurídica y presunción de exactitud de los pronunciamientos registrales (artículo 38 Ley Hipotecaria). Por otra parte, para poder practicar una inscripción es necesario conocer, sin dudas, el contenido del acuerdo de los interesados. En el presente caso existe los titulares de la finca, están sujetos al régimen conyugal aragonés, y son titulares de la finca por compra para su sociedad conyugal aragonesa, no resultando del certificado del Registro Civil aportado que hayan otorgado capítulos matrimoniales, existiendo una indeterminación al establecer el régimen económico matrimonial en el título presentado. Por ello, se ha acordado Suspender la inscripción de adjudicación de una mitad indivisa de la finca 38012 única radicante en este Registro, por uno de los titulares en favor del otro cotitular, por cuanto estando inscrita la finca a favor de su sociedad conyugal aragonesa: tiene lugar una indeterminación al establecer el régimen matrimonial que rige el matrimonio disuelto; o, en su caso, no aportarse la correspondiente escritura de Capítulos Matrimoniales que rige el matrimonio, que deberá constar previamente inscrita, en el Registro Civil. Contra este acuerdo de calificación cabe (...) Lleida, a dieciocho de enero de dos mil diecisiete. El Registrador de la Propiedad Este documento ha sido firmado digitalmente por la registradora, doña María Eugenia Rubies Farre, Registrador del Registro de la Propiedad de Lleida N.º 1, con firma electrónica reconocida».

III

Contra la anterior nota de calificación, don J. M. P. R., abogado, en nombre y representación de doña M. C. R. M. y don J. M. B. C., interpuso recurso el día 14 de febrero de 2017 mediante escrito en el que alegó los fundamentos jurídicos que, a continuación, se transcriben: «Primero.–(...) Tercero.–En contraposición a lo argüido por el registrador, mis representados no ostentaban en el momento de contraer matrimonio vecindad civil aragonesa, por lo que su régimen económico matrimonial no se encuentra bajo el régimen de sociedad conyugal aragonesa. Así pues, la Sra. M. C. R. M. ostenta vecindad civil catalana por nacer en la ciudad de Lleida y el Sr. J. M. B. C., a pesar de nacer en territorio aragonés, como consecuencia de la residencia habitual y continuada en territorio catalán desde que tenía 5 años, adquirió nueva vecindad civil, la catalana. Resulta de gran interés traer a colación la Ley11/1990, la cual prevé que, a consecuencia de la residencia, habitual y continuada, en un territorio distinto al de la vecindad civil anterior, cualquier español puede adquirir una nueva vecindad civil. Textualmente establece: «la vecindad civil se adquiere: 1. Por residencia continuada durante 2 años, siempre que el interesado manifieste ser ésa su voluntad. 2. Por residencia continuada de 10 años, sin declaración en contrario durante ese plazo. En base el referenciado precepto legal, ambos contrayentes residieron de forma continuada durante más de 10 años en territorio catalán antes de contraer matrimonio, por lo que el Sr. J. M. B. tiene más que adquirido la vecindad civil catalana. A mayor abundamiento tampoco cabría entender que mi representada siguió la vecindad civil del Sr. J. M. B. dado que la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, estipuló

en su art. 14.5, que «el matrimonio no altera la vecindad civil». En lógica consecuencia, la celebración del matrimonio entre ambos consortes, no pudo alterar la vecindad civil de mi representada, máxime cuando el Sr. J. M. B. ya había adquirido vecindad civil catalana por el transcurso de más de 10 años en el presente territorio. Asimismo, las CCAA carecen de competencia alguna para regular la vecindad civil, estando reservada la regulación de tal materia a la legislación estatal, por lo que tampoco cabe entender que sea de aplicación cualquier otra norma foral. La derogación por inconstitucional del inciso «ley nacional del marido al tiempo de la celebración», plantea su sustitución por otro criterio, que pese al pronunciamiento jurisprudencial indicado no debe excluir un efecto bifronte en el tiempo de la Ley 15/1990. Al respecto la doctrina ha planteado varias soluciones más o menos creativas. Teniendo en cuenta la dificultad de establecer una conexión que regule los efectos del matrimonio constante éste, las opiniones doctrinales se reducen a la conveniencia de establecer una conexión referida a un momento estático ya sea el inicio o el final, a salvo las cuestiones patrimoniales que pudieran regularse contractualmente por los esposos. Lo cierto es que planteado un efecto actual, constante matrimonio, del contraído antes de vigencia de la Ley de 1990, nada impediría que pudiera aceptarse la retroactividad como solución material no discriminatoria, que haya de valorar las circunstancias del matrimonio, anteriores, posteriores y coetáneas, por este orden, a la celebración del matrimonio. Resulta de gran interés traer a colación el pronunciamiento de la DGRN de fecha de 9 de julio de 2014, en la que en un caso en que el matrimonio también se había celebrado con anterioridad a la Ley de 1990, indicó que «si bien es cierto que en la lógica del sistema se encuentra la congelación inicial de efectos de matrimonio –sin perjuicio de la posibilidad de cambio de su régimen patrimonial– estableciendo su fijación en el momento de celebración del matrimonio, no lo es menos, que en el caso de los matrimonios contraídos bajo el imperio de la Ley de 1974 ha de tenerse presente que la declaración de inconstitucionalidad, como se ha indicado, no ha sido solucionada por el legislador. Por ello aunque la inconstitucionalidad no puede ser objeto de modulación en cuanto efecto automático, nada impide que la laguna legal quede voluntariamente integrada por la decisión de ambos esposos reconociendo, con carácter retroactivo al inicio de su matrimonio» A mayor abundamiento, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2016, ha dictaminado que «la adquisición automática por la mujer de la vecindad civil del marido conforme a la legislación preconstitucional no impide que se pueda adquirir después otra vecindad civil por residencia continuada, si no hay declaración en contrario». Por lo que en el presente caso hay que tener presente, que incluso con posterioridad al matrimonio los consortes residieron en territorio catalán y además manifestaron de forma expresa en el convenio regulador de mutuo acuerdo suscritos por ellos mismos, y aprobado judicialmente, que el régimen económico matrimonial es el de separación de bienes. Máxime teniendo en cuenta que el propio Juez de Familia y el Ministerio Fiscal interviniente en el proceso de Divorcio, nada objetan a que el matrimonio fuera contraído en régimen de separación de bienes, sino todo lo contrario. La sentencia objeto de inscripción Registral cesa la convivencia entre los cónyuges y decreta el divorcio del matrimonio casado en cuanto se ha expuesto en régimen de separación de bienes, son que el Registro pueda modificar, dicho sea con los más estrictos respetos, el régimen de separación de bienes decretado en sentencia. En su virtud, a la Dirección General de los Registros y del Notariado solicito, que tenga por presentada la presente instancia, junto sus copias, y proceda a elevar la suspensión de la inscripción de adjudicación de una mitad indivisa de la finca 38012, por uno de los titulares a favor del otro, por cuanto el régimen económico matrimonial de los por entonces consortes se encontraba sometido al régimen de separación de bienes, haciendo expresa reserva de la ampliación de nuevas objeciones, mientras se acompañen los documentos justificativos de la residencia de las partes, que no se han podido acompañar en el presente dada la celeridad impuesta por el plazo para presentar el Recurso planteado; y todo ello, con cuanto más sea procedente en Derecho».

IV

La registradora emitió informe el día 28 de febrero de 2017 y remitió el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 9, 14, 32 y 139 de la Constitución Española; 9.2 y.3, 14.5, 15, 16.1, 90, 107, 1274, 1275, 1277, 1323, 1325, 1333, 1344, 1346 y 1431 y siguientes y la disposición transitoria primera del Código Civil; la disposición transitoria de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo; los artículos 1, 3, 4, 40, 324 y 326 de la Ley Hipotecaria; 33, 34, 91 y 214 del Reglamento Hipotecario; 76 y 77 de la Ley de 8 de junio 1957 sobre el Registro Civil; 223, 225, 263, 264 y 266 del Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil; las Sentencias del Tribunal Constitucional números 181/2000, de 29 de julio, y 39/2002, de 14 de febrero; las Sentencias, Sala Primera, del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1986, 14 de febrero de 2002 y 11 de febrero de 2005; las sentencias de la Audiencia Provincial de Baleares de 10 de septiembre de 2002, de la Audiencia Provincial de Huesca de 24 octubre de 2003 y de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de marzo 2009; las Resoluciones de 20 de septiembre de 1995, 19-4.^a de junio de 2003, 8-3.^a de enero de 2004 y 12-3.^a de mayo y 22 de noviembre de 2005, todas ellas relativas a Registro Civil, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de agosto y 20 de diciembre de 2011, 9 de julio de 2014 y 15 de marzo de 2017.

1. Por el presente recurso se pretende la inscripción de un decreto de divorcio en el que se adjudica la mitad indivisa de una finca perteneciente, según Registro, a la sociedad conyugal aragonesa de los cónyuges que se divorcian, quienes manifiestan en el convenio de divorcio homologado hallarse casados en separación de bienes.

2. El recurrente alega que los cónyuges se hallan sujetos al régimen económico-matrimonial de separación de bienes y no al aragonés pues ambos cónyuges al tiempo de contraer matrimonio (29 de junio de 1975) eran de vecindad civil catalana al haber trasladado el marido su residencia a Cataluña a los cinco años de edad y vivir allí desde tal fecha, por lo que había adquirido vecindad catalana ex artículo 14.5.2.º del Código Civil.

Además, si se aplicara el régimen económico correspondiente a la vecindad civil del marido se estaría conculcando el principio de no discriminación por razón del sexo.

3. En cuanto a la vecindad civil de don J. M. B. C. no existe otra prueba de la adquisición de la vecindad civil catalana que la manifestación del recurrente (que, además, no representa a dicha persona). Don J. M. B. C. nació en una localidad aragonesa el 28 de octubre de 1951, pero no consta: ni la vecindad del padre (quizá probatio diabólica), que era la determinante de la vecindad al tiempo de su nacimiento (el artículo 15 del Código civil en su redacción originaria, vigente en la fecha indicada, disponía: «Los derechos y deberes de familia, los relativos al estado, condición y capacidad legal de las personas, y los de sucesión testada é intestada declarados en este Código, son aplicables: 1º) A las personas nacidas en provincias ó territorios de derecho común, de padres sujetos al derecho foral, si éstos durante la menor edad de los hijos, ó los mismos hijos dentro del año siguiente a su mayor edad ó emancipación, declararen que es su voluntad someterse al Código civil. 2º) A los hijos de padre, y, no existiendo éste ó siendo desconocido, de madre, perteneciente a provincias o territorios donde subsista el derecho foral. 3º) A los que, procediendo de provincias ó territorios forales, hubieren ganado vecindad en otros sujetos al derecho común. Para los efectos de este artículo se ganará vecindad: por la residencia de diez años en provincias o territorios de derecho común, á no ser que, antes de terminar este plazo, el interesado manifieste su voluntad en contrario; ó por la residencia de dos años, siempre que el interesado manifieste ser ésta su voluntad. Una y otra manifestación deberán hacerse ante el Juez municipal, para la correspondiente inscripción en el Registro civil. En todo caso, la mujer seguirá la condición del marido, y los hijos no emancipados la de su padre y, a falta de éste, la de su madre. Las disposiciones de este

artículo son de recíproca aplicación á las provincias y territorios españoles de diferente legislación civil»). El artículo 225 del Reglamento del Registro Civil de 14 de noviembre de 1958 (vigente en 1966 cuando don J. M. B. C. cumplió diez de residencia en Cataluña, hecho que tampoco se prueba) establecía que «el cambio de vecindad civil se produce «ipso iure», por la residencia habitual durante diez años seguidos en provincia o territorio de diferente legislación civil, a no ser que antes de terminar este plazo el interesado formule la declaración en contrario. En el plazo para las declaraciones de vecindad ante el Encargado, no se computa el tiempo en que el interesado no pueda, legalmente, regir su persona». No existe tampoco ninguna indicación en el Registro civil que pudiera avalar la tesis del recurrente.

Por lo tanto, don J. M. B. C., de la documentación presentada, tenía vecindad aragonesa al tiempo de celebrar su matrimonio, ya que el artículo 14.5 del Código civil en la redacción vigente al tiempo de la celebración del matrimonio establecía que «en caso de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar del nacimiento».

Debe advertirse que la manifestación realizada por el recurrente acerca de la presentación extemporánea de documentos por razón del breve plazo para la interposición del recurso no ha lugar, pues la Ley Hipotecaria en su artículo 326 «ab initio» rechaza de plano dicha posibilidad.

4. Tanto la registradora como el recurrente están de acuerdo en aplicar el artículo 9.2 del Código Civil en la redacción dada por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del Título Preliminar del Código Civil.

La diferencia estriba en que la registradora entiende que la inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia número 39/2002, de 14 de febrero, del inciso «por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración» no tiene carácter retroactivo por ser un texto preconstitucional, mientras que el recurrente entiende que desde la sentencia debe aplicarse el precepto sin el inciso de referencia.

La argumentación del recurrente, basada en la Resolución de este Centro Directivo de 9 de julio de 2014, no ha lugar dado que se dictó para el supuesto de un matrimonio contraído con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, mientras que el caso que se resuelve, trata de un matrimonio contraído antes de la entrada en vigor de la Constitución.

El problema es el alcance que haya de darse a la retroactividad de la Constitución versus los textos legales preconstitucionales.

El tema ha sido ampliamente discutido en la doctrina constitucionalista y administrativa, incluso en el Derecho civil.

De lo que se trata es de determinar cuál fue el régimen económico-matrimonial que quedó establecido por la aplicación de la regulación vigente al tiempo de la celebración del matrimonio.

La norma cuestionada (artículo 9.2 Código Civil) produjo su efecto, consistente en la determinación de conforme a qué ordenamiento, común o foral, quedaría establecido el régimen económico-matrimonial, y, fijado así el régimen económico del matrimonio por aplicación de la norma de conflicto vigente al tiempo de su celebración, la modificación de tal norma no produce la alteración del régimen económico-matrimonial que resulta aplicable. Quien aplica la norma no ha de tomar una decisión conforme a la ley vigente al tiempo de adoptarla, sino que ha de aplicar una norma que produjo un efecto jurídico instantáneo en el pasado y que prolonga sus efectos en el tiempo presente.

Por otro lado, el principio de seguridad jurídica y la irretroactividad (parcial) de las leyes también están amparadas por la Constitución en el artículo 9.3: «La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

También debe tenerse en cuenta que la Ley 11/1990, sólo presenta una disposición transitoria, relativa a la posible recuperación por plazo de un año de la nacionalidad de la esposa que por seguir la nacionalidad de su marido la hubiere perdido. De esta parca

regulación transitoria puede deducirse que al legislador de 1990 no le cupo duda que los matrimonios celebrados antes de la entrada en vigor de la ley se regían por la ley anterior (cfr. disposición transitoria primera del Código Civil).

En materia de regímenes económico-matrimoniales la autonomía de la voluntad de los cónyuges impide el cambio automático de régimen sin contar con la voluntad de los cónyuges, por lo que sería contrario a todo el sistema de contratos matrimoniales imponer un cambio de régimen sin contar con la aquiescencia de quienes contrajeron matrimonio.

Establece la Sala Primera del Tribunal Supremo en Sentencia de 11 de febrero de 2005 que la promulgación de la Constitución Española en esta materia, afecta a los matrimonios contraídos con posterioridad al 29 de diciembre de 1978, fecha de su entrada en vigor, por lo que es inaplicable a las relaciones económicas de los cónyuges que contrajeron matrimonio con anterioridad a esa fecha. Añade que no puede aplicarse retroactivamente la regulación normativa de los puntos de conexión que introdujo la Ley de 15 de octubre de 1990, ya que tal retroactividad afectaría al principio de seguridad jurídica.

De estas conclusiones deduce la citada Sentencia que, a los matrimonios contraídos con anterioridad al Título Preliminar del Código Civil, en la redacción dada por la Ley de Bases de 1973, así como los contraídos con anterioridad a la promulgación de la Constitución Española se regirán por la última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional correspondiente al marido al tiempo de su celebración (cfr. Resolución 15 de marzo de 2017).

5. No se plantea por la registradora en su nota ni por el recurrente la cuestión sobre la rectificación del Registro, pero es evidente que si en el Registro figuran los bienes inscritos a favor de dos cónyuges para su sociedad conyugal tácita aragonesa no puede mediante un acuerdo en documento privado, bien que homologado judicialmente, decidirse la rectificación del Registro sin la oportuna escritura pública o la oportuna resolución judicial del órgano competente dictada en el procedimiento correspondiente, pues dada la naturaleza del acto, el convenio regulador del divorcio no es título formal suficiente, debiendo documentarse en escritura pública o en la expresada resolución. Todo ello de conformidad con los artículos 90, 1274, 1275, 1277, 1323 y 1346 del Código Civil, 3 y 40 de la Ley Hipotecaria y 33, 34, 91 y 214 del Reglamento Hipotecario.

Si el juez hubiera ordenado expresamente la rectificación del Registro en el sentido discutido no habría habido problema alguno, pero en ningún momento contempla el decreto la solicitada rectificación. Podría, no obstante, modificarse el convenio regulador en el sentido de expresar el carácter consorcial del bien y obtener así su inscripción registral.

No se olvide que la alteración del régimen del matrimonio afecta o puede afectar a los terceros, cual ocurre en el presente caso, donde se desprende de la documentación presentada la existencia de una hipoteca vigente sobre la finca cuya titularidad pretende rectificarse.

6. Debe recordarse a la registradora la necesidad de incluir en la nota de calificación todos los argumentos y datos sin que sea el informe el lugar adecuado para la extensión de aquella, tal como ha reiterado este Centro Directivo en numerosas ocasiones.

Por cuanto antecede, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y mantener la 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, 11 de mayo de 2017.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.