

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

10466 *Resolución de 29 de julio de 2015, 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 Torredembarra, por la que acuerda no practicar la inscripción de una escritura de disolución de gananciales, manifestación y adjudicación de herencia y donación.*

En el recurso interpuesto por don Ricardo Cabanas Trejo, Notario de Torredembarra, contra la nota de calificación extendida por el Registrador de la Propiedad de Torredembarra, don Víctor José Prado Gascó, por la que acuerda no practicar la inscripción de una escritura de disolución de gananciales, manifestación y adjudicación de herencia y donación.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el Notario de Torredembarra, don Ricardo Cabanas Trejo, don H. L. J. B. y doña L. G. M. B., en su propio nombre y en nombre y representación de su padre, don G. A. B. otorgaron una escritura calificada como de disolución de sociedad de gananciales, manifestación y aceptación de herencia y donación. En dicha escritura manifiestan tener nacionalidad belga y que su madre y esposa, doña G. M. V. H., también de nacionalidad belga, falleció el día 14 de septiembre de 2009 casada bajo el régimen de sociedad de gananciales belga con don G. A. B., de cuyo único matrimonio tuvo dos hijos, don H. L. J. B. y doña L. G. M. B. Que, según escritura de declaración de herederos, resulta ser su único y universal heredero su esposo, don G. A. B., que en el título de adquisición de la finca se hizo constar por error que doña G. M. V. H. estaba casada en régimen de separación de bienes, cuando, en realidad, y en virtud de capitulaciones matrimoniales otorgadas ante notario de Amberes (Bélgica) en 1975 estaba casada en régimen de sociedad de gananciales belga (se acompañan documentos traducidos y apostillados). Por tal motivo, se solicita del registrador de la Propiedad que rectifique el título de adquisición de la causante. Hace constar el notario que en dicha escritura de capitulaciones matrimoniales se establece que, en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, el cónyuge superviviente recibe la totalidad en pleno dominio, también en caso de haber hijos nacidos del matrimonio.

II

Presentada copia autorizada de dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Torredembarra, fue calificado con la siguiente nota: «(...) En el Registro figura inscrita la nuda propiedad de la finca 2165 de Torredembarra con carácter privativo por el título de compra a favor de doña G. M. V. H., casada bajo régimen de separación de bienes, según escritura autorizada por don Ricardo Cabanas Trejo el 14 de octubre de 1999, número 2.906 de protocolo. Según las capitulaciones matrimoniales belgas aportadas y apostilladas, otorgadas el 28 de enero de 1975; art. 1: "Los futuros cónyuges contraen matrimonio bajo el régimen de la sociedad de gananciales de conformidad con los arts. 1.498 y 1.499 del Código Civil" (En adelante C.C. Belga) y entre su régimen ganancial paccionado, no legal, destaca el pacto de supervivencia y relega la liquidación de gananciales por mitad a la disolución por causa distinta del fallecimiento, art. 5: "Como capitulaciones matrimoniales y convenio entre socios la sociedad anteriormente establecida pertenecerá, en caso de que sea disuelta por fallecimiento de uno de ambos

cónyuges, al cónyuge supérstite por la totalidad en pleno dominio, tanto en caso de existencia como en ausencia de hijos nacidos del matrimonio. En caso de que la sociedad sea disuelta por cualquier causa distinta al fallecimiento de uno de ambos cónyuges, el activo se dividirá en dos mitades de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.474 del Código Civil". Además conforme a la declaración notarial de herederos de fecha 29 de enero de 2010 testimoniada y apostillada se señala expresamente: "que hay una escritura de donación entre cónyuges de 19 de febrero de 1975" que no se ha presentado en este Registro y podría tener efectos si se tratara de una donación mortis causa o contrato sucesorio, además concluye que el esposo es titular de la sociedad ganancial por el pacto de supervivencia: "que falleció ab intestato y que en virtud de pacto de supervivencia contenido en las capitulaciones matrimoniales (art. 5) la sociedad le corresponde en su totalidad a su esposo (...)" dejando sin efecto una escritura de declaración de herederos anterior de fecha 16 de noviembre de 2009, dejando entrever una incerteza del título al no aportarse un certificado de actos de última voluntad que acredite que la presentada es la última realizada. Y de acuerdo con el poder especial incorporado por testimonio al no ser protocolar español, a doble columna, otorgado el 5 de marzo de 2014 a favor de los dos hijos "y en relación única y exclusivamente a los derechos conyugales y hereditarios que pudieran corresponderle al poderdante en la herencia de su esposa doña G. M. V. H. (...) ejerciten las siguientes facultades: Renunciar a título gratuito o hacer donación pura y simple a favor de sus hijos (...) a todos sus derechos sobre la casa (...) tanto por la liquidación de la sociedad conyugal como por la herencia de su esposa". En la escritura presentada se procede a solicitar por los hijos la rectificación de la inscripción de la finca 2.165 para que figure inscrita la nuda propiedad a favor de la causante por compra para su sociedad conyugal paccionada (ya que no es el régimen legal) y se proceda posteriormente a liquidar la sociedad de gananciales por mitades, no global de todo el patrimonio sino de esta finca concreta, en lugar de ejecutar el pacto de supervivencia capitular anteriormente reseñado, apreciándose los siguientes defectos: 1.—Siendo indispensable según la legislación belga aplicable en toda adquisición de bienes el consentimiento de ambos cónyuges en caso de sociedad de gananciales, no se acredita el consentimiento del cónyuge sobreviviente para la rectificación de la inscripción de la titularidad de la nuda propiedad a un régimen ganancial paccionado en capitulaciones matrimoniales. 2.—No se acredita conforme a la ley aplicable que la documentación presentada sea el título sucesorio completo y válido. Además de no presentarse la escritura de donación de 19 de febrero de 1975 que reseña el acta de herederos que pudiera tener algún efecto en la sucesión como contrato sucesorio, ni justificarse que dicha acta de herederos sea la última, ya que se revoca otra anterior; las capitulaciones matrimoniales de 28 de enero de 1975 son aportadas sin justificar de algún modo admitido en derecho que sean las últimas vigentes. 3.—Una vez acreditada la validez del título sucesorio completo presentado, no se acredita que se ajuste al pacto sucesorio y al acta de herederos la escritura de herencia otorgada por el Notario. No consta que se haya disuelto la sociedad por causa distinta al fallecimiento o que se haya revocado o renunciado al pacto de supervivencia contenido en dichas capitulaciones y en la declaración de herederos presentada. 4.—Incongruencia del juicio de suficiencia emitido que se limita a las operaciones de formalizar (parece parcialmente) la liquidación de sociedad conyugal, aceptación de herencia y donación, (presuponiendo las de liquidación y aceptación a pesar de no reseñarse en el poder) sin indicar las de rectificación de la titularidad de la finca inscrita ni la inexistencia, revocación o renuncia del pacto de supervivencia contenido en capitulaciones matrimoniales, operaciones que el poder especial no incluye entre las facultades ya que se limita respecto de la finca 2.165 única y exclusivamente a los derechos que al poderdante pudieran corresponder en la herencia de su esposa fallecida pero no a sus propios derechos sobre la finca, que de rectificarse el régimen y ejecutarse el pacto sería suya la nuda propiedad de toda la finca. Los indicados defectos podrán subsanarse una vez presentado el título sucesorio completo y válido con la ratificación de la escritura por el cónyuge sobreviviente, que implicará que cede no sólo los derechos que tenía en la herencia de su esposa sino el pleno dominio de la nuda propiedad de la mencionada finca, dicha ratificación no podrá

perjudicar a tercero, pues el defecto se convertiría en insubsanable. Sin ser defecto que impida la inscripción, según la descripción de la finca y el sistema de bases gráficas registrales la finca mencionada es colindante con el dominio público marítimo terrestre y está encuadrada en la servidumbre de protección por lo que se advierte que cuando se practique la inscripción se efectuará la comunicación que previene el art. 35 Rto Costas de 10 de octubre 876/2014. Fundamentos de Derecho (...). II.—Según la ley personal aplicable, que es la belga, los efectos del matrimonio y sus pactos o capitulaciones, se regirán por el art. 9.2 y 9.3 Cc: "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. La nulidad, la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 197. 3. Los pactos o capitulaciones por lo que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio serán válidos cuando sean conformes bien a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento". Según el CC Belga (arts. 1.400 y concordantes) el régimen matrimonial belga legal supletorio es el de comunidad de adquisiciones (gananciales) en el que se distinguen tres patrimonios, el patrimonio propio de cada esposo y el patrimonio común, en el presente caso nos encontramos ante una ganancialidad paccionada en capitulaciones de 1975 conforme a los arts. 1.498 y ss., conteniendo varios artículos entre los que se encuentra el pacto de supervivencia (art. 5). Cabe también que el bien adquirido originariamente fuera privativo, cuando se acredite el pago por un esposo con el producto de otros bienes privativos, lo que ignoramos se produjo con el otorgamiento de la primera escritura al señalarse sin más que era un régimen de separación. Además es necesario el consentimiento de ambos esposos para adquirir, es decir, que se precisaba para la compra efectuada en aquella escritura de 1999 y entendemos que por ende ahora para rectificar aquella por la presente; así como para enajenar o gravar derechos reales susceptibles de hipoteca, adquirir, ceder o dar en prenda fondos de comercio o cualquier explotación, concluir, renovar o anular los arrendamiento de más de nueve años, consentir los arrendamientos comerciales y en firme; ceder o donar créditos hipotecarios, percibir el precio de venta de inmuebles o el reembolso de créditos hipotecarios (a diferencia de Derecho Español la cancelación de hipoteca exige consentimiento de ambos); aceptar o rehusar un legado o donación si se estipula que el bien será común, contraer préstamos, concluir un crédito de consumo. Conforme a los arts. 1.387 y ss. del Cc Belga, existe libertad capitular, es decir, los esposos belgas pueden establecer sus capitulaciones matrimoniales como tengan por conveniente, siempre que no sea contrario al orden público, ni a las buenas costumbres, y tampoco pueden derogar las reglas relativas a sus derechos y deberes respectivos, ni los relativos a la autoridad parental, tutela o al orden legal de la sucesión. También puede en capitulaciones contenerse un pacto sucesorio capitular: Los esposos pueden en capitulaciones o acto modificativo posterior, si uno de ellos tiene descendientes de relación anterior a su matrimonio o adoptados, pactar un acuerdo, incluso aunque no sea recíproco, relativo a los derechos que uno puede ejercitar en la sucesión del otro. Este acuerdo no puede privarle del derecho de usufructo sobre el inmueble que constituya el hogar familiar y los muebles de uso ordinario. En relación a las formalidades y modificación: Las Capitulaciones surten efecto a partir del día de celebración del matrimonio y todas se formalizan en documento notarial. Cabe todo tipo de modificaciones en los capítulos, durante el matrimonio y en cualquier momento, pero se exige un inventario de los muebles, inmuebles y deudas, y una relación de los derechos sobre los que se podrá transigir. Esta modificación de capítulos se somete a la homologación del tribunal de primera instancia de la residencia conyugal, quien puede denegar la homologación si perjudica el interés de la familia, de sus hijos o de terceros. En el presente caso se testimonian las capitulaciones pero no se aporta registro alguno ni publicación oficial, ignorando que sean las últimas

capitulaciones otorgadas, de entenderse que son las vigentes es necesario un pronunciamiento sobre el pacto de supervivencia incumplido o renunciado. Cabe también la transferencia con ello de inmuebles de un patrimonio a otro, pero se constata por acto notarial, tras de la homologación judicial, extremo que no se acredita haya sucedido en el presente supuesto. Estas modificaciones convencionales de capitulaciones no surten efecto frente a tercero, sino desde su publicación en una publicación oficial (Moniteur Belge). Por lo que si bien no se aporta certificado de actos de última voluntad español, si debería acreditarse de algún modo que las capitulaciones aportadas son las vigentes. Además de los artículo 1.333 del CC, 77 LRC, y 166 y 266.6 del RRC: "En las inscripciones que, en cualquier otro Registro, produzcan las capitulaciones y demás hechos que afecten al régimen económico se expresará el Registro Civil, tomo y folio en que consta inscrito o indicado el hecho" y el art. 363 RRC en relación a que la presunción de aplicación de un régimen legal no puede ser desvirtuada por una simple manifestación de los interesados si existen dudas fundadas. En el presente caso, si bien no podemos exigir estos requisitos españoles con relación a la eficacia de las capitulaciones matrimoniales extranjeras si debe aplicarse los principios que se deducen de la actuación registral: el principio de seguridad jurídica del art. 9 CE, la salvaguarda de los Tribunales del contenido de los asientos del Registro (art. 1,3 LH) y las presunciones de exactitud derivadas de los principios hipotecarios: la presunción iuris tantum derivada del principio de legitimación del art. 38 LH y la presunción iuris et de iure del principio de fe pública del art. 34 LH. El admitir una simple declaración de parte interesada (los hijos donatarios sin el cónyuge sobreviviente) constatada por el Notario para cambiar un régimen económico inscrito por uno legal supletorio extranjero que exige intervención de los cónyuges para la adquisición del bien, es desvirtuar el control de legalidad que compete al Registrador de la Propiedad, que si bien no es órgano jurisdiccional sino órgano cautelar, con función de seguridad jurídica preventiva, ha de exigir los requisitos legales que den al acto publicado la suficiente consistencia que permita explicar su afección a terceros. La existencia de posibles terceros que se apoyen en tales pronunciamiento o que ya se hayan apoyado en ellos a través de la publicidad registral para otorgar otras escrituras,, entablar procedimientos judiciales o trabar embargos, se verían perjudicados al hacer ahora el cambio sin el concurso y consentimiento del cónyuge afectado y posible perjudicado en caso que desconociera la situación registral del inmueble y los derechos que le corresponderían en él (pues en el poder no hay mención alguna a estos extremos), en definitiva la seguridad jurídica preventiva de nuestro Ordenamiento Jurídico quedaría quebrada al menos en parte. El Registro de la Propiedad debe ofrecer en sus inscripciones datos contrastados y acreditados y no simples manifestaciones que podrían producir fraudes, engaños y perjuicios no sólo al otro cónyuge sino también a terceros (Sentencia de 15 de marzo de 1994, planteándose la cuestión de si los acreedores podrían ejercitar la acción rescisoria, prevista en el n.º 3 del artículo 1.291 del Código Civil, para impugnar la modificación de las capitulaciones matrimoniales hecha en fraude de sus derechos. El Tribunal Supremo ha considerado en algunas sentencias que el ejercicio de la acción rescisoria no podía tener aplicación dado el carácter subsidiario de la misma y que los derechos de los acreedores están ya protegidos por el artículo 1.317 (Sentencias de 15 de febrero de 1986; 17 de noviembre de 1987; 25 de enero de 1989; 5 de junio de 1990, y 7 de noviembre de 1992). Sin embargo, en otras sentencias ha admitido el ejercicio de la acción rescisoria considerándola compatible con el artículo 1.317 (Sentencias de 30 de enero de 1986; 22 de diciembre de 1989; 29 de octubre de 1990, y 8 de julio de 1991). El Registrador que suscribe, a la luz de los datos documentales ya inscritos en este Registro y los aportados en el presente documento, conforme al CC Belga aplicable y los arts. 9.2 y 3 y 16 Cc, no puede inscribir este título que hace constar un régimen distinto si no se acredita de algún modo que el cónyuge tenía conocimiento de la situación registral y de la rectificación pretendida, de forma que el Registrador pueda tener datos suficientes para, a su vez, proceder a una inscripción garantizando que no haya perjuicio de tercero y a su vez una publicidad basada en hechos con apariencia de realidad y legalidad, del mismo modo que la Resolución de la DGRN 15 de julio de 2011 dispuso que el Notario está

obligado, en las adquisiciones por extranjeros, a hacer constar la ley aplicable a su régimen económico matrimonial, aunque no se referencie su contenido, en el sentido interpretado por el Informe de la Comisión de derecho internacional privado sobre determinación de Régimen Económico Matrimonial en supuestos de derecho interregional de 26 de enero de 2012 que parte de los supuestos de Derecho internacional privado. Obviamente no parece de recibo que nos podamos acoger exclusivamente al art. 159.5 inciso segundo del Reglamento Notarial, que dice literalmente que si el régimen económico matrimonial fuere el legal "basta la declaración del otorgante", pues en el presente caso el régimen es paccionado y el otorgante no es el cónyuge sino los hijos en virtud de un poder especial extranjero que no contiene mención alguna a este respecto (Sentencia TS 14 de febrero de 2000). Las RDGRN 15 de junio de 2009; 5 de marzo de 2010; 2 de junio de 2010, y 23 de agosto de 2011 concluyen que el régimen económico-matrimonial de los firmantes de una escritura sea el legal supletorio (en el presente caso gananciales paccionado) no puede derivar de una simple manifestación de los interesados, sino que ha de ser el resultado de un previo asesoramiento por parte del Notario (asesoramiento que al parecer no se produjo en la escritura de 1999 ni ahora) y de la conclusión a que éste llegue acerca de cuál es el régimen legal de los interesados, debiendo hacerse constar expresamente esta circunstancia en la escritura. En el caso que nos ocupa se afirmó régimen de separación legal para inscribirlo con carácter privativo y ahora se dice que es de gananciales legal (en realidad gananciales paccionado) y no se acompaña la voluntad del cónyuge sobreviviente para tal cambio que le afecta considerablemente pues de creer no tener derecho alguno sobre la finca pasa a tener todos los derechos sobre ella, por lo que el registrador hay de controlar la legalidad de la modificación pretendida y emitir Acuerdo de Calificación, ya que se encuentra vinculado por la ley y por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, así la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008 ya anuló el art. 161 del RN, de presunción de vecindad por lugar de otorgamiento de la Escritura y estableció con anterioridad que "No se trata, por lo tanto, de acreditar la realidad de tales circunstancias sino de su mera expresión y constancia en el documento, de manera que la fe pública notarial se limita a las manifestaciones de los comparecientes en tal sentido sin otro alcance. No hay, por lo tanto, constatación de la acreditación de tales circunstancias de estado civil y régimen económico-matrimonial sino de las manifestaciones de los otorgantes al respecto y como tal ha de valorarse, en su caso, por los funcionarios a los que la Ley atribuye la facultad de examen o de calificación a los efectos oportunos" haciéndose referencia al registrador de la propiedad. La aseveración del Notario ha de valorarse como una fe de manifestaciones de las partes, y si no basta para despejar las dudas, porque existe otro régimen inscrito, el Registrador ha de pedir el concurso y consentimiento del cónyuge sobreviviente para acreditar el cambio. En definitiva, el art. 159.5 es que para que la escritura esté válidamente otorgada, basta con que el Notario recoja "las manifestaciones" de los otorgantes sobre su régimen económico-matrimonial. Dicho con otras palabras, las manifestaciones de parte interesada recogidas por el Notario o sus juicios personales que podrían valer para formalizar la Escritura han de además de acreditarse en la forma legal oportuna, de modo que el Registrador pueda ejercer bajo su responsabilidad la calificación de los documentos presentados en toda su extensión, es decir, el control de la legalidad de los mismos que le atribuye el ordenamiento jurídico, pues de otro modo estaría haciendo una dejación de sus funciones. En conclusión, lo que puede bastar para otorgar una escritura puede en ocasiones no ser suficiente para permitir su Inscripción, rectificando otra anterior y producir todos los efectos legales derivados de un Registro Jurídico como el nuestro. Aducimos respecto a la ley sucesoria los arts. 9.8 Cc, el art. 12.1 y 2 Cc: "La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la Ley española. Y 2. La remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su Ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra Ley que no sea la española". Y el art. 36.2 RtoH: "La observancia de las formas y solemnidades extranjeras y al aptitud y capacidad legal necesarias para el acto podrán acreditarse, entre otros medios, mediante aseveración o informe de un Notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente

del país de la legislación que sea aplicable. Por los mismos medios podrán acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles". A la luz de lo examinado entendemos que el título sucesorio completo sería conforme al art. 14 LH que dispone en su párrafo primero que "el título de la sucesión hereditaria a los efectos del Registro es el testamento, el contrato sucesorio, la declaración de heredero (...)" Artículo 16: "Los dueños de bienes inmuebles o derechos reales por testamento u otro título universal o singular, que no los señale y describa individualmente, podrán obtener su inscripción, presentando dicho título en el documento, en su caso, que pruebe haberles sido aquél transmitido y justificando con cualquier otro documento fehaciente que se hallan comprendido en él los bienes que traten de inscribir" en relación con los arts. 76 y 78 RtoH que exigen los certificados de defunción y sucesorios para acreditar que son los últimos otorgados. Por lo que en el presente caso el título completo sería tanto la declaración de herederos como en su caso la donación originaria y el pacto capitular vigente que no puede olvidarse en el presente caso, acreditando por los medios admitidos en derecho que dichos documentos presentados son los últimos otorgados.

III.—En relación con el poder especial extranjero testimoniado, señalar varias cuestiones:

III.1.—En relación a la representación voluntaria a la que se le aplican los arts. 1.984 y concordantes del Cc Belga: Se recoge el contrato de mandato en términos muy similares al Derecho Español, así dispone el art. 1.984 que el mandato o procuración es un acto por el cual una persona da a otra el poder de hacer algo para el mandante y en su nombre. El contrato se formaliza con la aceptación del mandatario a diferencia del derecho español. Al igual que en nuestro derecho se confunde en cierto modo, el contrato de mandato como tal (que puede ser por acto público, o por escrito privado o incluso por carta) con la forma de acreditarlo; es decir, el poder como elemento formal para ejercitar la representación. El poder puede ser especial para un acto concreto o para todos los asuntos del mandante, en el caso que nos ocupa es un poder especial, respecto de una finca concreta y en relación sólo a los derechos que al poderdante puedan en su caso corresponder en la herencia de su esposa, limitándolo a renunciar a la misma o hacer donación a favor de los hijos, lo que no contiene el poder es habilitación para que de no existir derechos en la herencia de su esposa, pues rectificado el régimen le corresponden todos por el pacto de sobrevivencia contenido en capitulaciones, se utilice el mismo poder para que el bien haga tránsito a los hijos cuando la titularidad sería sólo del cónyuge superviviente en tanto no se acredite la inexistencia o renuncia del pacto capitular o se habilite a disponer de todos sus derechos en dicha finca mediante ratificación.

III.2.—En nuestro derecho acudimos al artículo 1261 del Código Civil en cuanto a la necesidad de consentimiento para la existencia de contrato, y los artículos 1.712, 1.727 y 1.259 del Código Civil en cuanto a la necesidad de acreditación de la representación, en la forma requerida por el artículo 98 de la Ley 24/2001 en la redacción dada por la Ley 24/2005, conforme al cual debe presentarse al Notario autorizante copia auténtica del poder donde se conceden las facultades al representante, reseñándolas, junto con la identificación de dicho documento y expresando el Notario que a su juicio las facultades reseñadas son suficientes para la realización del acto jurídico concreto realizado en la escritura calificada y que éste sea congruente con los negocios efectivamente realizados; es decir, rectificación del régimen, indispensable porque el consentimiento del cónyuge es necesario para comprar, y la inexistencia, revocación o renuncia del pacto de supervivencia para poder practicar la liquidación por mitad de una finca concreta sin más bienes, aceptación de herencia con adjudicación de la legítima en bienes concretos y ulterior donación. Siendo la reseña de las facultades y la congruencia objetos de calificación, al constar una situación o negocio distinto del señalado en la escritura, no bastaría la mención contenida en el juicio de suficiencia sino que sería necesario reseñar el acto concreto en cada juicio de suficiencia y la mención expresa de que tienen facultades en virtud de un poder que sería diferente del aportado o por medio de una ratificación que no puede perjudicar a un tercero. El art. 98 LA 27/12/01 modificado por Ley 18/11/05: "1. En los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el Notario autorizante insertará una reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará

que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera". El Registrador puede calificar la congruencia del Juicio de suficiencia si al examinar la cuestión resulta que las facultades señaladas no incluyen las del negocio concreto realizado, por los siguientes argumentos: 1.—El primero y principal que aducimos es precisamente el sistema de seguridad Jurídico-inmobiliaria español, creado por la Ley Hipotecaria en 1861, que atribuye al instrumento público la función de documentar hechos en forma auténtica, veraz e íntegra, pero que encomienda al Estado, a través del Registro de la Propiedad, el control de la legalidad, es decir, la decisión sobre si el acto o negocio ha de producir efectos frente a terceros. El argumento citado tiene el respaldo de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 27/2/1985; 16/6/1984, 2 y 6/6/1985; 30/9/1985; 19/12/1988 y 14/6/1989) que afirma que "La fe pública notarial no alcanza la veracidad intrínseca del documento, sólo a lo que los otorgantes han manifestado" y en STS 14/10/2008 que señala que "el deber del Notario de cerciorarse de que lo que hace se ajusta a la legalidad, no es, sino un deber genérico que atañe a todo funcionario público, y no es una función específica suya". También goza del respaldo de la doctrina procesalista, que de forma unánime interpretando el art. 1.218 Cc, constriñe los efectos del instrumento público emitido por el Notario a servir de instrumento probatorio de hechos, y en ningún caso de la legalidad intrínseca de las manifestaciones, y mucho menos de juicios de valor. El instrumento público goza de la presunción de veracidad (los otorgantes han manifestado lo que en él se dice) e integridad (no existen más manifestaciones que las recogidas en él), mientras la facultad de decidir, no si el acto es válido o no, sino si es susceptible de acceder al Registro y convertirse en "la verdad oficial" reconocida por el Estado, bajo salvaguarda de los tribunales y produciendo todos efectos ofensivos, defensivos, traslativos y legitimadores (art. 32, 34, 38 y concordantes LH), corresponde al Registrador. El Tribunal Supremo ha negado reiteradamente que el control de legalidad constituya una función específica del Notariado más allá de lo estrictamente indispensable para prestar su ministerio y en este sentido la STS de 20/5/2008 anuló todas las referencias al "control de legalidad" contenidas en la última reforma de 19 de enero de 2007 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944. Y finalmente este argumento goza del respaldo legal, ya que habiéndose introducido el art. 98 LA no se han modificado el art. 18 LH y 99 y ss RtoH, ni tampoco el art. 18 CdeCom que atribuyen el control de la legalidad a través de la calificación a los Registradores. Además el sistema diseñado por la Legislación hipotecaria tiene soporte en el Derecho Constitucional y en otras muchas leyes administrativas: Uno de los principios fundamentales de nuestro Ordenamiento es que todos los funcionarios públicos, entendiendo dentro de ellos los profesionales oficiales (Notario y Registradores) han de motivar suficientemente los actos que realicen en el ejercicio de su competencia, citamos el art 9.3 de la Constitución Española que establece el principio de «interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos» y así lo impone también el artículo 54.1 a) de la Ley 30/92 de 26 de diciembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, aplicable a todos los actos de los órganos de la Administración pública que "limiten derechos subjetivos e intereses legítimos", entre los cuales se encuentra, como es evidente, el Juicio que ahora estamos examinando, pues por él se limita el derecho del poderdante que no ha intervenido en el acto, al quedar privado de la posibilidad de intervenir en defensa de sus intereses más directos. Por tanto con independencia de que consideremos la actuación notarial como de Jurisdicción voluntaria, o administrativa, es preciso que sea motivada, por exigirlo la CE y la Ley 30/92, de 26 de noviembre, y taxativamente las Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1981, y 11 de julio de 1983, al señalar que la motivación constituye una garantía elemental del derecho de defensa, e incluye en el haz de facultades que comprende el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 9.3 y 24 CE), el de obtener una resolución fundada en Derecho. Pues de otro lado la admisión de la extensión de la fe pública notarial a los juicios de valor jurídicos supondría convertir al Notario en el único funcionario público que no habría de motivar sus juicios de valor, y le atribuiría la facultad exorbitante de realizar juicios que afectasen a los derechos subjetivos privados y que escaparían al control judicial. 2.—Desde punto de vista jurisprudencial (en base a la

Sentencia de la AP de Valencia de 25 de octubre de 2006), firme por auto TS 21/4/09, dice que "es claro que el precepto faculta al Notario para juzgar y evaluar las capacidades de representación que se le someten, pero permiten al Registrador posteriormente, calificar el juicio notarial de suficiencia y, por tanto, disentir de la previa opinión del Notario y hacer valer su función calificadora. El Registrador no sólo puede, sino que debe calificar la capacidad de los otorgantes de la Escritura Pública que se le presentó a inscripción". Y otras como la Sentencia de la AP de Murcia de 3 de noviembre de 2008 y de la AP de Málaga de 4 de febrero de 2009, la Sentencia de la AP de Madrid, Juzgado n.º 32, de 13 de mayo de 2009, y la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Segovia que revocó la RDGRN de 13/11/2007 (revocada esta última a su vez por Sentencia de la Audiencia que no es firme y que está pendiente de resolución en casación), además y a modo de colofón apuntamos que el Tribunal Supremo en Sentencia de 17 de septiembre de 2011 reconoce que el registrador puede calificar la congruencia del juicio de suficiencia del notario. Por tanto la reseña y el juicio de suficiencia son imperativos, de modo que ni una ni otra quedan cumplidos por la transcripción de las facultades, ni por la incorporación, total o parcial del documento representativo aportado, ni tampoco puede confundirse con el juicio de capacidad según RDGRN 12/9/06. Las RRDGRN 29, 30 y 31 de octubre de 2007 señalaron que la calificación del registrador se extiende: 1.–A la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento de que nace la representación. Por tanto sería defecto si la reseña es insuficiente, inexacta o inexistente o no se tiene o ha tenido copia auténtica del poder a la vista. 2.–A la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación al negocio jurídico documentado facultades ejercitadas. Por lo que se apreciará defecto si falta el juicio de suficiencia; y finalmente la calificación se extenderá; y 3.–A la congruencia del juicio de suficiencia que hace el notario del acto o negocio documentado y el contenido del mismo título. Acuerdo En su virtud, acuerdo suspender la inscripción solicitada por la concurrencia del defecto mencionado. 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 interesado y al funcionario autorizante del título calificado en el plazo máximo de diez días hábiles. Esta nota de calificación negativa (...) Se firma la siguiente en Torredembarra a 4 de mayo de 2015 (firma ilegible). Víctor J. Prado Gascó (firma ilegible). Registrador de Torredembarra».

III

El Notario autorizante solicitó calificación sustitutoria, conforme al artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria, que recayó en el registrador de la Propiedad de Tarragona número 3, don José Miguel Sanza Amurrio, el cual resolvió «calificar negativamente el título presentado y ratificar íntegramente en todos sus términos la calificación negativa efectuada por el Registrador de Torredembarra de dicho título en cuestión y los defectos observados, devolviendo el mismo al interesado (...) Tarragona, veintisiete de mayo del año dos mil quince».

IV

La nota de calificación confirmada fue recurrida, el día el 3 de junio de 2015, mediante presentación de escrito, en el Registro de Torredembarra, para la Direcció General de Dret i de Entitats Jurídiques de la Generalitat de Catalunya, por don Ricardo Cabanas Trejo, notario autorizante del título calificado, en base a la siguiente argumentación: «Fundamentos de Derecho: Para descargar la exposición, en lo sucesivo hablaré de doña A para aludir a la difunta –doña G. M. V. H–, de don B, para hacerlo de su marido –don G. A. B.–, y de don C y de don D, para identificar a los dos hijos comunes –Don H. L. J. B. y doña L. G. M. B.–. Evité hablar de doña D, para dejar más claro en la exposición que al emplear el tratamiento en femenino, siempre se trata de la primera. I.–Cuestión previa: Identificación de los interesados. 1. Por la insistencia de la nota de calificación en aludir al interés de terceros, conviene acotar el supuesto de hecho mediante la identificación de

todos los que tienen, o pueden tener algún interés directo en el mismo. El asunto tiene su origen en la muerte de doña A, que figura como titular de un inmueble inscrito en el Registro de la Propiedad –RP– de Torredembarra. Si el tema se plantea en términos estrictamente sucesorios, los implicados son los llamados a esa herencia como herederos, o con algún derecho específico sobre dicho bien por razón de la sucesión (p. ej., in legado). En cambio, si lo enfocamos desde la perspectiva del régimen económico matrimonial, sólo se ha de tener en cuenta la identidad del otro cónyuge. 2. En el caso, la identidad del cónyuge viudo resulta de dos documentos notariales belgas, debidamente traducidos y apostillados ambos, y que constan testimoniados en la escritura. Uno es el de capitulaciones matrimoniales del año 1975, donde aparecen identificados los cónyuges doña A y don B. El otro es un documento específicamente titulado «declaración de herederos», donde la notaria belga declara que la difunta sólo dejó dos hijos, don C y don D. De esa misma declaración de herederos resulta que ninguna atribución específica del bien inscrito en el RP español se ha realizado a favor de otra persona. Por tanto, sobre la base de esa información, las únicas personas con interés en este asunto son don B, don C y don D. Personas, que bien de forma directa, bien por representación, han intervenido en la escritura calificada 3. Ninguna razón hay para entender que existan otras personas, en forma de otros hijos de doña A, ya sean comunes con don B o de otro progenitor, y resulta por completo irrelevante que don B continúe viudo, o se haya vuelto a casar, o conviva con otra persona, pues se trata de la sociedad conyugal que tenían doña A y don B. De la documentación aportada resulta que están todos los que son, y no procede una prueba del hecho negativo de la ausencia de otros interesados. 4. Supuesto lo anterior ¿quiénes son esos terceros en cuya necesaria protección tanto insiste el RP? En realidad sólo se trata de «posibles» terceros que se apoyen en los pronunciamientos registrales, y añade en curiosa disyuntiva «o que se hayan apoyado en ellos a través de la publicidad registral para otorgar otras Escrituras, entablar procedimientos judiciales o trabar embargos» (p.4). La pregunta es ¿consta al RP por el contenido de sus libros algunos de estos hechos? Pues no, como evidencia su propio silencio al respecto, y remacha la calificación del defecto como subsanable, pues ya advierte el RP que de haber perjuicio a terceros el defecto sería insubsanable, y, de momento, no lo es (p.2). Se trata, por tanto, de un tercero meramente hipotético, un tercero teórico, puramente abstracto, pues hasta ahora ningún tercero ha pretendido derecho alguno con fundamento en la actual titularidad registral. Se podrá decir que quizá lo haya hecho, pero aún no conste en el RP español, pero volvemos a la prueba de los hechos negativos. No es el interesado quien ha de probar que nada pasa con esa finca, sino el RP quien ha de sostener, sobre la base de sus propios asientos, que pasa algo, que hay un tercero, y ahora no tenemos terceros, según el RP. Por tanto, en este momento, los únicos interesados en el tema son las «partes», es decir, quienes estén involucrados en la herencia/sociedad conyugal de la difunta doña A, y como se ha señalado en el punto anterior sólo se trata de don B, don C y don D. 5. De todos modos, el argumento del tercero empleado por el RP es puro efectismo. Dejando de lado un hipotético comprador de la finca en escritura firmada sólo por doña A, y de la que nadie tiene noticia (mucho menos el RP por sus asientos), un hipotético perjuicio habría de derivar de la condición de acreedor privativo de doña A, pues de contar con la exclusividad del bien para ese tipo de deudas, ahora se vería obligado a concurrir con los acreedores comunes de la sociedad conyugal. Sin embargo, en ausencia de una anotación específica en el RP de un procedimiento ya en marcha, la realidad es que doña A estaba casada en gananciales, y esta realidad ha sido siempre oponible a todos los acreedores, no sólo por razón de unas capitulaciones del año 1975 inscritas, también porque era el régimen «legal» belga (así lo destaca la propia declaración de herederos), sin perjuicio de lo que hubieran podido convenir los cónyuges a propósito del mismo (en esto será «paccionado»). En otras palabras, un acreedor privativo de doña A no podría pretender una ventaja posicional frente a los acreedores comunes por razón de la «apariencia» –o «verdad oficial», si se quiere– en el RP español, que no es el registro público donde deben anotarse las capitulaciones matrimoniales de los ciudadanos belgas. II.–Insuficiencia del título sucesorio. 6. Por la importancia que el RP concede a las palabras,

es necesario destacar que el mismo RP habla de «título sucesorio» en relación con el pacto capitular (p.5, al final de II), y expresamente de «pacto sucesorio» cuando alude a la atribución al sobreviviente de los bienes conyugales (p.2, defecto 3). No obstante, el RP considera que este título que reconoce como sucesorio no está completo, y que tampoco se acredita su validez. 7. Conviene reparar en la documentación testimoniada, o reseñada en la escritura, y en los inconvenientes que el RP formula en cada documento: i) Una declaración de herederos formalizada por una notaria belga. En ella la Notaria deja constancia de que doña A falleció abintestato, dejando como únicos herederos legítimos y forzosos a su esposo y sus dos hijos, pero en virtud de las capitulaciones y de una donación entre esposos, al viudo le termina correspondiendo toda la sociedad conyugal y toda la herencia. En relación con este documento, el RP no pone en duda que se trata de una declaración de herederos, es decir, un documento de índole sucesoria, cuyo objeto es declarar quiénes son los herederos de doña A, ni la competencia o la legitimación de la notaria belga para hacerlo. El problema es que, al indicar la propia notaria que reemplaza otra declaración anterior, súbitamente le surge al RP una incerteza sobre el título, «dudas» sobre la actuación de la notaria, pues, quizá haya otro, es decir una declaración de herederos de contenido diferente, se supone por razón de unos títulos sucesorios distintos de los reseñados y comprobados por la notaria belga. Por eso el RP exige de «algún modo» (p.3) o «por los medios admitidos en derecho» (p.5), que se acredite que los títulos sucesorios reflejados en esa declaración son los últimos, o se justifique que es la última declaración de herederos (p.2). ii) Respecto de las capitulaciones matrimoniales del año 1975, además de aparecer reseñadas en la declaración de herederos, y como constituyen propiamente el título de la adjudicación por razón de la muerte de doña A, se testimoniaron íntegramente en la escritura para así cumplir con el art. 14 Ley Hipotecaria –LH–. Es importante destacar, en contra de lo que afirma el RP (p.–3), que se trata de capitulaciones inscritas en el registro del país de origen –Bélgica–, como resulta de la última línea de la traducción («se registraron dos hojas marginales en Amberes...»). En relación con el punto anterior, el RP exige acreditar que no hubo unas capitulaciones posteriores que modificaran o dejaran sin efecto las anteriores de 1975. Repárese en que no pide un certificado del Registro Español de Actos de Última Voluntad –RAUV–, requisito que resultaría de muy fácil cumplimiento, sino una acreditación genérica que necesariamente ha de incluir actos o documentos otorgados en Bélgica, ante funcionarios de ese país –no consulares españoles–, de los que nuestro RAUV difícilmente tendría constancia (tampoco se ha de excluir, art. 3.d) del anexo II del Reglamento Notarial –RN–, pero parece poco probable que el RP se conforme sólo con esto a la vista de su calificación). iii) Por último, en relación con la donación de doña A a don B de toda su herencia, formalizada pocos días después de las capitulaciones matrimoniales, el RP exige su aportación específica, por cuanto pudiera tener algún efecto en la sucesión como «contrato sucesorio». 8. En relación con i) y con ii) el RP pretende la acreditación de una serie de hechos negativos, en concreto que no hay una tercera declaración notarial de herederos, o que no se otorgaron unas nuevas capitulaciones matrimoniales. Lo primero resulta difícil, pues esta notaria belga podría declararlo, pero no sabemos qué se ha hecho por otro notario del país, o qué notario sería competente según el derecho belga. Podemos entrar en un auténtica probatio diabólica hasta dar con el «algún modo» que satisfaga las exigencias del RP. Pero ninguna razón hay para poner en duda la declaración de la notaria belga, quien habrá utilizados los mecanismos que el ordenamiento jurídico belga pone a su disposición (lo que indica al comienzo: «y la información obtenida por mí»), para cerciorarse de la realidad de los datos que transcribe y de los hechos que narra, y con este fundamento declarar la condición de herederos de don B. El RP no niega que un notario belga pueda hacerlo, sólo quiere saber si ha vuelto a cambiar de opinión, y así ad infinitum, pues el mañana es impredecible, y en Bélgica debe haber más de un notario. Y esto mismo sirve para la vigencia de las capitulaciones matrimoniales inscritas, y testimoniadas en la escritura, pues la notaria belga formula su declaración de herederos sobre la base de los documentos presentados por los interesados y de la información obtenida por ella. 9. En cambio, en iii) se trata de un hecho positivo, pues el RP pretende la aportación de un título que tampoco es

demasiado relevante a estos efectos. Como veremos después, la adjudicación a favor de don B tiene lugar sobre la base del pacto contenido en la escritura de capitulaciones matrimoniales, sin necesidad de acudir a la donación a su favor. La primera comprende los bienes comunes y la segunda el resto de los bienes de doña A. Al ser el bien inscrito un bien común, el primer título es suficiente, pero su reseña en la declaración de herederos, precisamente para declarar que a don B le corresponde también la totalidad de la herencia, deja claro que los únicos interesados en este asunto son don B, don C y don D. Nadie más III.—Inadecuación del contenido de la escritura al pacto sucesorio y a la declaración de herederos. 10. La nota de calificación denuncia, también, que el contenido de la escritura no se corresponde con el de los títulos testimoniados y que expresamente constituyen su fundamento. En la escritura se formaliza una aceptación de herencia, mientras que dichos títulos darían lugar a la atribución completa del bien a don B, por razón del pacto capitular, por un título que podemos llamar conyugal, por contrapuesto al sucesorio. Como no consta que ese pacto capitular haya sido revocado o renunciado, procedería adjudicar el bien íntegro a don B por el título conyugal, y después ya se verá si el poder sirve también para la donación. 11. Vaya por delante una cierta incongruencia en la nota de calificación, pues el RP no siente mayor empacho en hablar de título sucesorio en relación con esas capitulaciones, o de pacto sucesorio a propósito del pacto de capitular, pero después abjura completamente de cualquier asomo de una institución sucesoria, para sostener que la atribución sólo puede ser conyugal. Para enfrentar la cuestión, como se razona ampliamente en la escritura calificada, y tampoco ha sido contradicho por el RP, aquí se ven involucrados dos ordenamientos jurídicos, el belga, por un lado, y el catalán, por otro. 12. Del derecho belga nos viene la naturaleza del pacto como convenio matrimonial, por razón del Régimen Económico del Matrimonio –REM–, que no se considera donación a efectos de una posible reducción, aunque sí que está sujeta a ciertos límites (art. 1.464 Código Civil belga, pero los cónyuges formalizaron las capitulaciones con la redacción anterior a la Ley belga de 14 de julio de 1976). De todos modos, se trata de una atribución que tiene lugar –sólo– por la muerte de un cónyuge, de una auténtica adjudicación post mortem, y que la propia notaria belga toma como fundamento para declarar heredero a don B. 13. Aunque este título de atribución nos viene por el carril del derecho belga, respecto de la herencia de doña A y para los bienes inmuebles situados en Cataluña se debe aplicar el derecho catalán. En concreto, de este Ordenamiento deberá resultar la condición de legitimario, la cuantía y la naturaleza de la legítima de los hijos don C y don D (Resolución de la DGDEJ de 18 de septiembre de 2006, citada en la escritura: «aplicación de las normas de conflicto hace aplicable por decisión de la Ley belga, la legítima catalana a la sucesión de un ciudadano belga»). Acotada la aplicación de la norma catalana al inmueble sito en España, que lógicamente no entra en las legítimas que puedan corresponder, en su caso, por los bienes situados en Bélgica, surge la duda de si la herencia de doña A tiene algún valor, o simplemente es igual a cero. Y es lo cierto que una disposición legal catalana que guarda cierta semejanza con nuestro supuesto de atribución de la totalidad del bien por un título conyugal, como es el pacto de supervivencia del art. 231-15 Código Civil de Cataluña, claramente establece que los bienes adquiridos con dicho pacto, aunque el sobreviviente se convierta automáticamente en propietario único, deben computarse en la herencia del premuerto a los efectos de cálculo de la legítima. En análogo sentido, hay base para sostener que deben añadirse al caudal relecto para el cálculo del art. 451-5 CCC. Quede claro que no estoy afirmando que se trate de un pacto de supervivencia del Derecho catalán, pues se trata de un pacto según el Derecho belga, sino que ese pacto no puede sustraer in toto el inmueble en Torredembarra al cálculo de la legítima de los descendientes, pues esta legítima sí que depende y está regulada por el Derecho catalán. En este sentido el pacto de supervivencia catalán pone de manifiesto hasta qué punto se trata de una cuestión controvertida, generadora de abundante litigiosidad judicial, pues los legitimarios no se resignan a la merma de su derecho, por mucho que no se pueda hablar en sentido estricto de una donación (sentencia 6/2003 rec. 86/2002; sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida (sección 2.ª) de 20 de octubre de 2009 rollo 687/2008; sentencia de la Audiencia Provincial de Girona (sección 1.ª) de 3

de octubre de 2005, rollo 56/2005 –«cuestión distinta es la computación en la herencia del cónyuge premuerto de la participación adquirida por el otro a los efectos de calcular la legítima»–; sentencia de la Audiencia Provincial de Girona (sección 2.ª) de 13 de abril de 2005 rollo 60/2005 –«no se puede aceptar esta equiparación entre el pacto de supervivencia y una donación por causa de muerte. No obstante, lo anterior no implica que por esta circunstancia no haya de computarse la cuota del premuerto en su herencia a los efectos de calcular la legítima global»–; sentencia de la Audiencia Provincial de Girona (sección 2.ª) de 24 de enero de 2011, rollo 488/2005 (...). No obstante, para el Derecho catalán, como marco legal de referencia para la concreción de esa legítima, la situación tampoco sería muy distinta si la enfocáramos desde la perspectiva estricta de la liquidación de un régimen matrimonial de comunidad, cuando se hubiera pactado por los cónyuges que la división de los bienes no sea por partes iguales (respecto de la previsión del art. 232-38.1 CCC, de convenir un reparto no igualitario entre el cónyuge superviviente y los herederos del premuerto, escribe M. G.: «sin embargo, entendemos que cualquier pacto que atribuya al cónyuge superviviente una participación superior al 50% generará conflictos con los legitimarios», en *Persona y Familia*. Libro segundo del Código Civil de Catalunya, coord. por R. T., Madrid, 2011, p. 802). 14. Con arreglo a esto en la escritura tiene lugar una adjudicación separada al viudo don B y a la herencia de doña A, por razón de una liquidación de la sociedad conyugal circunscrita al inmueble en Cataluña, con la estricta finalidad de calcular la legítima que habría de corresponder a los hijos según la norma catalana, pero el título de la atribución a favor de don B es el pacto capitular tantas veces mencionado, y que en ocasiones el propio RP tampoco duda en calificar de sucesorio. La única diferencia es que en la escritura don B se adjudica el 75% de dicha cuota, mientras que el RP considera que los títulos indicados sólo permiten una atribución del 100%, pero el criterio del RP sólo perjudica a don B. Como veremos en el epígrafe siguiente, la voluntad de don B expresada en el poder es la de transmitir a sus dos hijos la totalidad del inmueble. No obstante, de hacerlo según quiere el RP, es decir, atribución del 100% por el pacto a don B, y posterior donación a sus dos hijos del 100%, se produciría el efecto colateral indeseado de haber dejado pendientes, es decir, sin pagar los posibles derechos legitimarios de los hijos en la herencia de su madre, cuya reclamación futura podrían plantearse. Al recibir su legítima «catalana» directamente con una participación del 25% de la mitad del inmueble, según se hace en la escritura, el tema de la legítima también queda resuelto, para tranquilidad de don B. En otras palabras, ante una cuestión que puede resultar controvertida en el futuro, se sigue la interpretación más favorable a don B, con la total anuencia de los otros dos –y únicos– interesados don C y don D, que dan carta de pago por su derecho. Enlazando con la cuestión que después se trata de la interpretación del poder, podríamos hablar –incluso– de una actuación más ventajosa para el mandante (art. 1.715 CC), pues los mandatarios zanján, sólo en «su» propio perjuicio, cualquier disputa que pudiera generarse por razón de la legítima. 15. Por supuesto, lo que no tiene ningún sentido, y es evidente que don B no ha querido hacer, pues le guía un objetivo tan acotado y preciso como la transmisión de un singular bien inmueble a favor de sus dos hijos, es renunciar al pacto capitular, o que se especule con una hipotética renuncia, pues probablemente existan otros bienes conyugales en Bélgica, o quizás en España. Lo procedente, en aplicación de ese pacto capitular, es que el viudo se adjudique el bien, como ha hecho, precisamente para donarlo después a sus hijos, que es su deseo. Si la escritura habla de liquidación conyugal y separa una porción para la herencia de doña A, es por la necesidad de calcular la legítima de sus hijos, que también se ha de pagar, y, además, interesa a don B que ya quede pagada. No se alcanza a detectar qué base ofrece la escritura para pretender que don B ha renunciado al pacto, cuando la adjudicación a su favor se hace en la escritura por razón del mismo».

V

El Registrador emitió su preceptivo informe y elevó el expediente a este Centro Directivo el día 8 de junio de 2015.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 149.1.8.^a de la Constitución Española; 4, 40, 41, 214, 324.2 y 327 de la Ley Hipotecaria; 98.2 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, modificada por el artículo trigésimo cuarto de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre; 9.2, 9.3, 9.8.1 y 3, 10. 1, 11.1, 12.1., 2 y 5, 16. 1 del Código Civil; 36 y 322 y siguientes del Reglamento Hipotecario; 1.525 y siguientes del Código Civil de 21 de marzo de 1.804; 1.451 y 1.455 y la disposición transitoria del Código Civil Belga de 14 de julio de 1976; los artículos 28 de la Ley Belga de 6 de mayo de 2009; 1.497 y 1.526 del Código Civil Belga de 25 de marzo de 2013; 78 de la Ley de 16 de julio de 2004, del Código de Derecho internacional privado; 745 bis del Código Civil Belga, en redacción dada por ley de 4 de mayo de 1981; la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional número 4/2014, de 16 de enero; la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2014, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de marzo y 18 de junio de 2003; 5 de febrero de 2005; 26 de abril de 2012; 9 de julio, 13 y 14 de agosto y 13 de septiembre de 2014, y 23 de febrero, 2 de marzo y 27 de abril de 2015.

1. Como cuestión previa debe decidirse acerca de la competencia de este Centro Directivo en la resolución del presente recurso, en cuanto el notario autorizante y recurrente presentó su recurso en el Registro, solicitando expresamente su elevación a la Dirección General de Dret i de Entitats Jurídiques de la Generalitat de Catalunya.

El recurrente carece de posibilidad de elección del Centro Directivo, en cuanto es la materia sobre la que versa el expediente la que debe conducir a su resolución por uno u otra Dirección General. Como puso de manifiesto el Pleno del Tribunal Constitucional al analizar el ámbito de aplicación de la Ley de la Generalitat de Catalunya 5/2009, de 28 de abril, su actuación en estos expedientes vendrá determinada por la aplicación del Derecho catalán, lo que en absoluto ocurre en este caso, en el que se debate la aplicación correcta o no del sistema español de normas de conflicto; la prueba y calificación del Derecho extranjero; el alcance del juicio notarial de suficiencia de poderes y la rectificación de los libros del Registro, materias todas ellas fundamentadas en normas estatales de conformidad con el artículo 149.1.8.^a de la Constitución Española.

2. Entrando en el fondo del asunto, se pretende la inscripción a nombre de los dos únicos hijos de la causante, por donación que realiza el cónyuge supérstite, de un inmueble inscrito a nombre de la difunta con carácter privativo, inscripción que se considera errónea. Todos los interesados son de nacionalidad belga.

En efecto, en base a las capitulaciones celebradas por los cónyuges en Bélgica en 1975 que contienen un pacto matrimonial, anterior al título que motivó la inscripción, en el que no constaba este extremo, la inscripción debería haberse practicado para la sociedad de adquisiciones entre los esposos preexistente entre ellos completada con el pacto –conforme al Derecho belga– de atribución íntegra al supérstite de los bienes conyugales en caso de disolución del matrimonio por fallecimiento.

Los defectos alegados por el registrador son los siguientes:

1.º) Siendo indispensable según la legislación belga aplicable en toda adquisición de bienes el consentimiento de ambos cónyuges en caso de sociedad de gananciales, no se acredita el consentimiento del cónyuge sobreviviente para la rectificación de la inscripción de la titularidad de la nuda propiedad a un régimen ganancial paccionado en capitulaciones matrimoniales.

2.º) No se acredita conforme a la ley aplicable que la documentación presentada sea el título sucesorio completo y válido. Además de no presentarse la escritura de donación de fecha 19 de febrero de 1975 que reseña el acta de herederos que pudiera tener algún efecto en la sucesión como contrato sucesorio, ni justificarse que dicha acta de herederos sea la última, ya que se revoca otra anterior; las capitulaciones matrimoniales de fecha 28 de enero de 1975 son aportadas sin justificar de algún modo admitido en derecho que sean las últimas vigentes.

3.º) Una vez acreditada la validez del título sucesorio completo presentado, no se acredita que se ajuste al pacto sucesorio y al acta de herederos la escritura de herencia otorgada por el notario. No consta que se haya disuelto la sociedad por causa distinta al fallecimiento o que se haya revocado o renunciado al pacto de supervivencia contenido en dichas capitulaciones y en la declaración de herederos presentada.

4.º) Incongruencia del juicio de suficiencia emitido que se limita a las operaciones de formalizar (parece parcialmente) la liquidación de sociedad conyugal, aceptación de herencia y donación, (presuponiendo las de liquidación y aceptación a pesar de no reseñarse en el poder) sin indicar las de rectificación de la titularidad de la finca inscrita ni la inexistencia, revocación o renuncia del pacto de supervivencia contenido en capitulaciones matrimoniales, operaciones que el poder especial no incluye entre las facultades ya que se limita respecto de la finca 2.165 única y exclusivamente a los derechos que al poderdante pudieran corresponder en la herencia de su esposa fallecida pero no a sus propios derechos sobre la finca, que de rectificarse el régimen y ejecutarse el pacto sería suya la nuda propiedad de toda la finca.

3. La escritura calificada presenta una cierta confusión entre el ejercicio del pacto conyugal por fallecimiento de la esposa; la adjudicación de la herencia mediante reenvío al Derecho español y la aplicación al caso concreto del Derecho catalán.

Dejando al margen que el Estado, a día de hoy, no haya desarrollado normas de conflicto internas para los no españoles, lo que constituye una laguna legal en la aplicación de la normativa internacional (artículos 36 del Reglamento [UE] número 650/2012 y 19 del Convenio de La Haya de 1 de agosto de 2009 sobre ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, del que España no es parte) es lo cierto que salvo en este contexto internacional no existe ad intra solución normativa a la designación de una unidad territorial determinada en los casos de reenvío desde la ley de origen.

4. En este caso, el Derecho belga (artículo 78 de la Ley de 16 de julio de 2004) prevé un eventual reenvío para los inmuebles situados en otros Estados, a las normas del lugar de su situación (*lex rei sitae*, que obviamente, a falta de norma como la contenida en el artículo 12.5 del Código Civil español, habrá de referirse al Derecho del Estado al que se ha reenviado, sin consideración a sus normas internas, en defecto de Convenio internacional y en aplicación del Derecho internacional público).

Adicionalmente, no establece el Derecho belga un derecho familiar previo a la liquidación del consorcio familiar que permita detraer la posición del viudo del conjunto de la herencia, sino por el contrario, los derechos conyugales sucesorios incluso por predetracción, o pacto conyugal se sitúan en sede sucesoria (artículo 745 bis del Código Civil Belga, en redacción dada por Ley de 4 de mayo de 1981) por lo que ciertamente como dice el notario recurrente habrá que reenviar la sucesión en el bien sito en España al Derecho español.

Más dicho reenvío, como ha señalado la Resolución de este Centro Directivo de 13 de agosto de 2014, no puede conducir a la ruptura de la unidad de la sucesión, ni mucho menos a la aplicación de una regla –la normativa sucesoria catalana– que además de constituir una forma *propter legem* de cubrir la citada laguna, aleja la adjudicación de la herencia de la regla base de origen, conforme a la cual, el cónyuge viudo sucede en la totalidad de la herencia.

5. Por otra parte, la remisión al Derecho español, lo es en el conjunto de las reglas estatales previstas para la aplicación del Derecho extranjero, entre las que destaca la calificación de la institución y la prueba del Derecho aplicable (artículo 36 del Reglamento Hipotecario).

En éstos parámetros, la discusión en España entre el carácter familiar de los derechos del cónyuge viudo –que conducirían a la aplicación de los artículos 9.2 y 9.3 del Código civil– o el Derecho de sucesiones, fue mantenida por la Sentencia del Tribunal Supremo (única) de 28 de abril de 2014, en la que valorando el equilibrio entre la posición de una viuda española frente a los derechos sucesorios de los herederos de su causante, italiano,

argumentó a favor de la aplicación literal del artículo 9.8 in fine, ligando al régimen económico matrimonial la posición sucesoria de ésta.

Esta interpretación, es distinta a la que este Centro Directivo ha seguido en las Resoluciones citadas en el apartado «Vistos» de esta Resolución, que se dirigían a la integración de esos derechos del cónyuge en la sucesión de su consorte, a excepción de las mortis causa capiones.

6. El Reglamento (UE) número 650/2012, aplicable en España desde el 17 de agosto de 2015, con la sola excepción de algunos derechos familiares que pudieran ser integrados en su artículo 30 (disposiciones especiales sobre algunos bienes inmuebles o empresas) incluye, con claridad, los derechos del cónyuge viudo, en las herencias internacionales, entre los elementos de la ley aplicable a las sucesiones mortis causa (artículos 23.2 b).

Por su parte, la propuesta (COM 8160/11) de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativa a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de régimen económico matrimonial, sobre la que el Consejo ha alcanzado un texto de compromiso, en su actual estadio, excluye de su ámbito todo elemento sucesorio, que se regirá por el Reglamento 650/2012.

Por lo tanto para las herencias internacionales causadas el día 17 de agosto de 2015 y en adelante, no cabe duda acerca de la aplicación de la ley sucesoria a la posición del cónyuge viudo ni de la aplicación directa del Derecho de la unidad territorial (artículo 36.2 del Reglamento) cuando se trate de sucesiones de no españoles, cuya residencia habitual (en los términos establecidos en la norma europea) conduzca a dicha unidad territorial, a reserva de que el Estado en ejecución de sus competencias, dicte normas de conflicto distintas.

Con ello, desde tal momento, la interpretación del artículo 9.8.3 realizada en la sentencia citada, se circunscribirá, como la totalidad del precepto, a las herencias en que exista exclusivamente un conflicto interno.

7. En el presente caso, sin embargo, dado que la sucesión se abrió con anterioridad a la aplicación del Reglamento, habrá que estarse, conforme a los artículos 12.1 y 9.8.3 del Código Civil, en interpretación de la sentencia del Tribunal Supremo citada, a la calificación como derecho familiar ligado al régimen económico matrimonial de la sucesión del cónyuge -pese al carácter sucesorio del mismo en el Estado de origen que causa el reenvío a la ley española- y considerar por tanto, que la sucesión del supérstite en la totalidad del inmueble se produce a consecuencia del pacto conyugal y no de la sucesión. Solución, por otra parte coherente, con el Derecho de origen conforme al cual la totalidad del bien debe ser atribuido al consorte, lo que no se respeta en la adjudicación calificada.

Cuestión distinta será, de futuro, la calificación de estos pactos como sucesorios en el ámbito de los artículos 35 y 36 del Reglamento 650/2012, lo que aquí evidentemente no se plantea.

8. Por lo tanto, ciertamente como alega el registrador, el título sucesorio presentado es insuficiente en cuanto la declaración de herederos belga no se acompaña de los correspondientes certificados de Últimas Voluntades de los Registros belga y español como labor previa y justificación del reenvío sucesorio, previa a la calificación del supuesto conforme al artículo 12 del Código Civil, en los términos vistos.

En este punto, sin embargo, no puede ser exigida, como considera el registrador, documentación adicional alguna –en referencia a una donación de 1975– en tanto que de la declaración de herederos aportada resulta claramente determinado el círculo de interesados en la sucesión sin que estuviera disponible en Bélgica un Registro obligatorio para estos contratos hasta 2009 bajo ciertas condiciones (vid. artículo 28 de la Ley de 6 de mayo de 2009 que modifica la Ley de 13 de enero de 1977).

9. Aún han de ser analizados dos nuevos defectos. El primero se refiere al juicio de suficiencia del poder de representación.

Como indicara este Centro Directivo en Resolución de 23 de febrero de 2015, la actividad del notario español ante una representación otorgada en otro Estado, exige una

especial diligencia que permita establecer la equivalencia de su función económica y jurídica –o la más análoga– a fin de que pueda surtir efectos en España en virtud del juicio de adecuación realizado por el notario. O lo que es lo mismo el documento debe superar un análisis de idoneidad o de equivalencia en relación a los documentos públicos españoles, requisito sin el cual no puede considerarse apto para modificar el contenido del Registro.

El hecho de que el poder haya sido otorgado en otro Estado, no exime al Notario de su juicio sobre el mismo, bajo su responsabilidad de conformidad con el artículo 98.2 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, modificada por el artículo trigésimo cuarto de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, debiendo hacerse aun con una mayor diligencia en su valoración.

El Registrador considera que falta el consentimiento expreso del representado para la rectificación del Registro.

Si bien es cierto (artículos 40, 41 y 214 de la Ley Hipotecaria) que a fin de evitar la intervención judicial en el expediente de rectificación del Registro, habrá de concurrir el consentimiento de los interesados para ello, en el presente caso, en que se encuentran identificados y documentalmente acreditado el error mediante la presentación de la documentación obrante, hubiera sido necesario que por el notario y bajo su responsabilidad, hubiera emitido un juicio de suficiencia de las facultades de los dos donatarios a fin de instar una rectificación, que permitiera, salvando el tracto sucesivo, la inscripción a su favor del bien inscrito. Sin embargo, al no producirse el juicio sobre la suficiencia o no del poder para esta rectificación, debe ser confirmada la nota de calificación también en este punto.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador, excepto en la necesaria aportación de un documento de donación y 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, 29 de julio de 2015.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.