

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

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

DERECHO HIPOTECARIO

Cuando se justifique el carácter privativo del precio, tal circunstancia habrá de hacerse constar por nota marginal, rectificándose así el asiento inexacto para ponerlo en concordancia con la realidad extrarregistral. (Resolución de 7 de abril de 1978; «Boletín Oficial del Estado» de 26 de abril.)

Hechos.—Por escritura autorizada por el Notario recurrente el 13 de marzo de 1969, don José Santa Ylla, en representación de la «Compañía Ibérica de Construcciones» (CICUSA), de una parte, y don José Delgado López, de otra, elevaron a escritura pública el documento privado suscrito por ambos en Madrid el 21 de febrero de 1966, en virtud del cual aquélla vendió a éste el piso undécimo de la casa 22 de la calle de José Luis de Arrese, de Madrid, siendo inscrita en el Registro de la Propiedad número 8 de la capital; que cuando fue otorgada la escritura de elevación a público del documento privado de compraventa, don José Delgado López se hallaba casado con doña Julia Manzano Carrasco, y así se hizo constar en la comparecencia de la escritura, omitiéndose en su exposición la referencia a que cuando había sido otorgado el documento privado que se eleva a público se hallaba soltero; que no obstante la falta de este dato, la compraventa fue inscrita a favor de ambos cónyuges para su sociedad conyugal; que en la escritura de subsanación de omisión, autorizada por el mismo Notario el 14 de octubre de 1977, los mismos citados señores don José Santa Ylla y don José Delgado López, en estado de viudo, subsanaron la emisión padecida en la escritura de elevación a pública de la compraventa, haciendo constar que en la fecha del otorgamiento del referido documento privado (22 de abril de 1966) don José Delgado López se hallaba soltero, pues no contrajo matrimonio con doña Julia Manzano hasta el 1 de septiembre de 1966; que para probar la fecha del documento privado los comparecientes lo exhibieron al Notario, resultando del mismo, en el que se indica que don José Delgado López era soltero, que su fecha es de 21 de febrero de 1966 y que lleva cajetines del Registro de Rentas y Patrimonio de la Delegación de Hacienda de Madrid, de 5 de abril de 1966, de la Abogacía del Estado de 22 de abril de 1966 y del Ministerio de la Vivienda de 9 de julio del mismo año, de donde se deduce que el documento privado tenía fecha cierta desde 5 de abril de 1966; que para probar la certeza de la fecha del matrimonio con doña Julia Manzano Carrasco exhibió aquél su Libro de Familia, en el que figura la certificación de la celebración del matrimonio el día 1 de septiembre de 1966.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento por el defecto insubsanable de que estando inscrita la finca a que el mismo se refiere a favor del otorgante don José Delgado López y de su esposa, doña Julia Manzano Carrasco, con el carácter de bienes gananciales, la posterior escritura de subsanación del título en cuya virtud fue inscrita la finca por el marido, señor Delgado López, mediante elevación a público de un documento privado con fecha anterior a la de celebración del matrimonio de los titulares inscritos, que implicará desconocer la adquisición efectuada por su esposa y la cancelación de su derecho inscrito, a efectos registrales, únicos que la presente calificación considera, dicha escritura de subsanación no tiene virtualidad bastante a la finalidad pretendida, puesto que para ello sería preciso, conforme al artículo 82 de la Ley Hipotecaria, en relación con el 1.º de la misma Ley, el consentimiento de la mencionada titular registral, de sus causahabientes o representantes legítimos, o en otro caso, ejecutoria del órgano jurisdiccional competente de los Tribunales, bajo cuya salvaguardia están los asientos del Registro en cuanto se refieran a los derechos inscritos, produciendo todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la ley.»

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo, a efectos puramente doctrinales, contra la anterior calificación, y alegó: que el Registrador funda su denegación en base al artículo 82 de la Ley Hipotecaria en relación con el 1.º de la misma Ley, pero que para valorar este fundamento conviene poner en relación los citados artículos con el artículo 2.º, número 1, y con el 9.º, número 8, del mismo cuerpo legal, con lo que veríamos que la cuestión planteada se concreta a determinar si la rectificación de la inscripción efectuada a favor de doña Julia Manzano Carrasco implica la cancelación de una inscripción hecha en virtud de escritura pública (artículo 82 de la Ley Hipotecaria) o sí, por el contrario, y ésta es la opinión del recurrente, no es así por varias razones; que la inscripción hecha a favor del otorgante y de su esposa, con carácter de bienes gananciales, fue debido a un juicio del Registrador efectuado sin datos suficientes para emitirlo, pues el dato fundamental para poder efectuarlo (estado del otorgante en el momento de la adquisición) faltaba en la escritura inscrita; que, por consiguiente, la inexactitud es debida a error, por falta de suficiente fundamento en el juicio del Registrador y, por ello, incluido en la letra e) del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual debe rectificarse, de acuerdo con lo previsto en el título VII de la misma Ley (artículos 211 y siguientes); que en nuestro caso se trata de una inscripción efectuada a favor de persona que no comparece en el título ni se halla representada, y a la que nada se le atribuye expresamente, es decir, que esta persona no puede considerarse interesada en la inscripción, no siendo, por tanto, de aplicación al caso el artículo 217, 1.º, de la Ley Hipotecaria; que es legalmente indudable la no extensión de la fe pública del Registro a aquello que no resulta fehacientemente del título inscrito; que la doctrina sostiene unánimemente que el Registro no publica las circunstancias personales del titular, sino la titularidad misma, es decir, las circunstancias del derecho y su atribución a una persona, por lo que

todo lo que no sea derecho real inmobiliario queda excluido de la legitimación registral, que no cubre, por tanto, los datos registrales sobre capacidad y estado civil de las personas; que de conformidad con el artículo 187 del Reglamento Notarial la fe de conocimiento afecta a la identidad del otorgante, pero no garantiza sus circunstancias de edad, estado civil, etcétera; que la afirmación del Registrador de que se inscribe a nombre del comprador y de su esposa es sólo una mención a efectos de clarificación registral, en especial para la futura calificación de la capacidad dispositiva; que el artículo 95, 1.º, del Reglamento Hipotecario, después de su modificación de 17 de marzo de 1959, está en contradicción con lo que resulta de los artículos 1.º, 2.º, 3.º y 9.º de la Ley Hipotecaria, de los que se deduce que los bienes adquiridos por uno solo de los cónyuges, sin que se haga declaración alguna sobre la procedencia del precio, deberán inscribirse de conformidad con el título y, por consiguiente, a favor de quien en éste aparece como adquirente, mientras que, según el artículo 95, 1.º, del Reglamento Hipotecario, parece que debe hacerse a favor de éste y de su consorte, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal; que esta contradicción puede superarse de varias formas, una de las cuales es armonizar la interpretación de tales artículos, lo cual sólo es posible si se supe dita y adecúa la del artículo 95, 1.º, del Reglamento Hipotecario, con lo que disponen los artículos 1.º, 2.º, 3.º y 9.º de la Ley Hipotecaria, que son de rango superior al de un precepto meramente reglamentario; que en este sentido ha de entenderse que el artículo 95 no modifica ni puede modificar la normativa de cómo debe efectuarse la inscripción, ni menos aún a favor de quién debe hacerse, sino que sólo establece la «mención» de la calificación que el Registrador efectúa de la reputación del bien adquirido como ganancial de un matrimonio dado; que esa mención del artículo 95, 1.º, de que el Registrador inscribe a nombre de ambos cónyuges conjuntamente, puede rectificarse el Registrador por simple nota marginal, que determinará la atribución de los bienes inscritos si se justificare con posterioridad el carácter privativo del precio, según dispone el párrafo final del mismo artículo, o sea, sin los requisitos de los artículos 40, 82 y 217 de la Ley Hipotecaria, y sin que esa rectificación precise una nueva inscripción; que con mayor razón podrá y deberá rectificar el Registrador aquel juicio de atribución, por sí mismo y por nota marginal, a tenor de lo que resulte de los certificados del Registro Civil, dotados de la publicidad formal adecuada para el estado civil.

El Registrador informó que la inscripción proclama una titularidad conjunta a favor de ambos cónyuges y para su sociedad conyugal; que la naturaleza de la sociedad de gananciales ha sido definida con claridad por la jurisprudencia de la Dirección General en numerosas Resoluciones, cuyo estudio nos lleva a la conclusión de que la titularidad de los bienes gananciales es conjunta del marido y la mujer; que en la escritura objeto de inscripción el marido adquiriría a título oneroso por compraventa, durante su matrimonio, sin manifestación acerca de la procedencia del precio, por lo que la ganancialidad de la adquisición es indudable (artículos 1.401 y 1.407 del Código Civil); que el reflejo registral de tal carácter se produce por la aplicación necesaria del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, es

decir, no por un juicio del Registrador como pretende el recurrente, sino por un imperativo de norma que vincula al que califica; que la inscripción a favor de la mujer conjuntamente con su esposo de una finca presuntamente ganancial no es una mención; que la mención, en el sentido hipotecario, no se refiere jamás a la titularidad y extensión del derecho inscrito, amparados por el principio de legitimación, y en este sentido se expresa el artículo 38 de la Ley Hipotecaria; que para todo titular (en nuestro caso la esposa del adquirente), y a todos los efectos legales, se presume con presunción «*iuris tantum*» que el Registro es exacto; que la consignación del nombre de la esposa del adquirente y la proclamación en el acta de la inscripción como titular conjunta no es una simple mención; que la mayoría de la doctrina estima que la mención, en sentido registral, es la mera indicación de existencia de una carga o gravamen sobre la finca, que se efectúa en el asiento relativo a la misma; que la jurisprudencia ha delimitado el concepto de mención registral considerándola como una alusión hecha en forma expresa en la inscripción de una finca o acto inscribible, pero no inscrito, relativo a la existencia sobre ella de una carga o gravamen que se halla relacionado, mas no constituido en el título que originó tal inscripción, excluyendo del concepto de mención toda indicación a los derechos personales y toda referencia a las participaciones no inscritas y desde luego toda alusión a la cabida y la segregación no inscrita; que de acuerdo con tal interpretación ha de aceptarse sin reservas que la proclamación de una titularidad no es una simple mención, y que la rectificación de una presunta inexactitud registral no puede hacerse por el simple cauce de la cancelación o exclusión de los libros del Registro de una simple mención, sino por el sistema de rectificación consagrado en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria; que nunca hubo error de concepto, puesto que al extenderse la inscripción no se alteró el contenido del título; que la inscripción que proclama la titularidad conjunta de ambos cónyuges está bajo la salvaguardia de los Tribunales y le son aplicables las normas contenidas en los artículos 40 y 82 de la Ley Hipotecaria; que en el supuesto de inexactitud la ley fija el procedimiento de lograr la rectificación en el artículo 40; que si por consecuencia de una omisión en el título el asiento no refleja la realidad extrarregistral, su rectificación requiere ineludiblemente el consentimiento expreso de los titulares, amparados por la presunción legitimadora o bien una Resolución judicial; que la rectificación de errores, no del Registro, sino del título, no puede tener lugar a través de un recurso gubernativo, y que no es posible entrar a debatir la supuesta contradicción que existe, según el recurrente, entre el artículo 95 del Reglamento con otros artículos de la Ley, puesto que cuando su Reglamento desarrolla preceptos legales, el funcionario calificador no está facultado, al ejercer su función, para apreciar la ilegalidad de la norma reglamentaria, que está atribuida a la jurisdicción contencioso-administrativa.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario, y la Dirección General revoca el auto apelado y la nota del Registrador en base a la siguiente doctrina.

Doctrina.—La cuestión que plantea este expediente consiste en resolver si la rectificación de la inscripción que se solicita implica un supuesto de cancelación de los comprendidos en el artículo 82 de la Ley Hipotecaria o si, por el contrario, la escritura de subsanación presentada que testimonia (a través de los particulares pertinentes del Libro de Familia) el estado civil del adquirente en el momento de comprar el inmueble, y la fecha fehaciente del documento privado posteriormente elevado a público, es suficiente para desvirtuar con toda nitidez la omisión padecida y que dio origen al asiento contradicho.

La regla 1.ª del artículo 95 del Reglamento Hipotecario no deja de ser una norma de carácter muy singular dentro de nuestra legislación hipotecaria, por cuanto obliga al Registrador a practicar una inscripción a nombre de dos titulares (los cónyuges), aun cuando la adquisición se haya hecho por sólo uno de ellos, con lo que aparece una titularidad registrada que no está concorde con el contenido del título, según expresó la Sentencia de 8 de enero de 1968, norma excepcional que pretende tener su fundamento en el carácter presuntivamente ganancial del bien adquirido, por lo que de momento la inscripción sólo tiene un carácter provisional en este aspecto, y así lo reconoce el mismo artículo 95 al establecer la posibilidad del cambio de naturaleza del bien en su último párrafo.

Al estar resuelto en el propio artículo 95 la forma de resolverse la discordancia acerca de la naturaleza del bien cuando practicada la inscripción a nombre de ambos cónyuges se justifique con posterioridad el carácter privativo del precio, es a esta norma especial a la que hay que acudir siempre que se den las circunstancias necesarias para su aplicación, y no a la norma del artículo 82 de la Ley Hipotecaria dictada para los supuestos de tipo general.

Al resultar claramente justificado que el comprador adquirió el inmueble en estado de soltero, dado que contrajo matrimonio, según el Registro Civil, con posterioridad a esta adquisición, que tiene una fecha fehaciente anterior a este acto (artículo 1.277 del Código Civil), es indudable que el precio no pudo ser sino privativo, y que esta circunstancia ha de hacerse constar tal como establece el último párrafo del artículo 95 del Reglamento por nota al margen del piso, y rectificar de este modo el asiento inexacto para ponerlo en concordancia con la realidad extrarregistral.

Consideraciones críticas

La base de este recurso gubernativo, establecido únicamente a efectos doctrinales, es el logro de rectificar el contenido de una inscripción mediante la justificación de un hecho que parece alterar la naturaleza de unos bienes que, figurando presuntivamente como gananciales en una calificación provisional, se demuestra que son privativos, pues en el momento de su adquisición el adquirente aún no había contraído el matrimonio al que parece referirse la escritura que da lugar a la inscripción. Es decir, la falta de precisión por parte del Notario autorizante de la escritura priva al Registrador de unos elementos fundamentales para calificar la naturaleza de los.

bienes adquiridos y permite que en la inscripción al amparo de unos preceptos legales se haga constar algo que no se ajusta a la realidad.

Como en los informes de los dos funcionarios intervinientes existen determinadas imprecisiones conceptuales que es preciso aclarar y como el fallo de la Dirección General abre una brecha precisa en la forma de rectificar el Registro, sin acudir a los cauces rígidos que imponen la aplicación del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, en su relación con el 92 de la misma y el famoso principio de la «salvaguardia de los Tribunales» del que ha hecho uso la misma Dirección en otras múltiples ocasiones, creo que la materia a tratar es la del poder calificador del Registrador y la rectificación registral. Relacionaré el tema con la Resolución del 10 de marzo de 1978, que tiene contactos conceptuales con la presente y que en estas mismas páginas he comentado.

A) Poder calificador en materia de bienes conyugales

Al comentar La Rica los preceptos reglamentarios, artículos 95 y 96, redactados con motivo de la reforma del Código civil en materia de capacidad de la mujer casada decía que la cuestión de justificar la procedencia del dinero con que se paga el precio es de las más arduas y tiene gran trascendencia, pues si el Registrador inscribe como dotal o parafernial (lo mismo puede decirse de los bienes propios del marido) una adquisición, dando por probada la procedencia del precio, prejuzga su naturaleza jurídica de modo definitivo, antes de llegar el momento de la liquidación de la sociedad conyugal. Cuando no estima probada la procedencia, la inscripción «no prejuzga» la naturaleza de los bienes; pero la califica ejecutoriamente, cuando admite como suficiente la prueba.

Ni la Ley ni el reglamento, sigue diciendo este ilustre hipotecarista, dan norma alguna para esta prueba. Habrá, por tanto, que atenerse a las reglas generales de la legislación civil. Y, desde luego, considerar que la apreciación de la eficacia de la prueba «es atribución de la exclusiva competencia del Registrador», que en esta materia goza de amplio arbitrio—lo que como contrapartida, determina más directamente responsabilidad—y debe atenderse a las reglas de la sana crítica al hacer aquella apreciación, sobre la base de documentación auténtica.

Creo que queda preferentemente claro, después de lo dicho, que entre las funciones que al Registrador le competen en la calificación está la de entender o no acreditado el precio de la cosa adquirida para, conforme a las disposiciones legales y en evitación de fraudes y perjuicios a terceros, señalar el carácter de los bienes o dejar aplazada la fijación hasta un posterior momento. El que el Registrador no estime suficiente la prueba presentada para atribuir el carácter privativo a los bienes, no quiere decir que realmente no lo sean. Eso, cuando se liquide la sociedad conyugal, se ha de precisar de modo irrevocable por los interesados, sin que a ello sea obstáculo lo que conste en el Registro.

Según el informe del Notario autorizante de la escritura, la inscripción hecha a favor del otorgante del documento y su esposa, con carácter de

bienes gananciales, fue debido a un juicio del Registrador efectuado sin datos suficientes para emitirlo, pues el dato fundamental para poder efectuarlo faltaba en la escritura (estado del otorgante en el momento de la adquisición). Verdaderamente que la valentía del funcionario al confesar su falta de diligencia en la constatación de datos en la escritura es de elogiar, pero con ello no hace más que «dificultar» la calificación registral, ya que la misma tiene que apoyarse en un dato que figuraba en la escritura, el estado de casado del compareciente, y en ese precepto legal (de difícil olvido para el jurista que ejerce la función calificadora) de presunción de ganancialidad que es el 1.407 del Código civil. No desplazemos problemas ni ataquemos sin fundamento una calificación correctamente hecha y ajustada a la legalidad, pues aquí de lo que se trata no es de averiguar si la calificación estaba bien o mal hecha, sino si la misma podía rectificarse posteriormente en base de unos datos que debiendo figurar en una escritura, por olvido, por prisa, por negligencia o por las causas que sean, no figuraron con evidente perjuicio para el otorgante que de bien propio vio convertido su adquisición en ganancial. He pensado siempre que lo importante no es buscar culpables, sino soluciones, que es lo que la Dirección General hace en el presente caso.

Hay dos afirmaciones más por parte del Notario autorizante que se hace preciso aclarar, pues que el principio de legitimación no cubra más que la atribución de titularidad y no se extienda a los datos del estado civil, nada tiene que ver, con la calificación, pues el Notario ha consignado documentalmente los datos que configuran el estado o «status» de la persona que comparece y si afirma que está casado y que adquiere un inmueble, aunque sea por elevación a escritura pública de un documento privado y se olvida decir que cuando adquirió estaba soltero, pero que luego se casó y aporta las pruebas, el Registrador tiene que aplicar la regla general y aceptar que está casado y que la adquisición presuntivamente es ganancial con arreglo a lo que dispone el artículo 1.407 del Código civil. No es argumento el que, conforme al artículo 187 del Reglamento Notarial, la fe de conocimiento no afecta a las circunstancias de edad, estado civil, etc., pues precisamente por ello y ante la falta de prueba en contra el Registrador tiene que aplicar la regla general. Aparte de ello es un argumento que va en contra de los propios que utiliza el funcionario autorizante, ya que niega valor de prueba a su afirmación de que el compareciente está «casado», pero pretende que se dé valor de prueba al «dato que faltaba en la escritura y que era el estado del otorgante en el momento de la adquisición».

Recurrir gubernativamente a efectos doctrinales exige unas purezas mayores que las que pueden utilizarse en un recurso normal, pues lo que se pretende en estos casos de la Dirección General es un pronunciamiento doctrinal que sirva de orientación a futuras actuaciones. De ahí que no comprenda muy bien esa doble alusión que el Notario autorizante hace a las «menciones» y a la posible derogación de un precepto legal por otro reglamentario. Ambas cosas están atacadas perfectamente por los argumentos del Registrador, el cual, después de demostrar que sabe lo que es una mención, aclara que la misma Dirección ha excluido de su concepto toda

indicación a los derechos personales y toda referencia a las participaciones no inscritas y las alusiones a la cabida y la segregación no inscrita. Es muy difícil llegar a saber lo que el Notario ha querido decir cuando entiende que «la afirmación del Registrador de que se inscribe a nombre del comprador y de su esposa es sólo una *mención* a efectos de clarificación registral». Tampoco está muy claro ese argumento que utiliza al considerar que los artículos 1, 2, 3 y 9 de la Ley Hipotecaria se derogan por lo dispuesto en el artículo 95, 1.º, del Reglamento Hipotecario. Mi opinión es que no existe derogación, sino desarrollo de un caso particular impuesto por una disposición establecida en nuestro primer cuerpo legal: la presunción de ganancialidad. El Registrador no hace más que seguir la norma y con su calificación no cierra la puerta a una posible rectificación posterior si se le prueba debidamente no el error cometido—ya que no comete ningún error, sino la procedencia de un dinero que va a determinar si el bien es ganancial o privativo. Si la norma no abriese la posibilidad de la prueba es cuando podríamos entrar a discutir la posible derogación, aunque ésto yo no se si cabría plantearla en un recurso gubernativo.

Donde se genera la discusión y donde la Dirección General se esmera en aclarar es en la forma en que debe aclararse el carácter de unos bienes. Y aquí es donde el Registrador no acierta, pues pretende encauzar el tema por el genérico artículo 82 de la Ley Hipotecaria. Ahí es donde reside el principal ataque a su decisión.

B) *Rectificación registral*

Toda la problemática del recurso reside en si la situación de inexactitud que se ha creado por el juego de una manifestación notarial, una presunción legal y una aplicación de normativa reglamentaria por parte del Registrador puede rectificarse a través del consentimiento que exige el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, apoyado en el principio de la «salvaguardia de los Tribunales» del artículo 1 de la misma, y por alguno de los cauces que señala el artículo 40 de la misma Ley o, por el contrario, si existe otro medio para su logro.

A mi entender hay que descartar las tres primeras letras del artículo 40 de la Ley Hipotecaria. Claramente lo están la a) y la b). Por su parte, la c) es igualmente descartable, ya que el Registrador al practicar la inscripción no comete error, pues guiado por la manifestación notarial aplica la norma general del artículo 95. Únicamente cabría aplicar el artículo 40 d) no en esa parte que circunscribe la inexactitud a «la falsedad, nulidad o defecto del título que hubiera motivado el asiento», sino a ese portillo que se abre al aplicar la misma norma a «cualquier otra causa de las no especificadas anteriormente». Claro que esta normativa debe entenderse aplicable a todos aquellos casos que en la Ley o en el reglamento no tengan un cauce adecuado para el logro de dicha rectificación.

Claro que si admitiésemos la tesis notarial de que el artículo 95 del Reglamento va en contra de lo que dispone la Ley y deberíamos entender que no es aplicable, dejaríamos sin efecto ese posible portillo que se abre

para poder hacer constar en el Registro la naturaleza de unos bienes. Y es que eso es de lo que se trataba, pues no existía error en la apreciación registral, sino falta de una prueba que posteriormente se aporta y que complementa la destrucción de una presunción legal. El título no era falso, nulo o defectuoso, sino incompleto.

La Resolución de 8 de marzo de 1978 aborda un tema muy semejante al contemplado en la presente, pues se refiere a la condición o el carácter de un régimen matrimonial y, de rechazo, a la naturaleza privativa o comunitaria de unos bienes. El adquirente era rumano, apátrida y jugaban dos regímenes matrimoniales. No vamos a repetir el supuesto, pero sí queremos hacer constar que la Dirección General al excluir la aplicación al caso contemplado del artículo 95 del Reglamento Hipotecario—que da por válido a pesar de ser una desviación de las normas legales de carácter general de nuestro sistema inmobiliario—se ata las manos para poder solucionar el problema por el cauce del párrafo segundo de dicho artículo y monta un medio rectificatorio del Registro mediante y a través de una instancia y la presentación de unos documentos auténticos que destruyan el error padecido en el título y que por su naturaleza sean independientes de la voluntad de las partes. Creo que en mi comentario a esta Resolución hacia unas consideraciones de las dificultades que suponían las actuales normas de rectificación recogidas en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria y que en aquel caso quedaban aún más estrechas al no querer aplicar al extranjero la norma de los gananciales del artículo 95 Reglamento Hipotecario.

Para la prueba del carácter privativo del precio la Dirección General ha sido siempre muy exigente, disponiendo que sea completa y concluyente, cuando hubiera terceros interesados (R. de 22 de diciembre de 1933); sin que sea suficiente el reconocimiento o aseveración del marido de que el precio es de pertenencia de la mujer (R. de 10 julio 1935 y 9 junio 1936); y llega alguna vez a exigir, para la prueba, documentación que haga fe contra tercero rechazando las meras manifestaciones del marido o de la mujer, así como las afirmaciones simples de un Agente de Cambio y Bolsa o del Notario autorizante (Rs. 30 enero y 9 diciembre de 1943). De estas Resoluciones se deduce que la prueba debe ser seria y documentada en hecho o en documentos que varíen sustancialmente la presunción de ganancialidad que establece el Código civil en el artículo 1.407.

Lo que sucede es que la doctrina, al examinar el artículo 95 del Reglamento Hipotecario, parece desplazar al momento de la liquidación de la sociedad de gananciales el de hacer constar en la inscripción por medio de la correspondientes nota marginal la justificación del carácter privativo, olvidando con ello que la norma es de carácter genérico y que al hablar de «posterioridad a la inscripción» está perfectamente admitiendo que la justificación del origen del precio privativo pueda realizarse inmediatamente después de practicada la inscripción, en el intermedio hasta que la sociedad de gananciales se disuelva o cuando esto último ocurra.

El caso presente era clarísimo y aquí es donde el Registrador no enfoca correctamente el problema en su calificación, pues su poder decisorio es tan omnímodo en esta materia de precisión de ganancialidad o privatividad de los bienes que «decide» en virtud de unas pruebas y que ese poder se

prolonga aun posteriormente a la redacción y extensión del asiento de inscripción. En este caso concreto la prueba no es, por supuesto, del precio o de su carácter privativo, ya que lo único que se aporta como prueba es el hecho notorio y fehaciente de que el documento privado, que luego se eleva a público, estuvo firmado y liquidado en estado de soltero, lo cual evita investigar sobre el origen del precio.

Lo que el Registrador no quiso ver es la grandeza de esta dimensión calificadora y pensó que estando bajo la salvaguardia de los Tribunales los asientos practicados, él ya no tenía potestad para rectificarlos, sin darse cuenta, que, como apunta certeramente la Dirección General, lo que el Tribunal ampara en la inscripción es un «estado provisional» en el que si adquiere el marido se protege a la mujer y si adquiere ésta se protege a aquel, mientras que uno u otro, o los dos, no demuestren que la protección registral sólo a uno debe de brindarse. Demostrada la realidad se destruye la provisionalidad de la afirmación y debe rectificarse. El caso es muy semejante al que se contempla en las inmatriculaciones que se someten a la publicación de un edicto y que si no se presenta en el plazo legal establecido, puede y debe cancelarse la inscripción. Se dirá que esto es así porque consta en la inscripción esta advertencia. Pues también consta en la inscripción que al no demostrarse la procedencia del dinero la misma se hace a favor de ambos, sin que la misma prejuzgue la naturaleza privativa o ganancial. El acierto, por tanto, de la Resolución no puede ser más evidente, equitativo y ajustado a la ley.

Bienes inmuebles gananciales. Adquisición por mujer casada. Condición resolutoria expresa. Cláusula penal: son inscribibles en el Registro las compras hechas por mujer casada sin intervención de su marido, de quien se encuentra separada de hecho, cuando el pago de parte del precio queda aplazado, y se pacta que la falta de pago de uno de los plazos da derecho a la vendedora a dar por resuelto el contrato, en los términos del artículo 1.504 del Código civil, quedando entonces en beneficio de la vendedora las mejoras que se hubieran realizado en la finca y el 50 por 100 de las cantidades pagadas.

En tal caso, la inscripción habrá de practicarse no conforme a las reglas del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, sino sólo a nombre del cónyuge adquirente, de acuerdo con el artículo 1.401-1.º. Del Código civil en relación con el 1.407.

Cuando compra la mujer casada en régimen de gananciales con precio aplazado sin el consentimiento del marido, no quedarán obligados a las resultas del contrato los bienes de la sociedad conyugal, y solamente lo estarán el patrimonio privativo de la mujer, así como el propio bien adquirido. (Resolución de 4 de mayo de 1978; «Boletín Oficial del Estado» de 17 de junio.)

Hechos.—Por escritura de compraventa autorizada en Barcelona por el notario don Antonio Beaus Codes el 29 de septiembre de 1976, don Sebas-

tián Auger de Pons, en nombre y representación de doña Rosa Comas de Leonart, vendió a doña Matilde González González un piso vivienda por determinado precio, parte del cual quedó aplazado, para ser satisfecho en catorce plazos trimestralmente representados por otras tantas letras de cambio, cuyos vencimientos se detallan, estipulándose que la falta de pago de uno de los plazos daría derecho a la vendedora a dar por resuelto el contrato en los términos del artículo 1.504 del Código civil, quedando a beneficio de la vendedora, una vez causada la resolución, las mejoras que se hubieran realizado en la finca, y el 50 por 100 de las cantidades que ya hubiere percibido; la compradora, doña Matilde González González, que comparece en nombre propio, declara que está casada bajo el régimen de gananciales con don Heliodoro Rebollo Ramos, de quien se encuentra separada de hecho hace más de veinticinco años, por lo que carece de gananciales de su matrimonio, habiendo pagado la parte del precio satisfecha y proyectando pagar el resto con dinero de carácter parafernial.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Suspendida la inscripción del precedente documento por observarse en el mismo los siguientes defectos:

1.º No acreditarse suficientemente el carácter parafernial del precio o contraprestación como exige el artículo 95, 3.º, del Reglamento Hipotecario, ya que la mera separación de hecho de los esposos revelada en el documento por la simple manifestación de la adquirente no puede producir ninguna consecuencia en el mundo jurídico con trascendencia frente a terceros ni puede transformar lo que por ley es ganancial en privativo. Por tanto, la inscripción debe practicarse a tenor de la regla 1.ª del citado artículo 95.

2.º Supuesto lo anterior, falta de consentimiento del marido, de conformidad con el artículo 1.416 del Código Civil, para obligar los bienes de la sociedad conyugal a través de una condición resolutoria en garantía del precio aplazado y una cláusula penal también para caso de impago del precio.

Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 485, c), del Reglamento Hipotecario. No se ha tomado anotación preventiva por no haberse solicitado.»

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, alegando, entre otras razones, que la aplicación del artículo 95, 1.º, del Reglamento Hipotecario que propugna el Registrador, al no aludir directamente dicho artículo al caso que contemplamos, sólo puede ser analógica en los términos del artículo 4.º del Código Civil, pero que en todo caso sería mucho más adecuado tomar como precepto aplicable analógicamente el punto 2.º del mismo artículo; que el vacío legal es evidente, al no contemplar el supuesto de referencia el artículo 95, y adquiere verdadera importancia tras la reforma de 2 de mayo de 1975, en cuanto al régimen legal de las mujeres, al eliminar la licencia marital y reconocer que el matrimonio no afecta a la capacidad de los cónyuges; que en la inscripción en la forma que se indica por el recurrente

estaría en relación con los antecedentes legislativos del precepto, cuya evolución tiende claramente a la progresiva protección de la mujer y su equiparación con el esposo, lo que haría absurdo que para rellenar el vacío reglamentario se utilizase un precepto cuya aplicación redundaría en desigualdad y perjuicio para la mujer casada requirente; que la inscripción en la forma prevista por el número 2 del artículo 95 del Reglamento en nada perjudica ni al esposo que no ratifica ni a los terceros, suficientemente protegidos por la presunción de ganancialidad del artículo 1.407 del Código Civil; que en el caso de la escritura cuya calificación se recurre, en el que se afirma la existencia de una separación de hecho de más de veinticinco años, resulta falto de equidad el que un precepto reglamentario convierta una presunción de ganancialidad, salvo prueba en contrario, en una inscripción a favor de ambos cónyuges y para la sociedad conyugal; que en cuanto al defecto señalado en el punto 2.º de la nota se plantea de idéntica manera, tanto si se inscribe en la forma indicada por el Registrador como en la forma propugnada por el recurrente; que el hecho de garantizar el precio de la venta en previsión de incumplimiento no supone que se requieran mayores requisitos de capacidad que en el supuesto de simple aplazamiento sin más garantías que la acción del artículo 1.124 y la general responsabilidad patrimonial del artículo 1.911; que quien puede adquirir por sí sólo con precio aplazado podrá adquirir garantizando con condición resolutoria o hipoteca su cumplimiento; que tampoco tiene trascendencia la cláusula penal, ya que ésta se hará efectiva sobre las mejoras y el 50 por 100 de las cantidades ya percibidas por la compraventa, por lo que cuando ello ocurriese sería sobre la parte de precio ya pagado por la compradora sobre el que se haría efectiva la pena.

El Registrador informó que el punto primero de la nota no es incongruente con el texto de la escritura calificada, pues aun cuando en la escritura no se solicita la inscripción del bien adquirido como parafernalia, las declaraciones de la adquirente respecto a su separación de hecho y carencia de gananciales tienen que tener una finalidad que no puede ser otra que el intentar que la adquisición se inscriba a su nombre exclusivamente; que es evidente que el caso concreto debatido no tiene encaje en ninguno de los supuestos que el artículo 95 del Reglamento Hipotecario contiene, pero que si ahondamos en la ratio del precepto, así como las manifestaciones acerca de la parafernalia del precio que la escritura contiene, vemos que dicho supuesto tiene entrada en el artículo 95, regla 1.ª; que la tesis del Notario supone no ya interpretar la regla 2.ª del artículo 95 aplicando el artículo 3.º, 1, del Código Civil, sino hacer decir al precepto lo que el precepto no dice, ya que el artículo es suficientemente claro; que la inscripción conforme a la regla 1.ª del artículo 95 no supone que se trata de bienes cuya naturaleza está ya definitivamente establecida como una presunción «iuris et de iure», sino como una presunción «iuris tantum»; que en el caso de falta de acuerdo de los esposos no podría decirse que la inscripción con arreglo al párrafo 2.º del artículo 95 no perjudique a nadie, ya que se desplazan los poderes dispositivos (artículo 96), de tal forma que si el marido pretendiera enajenar el bien adquirido y su cónyuge no le prestara el consentimiento, no podría acudir a la autorización judicial supletoria

del artículo 1.413 del Código Civil, dándose la paradoja de que un bien que sin duda es ganancial queda sustraído del poder dispositivo del marido como administrador de la sociedad de gananciales; que en cuanto al punto 2.º de la nota, si bien se parte de la base de pleno respeto a la doctrina sentada por las Resoluciones de la Dirección General de 8, 11 y 26 de febrero de 1977, en cuanto al caso por ellas contemplado, en que se trataba de compras con precio pagado al contado, ha de resaltarse que en el caso debatido la mujer no sólo ejercita facultades como administradora al adquirir un bien, que por no acreditarse la procedencia del precio debe reputarse ganancial, de conformidad con el artículo 1.413 del Código Civil, lo cual se admite en base a las Resoluciones citadas, sino que deja aplazado parte del precio y garantizado con una condición resolutoria que puede producir la consecuencia de que un bien que por ley es ganancial pierda este carácter sin que el marido tenga la más mínima intervención en el proceso; que el caso debatido entra de lleno en la esfera del último párrafo del artículo 1.441 del Código Civil, cuando dice que los Tribunales conferirán la administración a la mujer si el marido hubiera abandonado a la familia, precepto éste que nos enseña el claro camino a seguir, caso de ser imposible conseguir el consentimiento del marido.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el Notario y declarando además que de efectuarse la inscripción a nombre de la adquirente y en armonía con sus declaraciones no se prejuzga la naturaleza privativa o ganancial del bien adquirido.

Y la Dirección General confirma el auto apelado, justificando su decisión en los siguientes Considerandos.

Doctrina.—Que en el estudio y resolución de este recurso hay que tener en cuenta la profunda modificación que la Ley de 1975 introdujo al sentar como principio general en el nuevo artículo 62 del Código Civil que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges, lo que motivó, de una parte, que toda una serie de preceptos de ese Cuerpo legal fueran modificados y se adaptaran a la nueva legalidad introducida, y que para otras instituciones (la sociedad legal de gananciales) se previniera su futura regulación adaptada a esta nueva situación (una vez se resolvieran los complejos y arduos problemas que ofrece), por lo que hasta ahora, en tanto este hecho no se produzca, hay que tratar de cohonestar los preceptos legales todavía vigentes con el principio general antes señalado de plena capacidad de obrar de ambos esposos.

Que este Centro Directivo declaró en las Resoluciones de 8, 11 y 26 de febrero de 1977 la inscripción al amparo del artículo 95, 1.º, del Reglamento Hipotecario de las compras de inmuebles hechas por mujer casada bajo el régimen de la sociedad de gananciales, en las que el precio había sido satisfecho al contado en base a los argumentos legales recogidos en las expresadas Resoluciones, planteándose ahora la cuestión de si eran o no inscribibles las mencionadas adquisiciones en el supuesto de que se haya

pagado por la mujer sólo parte del precio y quede aplazado el resto con la garantía, igualmente pactada, de una condición resolutoria con cláusula penal.

Que el principal obstáculo que puede alegarse en contra del acto realizado aparece señalado en el defecto 2.º de la nota de calificación y hace referencia a la imposibilidad de la mujer casada para obligar los bienes de la sociedad de gananciales sin consentimiento del marido (artículo 1.416 del Código Civil), por lo que, invirtiendo el orden de los defectos establecidos, se va a examinar éste en primer lugar.

Que como indicó la referida Resolución de 8 de febrero de 1977, el examen del artículo 1.416 del Código Civil lleva a la conclusión de que se limita a señalar 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 de su nueva redacción.

Que confirma el anterior aserto el contenido del artículo 1.698, 2.º, del Código Civil, vigente en esta materia como supletorio por la remisión que a las normas del contrato de sociedad hace el artículo 1.395 del mismo. Cuerpo legal (incluido dentro del capítulo que regula la sociedad de gananciales), y en donde se establece que la sociedad no queda obligada respecto a tercero por los actos que haya realizado un socio no gestor, salvo cuando dichos actos hayan redundado en provecho de ella, de donde se deduce que los actos celebrados por el cónyuge no administrador (en este caso, la mujer) producirán todos sus efectos en cuanto a su autor y de su cumplimiento responderá su patrimonio privativo, y no el de la sociedad de gananciales, salvo que ésta se hubiera aprovechado, criterio que el propio legislador ha ampliado a otros supuestos en la reforma de 1975, como ha sucedido al modificar la redacción del artículo 995 del Código Civil, en donde se establece que la falta de consentimiento del cónyuge del aceptante de una herencia no afecta a la validez del acto, sino sólo a la exclusión del patrimonio ganancial en la responsabilidad de las deudas hereditarias.

Que, en consecuencia, habrá de concluirse que la mujer casada en régimen de gananciales en el ejercicio de la potestad que como administradora de ciertos bienes gananciales (frutos de los parafernales y ganancias obtenidas en su profesión, industria o trabajo) podrá realizar toda clase de contratos de compraventa, tanto al contado como a plazos, pero en este último caso, si el marido no presta el consentimiento que exige el artículo 1.416, no quedarán obligados a las resultas del contrato los bienes de la sociedad conyugal, y solamente lo será el patrimonio privativo de la mujer, así como el propio bien adquirido, pues aunque tuviera la presunción de bien ganancial (artículo 1.401) siempre quedaría sujeto a la acción resolutoria del vendedor (artículo 1.124 del Código Civil) en caso de incumplimiento de sus obligaciones por la mujer.

Que al no acreditarse suficientemente el carácter del precio que como contraprestación se ha satisfecho en parte por la mujer, y actuar la presunción general del artículo 1.401 del Código Civil, se plantea la cuestión de si la adquisición realizada habrá de inscribirse a tenor de la regla 1.ª del artículo 95 del Reglamento Hipotecario o si las manifestaciones hechas en la escritura por la mujer compradora pueden enervar o matizar al menos la aplicación del mencionado precepto legal.

Que es indudable que la situación de separación de hecho de los esposos, sobre todo cuando se remonta a un período más o menos largo de tiempo, ha sido tenida en cuenta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y puede producir determinados efectos jurídicos, por lo que en principio, y en relación con el artículo 95 del Reglamento Hipotecario, la declaración hecha por el cónyuge adquirente condiciona el supuesto de aplicación, pues al no haberse acreditado que el precio es de la exclusiva propiedad de la compradora, no cabe encuadrarlo dentro de la regla 3.ª de dicho artículo, así como tampoco dentro de la 2.ª, al haber sido hecha la aseveración por la misma compradora y no por su esposo, pero tampoco se está propiamente en el supuesto de la regla 1.ª, dada la finalidad y origen de este precepto reglamentario.

Que, en efecto, este artículo 95, en su redacción actual, es una novedad introducida por el Decreto de 17 de marzo de 1959, que trató de acomodarse a la reforma que del artículo 1.413 del Código Civil hizo la Ley de 24 de abril de 1958, sin que pueda dársele un mayor alcance que el que tienen las disposiciones sustantivas sobre la materia (en particular, el artículo 1.401, 1.º), ya que la finalidad perseguida era la de poner a disposición del funcionario calificador la existencia de un elemento fundamental a tener en cuenta en la futura calificación de un acto de disposición o gravamen sobre el inmueble ahora adquirido, y aunque incluso en la situación normal de un matrimonio pueda parecer excesivo que de acuerdo con dicha regla 1.ª se practique la inscripción a nombre de los dos cónyuges cuando sólo la adquirió uno de ellos, con lo que aparece como titular registral quien no ha sido parte en el acto o contrato, todavía resulta mucho más anómalo la práctica de una inscripción de esa forma, cuando de las manifestaciones hechas por el cónyuge comprador, y aun sin entrar a calificar la naturaleza del bien, que a falta de otros elementos de juicio pudiera tener la consideración de ganancial, con arreglo al artículo 1.407 del Código Civil, aparece justificadas reservas a la aplicación del mencionado precepto reglamentario.

Que, en consecuencia, se está ante un supuesto de forma de inscribir una adquisición no prevista en las vigentes reglas del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, y que habrá de realizarse practicando la inscripción sólo a nombre del cónyuge adquirente, tal como previene el artículo 1.401, 1.º, del Código Civil, en relación con el artículo 1.407 del mismo Cuerpo legal, mien tras no se pruebe que pudiera pertenecerle privativamente.

Consideraciones críticas

En mi libro «Teoría, práctica y fórmula de la calificación registral», publicado en 1977-78, adelantaba un poco la solución que la Dirección General

da al caso de mujer casada que compra sin autorización del marido y que, aplazado el precio, se somete a la condición resolutoria de la falta de pago de cualquiera de los plazos. Decía entonces que «queda pendiente de solucionar la problemática del precio aplazado y garantizado con hipoteca o condición resolutoria, por el juego del artículo 1.416 del Código civil. Para el caso de que se decidiera que dichos actos no entran en la progresiva línea marcada por la Dirección General, habrá que pensar en cerrar el Registro a ellos cuando no se acredite la procedencia del precio ni se haga manifestación en este sentido. Entendemos muy significativa, sin embargo, esa frase de la Dirección General en la Resolución de 11 de febrero de 1977, que dice: «Que el artículo 1.416 exige el consentimiento del marido para que los bienes de la sociedad conyugal queden obligados por los actos de la mujer, pero *no afecta a la validez* del contrato que ésta hubiera podido realizar.» Y terminaba mi comentario: «Si se admite su validez e inscripción estaremos ante casos semejantes a los apuntados con la especialidad de la cláusula del precio.»

Sin embargo, en mi comentario, no podía prever esa solución que la Dirección da a la forma o manera de inscribir, descubriendo una laguna en el artículo 95 del Reglamento Hipotecario que yo daba por aplicable también a estos casos. Y es que hay una especie de corriente contraria a la redacción del artículo 95 que resurge ahora con fuerza en diversas Resoluciones de la Dirección y que fue inicialmente mantenida por la doctrina militante en el campo notarial. Concretamente SANZ FERNÁNDEZ atacó la redacción dada al artículo 95, 1.º, diciendo que ni la naturaleza de la sociedad de gananciales, ni la reforma del artículo 1.413 del Código Civil, ni las exigencias del principio de tracto sucesivo, eran suficientes para justificar esta reforma reglamentaria. Bien suponga el artículo 1.413 una limitación a las facultades dispositivas del marido o una codisposición entre marido y mujer, no implica, en modo alguno, una coadquisición o cotitularidad de los bienes. El Reglamento Hipotecario —concluye SANZ— ha venido a dar al artículo 1.413 una interpretación extensiva, cuando es indudable que por la forma en que está concebido y redactado ha de ser de interpretación restrictiva.

La reforma llevada a cabo en el Código Civil, por Ley 2 de mayo 1975, al ser parcial y muy apresurada, viene dando lugar a una constante problemática que el legislador no quiso prever. Parecía que con ella iba a lograrse la gran «liberación» femenina y lo que se hizo fue complicar las cosas, pues no debe olvidarse que los Códigos responden a una estructura unitaria y al tratar de encajar en ellos algo que se aparta de la misma, sus piezas se desajustan y surgen los problemas. Quizá haya sido esa reforma la que ha motivado a la Dirección a pronunciarse en contra del artículo 95, 1.º, del Reglamento Hipotecario. Digo esto, pues en las últimas Resoluciones comentadas por mí en estas páginas se ve esta especie de crítica: la regla primera del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, al suponer una desviación de las normas legales de carácter general de nuestro sistema inmobiliario, debe ser interpretada en forma restrictiva (R. 10 marzo 1978), la regla 1.ª del artículo 95 del Reglamento Hipotecario no deja de ser una norma de carácter muy singular dentro de nuestra legislación

hipotecaria, por cuanto obliga a practicar una inscripción a nombre de dos titulares, aunque la adquisición se haya hecho por uno solo de ellos (R. de 7 abril 1978), el obligado cumplimiento por parte de los Registradores de la Propiedad del mandato contenido en la regla 1.^a del artículo 95 del Reglamento Hipotecario trae como consecuencia que el Registro publique la titularidad de una persona que no ha sido parte en el acto o contrato de adquisición (R. 5 de mayo de 1978) y la presente que estamos comentando.

A la vista de todo ello, y en espera de las reformas legislativas, reglamentarias y normativas, vamos a intentar enjuiciar las tres grandes soluciones que la Dirección General da al problema planteado: validez de las compras hechas por mujer casada en régimen de gananciales sin consentimiento del marido y con precio aplazado garantizado con condición resolutoria; responsabilidad correspondiente del patrimonio privativo de la compradora y práctica de la inscripción a nombre de la compradora solamente y como ganancial, sin aplicar el tan discutido artículo 95 del Reglamento Hipotecario.

A) Validez de la adquisición

La Dirección General sigue, para resolver el problema de la validez de las adquisiciones, el conocido argumento ya esgrimido en las de 8, 11 y 26 de febrero de 1977, es decir, desplazar el programa de la validez al de la responsabilidad, al cual da pie el Registrador de la Propiedad en su nota al referirse a la falta de consentimiento del marido exigido por el artículo 1.416 del Código Civil, para obligar los bienes de la sociedad conyugal a través de una condición resolutoria en garantía del precio aplazado y una cláusula penal también para el caso de impago del precio.

La Dirección General ve facilitado su camino a través de la calificación y sanciona lo que antes dijo: el artículo 1.416 del Código Civil lleva a la conclusión de que se limita a señalar 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.

A la hora de la defensa de la nota calificadora el Registrador rectifica en su postura la nota y en vez de utilizar el artículo 1.416 del Código civil ve que el posible cauce por donde se puede atacar la doctrina de la Dirección es el artículo 1.413 del Código civil, que supone la necesidad de un consentimiento del otro cónyuge para los actos de enajenación o gravamen de los bienes inmuebles y, en su defecto, la autorización judicial. Y aquí es donde está el tema, ya que, en virtud del cumplimiento de la condición resolutoria, el bien puede salir del patrimonio conyugal sin el cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 1.413 del C. c., aparte de que aplicando

la doctrina de este artículo y pensando en una asimilación entre condición resolutoria e hipoteca la mujer no podría haber impuesto ese «gravamen» (la Dirección General habla de «garantía de una condición resolutoria con cláusula penal») sin el consentimiento del marido o la autorización judicial. Y aunque el acto así celebrado parezca entrar dentro de lo que viene a disponer el artículo 65 al entender anulable los actos realizados por cualquiera de los dos esposos cuando falte el consentimiento de uno de ellos y éste se exigiera, ya empezaríamos a no poder calificar de válida la compra con gravamen y ya podríamos discutir si el artículo 65 tiene o no aplicación al caso del 1.413 del Código civil en donde parece claro que o se obtiene el consentimiento del otro cónyuge o el del Juez para que el acto sea válido.

AMORÓS GUARDIOLA («Comentarios a esta Resolución», en Rev. Cr. Dr. Inmobiliario, mayo-junio 1980, págs. 658 y ss.) plantea igualmente el problema y aduce en favor de la resolución de validez del acto realizado por la mujer las Resoluciones de 13 de mayo y 4 de noviembre de 1968 en las que la Dirección sostuvo que cuando el marido compra un inmueble a plazos y simultáneamente garantiza ese aplazamiento con hipoteca sobre el mismo bien comprado, puede realizar ambos actos por sí solo sin necesidad del consentimiento de su esposa para hipotecar el bien presuntivamente ganancial, sobre la base de la unidad inseparable de ambos actos, ya que la garantía del precio aplazado va indisolublemente unida al acto de adquisición a plazos, pudiendo afirmarse que sin la creación de esa garantía la venta aplazada no llegaría a celebrarse. Sobre la base de una interpretación analógica, el autor citado entiende que podría darse por buena la constitución de esa garantía real por la mujer casada sin intervención del marido, a pesar de la necesaria concurrencia de éste para los actos de gravamen de inmuebles gananciales.

Dada la tendencia actual a la equiparación de sexos con proyección en el campo de la sociedad conyugal, es evidente que pudiera aplicarse aquella doctrina mantenida por la Dirección General para el marido a la mujer, pero habría que pensar serenamente en si eso era correcto jurídicamente, pues todo el argumento que la Dirección utilizaba residía en la «íntima soldadura» existente entre las diversas declaraciones emitidas que concluyen en un *único negocio*, que es el resultado de las varias causas que en él concurren, lo que trae como consecuencia que no pueda escindirse en los *dos negocios que lo forman* y aplicar a cada uno las normas propias del contrato tipo, sino que, por el contrario, la causa compleja que le sirve de base ha absorbido las concurrentes y determina la primacía de uno de ellos, que es la compraventa.

El famoso dogma de «accesoriedad» de la hipoteca exige siempre la existencia de un crédito y, por supuesto, una causa para el mismo y otra para la hipoteca, de tal forma que el préstamo hipotecario puede tener también esa íntima soldadura de que habla la Dirección y concurrir en él las diversas causas de que se trata. Lo que ya no se puede predicar es si la causa compleja que le sirve de base al negocio citado ha absorbido las restantes y determina la primacía del préstamo sobre la hipoteca o de ésta sobre aquél, dado el carácter accesorio de esta última.

Creo que había que profundizar en el tema, pues aquella Resolución tenía detrás ciertas opiniones doctrinales de peso como eran las del Notario autorizante de la escritura Vallet de Goytisolo y las de Cámara Alvarez y Lacruz Berdejo, que sostenían que económica y jurídicamente la operación equivalía a la adquisición del inmueble con el correspondiente gravamen. Más cautamente Rodríguez Adrados (el que posteriormente va a defender la tesis de la responsabilidad patrimonial del artículo 1.416 del C. c.) distinguía el caso del adquirente que hipoteca, que necesita el consentimiento de la mujer, y la reserva de la hipoteca por parte del vendedor, que libera de tal requisito. Creo que toda la claridad del tema reside en saber buscar las diferencias existentes entre la figura del préstamo hipotecario y la hipoteca que garantiza el precio aplazado. Si de verdad existen diferencias la tesis debe prosperar, pero si resulta que también en el préstamo existe la ligazón y la subordinación de pactos, creo que la tesis cae por su base.

B) Forma de constatar la inscripción

La Dirección General, en esa línea que apuntamos al comienzo de sentirse incómoda con la redacción y normas del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, va examinando el mismo y saca la conclusión que el supuesto de hecho que da lugar al recurso no está contemplado por el mismo y, por ello, debe aplicársele una normativa especial: tener en cuenta la manifestación de la separación de hecho que hace la mujer, inscribir la finca a nombre de la mujer y reputarla ganancial.

Con todo, el gran respeto que merece la Dirección General y la valoración del esfuerzo que supone adelantarse a una posible reforma normativa, creo que la solución dada no tiene un apoyo jurídico claro. Evidentemente, la prolongación de una separación de hecho puede hacer presumible la inexistencia de bienes gananciales, pero habría que haber arbitrado un medio probatorio para que esa situación aflore y pueda desvirtuar la presunción que pesa sobre la ganancialidad de los bienes adquiridos durante el matrimonio del artículo 1.407 del C. c. Hay una contradicción en la solución dada que tiene una explicación, pues si bien parece estimarse la situación de separación de hecho prolongada y de ordenar que la adquisición se haga a nombre de la mujer, con lo cual parecía que la finca podía ser parafernial, debe hacerse constar su carácter de ganancialidad hasta que pueda probarse que pudiera pertenecerle privativamente.

Entiendo que la solución que se le da al caso es para evitar a toda costa que en la inscripción figure el nombre del marido como debería hacerse si se aplica el número 1.º del artículo 95. Todo ello sobre la base de que resulta ilógico que en una inscripción figure alguien que no interviene en la adquisición, vulnerando con ello el principio de tracto sucesivo. Pero este ataque al artículo 95 a mí se me antoja poco convincente, pues la finalidad que con el mismo se perseguía no era «la de poner a disposición del funcionario calificador la existencia de un elemento fundamental a tener en cuenta en la futura calificación de un acto de disposición o gravamen sobre

el inmueble ahora adquirido», como expresa literalmente la Dirección General, pues si así fuese no se hubiera admitido un medio de desvirtuar la presunción «*iuris tantum*» de ganancialidad del artículo 1.407 del C. c. inmediatamente después de hacer la inscripción y antes de que llegue el posible acto de disposición o gravamen. La misma Dirección General contradice aquí la tesis mantenida en la Resolución de 7 de abril de 1978, anteriormente comentada, en la que admite que el artículo 95 prevé la posibilidad de probar el carácter privativo de la adquisición y hacerlo constar en la inscripción mediante una nota marginal. Además, y esto es grave, inscribiendo a nombre de la mujer, haciendo constar la separación de hecho o la manifestación de esa situación y atribuyendo a los bienes el carácter de gananciales provisoriamente, estamos en las mismas: a la hora del gravamen o de la disposición, el Registrador exigirá el consentimiento del marido a no ser que, para entonces, haya desaparecido el artículo 1.413 del C. c., se haya promulgado la ley de divorcio y se haya dado a la separación de hecho la posible trascendencia jurídica que puede y debe tener.

También quiero salir al paso y en defensa, por supuesto, del artículo 95, 1.º, del Reglamento, por entender que el mismo tiene una razón mayor que la que se le pretende atribuir, pues si bien obliga a hacer constar el nombre y apellidos como titulares del cónyuge que interviene en la adquisición y del que no interviene, es sobre la base de las facultades dispositivas que ambos cónyuges tienen sobre los posibles bienes gananciales y lo que en el presente caso parece lógico por la existencia de una larga separación, privando al marido de la posibilidad de una disposición y limitándole su intervención a la prestación del consentimiento, resulta sobradamente injusto cuando es el marido quien adquiere y no se hace constar el nombre de la mujer, la cual puede tener en ciertos casos facultades dispositivas sobre los bienes gananciales.

Conforme al artículo 4 del Código civil, párrafo 1.º, «procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón». Creo que es por ese camino por donde debió enfocarse la solución del tema y si no se quería aplicar el párrafo 1.º del artículo 95 porque parte como requisito de aplicación que no «se haga declaración alguna sobre la procedencia del precio» (no por otras razones), debió aplicarse el número dos del mismo artículo que precisamente parte de que se asevere algo sobre la procedencia del precio, pero no lo acredite. Ya comprendo que aplicando literalmente la letra del artículo parece exigirse que la manifestación la haga el «otro» cónyuge y no el que solamente adquiere sin intervención ni consentimiento del otro. Intentando descubrir el espíritu que anima el precepto queda comprendido el caso de la adquisición de un cónyuge con su propia manifestación, lo cual nos llevaría a inscribir a nombre del adquirente, hacer constar su manifestación sin que la inscripción, como dice el precepto, no prejuzgue la naturaleza privativa o ganancial de los bienes. Todo, menos aplazar la solución al momento de la disposición en que por haberse presumido gananciales a los bienes que se inscriban a nombre de la mujer necesitaran en su día del consentimiento del marido o del Juez.

C) Responsabilidad del patrimonio

La tesis de desplazar del artículo 1.416 el problema del requisito del consentimiento marital para los actos de disposición y centrarlo en el tema de la responsabilidad, es la gran habilidad de la Resolución: si la mujer no puede obligar a la sociedad conyugal sin el consentimiento del marido—aun y a pesar de esa separación de hecho tan prolongada que se alega— parece obvio que no puede imputarse la responsabilidad al patrimonio ganancial, sino al privativo de la mujer que adquiere y a la finca adquirida, aunque tuviera la presunción de ganancialidad (artículo 1.401), pues en todo caso quedaría sujeto a la acción resolutoria del vendedor (artículo 1.124 C. c.) en caso de incumplimiento de sus obligaciones por la mujer.

La tesis me parece irreprochable. Lo que ya no me parece logrado es esa aplicación analógica de supuestos entre los actos de un socio y los actos de un cónyuge, por aplicación subsidiaria de normas. Esta argumentación era innecesaria y además tiene el gran peligro de que el concepto de «provecho» es muy difícil de precisar, pues en verdad la sociedad conyugal se aprovecha de ver engrosado su patrimonio con una adquisición de un bien que la inscripción lo reputa como ganancial.

Quede apuntado el problema, pues la argumentación no creo que añada nada nuevo a la interpretación acertada del artículo 1.416 del C. c. También deben quedar apuntados los posibles problemas que se derivan de la estipulación de la «cláusula penal» que acepta la mujer en su adquisición y que pudiera tener sus dificultades de acceso al Registro si se estimase como leonina. No conviene olvidar, sin embargo, que conforme al artículo 1.154 del C. c., el Juez podrá modificar equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor, aparte de la interpretación jurisprudencial que a dicho artículo se le ha dado.

Igualmente queda marginado en el presente caso el problema de la aplicación o no del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, pues a pesar de que los bienes figuren inscritos «como gananciales o presuntivamente gananciales» es evidente que las deudas y obligaciones que se derivan del contrato no son a cargo de la sociedad, pues falta el requisito del consentimiento del marido para que la mujer pueda obligar a la misma, conforme al artículo 1.416 del Código civil.

