

EL TESTIMONIO DE LA SENTENCIA QUE APRUEBA EL CONVENIO REGULADOR EN LAS SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIAL ES INSCRIBIBLE SIN NECESIDAD DE ESCRITURA PÚBLICA (RESOLUCIONES DE 25 DE FEBRERO, 9 Y 10 DE MARZO DE 1988, «BOE» DEL 10 Y 22 DE MARZO).

Advertencia previa.—Las resoluciones a comentar son trillizas, es decir, iguales en sus antecedentes, fundamentos y fallo. Pero, al igual que los hermanos trillizos, presentan alguna pequeña diferencia. Salvo error, he encontrado diversidad en las notas de calificación y en los informes de los Magistrados. Copiaré, entonces, en los antecedentes la resolución de 25 de febrero de 1988, y en el lugar oportuno introduciré las diferencias advertidas.

Antecedentes.—En los autos de separación conyugal número 71/1986, tramitados ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Castellón, a instancia de los cónyuges don D.M.G. y doña P.V.D., se dictó sentencia estimatoria con fecha 4 de abril de 1986, en la que se acordaba la separación instada por dichos consortes, a la vez que se aprobaba el convenio regulador aportado junto a la solicitud inicial. En el citado convenio regulador los cónyuges acordaban, entre otras medidas, la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, cuyos bienes se adjudicaron recíprocamente como tuvieron por conveniente. Una vez firme la sentencia que recogía dicho convenio, se interesó del Juzgado la inscripción del mismo en el Registro de la propiedad correspondiente, librándose para ello mandamiento y expidiéndose testimonio tanto de la sentencia como del convenio regulador acordado en autos.

Calificación registral.—Presentados los documentos antes aludidos en el Registro de la Propiedad número 2 de los de Castellón de la Plana, fue calificado (sic) con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento por no constar elevado a escritura pública el convenio regulador de la separación que se aprueba en la sentencia.—Castellón, 20 de diciembre de 1986.—El Registrador.—Firmado: Salvador Mínguez Sanz.»

En el Registro de Castellón número 1, la nota de calificación fue la siguiente: «Suspendida la inscripción del precedente documento en el Registro de la Propiedad número 1 de esta capital por no constar el convenio de liquidación de la sociedad de gananciales en escritura pública como exigen los artículos 3.º de la Ley Hipotecaria y 1.280 del Código Civil. No se toma anotación de suspensión por no haberse solicitado.—Castellón, 22 de diciembre de 1986.—La Registradora.—Firmado: María del Carmen Pérez y López Ponce de León.»

Recurso gubernativo.—La Procuradora de los Tribunales doña Ana Torres Tarazona, en representación de don D.M.G. y doña P.V.D., interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que se estima carente de base jurídica la decisión del señor Registrador al elevar su función calificadora por encima de una resolución judicial, pretendiendo que posee más fe pública un Notario que un Juez. Que, conforme a lo establecido en la disposición adicional novena de la Ley 30/1981, de 7 de julio, cuando una sentencia de separación puede ser inscrita en el Registro es porque la misma produce efectos en cuanto al patrimonio de los consortes, y si la citada Ley no distingue en qué casos basta con la sentencia y en qué otros deben presentarse documentos complementarios, se entiende que no debe irse más allá de lo expresado en la norma, en virtud del principio *ubi lex non distinguit, nec nostrum est distinguere*. Que el señor Registrador no suspende la inscripción porque la documentación presentada adoleciera de algún defecto en cuanto a su autenticidad, sino que reduce por su

cuenta el artículo 3.º de la Ley Hipotecaria a la primera parte de su contenido, al considerar que sólo es imprescindible la escritura pública. Que, a la vista del artículo 34 del Reglamento Hipotecario, se considera que el convenio regulador testimoniado por un Magistrado tiene la misma autenticidad que si hubiese sido otorgado ante Notario. Que aunque el artículo 1.436 del Código Civil trata de un procedimiento distinto, sus efectos son idénticos a los de la causa matrimonial, por cuanto que en ambos casos se produce una disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, y si el primero de ellos, la sentencia firme, es título suficiente para inscribir, no se ve motivo legal alguno para negar tal carácter al segundo. Que el artículo 1.280-3.º del Código Civil habla de documento público, y el artículo 1.216 de dicho Código los define como «los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la Ley», y, de igual manera, el artículo 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dice que bajo la denominación de documentos públicos y solemnnes se comprenden las ejecutorias y las actuaciones judiciales de toda especie. Que, según el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, los Registradores están facultados para poner objeciones a un mandamiento judicial en cuatro supuestos, entre los que no se encuentra la insuficiencia de la fe pública judicial que el Registrador calificador parece observar, pues si el mandamiento rechazado está expedido por el Juez competente, sí es congruente con el procedimiento judicial de que dimana, si el documento presentado reúne las formalidades y solemnidades requeridas por la ley para que surta efectos, y si no hay ningún obstáculo registral que impida su inscripción, es claro que el señor Registrador no tiene facultad alguna para suspender la inscripción, otorgando por su cuenta mayor credibilidad a la fe pública notarial que a la judicial.

Informe del Registrador.—El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, alegó: Que como cuestión previa cabe plantear el ámbito de la calificación de los documentos judiciales. El artículo 18 de la Ley Hipotecaria señala la función calificadora del Registrador y mediante ella se hace efectivo el principio de legalidad, de manera que en los libros hipotecarios solamente tengan acceso los títulos válidos y perfectos. La calificación consiste en el examen, censura o comprobación que de la legalidad de los títulos presentados a Registros verifica el Registrador antes de proceder a la inscripción de los mismos, registrando, si ello es procedente, o denegando o suspendiendo la inscripción cuando no estén arreglados a Derecho. En la calificación es donde reside la esencia de la función registral y la calificación de un documento es deber inexcusable del Registrador. Que, al margen de lo anterior, hay que señalar que, no obstante lo establecido en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, en el presente caso no se trata de calificar un documento judicial en cuanto a tal, sino de determinar si la forma judicial es la adecuada al título que se pretende inscribir, y ello está dentro de la competencia de calificación del Registrador, como reconocen, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de julio de 1880, 14 de marzo y 26 de octubre de 1984 y 11 de julio de 1936, que señalan que ciertas actuaciones judiciales no le dan a un documento el carácter de tal documento judicial. Que, a mayor abundamiento, hay que decir que si bien la sentencia de separación no es calificable en cuanto al fallo, el cual para nada se discute, sí que es calificable en orden a la congruencia del mandato con el procedimiento seguido y, en modo alguno, aparece de la sentencia judicial que se haya ordenado al Registrador la inscripción de los bienes comprendidos en el convenio a favor de sus respectivos adjudicatarios. Lo inscribible sería la sentencia, mas no las adjudicaciones, que es lo solicitado por el presentante, y lo que el

Registro publicaría sería la separación, pero no la titularidad de los bienes concretos a favor de cada esposo, por lo que difícilmente puede el Registrador hacer operaciones registrales que no se le ordenan, máxime si no reviste la forma jurídica adecuada para su acceso al Registro de la Propiedad y, es más, se calificó la falta como subsanable cuando en realidad, al precisar de un nuevo otorgamiento sustancial en escritura pública, debería quizá haberse configurado como insubsanable. Que a las deducciones que el recurrente hace de los artículos 3.º de la Ley Hipotecaria y 34 de su Reglamento, hay que decir que no se trata ni de anteponer la fe pública notarial a la judicial, ni se otorga mayor credibilidad a una que a otra, sino que cada una ha de actuar dentro de su propio ámbito. En este sentido, se manifiestan las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de febrero de 1916 y 31 de julio de 1917. La distinción de la diferente esfera de actuación de la autoridad judicial se manifiesta claramente en diversos supuestos existentes en nuestra legislación, de los que resultan que no es lo mismo en orden a la forma, aunque intervenga el Juez, la sentencia o el auto que la escritura, como por ejemplo en los procedimientos ejecutivos, en el trámite de la subasta, y es que el legislador ha separado claramente la esfera de actuación de la fe judicial de la notarial, determinando qué actos han de estar sujetos a una u otra forma documental. Que no se puede pensar que la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil, haya tenido la intención de alterar las áreas de competencias de los diferentes funcionarios que pueden autorizar los distintos documentos públicos susceptibles de producir inscripción. Que lo que establece la disposición adicional novena de la Ley antes citada hay que ponerlo en relación con el artículo 1.333 del Código Civil, que hace una remisión a los preceptos de la Ley Hipotecaria que, según su artículo segundo, para que un título sea inscribible ha de referirse al dominio o derecho real sobre bien inmueble o afectar a la capacidad de la persona en cuanto pueda incidir sobre su libre disposición. Pues bien, el propio artículo 102, al señalar los efectos que produce la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio, establece en el número segundo la revocación de poderes y añade al final que «a estos efectos, se podrá tomar la oportuna anotación en los Registros de la Propiedad y Mercantil», y ello es así porque afectan a la capacidad de disposición, pero a estos efectos (en relación con el artículo 2.º-4 de la Ley Hipotecaria) y no a otros, pues no hay una reclamación de titularidades, a diferencia de lo que ocurriría, por ejemplo, en la anotación preventiva de demanda. En este mismo sentido y a estos mismos efectos, podrían inscribirse en el Registro o tomarse razón de las sentencias de separación, nulidad o divorcio, al amparo del citado artículo 2.º-4 de la Ley Hipotecaria, y los efectos que produce la anotación de la demanda o la inscripción de la sentencia son los mismos que los de la declaración judicial de incapacidad. Que, no obstante, lo que se trata de determinar y es objeto del presente recurso, es si son inscribibles las sentencias de separación y divorcio no sólo en cuanto a dicha separación o divorcio, sino, además, en cuanto a la liquidación de la sociedad de gananciales y a la adjudicación de los bienes consorciales. En principio, las sentencias de separación sólo producen los efectos determinados en los artículos 83 y 95 del Código Civil, pero la sentencia propiamente dicha no lleva consigo la liquidación de la sociedad de gananciales ni atribuye la propiedad de los bienes comunes, y así queda cumplido el principio procesal de la congruencia entre lo pedido y la sentencia que lo resuelve, ya que el Juez se limita a declarar la separación y a aprobar el convenio, en su caso; dos actos distintos y completamente separados: El primero es decisorio y contiene la voluntad judi-

cial, el segundo es un mero acto aprobatorio de la voluntad de las partes y no forma parte de la voluntad decisoria judicial, y esta decisión aprobatoria no provoca transmisión alguna patrimonial entre ambos esposos. Que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 34 del Reglamento Hipotecario, hay que plantearse la cuestión de si una sentencia de separación es título de la atribución del dominio de los bienes comunes, debiendo distinguirse dos supuestos: a) El caso en que no haya previamente un convenio aprobado judicialmente (supuesto del artículo 103 del Código Civil) y que recoge el artículo 91 del mismo texto legal; aquí, y precisamente por falta de acuerdo entre los cónyuges, el Juez puede «tomar medidas» en orden a la liquidación de la sociedad de gananciales, debiendo plantearse la cuestión de si estas medidas pudieran producir la liquidación de la sociedad de gananciales por mandato judicial, o si dichas medidas sólo serían las que sentaran las bases para una posterior liquidación, pero sin que la sentencia implique por sí misma la referida liquidación. Habrá que estar a lo que declare la sentencia y a su congruencia con el *petitum* de la demanda para poder determinar si sería directamente inscribible el testimonio de la misma o bien, en cumplimiento a ella, la escritura en que los cónyuges establecieran lo pertinente en orden a la liquidación de los bienes conyugales; b) El caso que aquí se plantea es que existe un convenio entre los cónyuges aprobado judicialmente. ¿Qué es, en este supuesto, lo que sirve de título al dominio y va a ser objeto de inscripción? No es la propia sentencia de separación, artículos 83 y 95 del Código Civil, pues ésta no liquida la sociedad de gananciales, sino que se limita a recoger el convenio regulador. Es el acuerdo de voluntades de los cónyuges, plasmado en el convenio regulador, el título por el cual se produce la liquidación de la sociedad de gananciales, con la consiguiente atribución de dominio de los bienes comunes. Inmediatamente conectado con lo anterior, surge el problema de la colisión entre capacidad procesal y capacidad para disponer sobre bienes inmuebles. De lo establecido en los artículos 46, 316, 323 y 1.329 del Código Civil, resultaría una colisión entre las normas sustantivas y las adjetivas sobre capacidad, ya que los menores de edad podrían efectuar actos dispositivos sobre bienes inmuebles mediante convenios reguladores en caso de separación o de divorcio, no debiendo ser esto así, y será el tiempo de elevar el convenio a escritura pública cuando deba completarse la capacidad en forma legal. Que todo lo expuesto hace necesario un previo examen de la naturaleza jurídica del convenio regulador que exige se presenten juntamente con la demanda de separación o divorcio los artículos 81 y 86 del Código Civil, y que está regulado por su artículo 90, y sin que esta necesidad le dé el carácter de imperativo como tal acuerdo, pues puede tratarse de una mera propuesta por cada parte y no llegarse, como prevé el artículo 91 del Código Civil: 1.º) Originariamente el convenio es un mero documento que expresa el acuerdo de voluntades entre los cónyuges y que se presenta para su aprobación judicial. 2.º) En un segundo momento la ratificación tampoco lo convierte en documento público. Pues según la disposición adicional 6.ª-4 es la petición de separación o divorcio la que se ratifica ante el Juez y no el convenio, y ello porque lo que solicita en la demanda es la separación o el divorcio y no otra cosa. Por ello no puede verse en esta ratificación un caso de elevación a público de un documento privado, pues ni es ésta la función del Juez ni es de su competencia y sería convertir al Juez en Notario, supuesto que la Dirección General de los Registros y del Notariado no admitió en la Resolución de 25 de julio de 1980, y así lo establecen los artículos 1 y 2 del Reglamento Notarial. 3.º) En un tercer momento se produce la sentencia declarando la separación o el divorcio y es necesario ver de qué forma puede ésta incidir sobre el convenio. El

artículo 90-2 del Código Civil establece la aprobación judicial, que es de mero control del acuerdo de las partes; es un control de su no lesividad, pero que no se impone a la voluntad de los cónyuges, entre los que no hay controversia; por lo tanto, dicha aprobación judicial no altera el carácter contractual del convenio, y la misma no eleva a público el documento privado firmado por los cónyuges; en este sentido hay que señalar la existencia de un paralelismo entre las normas que regulan la partición hereditaria y las de la liquidación de la sociedad de gananciales por la expresa remisión que hace el artículo 1.410 del Código Civil. El hecho de que esta aprobación judicial se inserte en la sentencia y el propio convenio se testimonie en la misma tampoco desvirtúa el carácter del convenio ni el de la aprobación, y así en virtud de la disposición adicional 6.ª-7 se evidencia que la aprobación del convenio no es contenido propio de la sentencia. Por tanto, nos encontramos con un convenio privado y, aunque se considere que no es propiamente un acuerdo capitular, al que sería aplicable el artículo 1.327 del Código Civil, que exige la escritura pública, lo que sí es cierto es su naturaleza contractual, por lo que, tratándose de la forma, le sería de aplicación el artículo 1.280 del Código citado. Que, se entiende, si la forma pública es necesaria para poder inscribir el convenio regulador y ésta no le viene dada por la aprobación judicial, la forma adecuada será la escritura pública, pudiendo las partes compelerse a ella, conforme al artículo 1.279 del Código Civil; y en este sentido hay que entender el artículo 90-2 de dicho Código, que lo que hace es remitirse a las normas generales de los artículos 1.481 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y especialmente al artículo 1.514-2, de forma que si una de las partes no quisiera otorgar voluntariamente la escritura, podrá hacerlo el Juez en rebeldía de ella. Este mismo sentido adopta el artículo 90-4 del Código Civil, puesto que el Juez puede solamente establecer garantías judiciales, que son las previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero por sí sólo no podrá constituir una hipoteca, sino que se limitará a ordenar a un cónyuge que la constituya, y en su rebeldía lo podrá hacer el Juez en la correspondiente escritura. Que, en conclusión, la disposición adicional 9.ª-2, tratándose de la liquidación de la sociedad de gananciales, hay que entenderla en el sentido de que las demandas y sentencias a que alude sólo serían inscribibles cuando fuera la propia sentencia título de la liquidación y, por ende, del traslado o atribución del dominio, y ello por aplicación de los artículos 1.133 (*sic*; ¿1.333?) del Código Civil, en relación con el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, y 34 de su Reglamento; pero no serían inscribibles cuando exista convenio regulador, siendo el título de inscripción el convenio y no la sentencia, habiendo de constar aquél en documento público conforme a los artículos 1.280 del Código Civil y 3 de la Ley Hipotecaria, y no dándole este carácter la aprobación judicial, será necesario el otorgamiento de la correspondiente escritura pública. Que, finalmente, hay que señalar que no guardan ninguna conexión las capitulaciones matrimoniales y la sentencia de separación o divorcio, a pesar de que el artículo 1.280-3.º del Código Civil recoja las capitulaciones matrimoniales como uno más de los actos que han de constar en documento público, y el artículo 1.327 del referido Código aclara que ese documento público es precisamente la escritura pública y no cualquier otro de los comprendidos en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria.

Informes de los Magistrados.—El ilustrísimo Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Castellón informó: Que la consideración de la posibilidad de que las sentencias de nulidad, separación o divorcio accedan al Registro de la Propiedad como corolario del contenido de los artículos 90, 91, 95 y 96 del Código Civil, contemplada en la disposición adicional IX de la Ley de

7 de julio de 1981, no ampara las pretensiones de los recurrentes por tener una finalidad distinta. Que para lo pretendido por éstos bastará, caso de conflicto entre ellos, acudir al órgano jurisdiccional para, por los trámites de ejecución de sentencia, instar el otorgamiento de la oportuna escritura y, en su caso, realizarse por el propio Juzgado. Que se entiende debe rechazarse el recurso interpuesto en base igualmente a las sólidas razones expuestas por el señor Registrador de la Propiedad.

El ilustrísimo señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Castellón informó: Que la cuestión planteada se centra en determinar si las sentencias de separación y de divorcio pueden tener acceso al Registro de la Propiedad en cuanto a los efectos accesorios o colaterales que de ellas dimanen, y muy especialmente lo relativo a la liquidación del régimen económico matrimonial o, por el contrario, los extremos relativos a medidas relacionadas con dicha liquidación, en el supuesto de afectar a adjudicaciones concretas de bienes inmuebles a cada cónyuge han de ser plasmadas en escritura pública complementaria. Que conviene tener en cuenta las especialidades que se dan en la tramitación de las demandas formuladas de común acuerdo y las que siguen el cauce del procedimiento contencioso: *a)* Respecto a las últimas, lo normal será diferir la liquidación del régimen económico a la fase de ejecución de sentencia, limitándose la sentencia a hacer un pronunciamiento sobre tal extremo, en los términos contenidos en el artículo 95 del Código Civil; posteriormente se ha de proceder a la liquidación propiamente dicha de acuerdo con lo previsto en los artículos 1.396 y siguientes del Código Civil, a través del procedimiento previsto para el juicio voluntario de testamentaría, de aplicación por analogía, en virtud de la remisión que hace el artículo 1.410 del citado Código. Lo que interesa resaltar es que del contenido de los artículos 1.081, 1.083 y 1.092 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se desprende que las operaciones divisorias serán aprobadas por medio de auto, y para el caso que se quiera proceder a la inscripción registral de tales adjudicaciones, se entiende que sería suficiente o bien la presentación del testimonio expedido por el Secretario del Juzgado, o bien el acta de protocolización de las operaciones particionales efectuadas, puesto que en ambos casos se trata de títulos consignados en documentos auténticos a tenor de lo que establece el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, en relación con los artículos 33 y 34 de su reglamento. *b)* Si, por el contrario, el trámite seguido para la separación o el divorcio ha sido el de la disposición adicional 6.^a de la Ley 30/1981, de 7 de julio, conforme a lo establecido en su punto 2, y el artículo 90 del Código Civil, será el Juez quien efectúe la calificación sobre la pertenencia (sic) o no de los acuerdos sometidos a su consideración, bastando un testimonio de la resolución judicial aprobando el convenio regulador para proceder a su inscripción en el Registro de la Propiedad, sin necesidad de que dicho convenio, en lo relativo a la liquidación del régimen económico matrimonial, se refleje en escritura pública para tener acceso al Registro (y ello aún en el supuesto de que en la parte dispositiva de la mencionada resolución no se plasme literalmente el contenido del convenio regulador, bastando que se adjunte a la misma mediante el oportuno testimonio). Que se estima no existe obstáculo legal que impida el acceso al Registro de las operaciones particionales llevadas a cabo por los cónyuges, contenidas en el convenio regulador, aprobado por el Juez mediante sentencia o auto ratificador del mismo.

El ilustrísimo Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Castellón informó: Que la cuestión estriba en determinar si las sentencias de separación, como el caso objeto del recurso, son inscribibles en cuanto recojan

los efectos derivados de la misma, como son las medidas adoptadas de común acuerdo entre las partes coligantes, pero especialmente las referentes a una específica y concreta liquidación y partición de bienes gananciales, con expresa adjudicación por documento privado (convenio) de bienes inmuebles y derechos reales o, por el contrario, tal acto o contrato inter-partes debe estar formalizado en escritura pública para su acceso al Registro. Que en aquellos casos en los que la sentencia contiene la aprobación de un precedente convenio regulador, mutuamente aceptado y suscrito, y que por economía de escritura se da por reproducido el fallo, la inscripción en el Registro es absolutamente posible, ya que siendo firme puede entenderse como ejecutoria a los efectos del artículo 3.º de la Ley Hipotecaria. Que los testimonios librados y dirigidos en forma al Registrador de la Propiedad son documentos auténticos expedidos por la autoridad judicial, como expresa el citado artículo 3.º, y de acuerdo con el artículo 2.º, 3, de dicha ley, no es otra cosa que el convenio regulador que un contrato, que en virtud de estar aprobado por la autoridad judicial deviene en documento auténtico que da fe por sí solo al ser testimonio por el Secretario judicial (artículo 34 del Reglamento Hipotecario).

Auto del Presidente de la Audiencia.—El Presidente de la Audiencia Territorial de Valencia revocó la nota del Registrador, fundándose en los artículos 3.º de la Ley Hipotecaria, 34 de su Reglamento y 369 y 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es que el convenio regulador en el que los cónyuges abordaron la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, se integró plenamente en la ejecutoria, en cuanto, según testimonio de ella expedido por el fedatario judicial, ese convenio regulador obra en los autos y en la sentencia se aprueba expresamente, incardinándose en la ejecutoria y constituyendo su propia y específica entraña. En que el artículo 3 antes citado admite la posibilidad de inscribir una ejecutoria y un documento auténtico, y el convenio regulador que sirve de título al dominio o al derecho real o al asiento practicable ha sido expedido por el funcionario competente para darlo; es claro y patente que esa ejecutoria hace fe por sí sola y ninguna razón válida puede oponerse a que proceda su inscripción. Y, por último, en que el propio legislador previó la posibilidad de la inscripción de las sentencias de separación, nulidad y divorcio, autorizando a las partes para que así pudieran instarlo y conseguirlo, expresándolo de forma rotunda y precisa en el párrafo segundo de la disposición adicional 9.ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio.

Apelación del Registrador.—El señor Registrador apeló el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones y añadió: Que en la calificación no se ha cuestionado el carácter de documento público de las sentencias o ejecutorias y demás actuaciones judiciales, puesto que todas lo son *in abstracto* o por propia disposición legal. Que tampoco se ha cuestionado el carácter de la fe pública del Juez o Secretario judicial, en cuanto a las actuaciones judiciales que se circunscriban al ámbito judicial. Que la sentencia y, por tanto, su ejecutoria no es título del dominio, ya que, como el propio Presidente de la Audiencia reconoce en el fundamento 4.º, lo que sirve de título de dominio o derecho real o al asiento practicable es el convenio regulador. Que éste es un acuerdo o contrato privado entre los cónyuges y voluntario, como dicho Presidente reconoce en el fundamento 3.º, y es necesario darle forma pública para que tenga acceso al Registro de la Propiedad. Que al tratarse asimismo de un convenio voluntario, se debe entrar en el ámbito de la fe pública notarial y no de la judicial, como reconoce, expresa y terminantemente, el artículo 2.º del Reglamento Notarial. Que, en consecuencia, ni la sentencia ni la ejecutoria, por muy públicas que sean, son los documen-

tos exigidos formalmente por la Ley para producir la inscripción de la liquidación de la sociedad de gananciales, cuando la misma se origina por voluntad de las partes, ya que, aunque recojan la aprobación judicial del convenio, la misma tiene un carácter tutelar y no decisorio por ser un control de no lesividad.

Doctrina de la Dirección General.—Vistos los artículos 281 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 1 de la Ley del Notariado, 3 de la Ley Hipotecaria, 34 del Reglamento Hipotecario y 2 del Reglamento Notarial.

1. La única cuestión planteada es si para inscribir un convenio regulador sobre liquidación del régimen económico matrimonial hasta el testimonio judicial acreditativo del convenio y de que éste ha sido aprobado por la sentencia que acuerda la separación a petición conjunta de ambos cónyuges, o si se requiere, además, que conste que el convenio ha sido «elevado a escritura pública».

2. Se trata en el presente supuesto de un acuerdo de los cónyuges que acontece dentro de la esfera judicial y es presupuesto necesario de la misma sentencia modificativa del estado de casado; no cabría, pues, replantear cuestiones substantivas relativas al convenio que no implicaran replantear la misma cuestión, decidida ya por sentencia firme; no cabe, por tanto, negar que el documento auténtico expedido por el Secretario judicial, acreditativo de la sentencia y del convenio regulador aprobado por la sentencia, es documento auténtico suficiente para acreditar los términos del convenio, con plenitud de efectos (cf. artículos 3 de la Ley Hipotecaria y 34 del Reglamento Hipotecario).

3. El artículo 2 del Reglamento Notarial, de acuerdo con las mencionadas disposiciones de rango legal y con el artículo 1 de la Ley del Notariado, debe entenderse en el sentido de no comprender los actos que acontecen y se perfeccionen dentro de la esfera judicial.

Con la conformidad del Consejo Consultivo, esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado y revocar la nota del Registrador.

Comentario.—1. En una obra de Joaquín Garrigues y Díaz-Cañabate, cuya cita exacta no podría precisar ahora, recuerdo haber leído una frase que después he meditado y apreciado en toda su exactitud con ocasión de ponderar el alcance de cualquier reforma legislativa. Decía el ilustre tratadista de Derecho Mercantil que «las revoluciones jurídicas se quedan mucho más cerca de donde se proponen ir». Y, efectivamente, algo de esto ha sucedido con la reforma de la regulación de la sociedad de gananciales en el Código Civil tras la Ley de 13 de mayo de 1981. No quiero decir con ello que todo ha seguido igual, ni mucho menos, en nuestros gananciales después de la promulgación de esa importante Ley. Pero tengo la impresión de que la interpretación que generalmente se da a la regulación actual del régimen económico matrimonial está demasiado marcada por la formación del intérprete bajo la normativa anterior a la Constitución de 1978, es decir, bajo el que entonces se denominaba contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio, que heredamos de los legisladores del siglo pasado, apenas retocado por leyes posteriores, entre los que merece mención la de 2 de mayo de 1975, que muchos recordarán con simpatía porque se dictó para «celebrar» en España el famoso Año Internacional de la Mujer.

2. La precedente afirmación la hago apoyado en la constatación de ser usual en la doctrina —salvo algunas brillantes excepciones, que han sugerido la ruta adecuada— seguir considerando que, en la normativa del Derecho común, una pareja que se casa sin capítulos, es titular, al día siguiente de la boda, de tres patrimonios: el privativo del marido, el privativo de la mujer y el ganancial. Y, además, no le faltan a esta mayoritaria opinión algunos apoyos legales que, como los artículos 1.344, 1.355 y 1.364 del Código Civil, al menos en su letra,

parece que no han comprendido hasta las últimas consecuencias —y con esto enlace con la frase de Garrigues que cité al principio— la revolución jurídica que en esta materia representa o debería representar el artículo 32.1 de la Constitución Española cuando dice que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica».

3. Cada uno puede interpretar este texto como le dicte su propia convicción, pero a mí me gusta ponerlo en relación con el artículo 1.1 de la propia Constitución, que erigió la libertad y la igualdad, entre otros, como los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico. Y todo esto, proyectado sobre los regímenes económico-matrimoniales, nos debe llevar a interpretar la igualdad jurídica del artículo 32 en el sentido, no sólo de que entre el marido y la mujer no debe existir desigualdad dentro del matrimonio, sino también de que el matrimonio, por una parte, no debe producir restricciones de derechos a quienes lo contraen —o, lo que es lo mismo, el casado, sea marido o mujer, no debe tener menos derechos que el soltero—, y, por otra parte, que, entre españoles, debe existir una igualdad básica, cualquiera que sea su vecindad civil. Esto último implica que la interpretación que se haga de los regímenes económico-matrimoniales debe aproximarlos entre sí: o sea, que los supletorios de separación de Cataluña y Baleares se vayan acercando a los de comunidad del resto de España y éstos se aproximen a aquéllos, para desembocar todos en el llamado régimen patrimonial familiar mínimo, igual para todos, en el que los cónyuges deben contribuir proporcionalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio, con la responsabilidad de los bienes de cada uno.

4. En este intento de aproximar nuestra sociedad de gananciales a los regímenes de separación, es hora de que percibamos, para lograr esa convergencia, que el legislador de 1981, aunque no lo pudo desplegar con absoluta claridad debido al inevitable lastre de las adherencias de la regulación precedente, quiso desarrollar un régimen económico matrimonial supletorio que, aun conservando el nombre del anterior y muchas de sus reglas, presentara con aquél insalvables diferencias. ¿No parece chocante que siga llamando sociedad a los gananciales, incluso después de desaparecida la supletoriedad del contrato de sociedad por la eliminación de lo que originariamente era el artículo 1.395?

5. Entre estas diferencias, encuentro que una de las más significativas y fecundas en consecuencias prácticas es la de que ahora, en el matrimonio del Derecho común, no aparecen los tres patrimonios de que antes hablábamos, sino que siguen siendo dos, como antes de la boda: el patrimonio del marido y el patrimonio de la mujer. Ha desaparecido, tras la reforma de 1981, interpretada a la luz de la revolución jurídico-constitucional de 1978, el patrimonio ganancial. Ahora, todos los bienes en el matrimonio son de él o son de ella; lo que sucede es que, dentro de cada patrimonio privativo, unos bienes están sujetos a un régimen especial de administración, disposición, responsabilidad y liquidación, que llamamos bienes gananciales, y otros no están sujetos a tal régimen especial, sino a las normas generales del Derecho patrimonial, que llamamos bienes privativos de cada cónyuge. Demostrar estas afirmaciones con citas de Derecho positivo es algo que dejo fuera de un comentario de jurisprudencia hipotecaria, porque presiento que, a estas alturas, alguno de los que se toman la molestia de leer estas líneas, ya se estará preguntando a qué viene esta introducción respecto de unas resoluciones que para nada trataron acerca de la naturaleza del régimen económico matrimonial, y estará sintiendo legítimas tentaciones de cambiar esta lectura por otra más provechosa. Me limitaré, entonces, a remitir a quien esté interesado en profundizar lo dicho al tomo I del Curso de Derecho de

Familia, escrito por el Profesor (hoy Magistrado en el Tribunal Superior de Justicia de Navarra), José Antonio Álvarez Caperochipi, que dio solidez académica a las brillantes ideas formuladas al respecto por el Notario Santiago Echevarría Echevarría. También merece la pena resaltar que un eco de esta doctrina puede encontrarse en el fundamento 5.º de la Resolución de 25 de abril de 1986 e incluso —aunque conserve la equívoca terminología de los tres patrimonios— en la de 14 de abril de 1989. Todo ello, sin olvidar la doctrina precursora —y entonces juzgada desfavorablemente— contenida en la Resolución de 17 de octubre de 1979.

6. Pues bien; me he sentido en la obligación de hacer estas consideraciones previas porque creo que, en las resoluciones objeto de este comentario, tanto las notas de calificación como los informes (casi se podría hablar, en singular, de informe, pues los dos Registradores de Castellón 1 y 2 se pusieron de acuerdo, a diferencia de los Jueces de Primera Instancia, que presentaron informes distintos y uno de ellos discrepante con la solución de los otros dos) se ciñeron exclusivamente al aspecto formal-documental de la cuestión debatida, olvidando que los aspectos sustantivos hubieran proporcionado mejor defensa a la nota de calificación recurrida.

7. Antes de que se publicasen las resoluciones comentadas, habían llegado a mi poder, por fotocopia, unas notas anónimas sobre este tema, que llevan por título «La inscripción de la liquidación de la sociedad de gananciales en virtud de convenio regulador aprobado judicialmente». Tales notas —no publicadas en ningún sitio, que yo sepa—, empiezan diciendo lo siguiente: «Parece que ha empezado a inscribirse en algunos Registros de la Propiedad la liquidación de la sociedad de gananciales, con las consiguientes adjudicaciones de inmuebles a los cónyuges, en virtud del convenio regulador que deben acompañar a la demanda de separación (art. 81.1.º C.C.) o de divorcio (art. 86.2) interpuestas por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, una vez que esté aprobado por el Juez (art. 90.2) presentándolo como una inscripción de la sentencia misma de separación o de divorcio. El presente esquema —que si persiste el problema deberá ser completado con ulteriores estudios— tiende a demostrar que, conforme a las reglas generales, sigue siendo precisa en tales casos la escritura pública». A continuación, a lo largo de cinco hojas, el anónimo autor de esas notas —que sin duda tuvieron también a la vista los Registradores informantes, ya que recoge, a veces textualmente, algunos de sus argumentos— trata de llevar agua al «molino notarial», para terminar con esta escueta pero contundente conclusión: «en consecuencia, las inscripciones que pudieran verificarse serían nulas».

8. Desde que el problema analizado se planteó doctrinalmente hasta que la Dirección General se ha pronunciado por partida triple e idéntica en las resoluciones que comentamos, se han publicado, además de las notas anónimas, que —insisto— ignoro si llegaron a ver la luz en alguna revista especializada, dos trabajos que tratan de este tema (y que me perdonen si hay otros que no cito, pero uno no tiene tiempo de leer todo lo que se publica ni estanterías para almacenarlo): unas notas del Notario Jesús Hernández, aparecidas en el «Boletín del Colegio Notarial de Granada» y en un trabajo del Registrador Antonio Isac sobre las consecuencias registrales de la separación matrimonial y del divorcio, publicado en el número 577 de esta REVISTA.

9. El breve estudio de Hernández, aunque con otros argumentos, está en la línea de las notas anónimas que antes he citado. La idea central de ambos es la siguiente: el convenio regulador en los casos de separación y divorcio no dejan

de ser un documento privado aunque lleve la vestidura judicial. La sentencia es constitutiva respecto de la separación o del divorcio, es decir, respecto del estado civil de los ex-cónyuges, que viene a modificar, y respecto del régimen económico matrimonial hasta ese momento existente, que viene a disolver por imperativo legal. En cambio, respecto de la suerte ulterior de los bienes, es decir, de la liquidación y subsiguiente adjudicación de bienes, el Juez —se dice— se limita a un control de la no lesividad para hijos y cónyuges de lo pactado en el convenio, pero sin que esta homologación suponga elevar a documento público un convenio regulador estipulado privadamente, como tampoco la aprobación judicial de la partición hereditaria en que interviene un tutor en representación de un incapacitado, exigida por el artículo 271.4.º del Código Civil, exonera de elevarla a documento público, si desea inscribirse, cuando está formalizado en documento privado.

10. Esta fue igualmente la línea argumental desarrollada —con muy nutrido e inteligente acopio de recursos dialécticos, hay que reconocerlo— por los Registradores de Castellón de la Plana, pero que sólo sirvió para convencer al Magistrado-Juez del Juzgado número 2, el cual, en su informe otorgó el piropeo de «sólidas» a las razones expuestas por el Registrador. Sin embargo, no lograron aquéllos convencer a los otros dos Magistrados de Castellón que también tuvieron que informar, ni al Presidente de la Audiencia Territorial de Valencia, que estimó los recursos entendiendo que el convenio quedó integrado en la sentencia ejecutoria y el testimonio de ambos sirve de *título* al dominio que se trata de inscribir.

11. La Dirección General debió de entender que el asunto, acaso por su novedad, merecía ser debatido por varias cabezas, y para ello reunió al Consejo Consultivo, cosa que ocurre pocas veces. Sin embargo lograda la conformidad de ese órgano de asesoramiento interno, despachó el recurso con tres sencillos fundamentos de Derecho —mejor dicho, dos, porque en el primero se limita a plantear la cuestión debatida— que por fuerza nos dejan el extraño paladar de las comidas que nos saben a poco. Aunque pensáramos que la Dirección tuviera razón en la postura adoptada, creo que un informe como el de los Registradores que, resumido, ocupa más de una página de la apretada letra del *Boletín Oficial del Estado*, hubiera merecido una más elaborada respuesta por parte del Centro directivo. No siempre lo bueno, si breve, es dos veces bueno. Acaso la Dirección se vio constreñida, según el artículo 117 del Reglamento Hipotecario, a las cuestiones directamente relacionadas con la calificación y, aunque las notas propiamente dichas —redactadas en términos similares, aunque la del Registro 1 está más perfilada que las firmadas dos días antes por el Registrador del número 2— se pronunciaban en términos abiertos a cualquier enfoque en la argumentación, tanto el escrito del recurrente como los informes (sin duda arrastrados éstos por aquél) se ciñeron exclusivamente a la discusión documental, y, en este terreno de juego, el partido estaba perdido... o, mejor dicho, ganado por el recurrente. No obstante, nos hubiera gustado encontrar respuesta en la doctrina de la Dirección a dos objeciones alegadas por los Registradores: Primera: ¿Sería inscribible el convenio regulador aunque los cónyuges fueran menores de edad? No parece que éste haya sido el caso de autos, pero podría suceder en la práctica que unos menores de edad contraigan matrimonio con dispensa, y antes de llegar a la mayoría de edad se tiren los trastos a la cabeza (lo cual es frecuente en estos matrimonios apresurados e inmaduros; lo que ya no es tan frecuente es que tengan bienes gananciales para liquidar). Si se lleva hasta las últimas consecuencias la doctrina de la Dirección, estos menores, emancipados por el matrimonio,

podrán por sí solos comparecer en el juicio de separación o divorcio, en virtud del párrafo segundo del artículo 323 del Código Civil, pero el convenio regulador, que puede contener actos de gravamen y enajenación de inmuebles, se aprobaría e inscribiría sin la asistencia o consentimiento paterno previsto en el primer párrafo de dicho precepto. Es un punto oscuro que ha quedado sin luz. Segunda: Si el Juez, al amparo del último párrafo del artículo 90 del Código Civil, acuerda una garantía real consistente en una hipoteca inmobiliaria, ¿sería inscribible sin necesidad del otorgamiento de escritura pública? Contestar afirmativamente a esta pregunta parece demasiado atrevimiento, pero, al ser esa hipoteca un acto que *acontece dentro de la esfera judicial*, no hay más que seguir el hilo de la argumentación propuesta para dar el paso.

12. Decía que por esa vía el partido estaba perdido. Y lo estaba por dos razones. Primera: Porque cuando una sentencia recoge, haciéndolo suyo, el convenio regulador, no puede decirse que éste siga siendo un documento privado sin ofender los oídos de los fedatarios judiciales y sin pronunciar una herejía frente a la ortodoxia de los artículos 1.216 del Código Civil; 369, último inciso, y 596, 7.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y 281 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Luego, los Registradores se retractan de la herejía y vuelven a la comunión eclesial en el escrito de apelación, pero ya era tarde. Por lo demás, la cita de los artículos 1.280 del Código Civil y 3 de la Ley Hipotecaria que veo en la nota de la Registradora del número 1 me parece demasiado precipitada: tanto el artículo 1.280 del Código como el 3 de la Ley recogen, con mejor o peor expresión, la posibilidad de inscripción de documentos judiciales con paridad a los notariales y administrativos. Concretamente, la redacción del 1.280 habla en general de documentos públicos, a diferencia, por ejemplo, del 633, que exige, sin asomo de duda, escritura pública para la donación de inmuebles. Segunda —y aquí fue donde más se encasquillaron los breves argumentos de la Dirección General— la calificación desfavorable parece querer entrometerse en el santuario de la cosa juzgada, y de esta intromisión todos debemos huir como el diablo del agua bendita. Suscribo, con ciertas reservas, la primera de las razones de la estimación del recurso, pero no así la segunda. Exigir la escritura pública no era entrometerse en lo decidido por sentencia firme sino exigir el ropaje documental que se consideraba adecuado —acertadamente o no— para provocar el asiento registral. Y en esta línea merece un aplauso el informe del Magistrado número 2 cuando apreció que, efectivamente, era necesaria la escritura pública y dio a entender que él estaba dispuesto a otorgarla en trámite de ejecución de sentencia si, a petición de uno de los ex-cónyuges, el otro se negare a ello. La doctrina subrayada en las resoluciones comentadas y que reaparece en la de 25 de abril de 1989, que cita dos de aquéllas, cuando afirma que «como tiene reiteradamente declarado este Centro directivo, quedan fuera del ámbito de la fe pública notarial todas las actuaciones que acontecen y se perfeccionan dentro de la esfera judicial», leída así en términos generales y extraída de su contexto, me parece, si no atrevida, sí muy peligrosa para la buena marcha de los Juzgados. Si se descubre el filón, pocas compraventas irían a las Notarías. Bastaría con acudir a un juicio declarativo en el cual el demandante sería el comprador, el demandado sería el vendedor y la cuestión litigiosa, la propiedad de la cosa vendida. El vendedor se allanaría y el comprador obtendría a su favor una sentencia que, previo paso por la Oficina Liquidadora, sería inscribible si tomamos al pie de la letra aquella «reiterada» afirmación del Centro directivo. Por este camino resucitaríamos la antigua *in iure cessio* de los romanos, pero nuestros Juzgados explotarían por algún lado al no poder digerir el trabajo que se les vendría encima. Algo de esto

quisieron insinuar los Registradores en su informe al decir que «sería convertir al Juez en Notario», pero la desafortunada cita de una Resolución de 25 de julio de 1980, que no existe, desvaneció el argumento como el humo por la chimenea. La fecha exacta de la resolución invocada es de cien años antes, es decir, 25 de julio de 1880 —cuando se pretendió, sin éxito, nada menos que en Cangas deTineo, hoy Cangas del Narcea, inscribir el testimonio del acta extendida en un acto de conciliación con avenencia, sin pasar por la Notaría. Y aquí no sabe uno a quién echarle la culpa del error en el año: si a los redactores del informe, al mecanógrafo de la resolución o a la imprenta del *Boletín Oficial del Estado*.

13. Lástima que esta REVISTA se publique con cierto retraso. Me explico. Las notas de calificación de las resoluciones que comento están fechadas el 20 y 22 de diciembre de 1986. Pues bien, en el número 577, de noviembre-diciembre del mismo año, de esta REVISTA aparece, con la firma de Antonio Isac Aguilar, el trabajo que hubiera podido dar la clave a los Registradores de Castellón para defender su calificación con algunas probabilidades de triunfo. Dice Isac, dentro de un contexto más amplio y a propósito del título inscribible cuando la sentencia aprueba el convenio propuesto por las partes, que «al crearse la modificación jurídico-real en el convenio, recibe su autenticación en la sentencia; pero todo ello sólo referido al concepto “título” en su aspecto sustantivo». «Por ello —sigue diciendo— en la sentencia sólo tenemos declaraciones de voluntad creadoras y homologadoras, y de conformidad con los artículos 609 y 1.095 del Código Civil —y del 433 del mismo Código, añadido yo, que nadie cita a este respecto, siendo el único precepto de todo el Código que emplea las dos palabras “título” y “modo”, al igual que se ven en los artículos 206 de la Ley Hipotecaria y 303.4.º de su Reglamento— que sientan la teoría del título y el modo en orden a la adquisición derivativa de los derechos reales, faltará el “modo” o entrega que efectúa esta adquisición.» «El sistema más completo y ágil para cumplir con el requisito de la tradición será el otorgamiento de la escritura pública, en la que las partes entreguen aquello de que dispusieron en el convenio, aprobado ya, cumpliéndose así los requisitos formales y materiales de la transmisión de los derechos reales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.462.2.º del Código Civil.»

14. Digo que aquí estaba la clave —al menos en parte— para defender las calificaciones con algunas probabilidades de éxito. Porque —y ahora enlace con lo dicho al principio a propósito de la existencia de dos patrimonios solamente en los matrimonios sin capítulos sujetos al Derecho Común, y dentro de cada uno de ellos, dos clases de bienes, según su régimen, los privativos y los gananciales— el convenio regulador en las situaciones de crisis matrimonial, dejando aparte otros aspectos que no interesan a la calificación registral, lo que hace es convertir en privativos los bienes de uno y otro cónyuge que, por una u otra causa, tuvieron la consideración de gananciales y así aparecen inscritos en el Registro de la Propiedad.

15. Entonces, en este punto, se hace necesaria una distinción que a Isac le pasa inadvertida. Hay que distinguir según que el bien inmueble ganancial se adjudique, como privativo, al mismo cónyuge propietario o al otro cónyuge. Si se adjudica al propietario, para nada podemos argumentar con que, en el iter traslativo, falta el requisito de la tradición o entrega de la posesión. La posesión ya la tiene, al menos mientras la documentación presentada en el Registro no desvirtúa la presunción de posesión en favor del titular registral contenida en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Por tanto, en estos casos, el convenio aprobado judicialmente es inscribible sin necesidad de escritura pública porque el Registro no publicará una transmisión de propiedad en el asiento que se practique, sino

el cambio de régimen de un inmueble —con importantes efectos en orden a su disposición posterior— que deja de ser ganancial y pasa a ser privativo del mismo titular registral. En cambio, si se adjudica al cónyuge no propietario —lo cual es perfectamente posible, y hasta frecuente, dentro de la variada casuística que pueden presentar las liquidaciones de los matrimonios desechos— aquí hay una verdadera transmisión de la propiedad, aunque el legislador fiscal la trate con benevolencia, en contra de sus costumbres en otros casos, y requiere, además del título, que es el testimonio judicial de la sentencia aprobatoria del convenio, el modo o entrega de la posesión, que puede ser la escritura pública, acaso otorgada por el Juez en rebeldía del cónyuge que se niegue a ello, u otro medio posible para autenticar la posesión, como podría ser el testimonio de una sentencia interdictal, si se hubiese originado un juicio posesorio debido al morrocotudo grado de embestida alcanzado por la pelea conyugal.

EUGENIO RODRÍGUEZ CEPEDA