

# RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de  
CHICO ORTIZ, José María,  
Registrador de la Propiedad.

## DERECHO HIPOTECARIO

No procede practicar cancelaciones ordenadas por mandamiento expedido en cumplimiento de auto de la audiencia en apelación de providencia del juzgado que tramita una quiebra, dictada en incidente de la misma relativo a nulidad de actos del quebrado conforme al artículo 878, 2.º, del Código de Comercio; por no presentarse la sentencia firme que exige el artículo 82 de la Ley Hipotecaria; por no determinarse claramente los asientos a cancelar; por no existir ninguno relativo a acto dispositivo del quebrado y respecto a los que han intervenido sus supuestos cómplices, existen inscripciones posteriores a favor de terceros que no se justifica hayan sido parte ni citados en el procedimiento. (Resolución de 28 de febrero de 1977; «Boletín Oficial del Estado» de 26 de marzo.)

*Hechos.*—En los autos de juicio universal de quiebra de don Pascual Raga Bosque, promovido en el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Valencia, don Salvador Vila Delhom, en representación de la sindicatura de la quiebra, interpuso recurso de apelación, que fue resuelto por auto de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de 15 de mayo de 1975, en cuyo considerando segundo aparece que el citado comerciante fue declarado en quiebra fraudulenta por Sentencia de 6 de noviembre de 1973, señalándose como cómplices de la misma a don Rafael Andrés Hernando y a don Vicente Peris Martínez, habiéndose retrotraído los efectos de la quiebra al 12 de diciembre de 1969; que en el considerando tercero se declara que el nombrado quebrado era propietario de un piso y dos bajos sitios en el pueblo de Chirivella, así como de una finca rústica en el término de Aldaya, adquiridos en documentos privados suscritos como transmitentes por «Viviendas Valencia, S. A.», los primeros, y por sus cuñados los señores Lis y Simó, la última, propiedades de las que dispuso por escrituras públicas de 3 y 6 de marzo de 1970, pero haciendo figurar como vendedores a los titulares de la primera transmisión, y como comprador del piso y los bajos de Chirivella a uno de sus declarados judicialmente cómplices, don Vicente Peris Martínez, y como compradora de la finca rústica a la sociedad «Andrés y Plaza», representada por el otro cómplice, don Rafael Hernando, quien, en escritura de 16 de marzo de 1970, y en nombre de la mencionada Sociedad, hizo constar la declaración de obra nueva de unas edificaciones construidas (inscripción 4.ª), y con posterioridad, y en relación a esta última finca, se segregó, por escritura de 20 de noviembre de 1970,

una parte que se vendió a don Enrique Roca Ortega y don Germán Lleó Faura, quienes, en garantía de un préstamo, la hipotecaron a favor del Banco de Crédito Industrial, mientras que el resto de la finca matriz se vendía a doña Justa Manzano y otros, practicándose nuevas inscripciones con ocasión de una nueva venta posterior; que las fechas de otorgamiento de tales escrituras se encuentran incluidas en el período de retroacción de la quiebra, y aunque en ellas figuren como transmitentes otras personas, lo son por mandato del verdadero propietario, de forma que tales enajenaciones son nulas conforme a lo preceptuado por el artículo 878 del Código de Comercio, por lo que, accediendo a lo interesado por la sindicatura de la quiebra en recurso de apelación contra providencia anterior denegatoria del Juzgado de Instrucción que tramita la quiebra, se decreta mandamiento al Registrador de la Propiedad de Torrente, a fin de que sean canceladas las inscripciones de dominio causadas por las referidas escrituras; que, en cumplimiento de lo ordenado por la Audiencia, el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Valencia dictó el mandamiento con fecha 11 de julio de 1975, por el que se solicita la cancelación de las fincas posteriores a la fecha de retroacción de la quiebra.

Presentado en el Registro de la Propiedad de Torrente el referido mandamiento judicial, acompañado de certificación del auto de la Sala Segunda de la Audiencia, fue calificado con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente mandamiento por los siguientes defectos: 1.º No es suficiente un auto para cancelar inscripciones practicadas por escritura pública, sino que es necesario sentencia firme (artículo 82 de la Ley Hipotecaria). 2.º No determinarse qué inscripciones concretas deben cancelarse y si esta cancelación arrastra las de las posteriores, pues no es suficiente la reseña de las fechas de unas escrituras sin especificar a qué finca se refiere cada uno, lugar de otorgamiento, notario autorizante, otorgantes, contenido de la escritura, número de la inscripción o inscripciones que, de cada finca, deban cancelarse. 3.º No tratarse de actos dispositivos otorgados por el quebrado, sino por terceras personas, sin que el quebrado haya sido, en ningún momento, titular registral de las fincas a las que parece referirse el mandamiento. 4.º En cuanto a la finca 5.328, no aparece inscrita en ningún momento de su historial registral a nombre del quebrado ni de ninguno de los dos cómplices a que se refiere el auto. 5.º En cuanto a las fincas 3.401 y 3.601, si bien figuran inscritas a nombre de uno de los cómplices, no ha sido justificada en forma esa declaración de complicidad ni del tranferente ni del adquirente, ni que fueran citados, oídos y debidamente condenados. Más aún, cuando existen ciertas anotaciones de embargo trabado por quiebra fraudulenta del cómplice don Vicente Peris Martínez, sin que se diga en el mandamiento qué se debe hacer con ellas. Todos los defectos se consideran insubsanables menos el segundo, que sí es subsanable, no procediendo anotación preventiva de suspensión. Se extiende esta nota con la conformidad de los otros dos titulares del Registro.»

El procurador don Salvador Vila Delhom, en representación del Sindicato de la quiebra del comerciante don Pascual Raga Bosque, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que la nota de calificación infringe el precepto contenido en el artículo 878 del Código de Co-

mercio y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, que determina la inhabilitación del quebrado y la nulidad de todos los actos de dominio y administración llevados a cabo por el mismo en la época afectada por la retroacción de la quiebra; que tales actos son nulos por sí mismos sin que tengan que ser declarados judicialmente, puesto que están afectados de nulidad radical que no puede ser subsanada por la inscripción, siendo inoperantes en este caso los efectos hipotecarios; que la publicidad del auto de declaración de la quiebra permite a los acreedores hipotecarios o terceros perjudicados mostrarse parte en el juicio universal (artículo 1.337 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y Sentencias de 17 de marzo de 1958, 31 de mayo de 1960 y otras); que el criterio del Registrador es erróneo al aplicar el primer párrafo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, olvidando el último del mismo precepto y el 79-3.º; que si bien el primer párrafo del artículo 82 citado emplea la palabra «sentencia», el artículo 179 del Reglamento Hipotecario habla de «ejecutoria»; que al calificar como insuficiente el auto de la Audiencia para la cancelación de las inscripciones, el Registrador está violando el citado artículo 878 del Código de Comercio y el artículo 375 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que no hay duda que deben cancelarse todas las inscripciones hechas a partir de la fecha a la que se retrotraen los efectos de la quiebra; que la nota de calificación incurre en sus números 2, 3 y 4 en el error de desconocer que en el mandamiento del Juzgado se describen suficientemente las fincas que hay que cancelar, determinando el tomo, libro, folio y número de la inscripción.

El Registrador informó que en ningún momento ha negado o desconocido la aplicabilidad del artículo 878 del Código de Comercio, pero que dicho artículo establece un supuesto de nulidad derivado de la incapacidad del quebrado para prestar su consentimiento, siendo en este sentido un caso de aplicación del artículo 1.261 del Código Civil; que el Código Civil y el Código de Comercio regulan las consecuencias entre partes de esa nulidad, pero será la Ley Hipotecaria la encargada de determinar las consecuencias que esa nulidad ha de producir frente a terceros, regulando las preferencias en las colisiones de intereses; que no se está ante un supuesto de cancelación automática; que el artículo 173-2.º del Reglamento Hipotecario establece que las cancelaciones que se hagan por consecuencia de declararse nulos los títulos inscritos sustirán sus efectos sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria; que, en general, la doctrina hipotecaria considera que no está protegida por dicho artículo la adquisición efectuada por persona que adquiera del quebrado, pero sí la adquisición que otra persona efectúa por transferencia que le haga la persona que adquirió del quebrado, siempre que este subadquirente reúna las condiciones exigidas por el citado artículo 34; que las Sentencias de 13 de mayo de 1927, 31 de mayo de 1960, 17 de mayo de 1958 y otras reconocen el ámbito propio de aplicación de la Ley Hipotecaria en orden a la defensa del tercer adquirente; que en cuanto a la publicidad ante terceros de la existencia de la quiebra, en ningún momento ha tenido acceso al Registro resolución alguna dictada en el procedimiento; que el primer defecto de la nota, basado en el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, no ha sido rebatido por el recurrente y que su referencia al último párrafo del artículo citado, al 79-3.º de la

misma Ley y al 179 de su Reglamento, no es de tenerse en cuenta, ya que dichos preceptos no tienen aplicación en el supuesto que nos ocupa, ya que el último párrafo del artículo 82 deja a salvo normas especiales y no hay ninguna para este caso, el 79-3.º no se refiere al modo de ordenarse la cancelación, y el 179 del Reglamento, al utilizar la palabra «ejecutoria», debe entenderse que exige que la sentencia sea firme, y esta sentencia exigible, en cuanto ordena una cancelación contra la voluntad del titular registral, supone que el mismo haya sido parte y vencido en el juicio a que dicha sentencia pone fin; que el mandamiento ordenando la cancelación de las inscripciones ha sido dictado en realidad en ejecución de la sentencia declaratoria de la quiebra, y al no acompañarse ésta al mandamiento, el Registrador no puede conocer si los cómplices han sido vencidos en juicio y si los titulares registrales han sido citados y parte en el mismo; que el segundo defecto señalado en la nota tampoco aparece rebatido por el recurrente, que al hablar de cancelación de fincas no tiene en cuenta que sólo se pueden cancelar asientos, pero precisándose para ello que se determine exactamente el asiento que debe cancelarse, sin que pueda el Registrador deducirla de un contexto, con los posibles errores que tal deducción pueda implicar, ni menos interpretar y salvar las contradicciones que en el caso que nos ocupa se den entre el mandamiento ordenado, la cancelación y el auto de la Sala Segunda de lo Civil de 15 de mayo de 1975, ya que el primero hace referencia a escrituras públicas de 3 y 16 de marzo de 1970 y a un documento privado de 3 del mismo mes y año, y el autor se refiere a las escrituras de 3, 6 y 16 de marzo de 1970, sin hacer referencia a ningún documento privado; que la Resolución de 3 de julio de 1926 establece que es deber de la autoridad judicial concretar los asientos que han de ser anulados, modificados y cancelados, y en igual sentido se pronuncia la Resolución de 21 de marzo de 1926; que tampoco han sido rebatidos los defectos números 3, 4 y 5 de la nota, con los que el Registrador no ha pretendido en ningún caso revisar la calificación de la quiebra ni la Sentencia firme sobre la misma; que el Registrador entiende que no es suficiente para la calificación registral el contenido del considerando tercero del auto de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia, que parece ser un resumen del pronunciamiento hecho en la sentencia de declaración de quiebra, sentencia que no se aportó y que debió ser aportada para que sobre ella pudiera basarse la nota calificadora.

El presidente de la Audiencia Territorial de Valencia confirmó la nota del Registrador declarando que, si bien ha de manifestarse, en contra de la tesis mantenida por este funcionario, que la nulidad que establece el artículo 878 del Código de Comercio es una nulidad absoluta e intrínseca que no necesita ser declarada judicialmente, y que tal es la doctrina que parece seguir el Tribunal Supremo (Sentencias de 19 de abril de 1919, 15 de noviembre de 1928 y 4 de octubre de 1962), no cabe duda que no se ha cumplido con el terminante precepto del artículo 82-1.º de la Ley Hipotecaria, que exige, para la cancelación pretendida, sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, por lo que ha de aceptarse el criterio del funcionario calificador al apreciar en primer lugar la existencia de un defecto de naturaleza insubsanable y por otra parte proclamar la concu-

rrencia de los demás defectos de la nota, pero con el carácter de subsanables.

Interpuesta apelación contra el auto presidencial por el recurrente, la Dirección General acordó confirmar el mismo, salvo en lo establecido respecto de la naturaleza del primer defecto, que se ha de considerar subsanable en base a la siguiente doctrina:

*Doctrina.*—«Los inducibles efectos retroactivos que toda declaración de quiebra puede llevar consigo, con la consiguiente nulidad de los actos otorgados dentro de este período, no es la cuestión que procede examinar en este recurso, pues en ello se muestran de acuerdo recurrente y Registrador, sino que, por el contrario, la nota de calificación se refiere únicamente a aspectos más bien formales del mandamiento y a obstáculos que de los libros del Registro puedan derivarse, y que por cierto no aparecen combatidos por el recurrente en su escrito, que se limita a exponer los efectos que produce todo auto de declaración de quiebra en relación a los actos del quebrado.»

«Si en un procedimiento judicial se produce como consecuencia necesaria la nulidad de algún acto de cancelación correspondiente, a fin de que se siga manteniendo el paralelismo existente con la realidad y se refleje en sus libros la nueva situación originada, lo que obliga a las autoridades judiciales—que durante el procedimiento han podido ponderar todos los elementos a través de los pedimentos y su discusión, excepciones alegadas y prueba—a concretar los asientos que han de ser alterados y cancelados, dado que el Registrador carece por sí de la facultad de decidir en una cuestión tan delicada y ajena a su función.»

«En las fincas a las que el mandamiento se refiere son numerosos los asientos que se han realizado con práctica de segregaciones, adquisiciones por terceros y constitución de gravámenes sobre las mismas, que igualmente existe una contradicción entre lo indicado en el mencionado mandamiento y el auto de la Sala Segunda de lo Civil en cuanto a los títulos a anularse, sin olvidar por último que las tres fincas nunca han estado inscritas a nombre del quebrado, por lo que, habida cuenta la falta de concreción de los asientos a cancelar, se plantean sin más, y dado los intereses en juego, graves y complejos problemas al Registrador, para cuya solución no es competente.»

«Por ello ha sido reiterada jurisprudencia de este Centro la de que se han de consignar con claridad en el mandamiento de los asientos que deben ser cancelados, citando expresamente a todos a los que ha de afectar y sin que sea suficiente una declaración de carácter general, afirmación que encuentra su fundamento en el reconocimiento de la exclusiva competencia que todo el Tribunal tiene para hacer ejecutar lo juzgado, y que en el caso discutido lo es a efectos de fijar los bienes o derechos que, enajenados por el declarado en quiebra, han de reintegrarse a su patrimonio o estimarse que nunca salieron de su poder, y entren, por tanto, a formar parte de la masa de la quiebra con las consecuencias a que ello puede dar lugar.»

«Como indica el informe de defensa de la nota, se debía haber aportado, como complementaria del mandamiento, la sentencia de declaración de quiebra, sin que sea suficiente la referencia que de la misma se hace, ya que ello permitiría conocer al Registrador una serie de circunstancias que no

resultan del propio mandamiento y que adquieren especial relieve para la calificación por la singularidad de este caso en relación con los libros registrales, al no haber sido el quebrado en ningún momento titular registral de las fincas y, en consecuencia, haber sido otorgados los actos dispositivos por terceras personas que se ignora si fueron citadas, oídas y condenadas en debida forma.»

«En relación a la finca número 5.328—defecto 4.º de la nota—, aún se hace más patente lo anteriormente expuesto, pues, según se desprende de la certificación registral aportada al expediente, en ningún momento ha estado dicha finca inscrita no ya a nombre del quebrado, sino tampoco a la de ninguno de los dos cómplices a que se refiere el auto, y por el contrario, por la práctica de segregaciones de la finca matriz, lo ha estado a favor de una serie de personas totalmente ajenas al procedimiento, en la que, por cierto, alguna de las nuevas parcelas aparece gravada con hipoteca, y en cuanto a las dos fincas a las que se refiere el defecto 5.º, que figuran inscritas a nombre de uno de los cómplices, se ha de indicar lo señalado en el considerando anterior respecto a la aportación de la sentencia de quiebra.»

«Por último, para poder cancelar los asientos discutidos en el caso de que no haya prestado voluntariamente el consentimiento su titular registral o no haya podido hacerlo, es necesario que en el procedimiento adecuado se ordene la cancelación mediante sentencia contra la cual no se encuentre pendiente recurso de casación, tal como exige el artículo 82-1.º de la Ley Hipotecaria, o como con más acierto expresa el artículo 175 de su Reglamento, al indicar que la cancelación se ordene en virtud de resolución judicial que sea firme por no admitir recurso alguno o por haber sido desestimado o haber expirado el plazo legal para promoverlo, pues lo esencial que se deduce y presuponen ambos preceptos son la nota de firmeza, y que el titular registral haya sido parte y vencido en el juicio a la que la sentencia haya puesto fin.»

«En el presente recurso, en donde la cuestión relativa a la nulidad de los contratos celebrados se ha suscitado por medio de un incidente al que ha puesto fin el actq recogido en el mandamiento, y que al ser dictado en ejecución de la sentencia que declaró la quiebra y no haberse ésta acompañado al mandamiento, falta uno de los fundamentales elementos para poder calificar y conocer el Registrador si los titulares registrales habían sido citados y fueron parte en el procedimiento.»

*Consideraciones críticas.*—El Código de Comercio, en el artículo 878, 2.º, establece un principio difícil de conciliar con el de la seguridad del tráfico. «Todos sus actos—dispone el artículo—de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra, serán nulos». De los primeros en darse cuenta de la trascendencia que esa disposición podía tener al ponerse en contacto con actos inscritos y protegidos por el principio de publicidad fue Roca Sastre, en una ya lejana conferencia que llevaba por título «Imperfecciones Hipotecarias» y que él salvaba con singular maestría, entendiéndolo que el artículo 378 del Código de Comercio se refería a relaciones entre partes y el 34 de la Ley Hipotecaria a relaciones con terceros.

Los mercantilistas no relacionaron estos preceptos, dejando como prin-

cipio fundamental el de que al establecerse esa nulidad por el artículo 878 del Código de Comercio, se trataba de una nulidad absoluta con efectos «*ipso iure*» y sin necesidad de resolución judicial. Pueden verse en ese sentido las direcciones marcadas—con ciertas variantes—por JOAQUÍN GARRIGUES («Curso de Derecho Mercantil», tomo II, Madrid, 1940), RODRIGO URÍA («Derecho Mercantil», 1958), JOSÉ SAURA JUAN («Quiebras», Madrid, 1952), J. A. RAMÍREZ («La quiebra», Barcelona, 1959), etc. Tiene que venir la monografía de OLIVENCIA RUIZ («Publicidad Registral de Suspensiones y quiebras», Madrid, 1963) para replantear el problema desde el campo mercantil, a pesar de coincidir en que la nulidad que se predica en el artículo 878 es de carácter absoluto, citando a este respecto los trabajos de JUSTE IRIBARREN («En torno a la retroacción de la quiebra», Rev. Der. Procesal, 1958), a JIMÉNEZ ESCARZA 43 («La retroacción de la quiebra según el artículo 878 del Código de Comercio», en Rev. Der. Mercantil, 1958) y a JARDI («La nulidad de los actos y contratos del quebrado por retroacción de los efectos de la declaración de quiebra», Rev. Der. Pr., 1940).

En el campo procesal el problema también preocupa, aunque no se le llega a dar la transcendencia que pueda contener sobre la base de la poca o escasa aplicación de las declaraciones de quiebra. Sirvan de ejemplo las tesis que se mantienen por MANUEL DE LA PLAZA («Derecho Procesal Civil Español», II, 2.º), GUASP («Derecho Procesal Civil», 1961) y TOMÁS OGAYAR («Fijación de la fecha de retroacción de los efectos de la declaración de quiebra», Rev. Der. Pr., 1958). Desde el campo hipotecario las soluciones dadas por ROCA SASTRE en el trabajo citado y las que aportaba SANZ («Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria», Madrid, 1945) con puntos de vista muy análogos, vienen complementadas últimamente por el meritorio punto de vista sostenido por BILBAO ARISTEGUI («Actuación de los principios de legitimación y fe pública registral en relación con los actos de disposición otorgados por el futuro quebrado durante el período de retroacción de la quiebra», en Rev. Cr. Dr. Inm., 1972), así como por un trabajo sobre «Anotaciones de suspensión y quiebras», publicado en el Boletín del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y mi pequeña aportación en «Complementos al Derecho Hipotecario y su legislación» y en el trabajo que como comunicación figuró en el último Congreso de Derecho Registral de Puerto Rico («La publicidad registral en relación con el urbanismo y la prehorizontalidad», 1977). A todo ello hay que añadir en la actualidad el acertado y documentado comentario que en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario hace de la Resolución que aquí traemos TIRSO CARRETERO GARCÍA (enero-febrero, 1978, número 524, página 80).

Por lo que se refiere a la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como la doctrina emanada de la Dirección General, habría que hacer ciertas precisiones, pues en muchas de ellas se ve claramente la necesidad de una declaración de nulidad (S. 17 febrero 1909 y 14 diciembre 1960); en otras se aborda la problemática de la afección a los terceros (SS. 13 de mayo de 1927, 17 marzo 1958 y 31 de mayo de 1960), aunque de mayor importancia—según Tirso Carretero—es la de 9 junio 1932, en la que se precisa que cualquiera que sea el alcance que quiera dársele al artículo 878, 2.º, del C. de C., nunca puede afectar a personas distintas del quebrado ni tener consecuencias en:

relación con actos y contratos en los que no intervino. Por lo que se refiere a la Dirección General pueden citarse las de 16 de marzo de 1916, 7 de junio de 1920 y 8 de mayo de 1943, exigiéndose en la primera una inevitable determinación de asientos a cancelar, y las otras dos que abordan la temática de un posible cierre del Registro como consecuencia de la declaración de quiebra.

Expuestos a grandes rasgos los aspectos doctrinal y jurisprudencial sobre la materia se hace ya preciso entrar a fondo en el contenido de esta Resolución que por la vía indirecta del juego de ciertos principios viene a dejar sin aplicación al caso contemplado en el artículo 878, 2.º, del C. de Comercio. El tema que ha sido siempre polémico cobra en la actualidad una gran importancia, pues la situación económica al provocar la crisis que supone toda quiebra pondrá inevitablemente a prueba el principio de seguridad en el tráfico jurídico. En nuestro comentario vamos a distinguir estos puntos:

A) *Requisitos para que la nulidad produzca efecto.*—La idea matriz de que parte el artículo 878, 2.º, del Código de Comercio, es que fijada la fecha a partir de la cual el Juez entiende que han de retrotraerse los efectos de la quiebra, los actos que haya realizado el quebrado desde la misma, serán nulos. «La quiebra—se dice—provoca la incapacidad de disponer y administrar del quebrado, y ésta incapacidad se retrotrae a la fecha a la que el juez ha retrotraído la quiebra, o sea, que al quebrado se le considera incapacitado para disponer desde dicha fecha, de suerte que todos los actos de disposición, gravamen y administración, otorgados por el quebrado son nulos, por vicio o defecto de capacidad por parte del quebrado disponente. Es decir, al retrotraer los efectos de la quiebra a una fecha determinada se hace «incapaz retroactivamente» a una persona que no lo era cuando realizó el acto dispositivo.

El resultado—sigue diciendo el autor al que seguimos—del artículo 878 de nuestro Código de Comercio es, que si una persona compra una finca a un comerciante o sociedad mercantil, por más que del Registro aparezca que es titular libre de toda carga, limitación y anotación de dicha finca el vendedor, y aunque el comprador ignore o desconozca que el vendedor se halla en período de desarreglo económico o de sobreseimiento de pagos, o sea en bancarrota no declarada aún, y que el Notario autorice la venta y el Registrador la inscriba, si después dicho vendedor es declarado en quiebra, y se retrotrae ésta a fecha anterior a la compra, el comprador perderá la finca comprada, pues la sindicatura de la quiebra desconocerá tal compra, como si la finca comprada no hubiera salido nunca del patrimonio del quebrado».

De esta exposición, magistralmente diseñada por Rosa Sastre, resulta que sólo parece ser necesario que el Juez competente señale la fecha a partir de la cual se entiende retrotraída la quiebra para que los actos realizados por el quebrado se consideren nulos y, por ello, esa nulidad pueda provocar la cancelación de los asientos registrales que han provocado. Así de sencillo. ¿Pero esto es así?

Parece que esto no es así, por lo menos a juicio del Registrador que ca-

lifica el acto judicial, y que ratifica tanto la Audiencia como la Dirección General de los Registros y Notariado. El recurrente precisamente se basa en las ideas apuntadas y el Registrador le opone un importante artículo de la Ley Hipotecaria, que no es el 34 de la misma, sino el 82, 1.º, en cuya virtud para poder cancelar una inscripción practicada en virtud de un documento público se precisa el consentimiento de su titular o una sentencia firme en que así se exprese. Ello no viene a ser más que una consecuencia del principio de legitimación en cuya virtud, y por el juego del artículo 1 de la misma Ley Hipotecaria, los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales. De ahí que sea un tanto desorientador el primer considerando de la Resolución, en el cual se dice que el problema de la nulidad de los actos otorgados dentro de período de retroacción de la quiebra «no es cuestión que proceda examinar dentro de este recurso, pues en ello se muestran de acuerdo recurrente y Registrador». Quizá lo que se ha querido decir es que una y otra parte están de acuerdo en que dichos actos son nulos, pero lo que sucede es que esa nulidad no puede provocar la cancelación consiguiente si no es bajo determinadas condiciones, aunque en el fondo viene a desvirtuarse la afirmación, ya que si son nulos y no producen efecto cancelatorio sin exigencias procesales es como si no lo fueran, puesto que no trascienden ni afectan a tercero.

Y es aquí donde la habilidad de la Resolución va a solucionar un problema que, como hemos visto, doctrinal y hasta jurisprudencialmente parecía ya decidido. No parece ser que se trata de una nulidad «ope legis» o «ipso iure» que surge en base de una decisión judicial que marca una fecha, sino que es preciso, como dice el «considerando» penúltimo de la Resolución que se ordene la cancelación mediante sentencia firme o contra la cual no se encuentre pendiente recurso de casación, conforme al artículo 82, 1.º, de la L. H. y 175 de su Reglamento, que habla de «resolución judicial que sea firme, por no admitir recurso alguno o por haber sido desestimado o haber expirado el plazo legal para promoverlo».

De todo ello se deduce que para que sea aplicable el artículo 878, 2.º, del Código de Comercio en su repercusión hipotecaria, es preciso: a) Que el quebrado haya realizado actos de disposición, gravamen y administración dentro del período comprendido entre la fecha a que se retrotrae la quiebra y el auto que la declara. b) Que se haya fijado por el Juez competente esa fecha. c) Que se presente la sentencia o declaración judicial firme en la que se ordene la cancelación de los asientos respectivos que se entienden nulos por virtud de la retroacción de la quiebra.

La Resolución en el considerando citado habla de «sentencia» o «resolución firme», lo cual parece indicar que se está refiriendo al supuesto en el que el quebrado se oponga al auto de declaración de quiebra (artículos 1.326 a 1.330 de la LEC) o a la pretensión de los Síndicos y el Fiscal (artículo 1.385 LEC), pues resulta aventurado decir que el juicio de ejecución universal de quiebra termine en sentencia como cualquier proceso. Claro que, mientras ésta no exista, será difícil lograr el efecto que se persigue.

**B) Requisitos para que la nulidad afecte a terceros.**—Realmente la problemática del artículo 878, 2.º, del C. de Comercio se encierra en los actos

que el quebrado haya realizado hacia otras personas y no los que éstas a su vez hayan podido realizar dando entrada al juego protector del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Esta viene a ser la tesis mantenida por Bilbao Aristegui en el trabajo citado, aparte de opinar que en la primera transmisión también el adquirente del quebrado es tercero en cuanto a las relaciones existentes entre el presunto quebrado y sus acreedores, siendo por ello tercero de la relación jurídica «origen de la nulidad» y pudiendo invocar la protección del artículo 34.

Aun no admitiendo la tesis sugestiva de BILBAO ARISTEGUI y entendiendo que los adquirentes directos del quebrado no son terceros protegidos por el artículo 34; lo que sí está claro es que son precisos ciertos requisitos para que el artículo 878, 2.º, del Código de Comercio entre en funciones: a) Como primera medida es la de que se concreten en el mandamiento que en ejecución de sentencia se dicte, se señalen o determinen los diferentes asientos que han de ser cancelados, sin que sea suficiente una expresión genérica que con su indeterminación provoque en el Registrador dudas y vacilaciones en orden a ello. Esta parece ser una de las primeras condiciones que señala la Dirección General en su considerando segundo, pues mal puede el Registrador decidir a este respecto cuando es «una cuestión tan delicada y ajena a su función». b) La segunda condición, a que se refiere el penúltimo párrafo, es que el titular registral cuya inscripción pretenda ser cancelada haya sido parte y vencido en el juicio a que la sentencia haya puesto fin. Esta condición o requisito se repite en otros considerandos, ya que se habla en ellos de la necesidad de citar a todos los que la retroacción ha de afectar, debiendo ser citadas, oídas y condenadas. c) La tercera condición es que los actos que pretendan anularse emanen del titular registral que deba considerarse como quebrado, pues en el supuesto de hecho que da base al recurso resulta que el quebrado no fue titular registral de las fincas en ningún momento y, sobre todo, respecto de una de las fincas ni lo estuvo a su nombre ni a favor de ninguno de sus cómplices, estándolo a nombre de personas totalmente ajenas al procedimiento. Creo que es importante en este punto destacar el acierto de TIRSO CARRETERO al traer a colación la Sentencia de 9 de junio de 1932 que no se cita en el recurso en la que se precisa que el alcance de la nulidad no puede afectar a personas distintas del quebrado, ni tener consecuencias en relación con actos y contratos en los que el quebrado no tuvo intervención alguna o si intervino como otorgante fue en representación ajena y no en nombre propio, porque sólo al quebrado puede estimársele en situación de quiebra.

A la vista de todo ello habría que hacer la crítica final de esta nueva perspectiva que ofrece el principio de tráfico jurídico, frente a esa pretendida nulidad absoluta o intrínseca que parece desprenderse del artículo 878, 2.º, del Código de Comercio. Si el principio de legalidad exige el exacto cumplimiento de las leyes, han de ser consideradas tanto el Código de Comercio como la Ley Hipotecaria, y si lo que se pretendió establecer en el primero fue una excepción al artículo 34 de la Ley Hipotecaria (lo cual era difícilísimo), debe en la actualidad ser conciliado con una interpretación rigurosa, exigiendo que para que entre en juego se observen todos los requisitos y exigencias que la Ley Hipotecaria establece. Podría discutirse el que

la aplicación afectase a los directos adquirentes del quebrado, cuando éste sea titular registral y no cuando éste actúe como mandatario o en un pretendido contrato simulado; pero siempre y cuando se especifique el asiento a cancelar y se presente la sentencia en que así se ordene por imperio del artículo 82 de la Ley Hipotecaria. Creo que la posible repercusión frente a sucesivas adquisiciones realizadas por titulares registrales que no tengan la condición de quebrados exceden con mucho no ya sólo a la posible intención del legislador, sino a la interpretación literal del artículo y sólo cuando lograrse demostrarse en el procedimiento adecuado la falta de los requisitos de protección que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria establece podría admitirse esa prolongada anulación de actos y contratos. Si el interés de los acreedores en el procedimiento de quiebra es grande, no deja de serlo el de los adquirentes ajenos, por completo, al tema de la quiebra, y ahí es donde precisamente —como dice la Resolución— se obliga a las autoridades judiciales que durante el procedimiento han podido ponderar los elementos a través de los pedimentos y su discusión, excepciones alegadas y prueba.

**Bienes inmuebles gananciales. Adquisición por mujer casada: son inscribibles en el Registro las compras hechas por mujer casada sin intervención de su marido cuando el precio se satisface al contado o se declara recibido y el dinero entregado por la mujer es presuntivamente ganancial, bien sean para su patrimonio privativo o bien para el ganancial, debiendo practicarse la inscripción conforme a la regla primera del artículo 95 del Reglamento Hipotecario. (Resoluciones de 8 de febrero, 11 de febrero y 26 de febrero de 1977; «Boletín Oficial del Estado» de 16 de febrero, 18 y 30 de marzo.)**

*Hechos.—1) Resolución de 8 de febrero:* Mediante escritura de compraventa, autorizada en Madrid por el notario don Antonio Rodríguez Adrados, el 24 de julio de 1975, don Benjamín Sánchez García y doña Evangelina Sánchez García vendieron a doña Rosa Rodríguez Diéguez un piso vivienda; la compradora es mayor de edad, casada, y comparece en la escritura por su propio derecho y el precio de la compraventa es de 350.000 pesetas, que los vendedores confiesan haber recibido de la compradora antes del acto, por lo que le otorgan completa carta de pago.

Presentada en el Registro la primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Suspendida la inscripción del precedente documento por los defectos subsanables siguientes: a) No justificarse la procedencia del dinero para considerar la adquisición como parafernál. b) No resultar del mismo ser la adquirente la administradora de la sociedad de gananciales, faltando el consentimiento del cónyuge que ostente tal carácter. Se ha cumplido lo dispuesto en el párrafo c) del artículo 485 del Reglamento Hipotecario. No se toma anotación preventiva por no haberse solicitado.»

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación. En su extenso, profundo y bien fundado escrito

de alegaciones recogió diversos argumentos importantes a favor de la validez e inscribibilidad de las compras hechas por mujer casada en esas condiciones. He aquí alguno de ellos: Que antes de la Ley de 2 de mayo de 1975, casi todos los actos jurídicos de la mujer casada necesitaban la licencia marital en virtud del artículo 61 y concordantes del Código Civil, aun cuando la falta de este requisito no impedía la inscripción de la compra efectuada sin intervención del marido, si bien haciendo constar en la inscripción la falta de licencia cuando fuere necesaria; suprimida la licencia marital por la nueva Ley, es indudable que las compras de la mujer son ahora totalmente válidas e inscribibles sin salvedad alguna, aunque no haya intervenido el marido, que es administrador de la sociedad conyugal. Que así lo imponen los diversos artículos del Código Civil no derogados por la reforma de 1975 (artículos 1.392, 1.401). Que el aspecto objetivo o de subrogación real, y no subjetivo de tener en cuenta en cada caso al cónyuge adquirente, que se sigue para la atribución a un bien así adquirido del carácter ganancial, es defendido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros e inspira igualmente los artículos 94 y 95 del Reglamento Hipotecario. Que la Ley de 2 de mayo de 1975 ha reforzado esa solución, al pretender una mayor independencia jurídica de la mujer casada y una menor desigualdad entre marido y mujer, por lo que los preceptos no alterados del Código Civil deben ser interpretados ahora conforme a esta nueva concepción, y en forma restrictiva si la contrarían. Que han desaparecido en esta nueva Ley tanto la licencia marital (artículos 60 a 65) como las restricciones que tenía la mujer casada para prestar el consentimiento contractual (1.263, 3). Que el derogado artículo 61 entendía la licencia marital como una institución unitaria, sin que pudiera verse en ella otro aspecto de consentimiento del marido para las adquisiciones con precio ganancial. Que el artículo 94 del Reglamento Hipotecario sólo ponía como limitación a las compras por mujer casada la necesidad de la licencia marital, y no la de cualquier otro consentimiento que no aparece expresamente regulado. Que de no estimarse así se produciría el contrasentido de que antes de la Ley de 1975 las compras de la mujer fueran anulables e inscribibles con esa reserva y ahora resultaran nulas y no susceptibles de inscripción. Que tampoco es aceptable la tesis de la anulabilidad de tales compras. Que el marido es el administrador de la sociedad de gananciales, pero no único y exclusivo, sino que la mujer conserva algunas facultades administrativas: administra los frutos de los parafernales, que son gananciales, y los rendimientos profesionales de su trabajo, que también lo son. Que si se exige el consentimiento del marido para las compras de la mujer, se equipara los actos de adquisición a los de disposición, equiparación que no es aceptable. Que la dificultad de acreditar la procedencia privativa del precio impide prácticamente desvirtuar la presunción de ganancialidad del artículo 1.407, según la rígida interpretación jurisprudencial sobre este punto. Que aún aceptando que el consentimiento del marido fuera necesario, la inscribibilidad del acto otorgado sin su intervención sería evidente, porque ese consentimiento no podría afectar a la compra misma, sino solamente al pago del precio, lo que no sería obstáculo a su inscripción.

El Registrador, de conformidad con su cotitular, apoyó su calificación

negativa, entre otras, en las siguientes razones: Que la Ley de Reforma de 2 de mayo de 1975 no ha alterado el régimen de las comunidades conyugales, reconociendo expresamente la diferencia entre consentimiento y licencia. Que entre las novedades introducidas por la reforma no se ha modificado la atribución legal al marido de la administración de la sociedad conyugal ni de los bienes gananciales. Que el cónyuge no administrador, sea marido o mujer, tiene limitaciones para injerirse en funciones que no le son propias, y estas limitaciones nada tienen que ver con la capacidad de dicho cónyuge no administrador, sino que derivan del régimen matrimonial de bienes. Que no alterada la regulación de la sociedad de gananciales, su administración corresponde al marido, salvo pacto en contrario (artículo 1.412), y a pesar de la dificultad de precisar el concepto de acto de administración, puede deducirse del artículo 1.413 que los actos que no sean dispositivos se consideran de administración. Que el artículo 1.416, en relación el 1.362, sólo permite a la mujer obligar los bienes de la sociedad de gananciales sin consentimiento del marido cuando se trate de gastos diarios usuales de la familia, pero no de la compra de un inmueble. Que mientras no ratifique dicho acto, el marido, el funcionario calificador se ve obligado a suspender la inscripción. Que con independencia de la licencia marital, hoy suprimida, la exigencia del consentimiento del marido venía determinada por los artículos 59, 1.412 y 1.416, y no por el artículo 61. Que la subrogación real es una consecuencia de la adquisición, pero no la adquisición misma, y la validez de ésta es la que determinaría el nacimiento de aquélla, siendo uno de los requisitos de tal validez el consentimiento del cónyuge administrador. Que no es aplicable a este caso la doctrina de la Dirección General de los Registros, según la cual los bienes gananciales podían inscribirse indistintamente a nombre de la mujer o del marido, ni tampoco el artículo 94 del Reglamento Hipotecario (referente a adquisiciones privativas de la mujer) ni el 169 del Reglamento Notarial.

El presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario. Y la Dirección General, de conformidad con el Consejo Consultivo de Letrados, acuerda revocar el auto apelado y la nota del Registrador, estableciendo una importante doctrina relativa al caso que nos ocupa, y que aparece formulada en los considerandos que más adelante se transcriben.

2) *Resolución de 11 de febrero:* Por escritura autorizadas por el Notario de Barcelona don Antonio Roldán Rodríguez el 19 de septiembre de 1975, don José Ramón Oriol Estévez, mayor de edad, casado, vendió a doña María Viñas Fraga, mayor de edad, casada en régimen de gananciales con don Fernando Serrano Vega, empleada, que comparece por su propio nombre y derecho, una finca rústica de cuatrocientos noventa metros cuadrados formada por segregación en el mismo título de otra mayor situada en término de Castellgalí, propiedad del vendedor e inscrita a su nombre en el Registro de la Propiedad de Manresa, por el precio de sesenta mil pesetas, que el vendedor confiesa haber recibido de la compradora con anterioridad, por lo que otorga completa carta de pago.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue

calificada con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción del precedente documento por observarse el defecto insubsanable de falta cumplimiento de los artículos 1.412 y 63 del Código Civil. No procede anotación preventiva, que tampoco se ha solicitado. Con esta calificación está conforme el cotitular.»

El esposo de la compradora, con el fin de obtener la inscripción, otorgó escritura autorizada por el mismo Notario el 12 de mayo de 1976, ratificando y confirmando la referida escritura de compraventa otorgada por su esposa.

El Notario autorizante interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, a efectos meramente doctrinales, formulando, entre otras, las siguientes alegaciones: Que es sorprendente se califique como radicalmente nulo un contrato celebrado por mujer casada para su sociedad de gananciales, precisamente después que la Ley 2 de mayo de 1975 ha suprimido viejas trabas y ha colocado en igualdad de situación a marido y mujer. Que con la última reforma del Código Civil ha desaparecido toda idea de sumisión femenina al marido, y así resulta de la nueva redacción dada a los artículos 57, 62, 65 y 66. Que aún cuando la sociedad de gananciales no ha sido reformada, la interpretación de las normas relativas a la capacidad de la mujer casada no puede ser la misma después de la Ley de 1975, y así, aunque subsiste el artículo 1.412, su contenido ha sido fuertemente alterado por el espíritu que inspira la nueva normativa. Que el hecho de que el marido sea administrador de la sociedad no es obstáculo para que la adquisición pueda ser hecha por el marido o por la mujer. Que en el caso concreto discutido, el acto no puede ser calificado de nulo, sino, a lo sumo, de anulable o impugnabile por la exclusiva voluntad del esposo de la compradora, según el artículo 65 del Código Civil, en conexión con el 1.301, y por ello debió ser inscrita la escritura de compra, haciendo constar la advertencia contenida en el artículo 94 del Reglamento Hipotecario. Que aunque se estimara que el acto sin consentimiento del esposo era nulo, es evidente que dicho consentimiento podía ser prestado *a posteriori*, de modo que dicha falta sería subsanable y debería provocar, a lo sumo, una nota de suspensión y no de denegación. Que la doctrina contenida en la calificación negativa carecía de fundamento incluso antes de la reforma de 1975, pues interpretando lógicamente el artículo 1.401, números 1 y 2, del Código Civil, se deduce de él que las adquisiciones para la sociedad conyugal puede hacerlas cualquiera de los cónyuges, y en el mismo sentido se pronuncia el artículo 95, 1, del Reglamento Hipotecario. Que si en la escritura la mujer adquiere para la comunidad, es lógico pensar que existe un consentimiento tácito del esposo, pues lo corriente es que entre marido y mujer haya habido alguna comunicación al respecto. Que la cita del artículo 63 del Código Civil está fuera de lugar, ya que este artículo prohíbe que uno de los cónyuges se atribuya la representación del otro sin que le hubiera sido conferida voluntariamente, pero en nuestro caso la compradora no manifiesta en ningún momento estar representando a su marido, sino que interviene en su propio nombre y derecho, aun cuando adquiere para la comunidad. Terminaba solicitando la declaración de que la escritura debió ser inscrita, al menos, con la advertencia referida en el artículo 94 del Reglamento Hipotecario; que de existir algún defecto, éste debía ser subsanable, produciendo sólo

la suspensión de la inscripción; y que, en todo caso, era improcedente el último párrafo de la nota relativo a la conformidad del cotitular, cuya firma no aparece.

El Registrador argumentó que la escritura calificada vulnera claramente el artículo 1.412 del Código Civil. Que no es aceptable que la mujer se convierta sin pacto en administradora de la sociedad de gananciales, no siendo, por tanto, inscribibles sus adquisiciones si no se acredita el carácter privativo del precio para poder practicar la inscripción en tal concepto. Que, suprimida la licencia marital, el artículo 94 del Reglamento Hipotecario no es aplicable a las adquisiciones de bienes gananciales realizadas por la mujer casada no administradora. Que la referencia que se hace en la nota al artículo 63 del Código Civil no es inadecuada, sino muy apropiada, ya que si la compradora adquirió bienes gananciales, la única posibilidad que tenía de hacerlo era atribuyéndose la representación del marido, y como carece de ella, infringe este precepto, infracción que, unida a la del artículo 1.412, determina la imperfección de la adquisición en nuestro caso concreto. Que según la más autorizada doctrina, el criterio para distinguir las faltas insubsanables es el de la necesidad de un nuevo otorgamiento sustancial, que en el supuesto presente es precisamente el de la escritura de ratificación y confirmación que ha otorgado el marido. Que al declarar en la nota la conformidad del cotitular, no ha pretendido el funcionario calificador utilizar argumento de autoridad alguno, sino simplemente poner de manifiesto el cumplimiento del artículo 465, c), del Reglamento Hipotecario, que regula el régimen interior de los Registros desempeñados por dos titulares.

El presidente de la Audiencia estimó el recurso declarando: a) Que la escritura controvertida no contiene defecto insubsanable y el negocio jurídico en la misma constatado no es nulo, sino factible de subsanación. b) Que dicha escritura debió ser inscrita sin perjuicio del cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 94 del Reglamento Hipotecario, y que al ser posible la subsanación del defecto, la nota debió ser de suspensión de la inscripción hasta que fuera cumplido el requisito de ratificación por el esposo de la adquirente. c) Se declara y estima improcedente el último párrafo de la nota referido al cotitular registral que no la firma.

Tanto el Notario como el Registrador se alzaron de la decisión presidencial. Y la Dirección General acuerda revocar el auto apelado y la nota del Registrador, y declara que la escritura es inscribible con arreglo al artículo 95, 1, del Reglamento Hipotecario.

3) *Resolución de 26 de febrero*: Por escritura de compraventa autorizada en Vigo por el Notario don Luis Solano Aza el 1 de abril de 1976, doña Erundina de Domingo Docampo, casada, que comparece en su propio nombre y derecho, compró a don José Rodríguez Vila dos fincas en Sayanes, parroquia de San Miguel de Oya, del municipio de Vigo, haciendo constar la compradora «que la adquisición la efectúa de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1.º del artículo 1.401 del Código Civil, en concordancia con el 65 del mismo Código y con las consecuencias previstas en el artículo 1.301 de dicho Cuerpo Legal, solicitando, por tanto, su inscripción conforme a lo prevenido en el artículo 94 del Reglamento Hipotecario».

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción del precedente documento en la forma que en el mismo se solicita, por entender que el hoy inoperante artículo 94 del Reglamento Hipotecario se refería exclusivamente a la falta de licencia marital para actos y contratos relativos a bienes propios de la mujer casada y no al consentimiento en adquisiciones de bienes de carácter ganancial, cuya administración corresponde al marido, salvo pacto en contrario, de acuerdo con los artículos 59 y 1.412 del Código Civil.

No se toma anotación por suspensión por el carácter insubsanable del defecto observado.»

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, alegando que las adquisiciones onerosas realizadas por la esposa no administradora en régimen de gananciales son inscribibles, dejando a salvo las acciones de anulabilidad que pueden corresponder al marido o a sus herederos, conforme a los artículos 65, 1.301 del Código Civil y 94 del Reglamento Hipotecario. Que este último artículo se debe considerar vigente, aunque con diferente matización, después de la Ley de Reforma de 2 de mayo de 1975, que abolió la licencia marital, pero respetando el régimen de consentimientos, y esta interpretación viene abonada por la remisión que dicho precepto hace al artículo 1.301 del Código Civil, hoy reformado. Que en relación a los bienes en régimen de gananciales es esencial distinguir su adquisición de su administración, ya que si bien esta última corresponde al marido, salvo pacto en contrario, no sucede lo mismo en cuanto a su adquisición, y así, el artículo 1.401, 1.º, del Código Civil, al hablar de la adquisición de bienes gananciales, no diferencia si el adquirente es el marido o la mujer. Que si la esposa está en condiciones de disponer del dinero ganancial suficiente para comprar un inmueble, es evidente que cuenta con la autorización y consentimiento del marido, y que podría invertirlo en comprarse objetos suntuarios o de arreglo personal o adquirir una finca en su propio nombre. Qué la nota recurrida contradice el espíritu de la reforma del Código Civil de 2 de mayo de 1975 contenido en su Exposición de Motivos.

El Registrador informó que la cuestión fundamental planteada en el recurso es la de la vigencia actual del artículo 94 del Reglamento Hipotecario y su aplicación a adquisiciones de bienes gananciales realizadas por el cónyuge no administrador. Que este artículo se refiere exclusivamente a la falta de licencia del marido, pero que el recurrente equipara conceptos tan dispares como consentimiento y licencia y pretende se aplique a aquel un precepto que solamente se refiere, o se refería, a ésta. Que suprimidas las licencias que se establecían en los artículos 60 a 65 y 1.361 del Código Civil, el referido artículo 94 del Reglamento Hipotecario queda sin ámbito de aplicación. Que antes de la reforma ya estaban de acuerdo la Jurisprudencia y la doctrina en que el citado precepto se refería exclusivamente a actos y contratos sobre bienes propios de la mujer casada.

El Presidente de la Audiencia confirmó la calificación recurrida en cuanto no admite la inscripción de la compraventa, pero declarando que la nota denegatoria extendida por defecto insubsanable ha de ser sustituida por la

de suspensión por defecto insubsanable, a fin de que pueda solicitarse la anotación preventiva correspondiente. El funcionario calificador se alzó parcialmente de la decisión presidencial por cuanto considera subsanable el defecto señalado en la nota, insistiendo en sus anteriores argumentos sobre el carácter insubsanable del mismo, no haciéndolo el Notario autorizante de escritura. Y la Dirección General acuerda no admitir el recurso por no existir defecto de ninguna clase en la escritura cuya calificación se discute.

*Doctrina.*—«Que este recurso, en el que ha de decidirse si es o no inscribible la escritura de compraventa discutida, plantea la importante cuestión de si puede la mujer casada bajo el régimen de comunidad de gananciales adquirir por sí sola y a título oneroso, con precio satisfecho al contado, bienes que con arreglo a la presunción general legalmente establecida tendrían el carácter de gananciales, o si, por el contrario, necesitará para estos actos el consentimiento del marido».

«Que desaparecidas las restricciones que a la capacidad de obrar de la mujer casada establecían, entre otros, los artículos 61 y 62 del Código Civil, y dada la estrecha relación que esta materia tiene con el régimen económico-matrimonial, hubiera podido abordarse simultáneamente la modificación de ambas materias, pero no ha sido así, pues nuestra legislación, en forma parecida a lo sucedido en otros países (Alemania, Francia), ha atendido en la reforma de 2 de mayo de 1975 a la «general finalidad perseguida de equiparar en lo posible a los cónyuges» y ha dejado para un ulterior momento la adaptación de ese enunciado al régimen matrimonial, por lo que al no haber apenas variado la Ley de Reforma el sistema de gananciales, la presunción del artículo 1.407 del Código Civil y el carácter fungible del dinero pueden inducir a que se entienda que la capacidad adquisitiva de la mujer casada continúa todavía disminuida, y que en este aspecto la mencionada Ley no sólo ha introducido muy pocas variaciones, sino que incluso ha restringido el sistema anterior, que admitía la validez de las compras hechas por la mujer con la licencia de su esposo, licencia hoy suprimida.»

«Que la prudencia legislativa aparece plenamente justificada ante las dificultades que surgen al tener que combinar el principio de igualdad «en lo posible» de los cónyuges con unos sistemas que, como los de comunidad de bienes se avienen mal con una duplicidad de poderes para la administración, hasta el punto de que el Derecho Comparado ofrece ejemplos de haber tratado de establecer como régimen supletorio el de separación de bienes, en donde tales dificultades se obvian; pero a parte de que los países que así lo hicieron rectificaron enseguida, volviendo de nuevo al sistema de comunidad, no hay que olvidar el gran arraigo popular que en nuestra patria tienen los sistemas de comunidad en casi todas las regiones, y en concreto el de gananciales, lo que presumiblemente obligará a mantener este sistema, sin perjuicio de su perfeccionamiento.»

«Que no obstante la declaración general contenida en la exposición de motivos de la Ley de 1975, es indudable que la reforma ha afectado al régimen matrimonial de bienes, pues no cabe desconocer la modificación de preceptos de tanta trascendencia como los artículos 1.435, 1.436 y 1.441 a 1.444, que ha venido a suponer un importante cambio en relación al sistema an-

terior al conferir a la mujer, cuando administra los bienes del matrimonio, las mismas facultades que tenía el marido, ajustándose así al criterio de equiparación que pretende establecerse, e indirectamente también incide sobre esta misma materia la modificación de otros preceptos del Código, como son los artículos 60, 61, 65, 69, 189, 995 y 1.301, en donde se ha eliminado toda referencia a desigualdades que existían en la posición de ambos cónyuges, o se establece un sistema de equiparación de los mismos en la administración de la sociedad conyugal.»

«Que el fundamento de estas modificaciones no es otro que el de acomodar la legislación a la actual realidad de la sociedad española en la que son muchos los matrimonios donde no sólo el marido, sino también la mujer colabora con su trabajo —bien sea intelectual o manual— al sostenimiento y aportación de ingresos a la sociedad conyugal, así como a atender a la posibilidad que la mujer tiene de ejercer una profesión sin necesidad del consentimiento de su esposo, que quedaría prácticamente sin efecto si para los contratos que realizase en el ejercicio de su actividad profesional —entre otros, arrendamiento o incluso compra de local—, hubiera de necesitar este consentimiento marital.»

«Que una interpretación armónica de los preceptos del Código Civil —reformado o no— deberá tener en cuenta no sólo el espíritu de 1889, momento de la publicación del Código Civil, sino que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.º, 1.º, del mismo Cuerpo Legal, habrá de atenderse a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicados y, por tanto, interpretarse también según el espíritu de la reforma recientemente realizada.»

«Que los obstáculos en que pretende fundamentarse la tesis negativa de que la mujer casada pueda por sí sola adquirir a título oneroso bienes inmuebles durante el matrimonio, se encuentran, de una parte, en el artículo 1.416 del Código Civil, en cuanto establece que la mujer no podrá obligar los bienes de la sociedad de gananciales sin consentimiento del marido y de otra en que de poder comprar inmuebles la mujer con el carácter de gananciales, se alteraría por su sola voluntad el patrimonio común de los esposos.»

«Que un detenido examen del artículo 1.416 del Código Civil lleva a la conclusión de que se limita a indicar los bienes que quedan obligados por los actos de la mujer, de modo que el consentimiento del marido no afecta para nada a la validez del contrato realizado por ella, pues a este aspecto se referían en su redacción derogada los artículos 61 y 1.263 del Código Civil, que le impedían adquirir a título oneroso o lucrativo sin licencia o poder de su marido; pero suprimida esta restricción no hay ningún obstáculo legal para que la mujer casada pueda ser compradora, sin que, por tanto, tengan aplicación los artículos 65 y 1.301 en su nueva redacción.»

«Que el segundo de los obstáculos señalados no tiene razón de ser, ya que es indudable que puede la mujer modificar la composición del patrimonio ganancial, según se deduce: a) Por los bienes que obtenga a través de su industria, sueldo o trabajo —artículo 1.401, 2.º—, para cuyo ejercicio no necesita la licencia de su marido. b) Por los frutos, rentas o intereses que procedan de sus bienes parafernales —artículo 1.401, 3.º—, que pueden

dar lugar a la entrada de nuevos bienes gananciales. c) Por la enajenación de sus bienes parafernales libremente —artículo 1.387—, que puede provocar una disminución de los gananciales, al no ingresar los frutos o rentas que tendrían este último carácter.»

«Que superados los obstáculos que podrían oponerse a la adquisición de inmuebles a título oneroso por la mujer casada en régimen de gananciales, la interpretación favorable a su posibilidad, por el contrario, se encuentra fundamentada: a) En la ya indicada supresión de la licencia marital para las adquisiciones a título oneroso o gratuito por la mujer. b) En los artículos 1.392 y 1.401, que no discriminan en cuanto a la adquisición por cualquiera de los esposos para que los bienes tengan el carácter ganancial, y lo mismo sucede con el artículo 95, 1.º, del Reglamento Hipotecario. c) En que al comparecer en juicio ella sola para reclamar los haberes profesionales que se le adeudan —una vez suprimida en el artículo 60 del Código Civil la exigencia de la licencia marital para esta comparecencia—, si en la fase ejecutiva queda desierta la subasta de los inmuebles embargados por falta de postores podrá pedir la adjudicación de dichos inmuebles, que indudablemente tendrán el carácter de gananciales.»

«Que merece especial atención destacar que nuestro Código Civil, en su redacción anterior a la última reforma, siguiendo al Derecho tradicional y reconocimiento de la personalidad de la mujer, señaló que ésta tiene la potestad de administrar los bienes parafernales, la cual no debe entenderse referida sólo a la administración de cada uno de los bienes, sino a la de todo el patrimonio privativo en función de las propias posibilidades económicas y profesionales de la mujer; y en el ejercicio de tal potestad, la mujer administra ciertos bienes gananciales —los frutos de los bienes parafernales y *a fortiori* las ganancias obtenidas en su profesión, industria o trabajo— como el marido mismo y, por ende, con la potestad de enajenarlos en tanto la enajenación constituya un acto de gestión de los bienes encomendados a su dirección (confróntese, entre otros artículo 66, 1.384 y 1.385 del Código Civil) y en tanto no recaiga sobre bienes gananciales que como excedentes hayan pasado a la administración general de la sociedad conyugal.»

«Que tras la reforma introducida por la Ley de 2 de mayo de 1975, ha desaparecido formalmente la salvedad que en favor del artículo 1.384 se hacía a la regla de que al marido incumbe la administración de la sociedad de gananciales en los artículos 59 y 1.412 del Código Civil —según el texto de la segunda edición—, pero sin duda debe entenderse meramente que el legislador juzgó inútil por sobrentendida la expresa formulación de la salvedad, y nunca que haya habido un retroceso en la doctrina del Código Civil, lo que no armonizaría en modo alguno con el espíritu de las últimas reformas, que han querido siempre potenciar la posición de la mujer.»

«Que de la presunción de que todos los bienes son gananciales no debe pasarse a la presunción de que todos los bienes, incluso los que posee la mujer, sólo pueden ser administrados por el marido, pues el tradicional reconocimiento de la personalidad de la mujer, el principio de la buena fe, la presunción del artículo 448, el ser ella también órgano de gestión de la sociedad conyugal, la responsabilidad que incumbe al gestor principal de

toda actividad económica y las exigencias de la seguridad del tráfico obligan a entender, mientras no conste otra cosa, que la mujer tiene la libre disposición del dinero del que efectivamente dispone, sin necesidad de acreditar que sea privativo, o que siendo ganancial lo hace en uso de la potestad que le reconoce el artículo 1.384 u otros varios preceptos, o que se trata de dinero ganancial que el marido ha puesto a su disposición, a salvo las posibles repercusiones que entre marido y mujer pueda tener la extralimitación de ésta, la cual no afectaría a terceros de buena fe.»

«Que de todo lo expuesto hay que concluir que son válidas las adquisiciones hechas por la mujer por sí sola con precio al contado, bien sean para su patrimonio privativo o bien para el ganancial, supuesto este último que será el más frecuente dada la presunción del artículo 1.407 del Código Civil y la dificultad de la prueba del origen del precio, puesta reiteradamente de manifiesto por la jurisprudencia, por lo que en este supuesto, al no estar demostrado el carácter privativo del dinero, habrá de practicarse la inscripción, de acuerdo con lo dispuesto en la regla primera del artículo 95 del Reglamento Hipotecario.»

«En las Resoluciones de 11 y 26 de febrero se hace referencia a la doctrina formulada en la precedente de 8 de febrero, y se recogen en resumen los mismos argumentos que sirvieron de base al criterio permisivo de la inscripción que en ambas se reitera. Por razón de la forma en que se plantearon las cuestiones y de los distintos temas apuntados, en cada una de estas dos resoluciones se contiene un nuevo considerando, que también se incluye a continuación:

«La conformidad del cotitular a la nota discutida viene a reflejar que se ha cumplido con lo ordenado en el artículo 485, c), del Reglamento Hipotecario, que establece que cuando el Registrador calificador estima que existen defectos que impiden practicar la operación solicitada, lo pondrá en conocimiento de su cotitular por si éste entendiera que era procedente realizarla, en cuyo caso la practicaría bajo su responsabilidad.»

«A la vista de lo indicado parece ocioso entrar en el examen de si es subsanable o insubsanable la falta de consentimiento del marido, como administrador de la sociedad de gananciales, en la compraventa discutida, planteada en apelación como único punto de debate por el Registrador, dado que conforme a lo expuesto no es necesario tal consentimiento para la inscripción del mencionado contrato, por lo que bastaría una petición formal de la interesada que desvirtuara su primitiva solicitud para que la escritura calificada tuviese acceso a los libros del Registro.»

*Consideraciones críticas.*—El tema que contemplan y resuelven las tres resoluciones que vamos a comentar se diseña perfectamente en el primer considerando al decir que se trata de resolver si es o no inscribible una escritura en la que la mujer casada bajo el régimen de gananciales adquiere por sí sola y a título oneroso, con precio satisfecho al contado, bienes que con arreglo a la presunción general legalmente establecida tendrían el carácter de gananciales, o precisa el consentimiento del marido.

Se hace preciso destacar, antes de entrar en el fondo de la cuestión, cómo estas Resoluciones son un auténtico modelo de precisión y un indu-

dable avance en la técnica de la interpretación, pues gracias a ellas se ha sabido salvar con técnica jurídica progresiva una situación límite que el legislador había provocado al reformar parcialmente el Código Civil el 2 de mayo de 1975. Frente a la audacia del legislador debe estar siempre la prudencia del jurista y tratar, por todos los medios a su alcance, aunque el problema sea de urgencia, de evitar cualquier contradicción entre lo nuevo y lo viejo. Entre lo que se reforma y lo que se deja intocado. No basta, a mi humilde entender, plasmar un propósito legislativo en la «Exposición de Motivos» y decir «como no se ha albergado el propósito de alterar el régimen de las comunidades conyugales, nada se ha estatuido acerca de ellas, limitándose la reforma a referirse globalmente y en abstracto a los casos en que las Leyes exijan que cada cónyuge deba actuar con el consentimiento de su consorte», para así salir airoso ante cualquier contradicción que se pueda presentar. Esto es pereza legislativa, quizá negligencia, pues como dice el segundo considerando de las Resoluciones que «dada la estrecha relación que esta materia tiene con el régimen económico-matrimonial, hubiera podido abordarse simultáneamente la modificación de ambas materias...», pero no fue así y ha dejado para un ulterior momento la adaptación de la reforma al sistema o régimen matrimonial.

Nos hemos pasado más de medio siglo criticando la famosa contradicción entre los primitivos artículo 759 y 799 del Código Civil y en las dos oportunidades que se acomete una reforma a fondo del mismo —en 1958 y en 1975— se le escapan al legislador dos errores. Todos recordamos la evidente contradicción que resultó de la redacción de los artículos 809 y 841 en relación con los derechos legitimarios del cónyuge viudo y ahora al carecer la mujer de fuerza de obligar la sociedad de gananciales (artículo 1.416) y estar atribuida al marido la administración de los gananciales (artículos 59 y 1.412), a la mujer se la priva de la posibilidad de las compras con dinero ganancial o presuntivamente ganancial. Y no se diga que se trata de una interpretación forzada o que el funcionario calificador pretendía poner trabas a la reforma, pues la contradicción es evidente, de ahí el gran éxito de estas Resoluciones inspiradas en el meritísimo trabajo del Notario que dio lugar al recurso.

No creo que sea ya oportuno el contar el origen y los sucesivos hechos que motivaron las dos posturas que, como capuletos y montescos, se dibujaron en el campo de las opiniones. Vivir de cerca y oír a las dos partes resulta anecdótico, pero no creo que aporte nada a esta doctrina plasmada en las Resoluciones y de cuyo lado me incliné siempre, en el sentido de que había que salvar la contracción dado el espíritu y finalidad de la reforma. Cuando esto así lo explicaba en América, se publicaba la primera de las Resoluciones. De ahí que ahora, aparte de citar la abundante bibliografía sobre el tema, entienda que los puntos concretos a desarrollar sean los siguientes:

*A) Justificación general de la solución dada.*

Frente a la habilidad interpretativa que suponen el contenido de las Resoluciones, se destaca en ellas el reconocimiento de que el legislador ha

tenido un *lapsus*, pues de una parte se le trata de justificar el mismo y de otra se antepone a la interpretación minuciosa de los preceptos el principio general que debe presidir la que debe salvar la duda suscitada por la aplicación de los preceptos.

Antes habíamos apuntado cómo el segundo considerando de las Resoluciones trataba de explicar la razón por la que afectando la problemática de la mujer casada a los regímenes económicos matrimoniales no se había abordado la modificación, siguiendo la normativa de otros países como Alemania y Francia en este punto y destacándose la «prudencia» legislativa ante las dificultades que surgen al tratar de combinar el principio de igualdad de los cónyuges con sistemas como el de la comunidad de bienes, que se avienen mal con una duplicidad de poderes para la administración. Esta afirmación, de dudosa aceptación para el jurista, resulta quizá poco consecuente con lo que luego se expresa en el cuarto considerando, donde la Dirección no tiene más remedio que reconocer que se han modificado preceptos referentes al régimen económico matrimonial de bienes, como pueden ser los 1.435, 1.436 y 1.441 a 1.444 del Código Civil («que han venido a suponer un importante cambio en relación al sistema anterior») e indirectamente los artículos 60, 61, 69, 189, 995 y 1.301, donde se establecen equiparaciones de ambos cónyuges en orden a la administración o se eliminan posibles desigualdades. ¿Entonces por qué no se reformaron esos otros preceptos que podían provocar conflictos, reflejar peores tratos y poner de manifiesto una desigualdad? Pues sencillamente, porque al pasar revista el legislador a los posibles supuestos y abrir las puertas de las soluciones no pensó en una que podía ser frecuente y a pesar de reconocer que «son muchos los matrimonios donde no sólo el marido, sino también la mujer, colabora con su trabajo—bien sea intelectual o manual (distinción que se me antoja poco feliz)—al sostenimiento y aportación de ingresos a la sociedad conyugal, así como a atender a la posibilidad que la mujer tiene de ejercer una profesión sin necesidad del consentimiento de su esposo...». Y, entonces, si eso se tuvo en cuenta, ¿cómo no se contempló el supuesto cuestionado?

Si de verdad eso lo supuso el legislador—yo entiendo que ni pensó en que podía producirse el supuesto—, sobra desde luego el argumento de la Dirección General, tendente a explicar la forma y manera en que debe ser interpretada la reforma: «Habrà de atenerse a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicados y, por tanto, interpretarse también según el espíritu de la reforma recientemente realizada».

#### B) *La prohibición de obligar y modificar el patrimonio ganancial.*

Dos son las razones que se dan para rechazar, inicialmente, el acto realizado por la mujer: no puede obligar a la sociedad de gananciales sin consentimiento del marido, conforme al artículo 1.416 del C. c., y tampoco puede modificar la composición ganancial o del patrimonio ganancial.

Y la doctrina es aquí donde se divide, pues unos piensan que el principio del artículo 1.416 es absoluto y otros que no se sienta tal principio, sino

un enunciado de bienes sujetos a la responsabilidad. Frente a la postura mantenida por AVILA (P.), DE LA HAZA (L.) y POVEDA DÍAZ (J.) («Estudio sobre la reforma del Código civil por Ley de 2 de mayo de 1975 y sus repercusiones sobre el Registro de la Propiedad», junio 1975), se alzó el criterio del también Registrador ALVAREZ BEGIGA (M.) («Inscripción en el Registro de la Propiedad de compraventa de inmuebles por mujer casada sin intervención material», RCDI, número 515, 1976) y, por supuesto, el completo y exhaustivo trabajo de RODRÍGUEZ ADRADOS (A.) («Las compras de la mujer casada», en RDN, número 88, 1976). Repartidos en uno u otro bando podríamos citar los trabajos de SANZ (A.) («La situación de la mujer casada en Derecho civil. Observaciones sobre la reforma del Código civil por Ley de 2 de mayo de 1975», RDN, número 91, 1976); GARCÍA GARCÍA (J. M.) («Algunas consideraciones acerca de las inscripciones a favor de la mujer casada después de la reforma del Código civil», RCDI, número 512, 1976); DE LA CÁMARA (M.) («Adquisiciones a título oneroso por mujer casada con dinero presuntivamente ganancial», en Libro Homenaje a Roca Sastre, vol. II, 1977); SAAVEDRA QUEIMALOS (S.) («Inscripción de adquisiciones onerosas realizadas por los cónyuges bajo el régimen de gananciales tras la reforma del Código civil de 2 de mayo de 1975», RCDI, número 514, 1976); DE LOS MOZOS (J. L.) («Las adquisiciones de inmuebles por la esposa después de la Ley de 2 de mayo de 1975», ADC, fasc. IV, 1976. A estos trabajos habría que añadir una serie de conferencias que se pronunciaron en el Colegio Nacional de Registradores en el Curso de 1977 a cargo de MANUEL AMORÓS GUARDIOLA («Repercusiones registrales de la reforma del Código Civil»); ANTONIO RODRÍGUEZ-AGRADOS («Perspectivas notariales de la reforma del Código Civil»); LUIS DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN («Significado de la reforma del Código civil»), y MANUEL OLIVENCIA RUIZ («Significado de la reforma del Código de Comercio»), así como los comentarios a las reformas del Código civil que constituyen una obra en dos volúmenes, publicada por TECNOS en 1977.

La tesis que defiende la Dirección General es la de que el artículo 1.416 del Código civil no establece ningún precepto general, sino que se limita a «indicar los bienes que quedan obligados por los actos de la mujer». La explicación del por qué no se ha reformado este precepto no está en que «el consentimiento del marido no afecta para nada a la validez del contrato realizado por la mujer», sino en que la obsesión del legislador fue suprimir el concepto de «licencia» y borrar toda huella de la misma en el Código, por lo que aquellos artículos que no hacían referencia a ella quedaron intocados y de ahí que al reformarse el 59 y atribuir la administración de los bienes de la sociedad al marido sea lógica la prohibición de obligar los gananciales sin consentimiento del marido. También parecía lógico respetar el «consentimiento» del artículo 1.413 del Código civil, aun y a pesar de ese devaneo doctrinal que opinó que se trataba de una «licencia uxoris» (¿ahora que será, consentimiento o licencia?) y al reformarse el artículo 65 del Código y estimar que los actos realizados por cualquiera de los cónyuges sin «consentimiento del otro» (¿habrá que pensar de nuevo en la licencia uxoris?) son anulables, debemos entender que no es posible que estos actos sean de ese carácter, cuando como regla subsidiaria a cumplir «en su defecto» es la de la intervención judicial. O consiente la mujer o consiente el Juez, pero el acto no-

puede ser considerado anulable ni, por supuesto, inscribible, al amparo del artículo 94 del Reglamento Hipotecario.

A mi entender tampoco es buen argumento los ejemplos que la Resolución pone y en cuya virtud se trata de demostrar que la mujer puede alterar o modificar la composición del patrimonio ganancial, pues se trata de casos perfectamente compatibles con la prohibición de obligar la sociedad de gananciales, ya que tanto las rentas, frutos e intereses, así como los bienes que adquiera por su industria, sueldo o trabajo (artículo 1.401 del C. civil) suponen adquisiciones derivadas o indirectas que no son «subrogaciones» de dinero por cosas. El ejemplo que se pone del 1.387 al permitir la enajenación de parafernales que suponen o pueden suponer disminución de gananciales es excesivo, ya que en este caso no se priva a la sociedad de gananciales de una finca o derecho, sino de una «expectativa» de posible ganancia.

Donde pueden tener más fuerza los argumentos de la Dirección es en aquellas tres razones que resplandecen en el considerando décimo, aunque la primera de ellas es la clave que da base para pensar en esa «obsesión» legislativa de suprimir la «licencia», queriendo con ello eliminar el «consentimiento». Es buena, sin embargo, la razón de la falta de distinción que los artículos 1.392 y 1.401 tienen en torno a la persona que hace la adquisición (claro que no es lo mismo la adquisición realizada que la posibilidad de la adquisición, pues el artículo o los artículos parten de la base de que la adquisición sea permitida y válida) y lo mismo sucede con el artículo 95, 1.º, del Reglamento Hipotecario. La última razón, es quizá la más convincente, pues si por el procedimiento ejecutivo de reclamación de haberes y subasta de bienes puede la mujer pedir y lograr la adjudicación de una finca con carácter ganancial, es evidente que ha obligado a la sociedad de gananciales al convertir la «expectativa de una ganancia» en un finca.

Los considerandos once y doce creo que aportan poco en orden a la posibilidad de conceder validez a las adquisiciones hechas por mujer casada sin consentimiento del marido, pues la referencia que se hace a la «potestad de administrar los bienes parafernales» y de todo el patrimonio privativo, supone—según dice la Resolución—que en ejercicio de tal potestad, la mujer administra ciertos bienes gananciales con poder de enajenarlos en tanto la enajenación constituya un acto de gestión de los bienes encomendados a su dirección y en tanto no recaigan sobre bienes gananciales que como excedentes hayan pasado a la administración general de la sociedad conyugal. En apoyo de esta afirmación se citan los artículos 66 (que entiendo no tiene nada que ver en este tema), el 1.384 y 1.385, que se refieren a la administración de los bienes y de los frutos, lo cual parece suponer que toda adquisición hecha por mujer casada sin poder para obligar la sociedad conyugal o los bienes de la misma, supone un acto de administración de parafernales o de sus frutos o entra dentro de los cauces del artículo 66 (que creo que se está refiriendo a la potestad de las llaves o actos semejantes), que supone siempre una «necesidad ordinaria de familia», «encomendada a su cuidado» conforme al uso, el lugar y las circunstancias y posición de la familia.

Las referencias que el considerando doce hace a los artículos 59 y 1.412 en su relación con el 1.384 del C. c., cosa que como se sabe ha desaparecido

de la redacción actual, no parecen suponer un retroceso en la doctrina del Código civil, pues es evidente que la administración de los parafernales queda en manos de la mujer que no la entregue al marido, lo diga o no el artículo 59 o el 1.412, ya que éstos en la actualidad sólo afirman el principio de que la administración corresponde al marido, salvo pacto en contrario. Aunque apurando el argumento habría que pensar que al no haber modificado el 1.412 del C. c. hay una cierta imprecisión, pues el 59 (reformado) se refiere a los bienes de la sociedad conyugal (¿también los frutos, intereses y rentas de los bienes parafernales?) y el 1.412 a los bienes gananciales. Por ello considero impropio haber tocado este punto que realmente no conduce a nada práctico, pues al no avisado le llama la atención.

Sí creo que hubiera sido preciso despejar la incógnita de la administración, la posibilidad de vincular los bienes de la sociedad conyugal del 1.416 relacionándolo con el reformado artículo 6 del Código de comercio, en el que viene a repetirse la misma idea que preside el intocado artículo 1.416. ¿Es ese el argumento fundamental para centrar el ámbito y alcance del artículo 1.416 del C. c. o lo que dice uno y otro son cosas distintas? «Para que los demás bienes comunes—dice el artículo 6 del C. de comercio—queden obligados será necesario el consentimiento de ambos cónyuges». La clave podía haber estado ahí, pero el argumento no ha sido utilizado, limitándose a insistir en la idea de que el 1.416 se refiere a la responsabilidad y los que organizan los requisitos de validez de la compraventa por mujer casada con dinero ganancial se rigen por los artículos 62 y 1.263, en relación con el 1.458 del C. c.

C) *Presunción de ganancialidad y validez de las adquisiciones.*

Hay una afirmación en el considerando trece que se me antoja llena de sofismas. Aprendí que las presunciones en su doble vertiente de «iuris tantum» y «iuris et de iure» permitían en el primer caso una prueba en contra y las segundas la rechazaban. Por ello entiendo que mientras esté en juego la presunción es a todos los efectos y lo que hay que hacer es anularla con una prueba en contra. Si el caso planteado está ofreciéndonos la imposibilidad de probar la procedencia del dinero y de lo que se trata de justificar es que la mujer aun comprando con dinero ganancial no precisa el consentimiento del marido para que su adquisición sea válida y eficaz, no acierto a comprender esa referencia a la presunción de ganancialidad que parece negarse al decir rotundamente el considerando que «la mujer tiene la libre disposición del dinero del que efectivamente dispone, sin necesidad de acreditar que sea privativo, o que siendo ganancial lo hace en uso de la potestad que le reconoce el artículo 1.384 del C. c.». Creo que aquí hay un auténtico desfase de conceptos entendiendo incluidos en los actos de administración los de conservación y disposición. Haber precisado estos estamentos hubiera sido más constructivo que tratarnos de convencer que en los actos típicos de la administración parafernalar (cobro de rentas, contabilización de intereses, gastos de conservación, arriendos, aparcerías, etc.) están los de empleo del dinero en adquisiciones de bienes gananciales.

Y como de todo lo expuesto se deduce que los actos son válidos, procede

aplicar el artículo 95, 1.º, del Reglamento y no el 94 del mismo con la amenaza que podría suponer la anulabilidad que genéricamente señala el artículo 65 del nuevo Código civil para todos los actos que exijan con arreglo al Código consentimiento de alguno de los cónyuges.

En el comienzo de este comentario creo que he alabado suficientemente el criterio progresivo que la Dirección ha tenido al solucionar favorablemente un caso que supone una gran contradicción legislativa, pero el cauce era una razón de interpretación progresiva del espíritu de una reforma, sin tratar de deducir de unos preceptos contradictorios un error de necesaria rectificación en sucesivas reformas. Ni qué decir tiene que aplicado el principio de validez a las *ventas al contado*, yo defendí en mi obra «Teoría, práctica y fórmula de la calificación registral» la validez de las que se hagan con precio aplazado, criterio que parece recoger la Resolución de 4 de mayo de 1978 y el trabajo presentado por RICO-PÉREZ («Adquisición de inmuebles a plazos por la esposa») al II Congreso Internacional de Derecho de Familia en 1978.

## DERECHO MERCANTIL

**La manifestación hecha en la certificación social de que se ha realizado el desembolso total del capital por los suscriptores lleva implícito el ingreso del metálico aportado en la Caja Social.** (Resolución de 19 de mayo de 1977; «Boletín Oficial del Estado» de 30 de julio.)

*Hechos.*—Por escritura autorizada en Ubeda por el Notario recurrente, el 27 de febrero de 1976, don Evaristo Sánchez García, en representación de la Sociedad Anónima «Griferías Ubeda, S. A. (GRUBESA), procedió a formalizar el aumento del capital social, que era de 15.000.000 de pesetas y estaba íntegramente desembolsado, en la suma de 7.500.000 pesetas, mediante la creación y puesta en circulación de 750 nuevas acciones nominativas de 10.000 pesetas cada una, que llevarían la numeración de 1.501 al 2.250, ambos inclusive, y, en consecuencia, a modificar el correspondiente artículo de los Estatutos sociales; que el acuerdo de aumento de capital se tomó por unanimidad de Junta Universal de 20 de diciembre de 1975, determinándose tras la renuncia al derecho preferente de suscripción formulada por alguno de los socios, y mediante relación nominal de los demás no renunciantes, el número de acciones nuevas que suscribiría cada uno, acordándose también por unanimidad que el desembolso fuera total, en efectivo, moneda nacional, y que se haría ingresando las diferentes sumas bien en la Caja Social o bien en la cuenta de la Sociedad en las Entidades bancarias y Cajas de Ahorro establecidas en Ubeda, a partir de aquella fecha y hasta el 25 de febrero de 1976; que también se acordó por unanimidad facultar al Consejo para que por medio de su Presidente o cualquiera otro de los consejeros, pudiera comparecer ante Notario para formalizar la escritura de ampliación de capital y modificación del correspondiente artículo estatutario, previa certificación del Secretario de la suscripción y desembolso efectivos del importe de las nuevas acciones suscritas por cada uno de los socios, que se une a la escritura; que en sesión del Consejo de Administración de 25 de febrero de 1976 se acordó por unanimidad designar al Consejero don Evaristo Sánchez García.

para que en nombre del Consejo otorgara la correspondiente escritura de ampliación de capital y modificación de Estatutos acordada en la Junta Universal, dando cuenta el Secretario del desarrollo y feliz término de la operación de ampliación de capital acordada, habiendo sido suscritas las 750 nuevas acciones nominativas de 10.000 pesetas cada una y desembolsado su importe por los señores accionistas que a ello se comprometieron en la mencionada Junta Universal y cuya relación nominal se transcribe a continuación, indicándose en cada caso el número de acciones suscritas y el desembolso del importe en pesetas realizado; que en la certificación del acta se manifiesta a continuación que «finalizada por tanto en el día de la fecha esta operación, el capital social, que inicialmente estuvo constituido por quince millones de pesetas y representado por mil quinientas acciones nominativas de diez mil pesetas cada una, numeradas del uno al mil quinientos, ambos inclusive, se eleva hoy a veintidós millones quinientas mil pesetas en virtud de creación, suscripción y desembolso de las nuevas setecientas cincuenta acciones nominativas de diez mil pesetas cada una, numeradas del mil quinientos uno al dos mil doscientos cincuenta, ambos inclusive».

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Presentada primera copia del precedente documento en unión de fotocopias autenticadas de las certificaciones referidas, y de otra certificación expedida el veintiocho de febrero de mil novecientos setenta y seis por el Secretario de la Sociedad, don Antonio Biedma Campos, con el visto bueno del Presidente, legitimadas sus firmas por el Notario autorizante, en la que se hace constar que el acta de la Junta Universal de veinte de diciembre de mil novecientos setenta y cinco fue aprobada, y observando el defecto subsanable de no hacerse constar que el importe del aumento de capital a que la misma escritura se refiere ha ingresado en la Caja Social, suspendo la inscripción de la misma, y, a solicitud del presentante, extendiendo anotación de suspensión por sesenta días, con la letra A de la hoja número ciento ochenta y siete, al folio ciento ochenta y seis del tomo cincuenta y seis, libro diecisiete de la Sección tercera de Sociedades».

Los interesados presentaron posteriormente certificación por la cual se subsana el defecto, obteniendo la inscripción pretendida.

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso de reforma y subsidiariamente —a efectos puramente doctrinales— gubernativo contra la nota de calificación y alegó que es erróneo el criterio del Registrador de considerar como defecto el no hacerse constar expresamente que el importe del aumento de capital ha ingresado en la Caja Social, ya que ni la Ley de Sociedades Anónimas ni el Reglamento del Registro Mercantil exigen preceptivamente el empleo de tal locución como fórmula sacramental o ritual de considerar realizado el pago del contravalor de las acciones; que en la escritura calificada y en las certificaciones unidas a la misma se cumplen todas las circunstancias exigidas por el artículo once párrafo cuarto de la Ley de Sociedades Anónimas; que se han diferenciado perfectamente entre los distintos momentos: creación, puesta en circulación, suscripción y desembolso; que si bien en la certificación del acuerdo de la Junta Universal se dice «suscribirá» acciones nuevas, en la del acuerdo del Consejo de Adminis-

tración se dice «ha suscrito» especificándose el número de las acciones y el importe del desembolso hecho en pesetas, individualizando a cada suscriptor tanto en las certificaciones como en la escritura, que si adolecen de algo es de excesiva reiteración; que como es norma general en las Sociedades Anónimas se ha facultado al Consejo, bajo la fe del Secretario, para determinar si, efectivamente, se ha ingresado en el patrimonio social el contravalor de las acciones creadas, expresándose en la certificación del acuerdo que «por el señor Secretario se da cuenta al Consejo del desarrollo y feliz término de la operación de ampliación del capital», lo que indica haberse ingresado realmente y en moneda nacional dentro del plazo marcado el importe de las nuevas acciones, bien en la Caja Social, bien en la cuenta de la Sociedad en las Entidades bancarias y Cajas de Ahorro de Ubeda, fórmula esta última perfectamente legal y ajustada a lo dispuesto en el artículo 1.162 del Código Civil; que en este sentido, según la Sentencia de 27 de abril de 1945, el pago efectuado mediante el ingreso en la cuenta corriente del acreedor surte efectos solutorios, y de la misma manera la Sentencia de 26 de noviembre de 1943 entiende que el silencio del acreedor puede significar tácita aceptación del ingreso como forma eficaz de pago; que, si bien, es indudable que para evitar incrementos ficticios de los patrimonios sociales sería deseable un efectivo control y verificación de los ingresos, ya en metálico, ya en bienes o derechos, lo cierto es que en la legislación vigente esto no existe más que a través de muy contados preceptos, como son los que se refieren a las aportaciones no dinerarias, por lo que es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Centro Directivo, que considera que la fe del Secretario, bajo su responsabilidad, justifica la realidad del desembolso; que las Resoluciones de la Dirección de 23 de junio y 1 de agosto de 1958 exigen la constancia de modo claro e inequívoco de haberse ingresado en las Cajas Sociales, o bien el efectivo en metálico, o bien la cuantía de las aportaciones no dinerarias correspondientes al valor de las acciones, pero estas resoluciones no pueden invocarse en contra de la argumentación del recurrente, por referirse a supuestos totalmente diferentes al de nuestro caso; que estas resoluciones, al emplear la locución «Caja Social», no pretende dar a la misma un carácter ritual de fórmula preceptiva, sino poner de manifiesto que en todo caso debe acreditarse la realidad del desembolso, mediante efectiva aportación al patrimonio social; que el artículo 17 de la Ley de Sociedades Anónimas habla de «plazo y condiciones de suscripción de las acciones y establecimiento donde los suscriptores deberán desembolsar la suma de dinero que están obligados a entregar para suscribirlas»; que en ningún otro precepto de la Ley, a excepción del artículo 103, se refiere para nada a la Caja Social, y este precepto, al hablar del activo del balance dice en su apartado 2.º «Dinero efectivo en caja y banco», y el artículo 88 de la misma Ley al referirse al contravalor de las nuevas acciones habla del aumento del patrimonio social que, en definitiva, es lo que interesa; que la expresión «Caja Social» debe entenderse como un concepto ideal y fundamentalmente contable.

El Registrador dictó acuerdo manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos que las alegaciones del fedatario tienden a demostrar que el desembolso del capital social se efectuó, cosa que no se ha puesto en

duda, pero que el motivo de este recurso es que en la escritura recurrida y certificaciones que la acompañan no consta de manera clara e inequívoca que el importe del desembolso haya ingresado en la Caja Social; que al hablarse de ingresos en la Caja Social se consideran incluidos, lógicamente, los que se hagan en las cuentas abiertas a nombre de la misma en las Entidades bancarias y Caja de Ahorro; que los artículos 8 y 90 de la Ley de Sociedades Anónimas exigen que esté desembolsado por lo menos el 25 por 100 del capital social; que lo esencial del desembolso es el ingreso de su importe en la Caja Social, sin el cual el desembolso no existe, debiendo constar en la escritura de forma clara inequívoca, sin que baste la declaración del Secretario del Consejo del «desarrollo y feliz término de la operación de ampliación de capital», puesta esta manifestación tiene un valor meramente subjetivo; que la Resolución de 1 de agosto de 1958 dice que deberá constar de manera clara e inequívoca en la escritura el desembolso que se ha realizado y que su cuantía ha ingresado en la Caja Social; que el Registrador ha de extremar su celo cuidando que se cumplan todas las variadas disposiciones por las que se rige esta materia evitando que Sociedades aparentemente sólidas y solventes no lo sean en realidad, con el posible perjuicio para el tráfico mercantil que ello pudiera suponer; que el informante considera que en la escritura de referencia no consta de manera clara e inequívoca que el importe de la ampliación ha sido ingresado en la Caja Social por lo cual mantiene la calificación recurrida.

*Doctrina.*—«Considerando que en este recurso interpuesto a efectos doctrinales, más que una cuestión jurídica se plantea una cuestión de hecho acerca de la interpretación de los términos empleados en la escritura de aumento de capital, que para el funcionario calificador no aparece claro que en la cláusula discutida se indique que el importe de las nuevas acciones emitidas ha ingresado en la Caja Social, mientras que para el Notario autorizante tal circunstancia se encuentra plenamente determinada».

«Considerando que reiteradamente había puesto de relieve este Centro Directivo la importancia del acto constitutivo de una Sociedad Anónima, y lo mismo en el supuesto de aumento de capital de la ya constituida, y el rigor con que había de examinarse esta materia, en particular antes de la entrada en vigor de la Ley de 17 de julio de 1951, dado que al amparo de la libertad contractual que establece el artículo 117 del Código de Comercio se utilizaban con carácter equívoco los términos de emisión, puesta en circulación, suscripción y desembolso de acciones, sin determinar con claridad su exacto significado, y originando en muchos casos un confusionismo acerca de la verdadera situación económica de la Sociedad, en perjuicio de acreedores y terceros que había que tratar de evitar el que se produjera.»

«Considerando que una vez publicada dicha Ley, que ha regulado la materia y establecido una serie de normas rígidas (artículos 8, 11, f) y g), 29, 31 y 32, entre otros) destinadas a lograr la efectiva aportación de las acciones suscritas, evitando las situaciones que podían producirse con el sistema anterior, no ofrece ninguna duda que la manifestación hecha en la certificación social de que se ha realizado el desembolso total del capital por los suscriptores, lleva implícito el ingreso del metálico aportado en la Caja

Social, con independencia de las frases más o menos felices o redundantes que a continuación indique la propia certificación social.»

«Esta Dirección General ha acordado revocar la nota del Registrador.»

*Consideraciones críticas.*—Para «un futuro» la Resolución que comentamos establece una doctrina en torno al problema del desembolso e ingreso del importe de las acciones o participaciones de una sociedad. Es para un futuro, pues el caso que dio origen al recurso se solucionó ante la negativa registral de inscribir, presentando el certificado exigido del ingreso efectuado en la Caja Social.

Pero a «efectos doctrinales» el Notario entendió que la Dirección debería resolver el problema para que en un futuro se entendiese la palabra desembolso comprensiva de la de ingreso. Y bien porque la cosa parecía clara o sin trascendencia, se resuelve sin apenas argumentación el problema. Comprendo que se llene uno de pereza cuando se le pide un esfuerzo para un caso ya resuelto y en previsión de uno futuro, pero entiendo que cuando «el efecto» que puede provocar la Resolución es «doctrinal» hay que rodearla de una argumentación de cierta envergadura, cosa que en el presente caso no sucede, pues a la afirmación de que el desembolso lleva implícito el ingreso sólo se le añade la falta de trascendencia de una expresión, diciendo: «con independencia de las frases más o menos felices o redundantes que a continuación indique la propia certificación social.»

No sé a ciencia cierta si al resolverse este punto se tuvo a la vista algún otro documento de los que se hacen referencia en los «resultandos», pero si no fue así resulta claro que el acuerdo que por unanimidad tomó la Junta Universal de la Sociedad Anónima «Griferías Ubeda, S. A.» consideraba que el «desembolso» fuera total, en efectivo, moneda nacional y que se haría «ingresando» las sumas en la Caja Social o en las cuentas bancarias de la sociedad. El desembolso para la Junta Universal no llevaba implícito el ingreso, sino que el mismo había de realizarse de cualquiera de los dos modos que se indicaba. Y parece que así se realizó cuando los interesados, ante la negativa del Registrador a inscribir, se apresuran a presentar una certificación en que así se acredita.

En el acta que refleja la sesión del Consejo de Administración y en el que se designa a un Consejero para el otorgamiento de la escritura se da cuenta del desarrollo feliz de la operación de ampliación, de la suscripción y del desembolso del importe, diciendo la escritura al reflejar el acta, que la operación se hizo «en virtud de creación, suscripción y desembolso de las nuevas». Es decir, si partimos de la base de que el desembolso habría de realizarse mediante el ingreso en efectivo —y no por aportaciones no dinerarias—, habría que haber precisado, para cumplir el acuerdo social, que el desembolso se hizo mediante el ingreso en metálico y moneda nacional.

Quizá sea forzar un poco la interpretación gramatical de la palabra desembolso al tratar de darle otro significado que el de «sacar lo que está en la bolsa», pero la forma de esa entrega de lo que está dentro puede realizarse por cualquiera de los medios o maneras de que habla el artículo 31 de la Ley de Sociedades Anónimas. Con justificar que se ha desembolsado el importe y no aclarar que se ha hecho en determinada forma, sobre todo

si es acordada expresamente, puede permitir una interpretación extensiva de cualquiera de ella. Esto es lo que imagino quería averiguar el Registrador: no si se hizo el desembolso, sino en la forma en que se hizo. ¿Cabría, por ejemplo, un desembolso a través de un depósito de dinero? ¿Cabría un endoso de letra de cambio con aval cambiario?

La cuestión no creo que fuera tan simple y sencilla como parecía y de ahí que me rebelé en aceptar la equiparación del concepto desembolso con el de ingreso de metálico que parece llevar implícito, según la Dirección. Creo que había que haber precisado un poco más, haber aceptado la posibilidad de las diferentes formas del desembolso y entender cumplido el mismo cuando se acreditase el ingreso. Pero resuelto el caso de antemano, y sabiendo que efectivamente así había sucedido, al problema se le quitó importancia sin pensar en lo que puede venir en lo sucesivo.

No hay que olvidar que en los «vistos» se cita como vista una Resolución de la misma Dirección y que al aceptarse una postura opuesta a ella había que haber razonado más, había que haber precisado y había que haber argumentado por qué se cambia el criterio, cuando en la misma Resolución se hace en su segundo «considerando» una especie de historial de los servicios prestados por la misma Dirección en el rigor interpretativo antes de entrar en vigor la ley vigente de Sociedades Anónimas. Me estoy refiriendo a la Resolución de 1 de agosto de 1958, en donde se decía que debe constar de modo claro e inequívoco, en la escritura que el desembolso y, como consecuencia, la cuantía que haya ingresado en las cajas sociales como valor de las acciones ha tenido lugar, sin que, en efecto, de los títulos aportados al recurso resulte ninguna declaración en tal sentido.

Una cosa puede ser disculpable y es que en el caso concreto de que se trataba por haberse efectuado la justificación posterior del desembolso se diga que el desembolso lleva implícita el ingreso y otra «que para un futuro» esa sea la doctrina a seguir, lo cual va a permitir algún fraude y diversos delitos, pues a la hora de calificar y teniendo en cuenta esta doctrina la palabra desembolso será suficiente para reputar hecho el ingreso.

Verdaderamente que hay que reconocer que son pocos los artículos de la Ley que hablan del «ingreso en la caja social» y creo que en forma exhaustiva los precisa el Notario recurrente (artículos 17, 88 y 103 de la Ley de Sociedades Anónimas), pero una cosa es que la Ley a este respecto no diga nada y otra que queramos adscribir en forma exclusiva el desembolso a la idea de ingreso y no a la de aportación social. No debemos olvidar que al permitirse la distinción entre capital «desembolsado y no desembolsado» estamos manejando términos más amplios que los de ingreso en caja. ¿Podría hablarse de un capital «cubierto» con aportaciones y de un capital «no cubierto»? La aportación supone un desembolso? Era necesario haber insistido en esto, antes que descender al caso concreto de un Notario que a «efectos doctrinales» quería dejar a salvo su fuero y su buen estilo en la redacción de la escritura.

Claro que conectado con el problema surge el tema de si el Notario y el Registrador, ambos velando por una posible legalidad, deben exigir la justificación del ingreso, la aportación o el desembolso. Todo lo que se diga a este respecto es de «lege ferenda», pues dentro de las facultades notariales

no creo que llegue su poder a más de la exigencia de la manifestación de que así se ha hecho, pero no a la justificación material de ello. Tampoco creo que el Registrador tenga ese poder, pues en su función calificadora le basta que en la escritura se exprese el completo desembolso y la forma en que se ha hecho, para que considere cumplido el requisito legal.

No puede hablarse, por ello de posible complicidad, pues al no concedérseles por la Ley tal facultad, el ejercitarla supondría una oficiosidad con falta de apoyo. Que eso sería deseable, que podría ser un medio de evitar fraudes y delitos, pues podría ser, pero es en la esfera de la política legislativa donde debe ser tenida en cuenta para que en una sucesiva y progresiva reforma de nuestras leyes de sociedades se tenga muy en cuenta este supuesto. Claro que si el legislador se guía por epígrafes generales y no descendiende al caso concreto que puede contener una sentencia o una Resolución podría alegarse en un futuro la doctrina de la que comentamos como argumento en contra de esa pretendida reforma.

**Es inscribible en el Registro Mercantil la escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada, en la que uno de los socios, aragonés, casado, aporta inmuebles y establecimientos privativos, sin que el otro cónyuge renuncie al derecho expectante de viudedad, si bien deberá hacerse constar en el Registro la circunstancia de que queda salvaguardado tal derecho.** (Resolución de 5 de agosto de 1977; «Boletín Oficial del Estado» de 14 de septiembre.)

*Hechos.*—Por escritura autorizada en Borja, por su Notario don Sebastián Rivera Peral, el 31 de marzo de 1976, don Lorenzo Sancho Zaro, industrial, casado con doña Ana María Martínez Fustiñana, y don Juan Pablo y don José María Sancho Martínez, también casados, vecinos todos de Borja, constituyeron la sociedad mercantil «Sancho de Borja, S. L.»; en la escritura de constitución se hace constar que don Lorenzo Sancho Zaro es dueño en pleno dominio, con carácter privativo, de una finca consistente en una porción de edificio de 2.200 metros de superficie, incluido un patio cubierto, que consta de dos pisos y planta, situado en la plaza de San Francisco, número 7, de la citada localidad de Borja, y cuyo valor es de 1.820.000 pesetas; que asimismo es dueño, en pleno dominio, de la industria de fabricación de colas, sita en la referida finca, con su maquinaria, mobiliario, demás instalaciones y aviamiento, erigida por él en estado de soltero, y cuyo valor es de 2.180.000 pesetas; que constituyen entre ellos la sociedad de responsabilidad limitada citada, de duración indefinida y cuyo principal objeto es la fabricación y venta de colas y gelatinas, con domicilio en el edificio referido, y que se regirá por los Estatutos incorporados a la escritura; el artículo 5.º de los mismos establece que el capital social es de 6.000.000 de pesetas, dividido en 60 participaciones iguales, acumulables e indivisibles de 100.000 pesetas cada una, de ellas. Dicho capital está totalmente suscrito y desembolsado por los socios en la siguiente forma:

A) Don Lorenzo Sancho Zaro suscribe las 40 primeras participaciones sociales, por valor de 4.000.000 de pesetas, y para su pago aporta en pleno do-

minio los bienes ya descritos, que importan 4.000.000 de pesetas, con adjudicación de dichas participaciones.

B) Don Juan Pablo Sancho Martínez suscribe las siguientes 10 participaciones sociales, que se adjudican, y desembolsa para su pago 1.000.000 de pesetas.

C) Don José María Sancho Martínez suscribe las últimas 10 participaciones sociales, y desembolsa para su pago, en metálico, la cantidad de 1.000.000 de pesetas.

Presentada en el Registro Mercantil de Zaragoza primera copia de la anterior escritura, fue retirada por el presentante, conforme a lo previsto por el artículo 19 de la Ley Hipotecaria, y devuelta de nuevo, fue calificada con nota del tenor literal siguiente:

«Denegada la inscripción del documento que antecede, por los siguientes defectos:

Primero.—Que si bien consta del mismo el carácter privativo del inmueble que aporta don Lorenzo Sancho, sin embargo no resulta acreditado tal extremo con respecto a la explotación industrial que también aporta, por lo que sería preciso acreditar dicho extremo o, en caso negativo, el consentimiento de su esposa respecto a la aportación realizada (artículos 40 y 61 de la C. de D. C. de A.).

Segundo.—Aún acreditada dicha cualidad de privativo, consistiendo la aportación de don Lorenzo Sancho —equivalente a dos terceras partes del capital social— en el pleno dominio de una finca urbana en la que se fija el domicilio social y una industria instalada en dicho inmueble, y cuya Empresa constituye el objeto de la Compañía, dado su carácter de bienes sitios, al no renunciar la esposa del aportante al usufructo expectante de viudedad (artículo 76 de la C. de D. C. de A.), resultaría:

1) Que la subsistencia de la Compañía queda condicionada, con carácter resolutorio no explícito, al hecho futuro e incierto de la premoriencia del aportante respecto a su esposa, pues el usufructo de la Empresa y el domicilio social, por ministerio de la ley, pasarían a su viuda, situación totalmente repudiable por las características de rapidez, ámbito de actuación y seguridad, características esenciales de la actividad mercantil.

2) Porque tal falta de renuncia puede suponer una causa de disolución subrepticia, ya que a pesar de no constar en la escritura que se califica ni aparecer mencionada en el artículo 30 de la L. S. R. I., y, sin embargo, podrían producirla en forma imprevista y sorpresiva, y quizá con carácter retroactivo al darse los supuestos contemplados en los números 2 y 3 del citado artículo 30.

3) Finalmente, de ser admitida la inscripción, las cautelas y garantías que, con rara unanimidad, exige la doctrina, la jurisprudencia y la legislación para las aportaciones no dinerarias quedarían inoperantes.

Los defectos observados se estiman insubsanables, por lo que no procede anotación de suspensión, si bien no fue solicitada.

Zaragoza, 10 de junio de 1978.»

Presentada de nuevo en el Registro la escritura calificada, acompañada de otra, otorgada ante el mismo Notario el día 1 de julio de 1976, por doña Ana María Martínez Furtiñana, esposa de don Lorenzo Sancho Zaro, en la

que consiente a todos los efectos y renuncia expresamente al derecho expectante de viudedad foral sobre todos los bienes aportados por su esposo, en virtud de cuyos documentos, vigente el asiento de presentación, fue inscrita la constitución de la Sociedad «Sancho de Borja, S. L.».

El Notario autorizante de la escritura de constitución interpuso recurso de reforma y subsidiariamente, a efectos puramente doctrinales, gubernativo contra la nota de calificación denegataria de la inscripción, y alegó que respecto al punto primero de la nota debe aclarar que el carácter privativo de la explotación industrial aportada puede probarse, existiendo una certificación de la Delegación Provincial del Ministerio de Industria de Zaragoza que acredita que la misma data de 1825, fue mecanizada en 1926 a nombre del aportante, quien contrajo matrimonio en 1928; que el punto 3.º no distingue entre domicilio social y domicilio de la explotación, conceptos enteramente distintos, ya que el domicilio social puede ser variado en cualquier momento por voluntad de los socios, y que ambos domicilios no tienen por qué coincidir, y su coincidencia en este caso es eventual; que tampoco se distingue entre la industria aportada a la Sociedad y el objeto social, siendo la primera una pequeña parcela del segundo y la única afectada por el posible advenimiento del usufructo; que si la aportación inmobiliaria equivale efectivamente a dos tercios del capital social, el derecho de usufructo equivaldría a un 10 por 100 de esa aportación; que en cuanto al apartado 1) del Punto Segundo, debe oponerse que la aportación del señor Zaro es en pleno dominio, sin condicionamiento de ningún género; que de los artículos 51 y 76 de la Compilación de Derecho Civil Aragonés se deduce que el marido puede no sólo enajenar sus bienes propios, sino también los consorciales, sin necesidad de renuncia de la esposa al derecho de viudedad foral; que en el caso hipotético de que surgiera el usufructo viudal, la nuda propiedad se conservaría en el patrimonio de la Sociedad, siendo la viuda titular del usufructo, que es un derecho temporal, personalísimo, inalienable e incluso valuable, según es práctica corriente, pudiéndose calcular en un 10 por 100 del valor de los bienes afectos realmente a tal derecho; que las relaciones entre la Sociedad y los terceros permanecerían inalteradas a la aparición del usufructo; que se trata de un usufructo de Empresa, cuyo objeto es la Empresa en su unidad productora, haciendo suyos el usufructuario los beneficios obtenidos por la producción de mercancías, pero sin intervenir en la dirección de la Empresa, pues carece de gestión personal y directa; que se trata de lo que la doctrina considera como un usufructo no gerencial que cabría dentro del marco del artículo 475, 2.º, del Código Civil como derecho a percibir únicamente los beneficios producidos por la Empresa en cada ejercicio; que los artículos 85 y 87 de la Compilación Aragonesa marcan una indudable subordinación del usufructuario respecto al propietario; que la aparición del usufructuario afectaría únicamente a los beneficios y a una pequeña parte del patrimonio social, debiendo señalarse la diferencia entre capital social y patrimonio social; que la nota deniega la inscripción de un acto dispositivo que no está prohibido ni en la Compilación Aragonesa ni en el Código Civil; que en cuanto al apartado 2 del Punto Segundo debe aclararse que la aparición del usufructo sólo afectaría temporal y limitadamente al patrimonio y posibles beneficios sociales, no existiendo causa de disolu-

ción; que las causas de disolución deben ser interpretadas siempre restrictivamente según constante doctrina de la Dirección General; que no siendo automática ninguna de las causas de disolución alegadas, podrán en su día los socios adoptar las medidas adecuadas en orden a la subsistencia de la Sociedad; que en cuanto al apartado 3) del Punto Segundo de la nota, baste decir que se han cumplido todos los requisitos en orden a la constitución establecidos en la vigente Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y en especial los consignados en los artículos 8, 9 y 3, quedando, en consecuencia, los intereses de terceros perfectamente garantizados con el capital social, por lo que la calificación no debe llegar a contemplar las posibles fluctuaciones del patrimonio social, que insiste en que si el usufructo surgiera, sólo afectaría con carácter temporal y limitado al patrimonio; y que en el presente caso debe destacarse que se trata de una Sociedad pequeña y de tipo familiar, con carácter personalista, en la que existen pactos que limitan la libre transmisibilidad de las participaciones sociales tanto vivos como «mortis causa».

El Registrador, de conformidad con su cotitular, mantuvo su calificación por los siguientes fundamentos: que este recurso, circunscrito exclusivamente a efectos doctrinales, plantea esquemáticamente dos cuestiones: la primera se refiere a determinar si la simple manifestación del carácter privativo de unos bienes, sin haber sido probada ni aseverada por parte del otro cónyuge, es suficiente en Aragón para desvirtuar la presunción del artículo 40 de la Compilación Aragonesa, haciendo innecesario el cumplimiento del artículo 51 de la misma, siendo la segunda cuestión a decidir la de si la aportación de una Compañía mercantil de un patrimonio no dinerario que supere dos terceras partes del patrimonio social, agravado con un derecho de usufructo expectante de viudedad aragonesa, puede determinar, al no renunciar el titular de la expectativa, una suspensión o cesación temporal de la actividad social que pueda ocasionar a terceros idéntico perjuicio que el cumplimiento de una condición resolutoria o explícita; que en cuanto a la primera cuestión debe declararse que la presunción del artículo 40 de la Compilación Aragonesa no puede ser enervada por la simple declaración del beneficiado por ello, debiéndose cumplir el consentimiento del otro cónyuge, que la presentación en su debido tiempo y forma de la certificación a que alude el fedatario en su escrito de interposición del recurso hubiera sido bastante para destruir la presunción del referido precepto legal y hacer innecesario el consentimiento del otro cónyuge; que respecto a la segunda cuestión planteada, resulta ocioso en el presente caso sentar criterios diferenciales entre capital social y patrimonio social, domicilio social y domicilio de explotación, ni tampoco entre industria aportada y objeto social; que en el momento de constituirse una Sociedad, el patrimonio y el capital social aparecen identificados, presentándose su diferenciación en el devenir de la actividad social, superando el uno al otro, según los casos; que la valoración del usufructo viudal que apunta el recurrente, señalando que sólo afectaría al 10 por 100 de la aportación realizada, se considera totalmente impropcedente, y que a este respecto en el artículo 839 del Código Civil se establece el carácter de voluntariedad y libertad de valoración que aparece también recogida en la Compilación; que la aportación realizada por don Lo-

renzo Sancho no es, en contra de su afirmación, en pleno dominio, pues tratándose de aragoneses sometidos al Derecho foral puede oponerse el derecho expectante de viudedad a terceros que hayan adquirido bienes sitos en Aragón en contrato celebrado dentro del territorio; que en el caso de realizarse la expectativa del usufructo se produciría, de no contar con el consentimiento del cónyuge supérstite, una cesación temporal, pero «sine die», de la actividad social, incompatible con la seguridad imprescindible al tráfico mercantil; que la Compilación permite la enajenación de bienes propios sin ir acompañada de la renuncia del titular de la expectativa, pero que la misma, como la de todo derecho sujeto a condición, dependerá de que se cumpla o no el hecho futuro e incierto que les afecta; que no es aceptable la imposición que se pretende al cónyuge supérstite de un cambio en el estatuto jurídico de su derecho, obligándolo a convertir su usufructo viudal en un usufructo de acciones o participaciones de una Compañía mercantil; que de ser admitido el usufructo no gerencial, el usufructuario se vería desposeído de importantes facultades que le corresponden legalmente (artículos 479 y 480 del Código Civil), con lo que el usufructo viudal aragonés quedaría reducido a una simple pensión vitalicia y supeditada completamente a la voluntad de los nudos propietarios, solución completamente contraria al derecho histórico y actual aragonés, ya que los artículos 85 y 87 de la Compilación que alega el recurrente no supeditan el usufructuario al nudo propietario, sino que supeditan a ambas partes a la Junta de parientes, como órgano superior del Derecho familiar aragonés; que la aparición del usufructo afectaría a todos y cada uno de los bienes aportados, y no a la universalidad patrimonial de la Empresa, no pudiendo hablarse de que quedaría afectada una parte más o menos cuantiosa de su patrimonio, ya que el valor del usufructo estaría supeditado al común acuerdo de los interesados; que la seguridad del tráfico mercantil no puede quedar a merced de las medidas que, en buena voluntad, adopten los socios; que los acreedores, al surgir el usufructo, verían reducidas sus garantías a la nuda propiedad de un hipotético y aleatorio valor económico; que no se ha negado la inscripción de un acto dispositivo, sino la constitución de una Sociedad de responsabilidad limitada cuyas aportaciones no reúnan determinados requisitos en orden a la realidad de lo aportado; que la suspensión temporal pero indefinida de las actividades sociales puede causar a los socios o a terceros los mismos o mayores perjuicios que la disolución definitiva; que la regulación jurídica de esa clase de Sociedades no distingue, a estos efectos, que la Sociedad sea pequeña o grande, familiar o no, pues el volumen de la Empresa puede variar con el tiempo; que el ámbito de actividad del tráfico mercantil sobrepasa el área local y regional, e incluso la nacional, por lo que ha de considerarse que aquellas instituciones de carácter puramente familiar y observación local y regional no deben irrumpir en el campo del Derecho mercantil, como ya no irrumpen en el tráfico inmobiliario, y en este sentido se pronuncia el legislador en la reforma del Código Civil de 31 de mayo de 1974, al establecer que el derecho expectante de viudedad no podría oponerse al adquirente a título oneroso y de buena fe de los bienes que no radiquen en territorio donde se reconozca tal derecho, si el contrato se hubiera celebrado fuera de dicho territorio, sin haber hecho contar el régi-

men económico matrimonial del transmitente; que esta necesidad de protección del tráfico mercantil ha determinado que la doctrina extranjera mire con recelo y precaución la nulidad, rescisión y resolución de Sociedades, exigiendo una serie de garantías para su realización y limitando los posibles efectos respecto a terceros, y en tal sentido se pronunció la Comunidad Económica Europea mediante Decreto de la Primera Directiva de 9 de marzo de 1969 (artículos 7 y siguientes); que la doctrina española también es muy restrictiva en cuanto a la aceptación, en el campo de las Sociedades que limiten la responsabilidad de sus socios, de causas que directa o indirectamente resuelvan con carácter definitivo o temporal la actividad social.

Elevado el expediente a la Dirección General, ésta acuerda confirmar el primer defecto de la nota del Registrador y revocar el segundo, en base a la siguiente doctrina:

*Doctrina.*—«Este recurso, circunscrito exclusivamente a efectos doctrinales, plantea como primera cuestión la de si aparecía suficientemente acreditado el carácter privado de la explotación industrial que se aporta a la Sociedad por uno de los socios, cuestión en la que, en el fondo, se deduce están de acuerdo tanto el Notario recurrente como Registrador; dado que la certificación de la Delegación Provincial del Ministerio de Industria de Zaragoza que justifica aquel carácter y ha subsanado el defecto, al ser presentada con el escrito de interposición del recurso, lo ha sido fuera de plazo y no pudo tenerse en cuenta en el momento oportuno a efectos de la calificación.»

«El segundo defecto de la nota obliga a resolver la importante cuestión de si existe obstáculo que impida la inscripción en el Registro Mercantil de una escritura de constitución de Sociedad de responsabilidad limitada cuando se ha aportado por uno de los socios, que tiene la vecindad civil aragonesa, un inmueble y una explotación industrial de carácter privativo, sin que haya renunciado su cónyuge al derecho expectante de viudedad reconocido en el artículo 76 de la Compilación Aragonesa.»

«Este usufructo expectante, que puede convertirse en usufructo viudal si no se producen las circunstancias legales requeridas, y que por su naturaleza eminentemente familiar aparece regulado en la Compilación dentro del libro primero, relativo a los derechos de la persona y de la familia, y por el que se confieren al nudo facultades soberanas con el fin de evitar que pueda interrumpirse la vida familiar al fallecimiento del otro cónyuge, se distingue por esta especial circunstancia del establecido en el Código Civil, que al crear un valor patrimonial independiente es perfectamente conmutable (artículo 880 del Código Civil), mientras que el aragonés es inalienable, salvo caso de renuncia.»

«Dado, pues, que este derecho expectante de viudedad no se extingue ni se menoscaba por las posteriores enajenaciones que de los bienes sujetos al mismo se hagan, y que de hacerse afectivo puede originar que temporalmente quede la Sociedad sin poder servirse o utilizar los inmuebles que le fueron aportados en pleno dominio en el momento de su constitución —y más en nuestro caso, en que el inmueble y la explotación industrial constituyen el objeto social—, ya que, por la especial naturaleza de este usu-

fructo viudal antes examinado, recae sobre los mismos bienes aportados, y sin que pueda imponerse al cónyuge supérstite —frente a la opinión del fedatario— convertirlo en un usufructo de acciones o de participaciones en la Sociedad, la cual sólo ostentaría durante este período un derecho de nuda propiedad sobre dichos bienes.»

«La importancia que para el tráfico jurídico y mercantil tiene la constitución de una Sociedad que limite la responsabilidad de sus socios, así como las graves repercusiones a que puede dar lugar un vicio o defecto en su constitución, principalmente si no coinciden en el momento inicial la cifra del capital social y el patrimonio aportado por los socios, por el perjuicio a terceros y acreedores constituye la gran preocupación del legislador, y de ahí que para evitar que esto suceda, la Ley de 17 de julio de 1953 exige, en el artículo 3, el total desembolso del capital suscrito, y los artículos 8 y 9, las garantías para que sean una realidad las aportaciones, sobre todo si no son dinerarias.»

«Logrado este equilibrio inicial, es indudable que a partir de este momento la marcha próspera o adversa de la Sociedad puede originar un aumento o pérdida del patrimonio, que incluso podría dar lugar a una reducción del capital para restablecer aquel equilibrio inicial; pero esta posibilidad siempre será distinta del supuesto contemplado en este expediente, en donde, a diferencia del supuesto normal, la disminución se produce necesariamente, y con independencia de la gestión social, con tal que, cumplida la «condictio juris» de la muerte del cónyuge del titular del derecho expectante de viudedad aragonés, se convierta esta titularidad en el usufructo de los bienes sobre que gravitaba, quedando privada la Sociedad de su disfrute sobre los mismos, por lo que en principio es comprensible y aparece justificada la prevención adoptada por los funcionarios calificadoros.»

«No obstante, es de advertir que la calificación debe limitarse exclusivamente al contenido de la escritura de constitución de la Sociedad, sin que las conjeturas sobre posibles acontecimientos posteriores puedan impedir el ingreso en el Registro Mercantil de una Sociedad que reúna al ser calificada los requisitos necesarios para su inscripción, ya que las incidencias ulteriores podrán tener reflejo en su día, en el caso de originar actos que hayan de provocar asiento registral, y concretándonos a este expediente podría suceder, entre otros, o que no se haga efectivo el usufructo viudal por no darse el supuesto legal, o que renuncie el titular del derecho expectante, o que, si se produce el evento, existan bienes suficientes en el patrimonio social, o incluso que si por no poder realizar el fin social, al no poder utilizar la Sociedad los bienes ahora usufructuados, por el cónyuge superviviente, se incurra en la causa de disolución número 2 del artículo 30 de la Ley.»

«A mayor abundamiento, y en contra de la tendencia legislativa actual reconocedora de una realidad social, el cónyuge aragonés vería obstaculizado un acto de disposición sobre bienes privativos, como es el de aportación a una Sociedad, claro es que, si lo realiza, siempre quedaría salvaguardado el derecho expectante del otro, por lo que —y más en este supuesto de Sociedad de responsabilidad limitada— deberá constar esta circunstancia en

el Registro Mercantil para conocimiento de terceros y de aquellos interesados en adquirir participaciones sociales.»

*Consideraciones críticas.*—Hay en la presente Resolución una especie de línea de continuidad argumental que, sin embargo, se quiebra en la fase final de la decisión. Es como si el cuerpo de la Resolución hubiese sido estructurado por una cabeza y la cola decisiva fuese producto de otra mano. No creo que resulte impropio comparar el contenido de esta Resolución con el estilo de alguna famosa novela policiaca, donde se nos va dando una serie de pistas que parecen decisivas y en las últimas páginas se descubre siempre que es otro el culpable.

Si uno lee con pausa el contenido de los seis primeros considerandos y, previamente, ha estudiado los argumentos que el Registrador ha expuesto en defensa de su nota, debe percibir cómo toda la doctrina que emana de esos considerandos va plenamente plegada a esas ideas empleadas en su decisión, lo cual no deja de complacer al lector, ya que la decisión registral era toda una página de cordura, profundidad, conocimiento y dominio de la materia. Pero al llegar a la «recta final» de concretar las consecuencias de lo dicho anteriormente, viene el quiebro de los dos considerandos últimos, en donde se viene a decir todo lo contrario de lo dicho anteriormente, iniciándolo con la poco tranquilizadora frase: «No obstante...».

El tema sobre el que juega la solución dada por la Dirección es el de la aportación social o, lo que es lo mismo, la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada donde diversas personas aportan bienes o dinero para cubrir el capital inicialmente señalado. Como entre los bienes aportados por una de las personas figuran unos inmuebles y sobre los mismos recae ese singular derecho «expectante» de viudedad que la legislación aragonesa concede a cada cónyuge sobre todos los bienes del que primero fallezca, se plantea la duda registral de si esa escritura constitucional puede inscribirse sin especial reserva de ese derecho «expectante» o sin «renuncia» del mismo por el cónyuge que no comparece en la escritura de aportación social. La problemática del caso quedó solucionada, pues rechazada por el Registrador la escritura en base de dos defectos —falta de prueba del origen del carácter privativo de una explotación industrial— y exigencias de una previa renuncia del expectante derecho de viudedad, las partes interesadas se apresuraron a presentar la prueba exigida y a otorgar una escritura de «renuncia» del expectante derecho para que la escritura pudiera ser inscrita. Ello dejó zanjado el problema para este acto, pero el Notario pensó que para «lo sucesivo» era precisa una doctrina distinta y a efectos puramente doctrinales se entabla un recurso que no creo deje satisfecho ni al funcionario calificador, ni al recurrente, pues si a pesar de habersele dado la razón se lo piensa jurídicamente, verá su fallo al descubierto, ni a las personas interesadas que pensarán: si esto es así, ¿para qué nos apresuramos a subsanar esos defectos que ahora no parecen tales? Al comentarista tampoco le deja satisfecho, ya que si de los hechos que constan en el relato que se nos ofrece resulta que en la escritura notarial ni se hacía reserva del usufructo, ni se renunciaba al mismo, no puede decirse en un considerando que la existencia del «derecho expectante de viudedad» debe constar en el Registro

Mercantil para conocimiento de terceros y de aquellos interesados en adquirir participaciones sociales. Esta tremenda exigencia choca en principio no sólo con esa idea de evitar oficiosidad al Registrador de hacer constar el carácter reservable de los bienes, conforme al artículo 265 del Reglamento Hipotecario, sino con la afirmación que en el considerando anterior se hace en torno a los límites en que debe moverse la calificación: «es de advertir que la calificación debe limitarse exclusivamente al contenido de la escritura de constitución de la Sociedad, sin que las conjeturas...». Si la escritura guarda silencio, ¿también debe el Registrador Mercantil hacer constar la «expectativa de viudedad» operando con conjeturas?

Aunque creo que la Resolución no da más de sí en cuanto a comentarios se refiere, sí quiero, porque es importante el tema, dividir mis comentarios en dos etapas: la de la trama y la del desenlace.

#### A) *La trama del caso.*

Antes he apuntado que la solución y argumentos que en su apoyo dio el Registrador me parecieron de una clara visión y de un profundo conocimiento del tema, aunque la Dirección considere que son «conjeturas». El elogio que hago de ello es objetivo, pues normalmente no suelo fijarme en los nombres de los funcionarios que intervienen, no vaya a ser que por razones de simpatía o de compañerismo me incline a favor o en contra de ellos. Por ello, sigo manteniendo mi opinión, estando de acuerdo:

a) Que en el momento de constituirse una Sociedad, el patrimonio y el capital social aparecen identificados, presentándose su diferenciación en el devenir de la actividad social, superando el uno al otro, pero esa posibilidad —y ya son frases de la Dirección General— siempre será distinta del supuesto contemplado en este expediente, en donde, a diferencia del supuesto normal, la disminución se produce necesariamente, y con independencia de la gestión social, con tal que, cumplida la «conditio iuris» de la muerte del cónyuge titular del derecho expectante de viudedad aragonés, se convierta esta titularidad en el usufructo de los bienes que gravitaba, quedando privada la Sociedad de su disfrute sobre los mismos.

¿Pero la equiparación inicial entre patrimonio y capital era cierta en el momento de la aportación? Hay que tener en cuenta que los bienes que parece se aportan en pleno dominio deben quedar mermados en su valoración por la posible contingencia de que se haga efectivo el expectante derecho de viudedad, dejando sólo como valor aportado la nuda propiedad de dichos bienes o también la expectante posibilidad de que se extinga ese usufructo por premoriencia o por las causas legales que se señalan. De ahí que sea difícil de admitir en principio esa valoración notarial del 10 por 100, pues el principio de libertad de valoración resplandece en la Compilación aragonesa. Y no se diga que esto es una conjetura, sino una «prevención de presente» en la que se trata de valorar unos bienes afectos a una limitación.

b) Que el expectante derecho de viudedad que no impide —conforme al artículo 76 de la Compilación aragonesa— la enajenación de los bienes sobre

que recae es una especie de carga que los bienes llevan consigo y que afecta a terceros, salvo que se renuncie al mismo. El cónyuge no puede enajenar este derecho (artículo 74 de la Compilación). De ahí que sea improcedente el cambio en el estatuto jurídico de su derecho, obligándolo a convertir su usufructo viudal en un usufructo de acciones o participaciones de una Compañía mercantil, con lo que el usufructo aragonés quedaría reducido a una simple pensión vitalicia y supeditada completamente a la voluntad del nudo propietario, cuando los artículos 85 y 87 de la Compilación supeditan ambas partes a la Junta de Parientes.

Lo reconoce así la Dirección General al decir que se distingue este expectante derecho del que concede el Código civil al cónyuge viudo (artículo 880 del Código civil), ya que éste crea un valor patrimonial independiente y es perfectamente conmutable, cosa que no sucede con el aragonés. Aparte de ello, la Dirección apunta, como hemos visto antes, lo que sucedería si se hiciese efectivo el usufructo sobre los bienes de la sociedad, la cual quedaría privada del disfrute sobre los mismos.

Ahora bien, cabe pensar en la posibilidad de la negociación de ese usufructo que es «inalienable», pero no creemos que sobre el mismo no pueda pactarse una posible concreción para el caso de que la expectativa se convierta en realidad. Quizá es una de las poco luminosas aportaciones notariales al supuesto. En vez de recaer sobre la totalidad de los bienes aportados, concretarse a la participación social o a las acciones que la representan. Postura análoga defiende TIRSO CARRETERO en el Comentario que a esta misma Resolución hace en Rv. Cr. D. I., 1978, pág. 364.

c) Que ni la seguridad del tráfico jurídico, ni el principio de responsabilidad que frente a terceros supone la existencia de un patrimonio social —que se reduce con la realización de la expectativa—, permiten una constitución de este tipo sujeta a esas contingencias. La misma Dirección viene a recogerlo así al establecer en el considerando último que «debe hacerse constar en el Registro la existencia de la expectativa».

El tema, sin embargo, queda reducido en estos momentos al ámbito puramente regional, ya que conforme al artículo 16 del Código civil en su redacción dada por la Ley de 31 de mayo de 1974, pues ese derecho no puede afectar a terceros de buena fe cuando los bienes sobre que recaiga no radiquen en territorios donde se reconozca tal derecho, si el contrato se hubiere celebrado fuera de dicho territorio y sin hacer constar el régimen económico familiar.

La problemática de si la sociedad es tercero en el caso de la aportación es tema que va enlazado con la naturaleza que le demos a dicha aportación y sobre la cual son conocidísimos los trabajos de ROCA SASTRE y MARTÍNEZ ALMEIDA. Igualmente cabría pensar si esa aportación supone un acto de «ulterior enajenación» de que habla el artículo 76 de la Compilación para entender subsistente el derecho expectante.

### B) *El desenlace.*

A pesar de que la Dirección General reconoce todos y cada uno de los puntos señalados y entiende que «aparece justificada la prevención adoptada por los funcionarios calificadores», gira ciento ochenta grados su decisión y entiende que todo lo dicho son conjeturas y que lo que hay que hacer es atender al momento constitucional, pues lo que pueda venir después (el usufructo, que no se haga efectivo el mismo, que haya bienes suficientes, que se incurra en causa de disolución, etc.) son eventos que no deben ser tenidos en cuenta a la hora de calificar.

Como apuntamos al comienzo no se compagina muy bien esta solución con los reconocimientos hechos anteriormente, sobre todo en aquel que habla de las posibles garantías que deben observarse en las aportaciones no dinerarias para que las mismas sean realidad. ¿Había realidad valorativa en este caso? Este era el tema que trata de ocultarse para poder justificar la validez de una escritura en la que el Notario silencia el expectante derecho de viudedad, sin reservarlo, ni renunciarlo, aunque partiendo de ese texto al Registrador le exija la Dirección que lo haga constar en el Registro.

Con lo dicho creo que se patentiza la doble vertiente de la Resolución. El defecto primero que era la aseveración del carácter privativo de uno de los bienes exigía una prueba concreta para desvirtuar la presunción de comunidad que para los bienes establece el artículo 40 de la Compilación, cosa que se hace en documento posterior y de ahí que el recurso quedase reducido al tema de la viudedad expectante.

El lector que desee profundizar más en el tema puede consultar las Resoluciones de 17 de noviembre de 1916, 26 de marzo de 1918, 25 de septiembre de 1925 y 11 de julio de 1929, que suponen una serie de casos sobre el expectante derecho de viudedad y que obligaban a un razonamiento más profundo para justificar el cambio de orientación sufrido por la doctrina de la Dirección.

# JURISPRUDENCIA

## I. SENTENCIAS COMENTADAS

### 1. LA ELEVACION DE LA CUANTIA DE LOS ALIMENTOS PROVISIONALES

*(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 octubre 1977)*

**SUMARIO:** 1. El caso de autos y la decisión de los Tribunales.—2. El alcance de las “necesidades del alimentista”.—3. La pensión de alimentos en cuanto deuda de valor.

#### 1. EL CASO DE AUTOS Y LAS DECISIONES DE LOS TRIBUNALES

Doña T. P. E. y don J. M. D. celebraron su matrimonio canónico en el año 1940. Años después, el marido se separa de hecho de su mujer, prometiéndole ayuda económica. Al no haberse cumplido dicha promesa, la mujer interpone una demanda provisional de alimentos en el año 1967, que es admitida y resuelta en el sentido de condenar al marido al pago de una pensión de alimentos de mil quinientas pesetas mensuales.

Ocho años más tarde, en el año 1975, la esposa reclama la elevación de la cuantía de la pensión en base a dos fundamentos legales: primero, que las circunstancias económicas han variado, por lo cual las mil quinientas pesetas concedidas anteriormente han disminuido en su poder adquisitivo; segundo, que, entre tanto, su marido ha aumentado sus ingresos.

El Juez de Primera Instancia estima la demanda de la esposa y condena al marido al pago de la cantidad de cinco mil pesetas en concepto de alimentos provisionales.

El marido interpone recurso de apelación ante la Audiencia Territorial, la cual vuelve a condenarlo a que satisfaga a su esposa la cantidad de seis mil pesetas mensuales en concepto de alimentos provisionales desde la fecha de la interposición de la demanda y por mensualidades adelantadas. Ante este resultado, el marido inicia un recurso de casación ante el Tribunal Supremo por infracción de ley, resultando que, por Sentencia de 5 de octubre de 1977, se declara que no ha lugar a dicho recurso en base a los siguientes considerandos:

“**CONSIDERANDO:** Que en el único motivo del recurso, al amparo del número quinto del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal Civil, se alega la violación del artículo mil doscientos cincuenta