

III. OTRAS DISPOSICIONES**MINISTERIO DE JUSTICIA**

8209 *Resolución de 9 de julio de 2014, 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 interino de Bande, por la que se suspende la inscripción de una escritura de capitulaciones matrimoniales y liquidación parcial de la sociedad de gananciales.*

En el recurso interpuesto por don Ángel Manuel Rodríguez Dapena, notario de Celanova, contra la nota de calificación extendida por el registrador de la Propiedad, interino de Bande, don José Galán Villaverde, por la que se suspende la inscripción de una escritura de capitulaciones matrimoniales y liquidación parcial de la sociedad de gananciales.

Hechos**I**

Mediante escritura autorizada el día 11 de junio de 2013 por el notario de Celanova, los cónyuges don M. S. R., de nacionalidad española, y doña A. T. B. S., de nacionalidad portuguesa, otorgaron escritura de capitulaciones matrimoniales y de liquidación parcial de la sociedad ganancial.

II

Presentada copia autorizada de dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Celanova, fue calificado con la siguiente nota de calificación: «(...) se suspende la práctica de las inscripciones solicitadas sobre las fincas números 1 y 2 de dicha escritura, por los defectos subsanables siguientes: a) No acreditarse la sujeción al régimen de gananciales de los esposos don M. S. R. y doña A. T. B. S., cuyo matrimonio fue celebrado en Alemania el día 29 de septiembre del año 1983, y que según resulta del Certificado Literal de matrimonio del Registro Civil del Consulado General de España en Düsseldorf, Alemania, fue celebrado matrimonio civil con arreglo a la ley local alemana. Todo ello conforme a los siguientes: Hechos: 1. En la escritura de Capitulaciones Matrimoniales y de Liquidación Parcial de la Sociedad de Gananciales se indica por el notario autorizante que los esposos don M. S. R. y doña A. T. B. S., contrajeron matrimonio el día 29 de septiembre del año 1983 en Münster, Alemania, que, posteriormente, fue inscrito en el Registro Civil del Consulado General de España en Düsseldorf en fecha tres de febrero de dos mil catorce, al Tomo 54, página 199 de la sección 2.ª de dicho Registro Civil Consular, y que, a falta de capitulaciones matrimoniales, se rige su matrimonio por el régimen de la sociedad de gananciales del Código Civil español. 2. En dicha escritura se procede a la liquidación de la sociedad de gananciales, adjudicándose las fincas a ambos esposos por mitad y en proindiviso, y se pacta para lo sucesivo el régimen de participación, habiéndose inscrito dicha escritura de capitulaciones matrimoniales en el Registro Civil del Consulado General de España en Düsseldorf con fecha tres de febrero de dos mil catorce, por nota al margen de la inscripción de matrimonio, según resulta de la indicada Certificación del Registro Consular Español. 3. Como establece el Código Civil en su artículo 9.2: “2. Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio”. De todo ello, a la vista

de los documentos presentados parece deducirse que el matrimonio celebrado entre dichos cónyuges se rige por el sistema alemán de participación en las ganancias o comunidad diferida de ganancias (Zugewinnngemeinschaft) (arts. 1363-1390 B.G.B), el cual es el régimen legal vigente en Alemania desde el 1 de julio de 1958; el régimen de comunidad de bienes (art. 1415 BGB), al igual que el de separación de bienes (art. 1414 BGB Gütertrennung) sólo rige en virtud de acuerdo de los cónyuges (art. 1408 BGB alemán). 4. En consecuencia, si lo que los esposos pretendieron era establecer el régimen de gananciales del Código Civil Español, que sería el correspondiente a la ley personal del cónyuge español, tendrían que aportar documento auténtico otorgado por ambos cónyuges, antes de la celebración del matrimonio, en el que se eligiese dicho régimen, como señala el artículo 9.2 del Código Civil anteriormente citado; en caso de no acreditarse no podrían llevar a cabo la liquidación de una supuesta sociedad legal de gananciales, por ser otro el régimen económico-matrimonial que rige su matrimonio. En el Certificado Literal de matrimonio del Registro civil del Consulado General de España en Düsseldorf, Alemania, se indica literalmente lo siguiente: "se practica la inscripción en virtud de expediente de transcripción de matrimonio civil celebrado con arreglo a la ley local alemana"; en consecuencia, el régimen económico-matrimonial de los citados esposos es el sistema alemán de participación en las ganancias o comunidad diferida de ganancias (Zugewinnngemeinschaft), y no el de gananciales del Código Civil, como manifiestan, sin acreditarlo, los indicados esposos en la referida escritura de capitulaciones matrimoniales, no procediendo, en consecuencia, la liquidación de la pretendida sociedad de gananciales efectuada por dichos cónyuges. Fundamentos de Derecho: artículo 9.2 del Código Civil, así como los citados artículos del B.G.B. alemán. Contra la presente calificación (...) El plazo del asiento de presentación será objeto de prórroga por 60 días contados desde la fecha de la última notificación de dicha calificación, conforme al artículo 323 de la Ley Hipotecaria. Bande, a 18 de marzo de 2014.–El Registrador interino de Bande (firma ilegible y sello del Registro). Fdo., José Galán Villaverde».

III

La anterior nota de calificación fue recurrida, en tiempo y forma por el notario autorizante mediante presentación en el Registro de Bande, en base a la siguiente argumentación: que el artículo 159 del Reglamento Notarial conduce a que el notario debe, tras informar a las partes, hacer constar el régimen económico supletorio que corresponda; que se trata de fincas no inmatriculadas por lo que no se afecta a asiento alguno; que las actas de notoriedad reflejan la manifestación de las partes sobre su régimen económico; que las capitulaciones fueron inscritas en el Registro Civil; y que el único defecto expresado por el registrador no tiene en cuenta que el matrimonio fue contraído antes de 1990.

IV

El registrador emitió informe en defensa de su nota el 25 de abril de 2014 y elevó el expediente ante este Centro Directivo donde tuvo entrada el 30 de abril de 2014.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 14 y 32 de la Constitución Española; 5 del Reglamento (UE) n.º 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial; 9.2 y 9.3, 16.1, 107, 1325, 1333, 1344 y 1431 y siguientes y la disposición transitoria primera del Código Civil; la disposición transitoria única de la Ley 11/1990, de 15 de octubre: los artículos 205 de la Ley Hipotecaria; 205 del Reglamento Hipotecario; 76 y 77 de la Ley del Registro Civil de 8 de junio 1957; y 263, 264 y 266 de su Reglamento; 159 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1994, modificado por Real Decreto 45/2007, de 19 de enero; las Sentencias del Tribunal Constitucional 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, 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 23 de agosto y 20 de diciembre de 2011, entre otras.

1. En la resolución del presente recurso se entremezclan dos temas. El primero es el relativo a la determinación de la ley aplicable a los efectos personales y patrimoniales de un matrimonio en el que se dan las circunstancias que luego se verán. El segundo, la habilidad del título presentado junto a dos actas de notoriedad para proceder a la inmatriculación registral de ciertas fincas.

2. Respecto del primer tema, el supuesto de hecho es el siguiente: don M. S. R., de nacionalidad española, y doña A. T. B. S., de nacionalidad portuguesa, contrajeron matrimonio en 1983 en Münster (Alemania). Su matrimonio fue celebrado, según consta en la certificación del mismo, en la forma prevista en la ley alemana y fue inscrito en el Registro Civil del Consulado General de España en Dusseldorf (Alemania).

Mediante la escritura ahora calificada, los esposos disuelven la sociedad de gananciales que manifiestan era el régimen legal aplicable a su matrimonio, al considerar que la ley española regía *ab origine* los efectos personales y patrimoniales. Tras liquidar parcialmente la comunidad, pactan que en lo sucesivo se rija su economía matrimonial por el régimen de participación regulado en el Código Civil español.

Seguidamente solicitan, en unión de actas de notoriedad autorizadas por el mismo notario, en las que se tomaba por notoria la titularidad ganancial de los inmuebles, la inmatriculación de las fincas por mitad y *pro indiviso*, privativamente, de ambos en virtud de la liquidación económica realizada, tema este último que se tratará más adelante.

El registrador suspende la práctica de los asientos solicitados, en cuanto considera, que no es posible la inmatriculación pues no queda acreditado el carácter ganancial de los bienes por aplicación vigente del artículo 9.2 y 9.3 del Código Civil. Parte, por tanto, de la aplicabilidad del artículo 9.2 en la redacción que le dio la Ley 11/1990 a un matrimonio celebrado en 1983, sin otra argumentación al respecto.

El notario autorizante y recurrente alega que la aplicación de la ley española al supuesto es obligada dado el principio general de irretroactividad de las normas jurídicas.

3. La ley que regula los efectos personales y patrimoniales del matrimonio, ha sufrido en España, en los últimos cuarenta años, varias reformas lo que hace posible que un mismo matrimonio haya transcurrido bajo la vigencia de todas ellas. Así, la redacción previa del Código Civil que mantenía vigente la redacción originaria de los artículos 9, 12, 13 y 14, así como el artículo 15, cuyo penúltimo párrafo establecía que, en todo caso, la mujer casada seguiría la condición de su marido. Posteriormente la Ley de Bases 3/1973, de 17 de marzo, y Decreto 1836 de 31 de mayo de 1974, de reforma del Título Preliminar del Código Civil que dispuso en el artículo 9.3 que el cambio de nacionalidad no alteraría el régimen económico matrimonial, salvo que así lo acordasen los cónyuges.

Es decir, antes de las reformas de 1974 el Código Civil imponía la sujeción de los cónyuges al régimen económico matrimonial correspondiente a la vecindad civil del varón, en atención al principio de unidad familiar y la reforma de 1974 mantuvo como punto de conexión la ley personal del marido en el momento de contraerse el matrimonio, la cual habría de aplicarse a falta de capitulaciones matrimoniales y de carencia de una ley nacional común durante el matrimonio, concluyendo que era la vecindad civil del marido la que discernía de modo inalterable y fijaba para siempre –salvo la posibilidad de capitular– el régimen económico matrimonial.

Tras la promulgación de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, el artículo 9.2 señala las leyes que, en cada supuesto, han de regir los efectos del matrimonio, disponiendo que a falta de ley personal común, y de elección de otra realizada por los cónyuges en

documento auténtico, antes de contraer matrimonio, se aplicaría la ley de residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración y, a falta de dicha residencia, la del lugar de celebración del matrimonio.

4. Esta 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).

Por tanto, el primer tema a decidir es si habiendo contraído matrimonio los esposos antes de la entrada en vigor de la Ley de 15 de octubre de 1990, pero después de la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 –no se prejuzga ahora supuesto distinto– será aplicable la ley anterior a un efecto que se produce en la actualidad, cual es la decisión de los esposos de liquidar su comunidad patrimonial, o si por el contrario, será de aplicación, al carecer de transitorias al respecto, la norma que se encontraba vigente en el momento de celebración del matrimonio (arts. 9.2 y 9.3 en redacción de 1973-1974).

La decisión que se tome es relevante en cuanto conducirá bien al régimen de participación y comunidad diferida (Zugewinnngemeinschaft) establecido con carácter legal supletorio en el B.G.B, bien a la aplicación subsidiaria de la sociedad de gananciales, en los términos vigentes para españoles sujetos a vecindad gallega en 1983. Soluciones bien distintas.

5. El matrimonio se celebra, como se ha indicado, tras la entrada en vigor de la Constitución Española. Manteniendo la aplicación de la ley personal del marido al matrimonio contraído y hoy vigente, se proyectaría una inconstitucionalidad sobrevenida, cual es la discriminación de la preferencia del varón sobre la mujer.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 11 de febrero de 2005 rechaza la eficacia actual de una solución discriminatoria, añadiendo alguna valoración, aunque insuficiente a nuestros efectos, como se verá, sobre régimen transitorio a la previa Sentencia del Tribunal Constitucional 39/2002, de 14 de febrero, que no hace alusión a este tema.

Establece la sala Primera del Tribunal Supremo 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 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; que a los matrimonios contraídos después del 29 de diciembre de 1978, fecha de entrada en vigor de la Constitución, hasta la Ley de 15 de octubre de 1990, deberá estarse a lo establecido en la Sentencia del Tribunal Constitucional 39/2002, de 14 de febrero, en cuanto declara inconstitucional el artículo 9.2 del Código Civil, según la redacción dada por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, en el inciso «por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración»; y a los matrimonios contraídos después de la vigencia de la Ley de 15 de octubre de 1990 se les aplicará la normativa contenida en el artículo 9.2, si bien debe tenerse en cuenta la modificación operada posteriormente en el artículo 107 del Código Civil.

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 reconducen 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 ha de valorar las circunstancias del matrimonio, anteriores, posteriores y coetáneas, por este orden, a la celebración del matrimonio. Esta solución, en el caso concreto nos llevaría a la aplicación de la ley alemana.

6. El hecho de que el artículo 9. 2 del Código Civil elija el momento inicial para establecer la determinación de la ley no quiere decir que esa determinación pueda y en ocasiones deba fijarse en un momento posterior –con referencia al momento temporal inicial relevante– a fin de dotar de seguridad las relaciones de los cónyuges entre sí y con terceros.

La determinación de la ley aplicable conforme a datos fácticos no planteará problemas –*inter partes*– si ambos cónyuges de mutuo acuerdo consienten en la valoración. En otro caso será necesario el correspondiente pronunciamiento judicial.

7. Junto a la determinación de la ley aplicable, el Reglamento (UE) n.º 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, del que España forma parte, establece, en su artículo 5, la elección por ambos esposos de la ley aplicable a la separación y divorcio, a fin asimismo de evitar conflictividad *inter partes*.

La determinación de ley, pues, no ha de confundirse, con la elección de ley prevista en la norma comunitaria.

8. No obstante, en este caso concreto concurren circunstancias especiales que debe ser valoradas. De una parte, la decisión de ambos esposos de determinar, que no elegir, pues, como se ha indicado, no sería posible una elección, entre las circunstancias más relevantes concurrentes al inicio de su matrimonio.

Entre ellas cobra fuerza la inscripción inicial en el Registro Civil consular español de su matrimonio y sobre todo el hecho de que conste, actualmente, indicado al margen de su inscripción, como está acreditado, que el matrimonio ha capitulado conforme la ley española y mutado su régimen económico matrimonial por el de participación establecido en los artículos 1431 y siguientes del Código Civil.

9. 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, la aplicación de ley española.

Siendo prueba de los hechos inscritos la inscripción –e indicación– en el Registro Civil y existiendo una laguna legal no colmada por el legislador, creada por la indicada declaración de inconstitucionalidad del último inciso de la anterior redacción del artículo 9.2 del Código Civil, ha de considerarse suficientemente acreditada la existencia de sociedad de gananciales entre los esposos.

10. Tema distinto, como fue apuntado en el fundamento primero de esta Resolución, es si las actas de notoriedad autorizadas junto a la escritura de capitulaciones, en las que, curiosamente, se pacta el régimen de participación del Código Civil, inspirado

aunque no idéntico, en la Zugewinnngemeinschaft, pueden ser considerados en su conjunto, título hábil para la inmatriculación de fincas, o por lo contrario, sea o no una titulación *ad hoc*, sean bastantes para acreditar la doble titulación requerida como medio inmatriculante por el artículo 205 de la Ley Hipotecaria y 298 de su Reglamento, así como por abundante doctrina de este Centro Directivo.

Al no haber sido planteada directamente esta cuestión por el registrador en su nota no puede ahora ser abordada en el presente recurso.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del registrador en los términos expresados en los anteriores fundamentos de Derecho.

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, 9 de julio de 2014.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.