

DONACIONES

¿ES EL CONVENIO REGULADOR ESCRITURA PÚBLICA A LOS EFECTOS DEL ARTÍCULO 633 CC?

María Isabel Louro García

Notaria de Ourense

PLANTEAMIENTO: Algunas resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado y algunas sentencias del Tribunal Supremo parecen dar una nueva dimensión al convenio regulador de una separación o divorcio, al permitir que él se plasmen negocios entre cónyuges y de éstos con terceros más allá de lo que prevé el artículo 90 CC.

CUESTIONES:

1. ¿Puede servir de cauce formal el convenio regulador de los efectos de la separación y el divorcio para la donación de inmuebles?

DOCTRINA: MARIÑO PARDO, F., «La donación de la vivienda conyugal a los hijos del matrimonio en el convenio regulador», *Blog Iurisprudente* (<http://www.iurisprudente.com/2014/10/la-donacion-de-la-vivienda-conyugal-los.html> [consulta: 24.06.2015]); MUÑOZ DE DIOS, L., «La vuelta de la *in iure cessio*», *Notarios y Registradores* (<http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2011-lavueladela-In-Iure-Cessio.htm> [consulta: 24.06.2015]); ID., «Transacciones judiciales sin escritura pública», *El Notario del Siglo XXI*, enero-febrero 2013, nº 47.

JURISPRUDENCIA: SSTs de 25 de enero de 2008 (RJ 2008\225) y de 18 de julio de 2014 (RJ 2014\4540); RRDGN de 25 de febrero de 1988 (RJ 1988\1321), 21 de enero de 2006 (RJ 2006\3902), 3 de mayo de 2010 (RJ 2010\2743), y 8 de mayo de 2012 (RJ 2012\7858), 1 de julio de 2014 (RJ 2014\848), 16 de octubre de 2014 (RJ 2014\856) y 13 de marzo de 2015 (RJ 2015\1588).

INTRODUCCIÓN

Hace ya tiempo que estamos viendo con preocupación cómo algunas resoluciones de la DGRN y, sobre todo, algunas sentencias del Tribunal Supremo, han llevado la figura del convenio regulador de la separación a que se refiere el artículo 90 CC, más allá de lo que se prevé en esta norma, de suerte que la figura del convenio homologado judicialmente se utiliza para buscar un ahorro, no ya de costes directos (pues se evita la escritura pública) sino, según mi parecer, sobre todo un ahorro fiscal; ello es así, por un lado, porque la modalidad de actos jurídicos documentados del ITP que grava, por ejemplo, las extinciones de condominio cuando el bien objeto de la misma es indivisible, se aplica a los documentos notariales y no a los judiciales y, por otro lado, por el menor control que la Administración Tributaria realiza sobre el contenido de las resoluciones judiciales (hemos de recordar que los notarios comunicamos, a través de lo que se llama el Índice Único Informatizado y cada quince días, a la Administración Tributaria, el otorgamiento de escrituras que puedan estar sujetas a tributación).

De todo ello resulta que el convenio regulador está sirviendo en la práctica de cajón para la realización de negocios entre cónyuges, y aun de estos con terceras personas, que van mucho más allá del sentido y contenido del artículo 90 CC; de hecho se ha utilizado masivamente para incluir en él todo tipo de negocios; es conocido que la Dirección General admitió en el año 1988 (RDGR de 25 de febrero de 1988) que no era necesaria la escritura pública para liquidar gananciales y posteriormente, en 2006 (RDGN de 21 de enero de 2006), que no era tampoco necesaria la escritura pública para liquidar la comunidad existente sobre un bien de unos esposos casados en separación de bienes, sobre el fundamento de considerar que aunque el régimen de separación de bienes está basado en la comunidad romana, ello no autoriza a identificar ambas regulaciones y conforme al Código Civil el contenido del convenio no se limita a la liquidación del régimen de gananciales sino que habla, claramente, de la liquidación del régimen económico matrimonial. Desde entonces hemos asistido a una lucha constante por meter en el convenio negocios jurídicos tales como liquidaciones de bienes adquiridos en comunidad romana antes de la celebración del matrimonio, liquidación de bienes adquiridos en pro indiviso por parejas de hecho, transmisiones de bienes de un cónyuge a otro, o aportaciones de bienes a la sociedad de gananciales (por hipótesis, muerta o medio muerta en el momento de la suscripción del convenio) como operación que permita compensar diferencias entre cónyuges. Luis Muñoz de Dios escribió ya hace unos años sobre la cuestión, abordándola desde un punto de vista fundamentalmente registral.

Con estos antecedentes, uno de los aspectos que ha tratado el Tribunal Supremo y que a mi juicio, es lo más preocupante, reside en que parece haberse encontrado la vía de solución de problemas liquidatorios de las relaciones conyugales en promesas de donaciones o directamente donaciones en favor de descendientes contenidas en convenio regulador.

1. ¿PUEDE SERVIR DE CAUCE FORMAL EL CONVENIO REGULADOR DE LOS EFECTOS DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO PARA LA DONACIÓN DE INMUEBLES?

Dos sentencias del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2008 y de 18 de julio de 2014, vienen a sostener la tesis de que el convenio regulador aprobado judicialmente equivale a la escritura pública a los efectos del artículo 633 CC (no es probablemente la *ratio* del asunto, pero lo dicen). Adelanto ya, que no hay duda del carácter de título público de las resoluciones judiciales y de su inscribibilidad en el Registro de la Propiedad, conforme al artículo 3 de la LH, pero de ahí a considerarlo escritura pública exigida por el artículo 633, creo que media un abismo.

La citada STS de 2008 considera que podría admitirse que la donación está otorgada en forma pública, pero al no concurrir aceptación de los hijos, porque no podían intervenir al tratarse de un convenio regulador, no hay más que una promesa de donación; la STS de 2014 da un paso más y admite la validez de la donación de la vivienda del matrimonio a los hijos, pactada en convenio regulador en un procedimiento matrimonial, optando por calificarla, no como donación o promesa de donación, sino

como un negocio familiar, complejo y oneroso. Lo mismo dijo la DGRN en resolución de 8 de mayo de 2012: es inscribible porque es negocio familiar complejo y oneroso.

Personalmente me da la impresión de que calificando un negocio jurídico como de tipo familiar, se pretenden abarcar en los últimos tiempos muchísimas cosas diversas. Recordemos que la práctica notarial ha «creado» el negocio de aportación a la sociedad de gananciales y a los patrimonios privativos, con fundamento en el artículo 1355 CC; si no recuerdo mal se empezó a hablar de la aportación a finales de los ochenta para solucionar problemas prácticos (inmatriculación de inmuebles) sin mucho coste fiscal (que, si se me permite la expresión, vuelve a ser en realidad el motivo del invento); de nuevo fiándome de la memoria, creo que donde se empezó a utilizar la expresión «las aportaciones [...] a la sociedad conyugal» en el Derecho positivo, fue en el artículo 45.I.B.3 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (RD-Leg. de 24 de septiembre de 1993). Pues bien, en los casos que nos ocupan, el negocio jurídico familiar complejo y oneroso, no deja de incluir una donación y para que haya donación tiene que haber escritura, no cualquier documento público.

Francisco Mariño Pardo, en una entrada de su blog¹ hace un atinado repaso del estado de la cuestión y, sobre todo, hace una evaluación final muy lúcida, al indicar que la tesis del negocio complejo se convierte en un expediente omnicomprensivo y válido para todo caso, incluso para aquéllos en lo que lo único que existe es un ánimo de liberalidad a favor de los hijos. Luis Muñoz de Dios también puso de manifiesto su preocupación, con más acidez que Mariño, en un artículo publicado en la revista *El Notario del siglo XXI*².

Sin embargo, aunque lo del TS ha sido una quiebra gravísima, la orientación actual de la DGRN va por otros derroteros, intentando parar la sangría del «café para todos» en los convenios reguladores. Luis Muñoz de Dios, en un artículo publicado en *Notarios y Registradores* decía:

«A mi juicio, la DG se equivocó en 1988 al equiparar las formas judicial y notarial en punto a las liquidaciones de gananciales, actuó contumazmente en 2006 al extender la equiparación a las disoluciones de comunidades surgidas durante las separaciones de bienes y ha visto cómo la teoría de la equivalencia de las formas se le podía escapar de las manos, por lo que ha puesto pie en pared para con las parejas de hecho y con las comunidades romanas conyugales, siendo harto endeble las razones por las que no concede a éstas lo otorgado a las comunidades no estrictamente romanas conyugales, como si no tuviese tranquila la conciencia tras los pasos dados en 1988 y 2006»³.

El análisis de las últimas resoluciones que abordan la cuestión (entre otras, RRDGRN de 3 de mayo de 2010, de 1 de julio de 2014, y de 16 de octubre de 2014, hacen pensar

¹ Cit. supra.

² Cit. supra.

³ Cit. supra.

que tal vez la Dirección General se ha asustado y pone la proa en muchos casos a la inscribibilidad de ese tipo de negocios incluidos en el convenio regulador; no obstante, es innegable que la ya citada STS de 2014 podría servir de argumento para recurrir casi todas las resoluciones que deniegan la inscripción (se trata de un negocio complejo de derecho de familia; si a pesar del tenor literal del artículo 633 CC, se ha dicho ya que no hace falta escritura para la donación, mucho menos hará falta para otros negocios).

Pues bien, la Dirección General hace apenas unas semanas, en la resolución de 13 de marzo de 2015, da un paso más en el camino de la ortodoxia y da carta de naturaleza a un principio, o a una derivación del principio registral de legalidad, que viene a denominar «*Principio de idoneidad o de adecuación de la forma pública al tipo de acto o negocio que documenta*». El reconocimiento o la formulación de tal idea o principio, que se basa en la necesidad de reforzar la seguridad del tráfico y las garantías de la inscripción, se ha dicho, viene a ser un bálsamo frente a la relajación en el empleo de las formas públicas. La DGRN en esta resolución impone la congruencia entre el título material y el título formal, señalando que «no puede servir de cauce formal un título, el convenio regulador de los efectos de la separación y el divorcio, para actos que tienen significación negocial propia, cuyo alcance y eficacia habrán de ser valorados en función de las generales exigencias de todo negocio jurídico y de los particulares que imponga su concreto contenido y finalidad perseguida». No puedo estar más de acuerdo; como tantas otras veces, hay dos opciones: o se cambia la regla del artículo 633 CC o nos ajustamos a ella; si esta segunda es la vía, se impone la coherencia, entre forma, contenido y finalidad del negocio, como bien dice la DGRN.

Fecha de recepción: 12.06.2015

Fecha de aceptación: 24.06.2015