

Algunas consideraciones acerca de las inscripciones a favor de mujer casada después de la reforma del Código civil

I. INTRODUCCION

La reciente reforma del Código civil, por Ley de 2 de mayo de 1975, ha suprimido la licencia marital, pero no el régimen de consentimientos. Según dice el preámbulo de dicha ley: «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. Se recoge en este punto la diferencia teórica, hoy admitida con carácter general, entre el consentimiento, que versa sobre actos o negocios jurídicos de carácter común, y la licencia, que, como complemento de capacidad, tiene por objeto los actos o derechos privativos.» Y a continuación indica: «Si bien se suprimen las licencias, es respetado el actual régimen de los consentimientos.»

Uno de tales consentimientos es el que el marido debe prestar a la mujer para actos de administración de bienes gananciales. Deriva del principio general establecido en el artículo 1.412 del Código civil, según el cual «el marido es el administrador de la sociedad de gananciales», siendo una de sus manifestaciones específicas en el aspecto obligacional la previsión del artículo 1.416, que dice que «la mujer no puede obligar

los bienes de la sociedad de gananciales sin consentimiento del marido», y en el aspecto real, el problema relativo a la adquisición de bienes con dinero ganancial.

Dado lo dispuesto en ese artículo 1.412 del Código civil parece evidente que la mujer no puede adquirir por sí sola bienes inmuebles por medio de dinero ganancial, pues tal adquisición representa un acto de administración, cual es la inversión de dinero procedente del caudal común en bienes inmuebles, y para ello se necesita el consentimiento del marido, que, como administrador de los gananciales, es quien debe decidir de qué modo se deben realizar las inversiones.

Pero esta aparente claridad queda oscurecida por el problema de la determinación de cuándo es ganancial el dinero, en relación con las declaraciones y pruebas aportadas por los cónyuges.

Es necesario por ello estudiar con separación diferentes supuestos.

II. ADQUISICION POR LA MUJER SIN INTERVENCION DEL MARIDO CON DECLARACION EXPRESA DE AQUELLA DE SER GANANCIAL LA ADQUISICION

Dejamos a un lado aquellos casos en que la mujer, bien sea por pacto o legalmente, tiene la administración de la sociedad de gananciales, así como aquellos otros en que actúa por poder o con autorización del marido, pues en tales supuestos es perfectamente posible la inscripción de la adquisición realizada por la mujer, practicándose la inscripción a nombre de ambos cónyuges, conforme a la regla 1.^a del artículo 95 del Reglamento Hipotecario.

Nos vamos a referir dentro de este grupo a las dos hipótesis siguientes, prácticamente similares:

a) Adquisición por mujer casada que no tiene facultades de administración sobre bienes gananciales, a pesar de lo cual interviene ella sola en la escritura declarando que el dinero invertido en la adquisición procede del caudal común de gananciales.

b) Adquisición realizada en esas mismas circunstancias por la mujer sin declarar nada sobre la procedencia del dinero, pero haciendo constar que compra el inmueble «para su sociedad conyugal» o como «bien ganancial».

Ambos casos son similares, pues da igual que se diga expresamente que el dinero invertido procede del caudal común, que decir que el bien

adquirido es ganancial, ya que ha de presumirse que tendrá este último carácter por ser ganancial el dinero.

Estas hipótesis no son frecuentes, pero se dan alguna vez en la práctica, cuando el marido no ha podido acudir a la Notaría para formalizar la adquisición y ésta se estima urgente.

En tales casos, la inscripción no puede practicarse dado lo dispuesto en el artículo 1.412, que excluye a la mujer de las facultades de administración respecto al dinero ganancial. Tampoco creemos sea factible la inscripción supeditando su eficacia a la posterior ratificación del marido, dejando constancia en el asiento de la posibilidad de impugnación por parte de éste o de sus herederos. Sabemos que el Tribunal Supremo ha pretendido que se aplique la idea del artículo 94 del Reglamento Hipotecario a las enajenaciones de bienes gananciales por el marido sin consentimiento de la mujer (1). Por esta vía podría llegarse también, en forma desmedida, a facilitar la inscripción del acto adquisitivo de la mujer sin el consentimiento del marido. Pero una y otra tentativa carecen de fundamento, pues aparte de estar ya derogado el artículo 94 del Reglamento, según veremos después, se confunde la licencia marital con el régimen de consentimientos, cuya diferencia ha patentizado el preámbulo de la Ley de Reforma del Código, según vimos antes. Por ello suscribimos los razonamientos de la resolución de 15 de marzo de 1972 (2) respecto a la enajenación del marido sin el consentimiento de la mujer, y los extendemos también al caso que estamos estudiando de adquisición por mujer casada no administradora de los bienes gananciales.

(1) En este sentido, véase la Sentencia de 7 de junio de 1972.

(2) Esta resolución dice: «cualesquiera que sean las analogías que puedan establecerse entre el acto dispositivo realizado por una mujer casada sin licencia marital, sobre bienes parafernales, y el que efectúa el marido sin consentimiento de la mujer, sobre bienes gananciales, no puede desconocerse que en el primer supuesto los bienes de que se trata son de propiedad exclusiva de aquélla, que figura como titular registral única de los mismos, en tanto que en el segundo caso los bienes son comunes de ambos cónyuges y, por tanto, su titularidad, tanto civil como registral, es compartida, por lo que, al menos, a efectos registrales, el acto dispositivo resultará incompleto al no constar el consentimiento de uno de sus titulares, razón por la cual, sin duda, el Decreto de 17 de marzo de 1959, que modificó, entre otros, los artículos 94, 95 y 96 del Reglamento Hipotecario, permitió expresamente la inscripción de los actos y contratos celebrados por la mujer sin licencia marital y nada dijo en cuanto a la inscripción de los realizados en contravención del artículo 1.413 del Código civil, a pesar de ser el referido Decreto aplicación y desarrollo de la Ley de 24 de abril de 1958, que reformó parcialmente el Código civil». Seguidamente completa el argumento con la idea de que no se debe permitir el ingreso al Registro de actos y contratos que no son totalmente perfectos, salvo en supuestos excepcionales, dada la finalidad primordial del Registro de proporcionar seguridad a las relaciones jurídicas inmobiliarias y publicar situaciones firmes y claras. Véase el comentario a esta resolución de TIRSO CARRETERO en *R. C. D. I.*, núm. 491, pág. 868.

Por tanto, la inscripción de la adquisición no se puede practicar hasta que se obtenga la ratificación o confirmación del marido, como cónyuge administrador de la sociedad. Se trata de un defecto subsanable, y la nota resultante de la calificación registral podría ser más o menos del siguiente modo:

«SUSPENDIDA la inscripción del precedente documento por tratarse de una adquisición con dinero ganancial (o de una adquisición ganancial) sin constar el consentimiento o ratificación del marido, como administrador de la sociedad de gananciales, conforme al artículo 1.412 del Código civil...»

B. CAMY tampoco admite la inscripción en este caso, basando su opinión, acertadamente, en los artículos 59, 1.412 y 1.416 del Código civil, precepto este último—dice—cuya exégesis es casi unánime «por la jurisprudencia y la doctrina, en el sentido de que impide cualquier actuación de la mujer respecto a los bienes de la sociedad de gananciales, salvo la ligera excepción prevista en ese mismo precepto». A continuación rechaza también la pretendida aplicación analógica del artículo 94 del Reglamento Hipotecario (3).

III. ADQUISICION POR LA MUJER SIN INTERVENCION DEL MARIDO NO EXPRESANDO EL CARACTER DEL DINERO INVERTIDO EN LA COMPRA NI EL CARACTER DE LA ADQUISICION

Se trata del caso en que la escritura de compra guarda silencio sobre el carácter del dinero invertido y también sobre el carácter del bien adquirido.

Aquí cabría seguir dos criterios distintos:

a) O bien asimilar totalmente el caso al que antes hemos examinado de adquisición por la mujer declarando ser ganancial el dinero o la adquisición, interpretando que en este caso el dinero es también ganancial, aunque lo sea presuntivamente, y suspendiendo, en consecuencia, la inscripción con la misma nota que en dicho supuesto.

b) O bien matizar el caso diferenciándolo de algún modo del anterior, entendiendo que, a diferencia de aquél, en que la mujer no puede ir contra sus propios actos, en este otro puede darse una nueva oportunidad a la mujer para que llene el silencio de la escritura declarando con posterioridad si el dinero invertido era privativo o ganancial.

(3) B. CAMY, *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, 1.^a ed., vol. II, páginas 580 y 581.

Nos inclinamos por este último criterio, pudiéndose dar con posterioridad diferentes supuestos, entre ellos: que en la nueva escritura de determinación del carácter del dinero comparezca también el marido aseverando, en su caso, la parafernalidad del dinero invertido (en contra, ROCA SASTRE, según veremos después); que se confirme el carácter presumiblemente ganancial del dinero prestando el marido su consentimiento a la adquisición realizada por la mujer, expresando ambos que fue ganancial; que la mujer comparezca y declare que el dinero es parafernial sin acreditarlo, o que comparezca aportando pruebas concluyentes de la parafernalidad del mismo.

Todo este haz de posibilidades viene a demostrar que el caso que exponemos tiene distinto matiz que el anterior, por lo menos en potencia, como consecuencia de haber quedado en blanco la declaración sobre el carácter del dinero.

Por lo demás, mientras no se produzca una ulterior declaración en uno u otro sentido en escritura pública, no habrá más remedio que suspender la inscripción, por la misma razón que en el supuesto anterior, consistente en no figurar el consentimiento o autorización del marido. Pero la especialidad del presente caso se debe poner de manifiesto en la nota calificadora de suspensión de la inscripción, matizándola del siguiente modo:

«SUSPENDIDA la inscripción del precedente documento porque *al no expresarse la naturaleza ganancial o privativa del dinero, se presume ganancial, conforme al artículo 1.407 del Código civil, mientras no se exprese otra cosa*, con la consecuencia de ser necesario, en principio, el consentimiento o autorización del marido, como administrador de la sociedad de gananciales, según lo dispuesto en el artículo 1.412 del mismo Código...»

Con esta frase subrayada queda abierta la puerta para una posible declaración ulterior acerca del carácter del dinero invertido, con lo que el supuesto podría hacer tránsito a otros distintos. No obstante, la propia nota también permite la subsanación directa mediante la presentación de la escritura de ratificación del marido, como administrador de la sociedad de gananciales.

IV. ADQUISICION POR LA MUJER SIN INTERVENCION DEL MARIDO DECLARANDO AQUELLA QUE EL DINERO INVERTIDO EN LA COMPRA ES PARAFERNAL, SIN JUSTIFICARLO DE NINGUN MODO O BIEN APORTANDO UNA PRUEBA INSUFICIENTE

La Compilación de Cataluña establece en su artículo 23 la llamada «presunción Muciana», de origen romano, según la cual «los bienes

adquiridos por la mujer constante matrimonio cuya procedencia no pueda justificar, se presumirán procedentes de donación del marido. Si la mujer justifica tal adquisición, pero no la del precio con que se hubiese verificado, se presumirá que éste le ha sido donado por el marido».

En cambio, en el régimen de gananciales del Código civil, que es el que estamos estudiando, no existe esa presunción, sino la del artículo 1.407, en los siguientes términos: «Se reputan gananciales todos los bienes del matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen al marido o a la mujer.»

A efectos de inscripción, el problema que se planteará el Registrador es si debe entender que el artículo 1.407 impide el acceso al Registro de las adquisiciones realizadas con dinero que la mujer no puede justificar que le pertenece, presumiendo que es ganancial, por lo que lo debe invertir o administrar el marido, o si, por el contrario, debe considerar que tal artículo no impide la inscripción, sino que sólo se modalizará o configurará en un determinado sentido la práctica del asiento y la fórmula del acta de inscripción.

Cabe, por tanto, plantear concretamente dos problemas:

A) Si es posible la inscripción de tales adquisiciones.

B) En caso afirmativo, a nombre de quién y de qué modo se debe practicar la inscripción.

A) PRIMER PROBLEMA: ¿PUEDE PRACTICARSE LA INSCRIPCIÓN DE TALES ADQUISICIONES?

En pura hipótesis podrían mantenerse dos soluciones:

a) *Solución estricta o rígida.*—El Registrador debe suspender la inscripción, igual que en el caso en que la mujer declara que el dinero es ganancial, pues la presunción del artículo 1.407 del Código civil determina la equiparación de ambos supuestos.

Según esta solución, como el artículo 1.407 no ha sido reformado por la Ley de 2 de mayo de 1975, debe interpretarse tal como resulta de su letra, presumiéndose ganancial el dinero cuya procedencia no se justifica, con la consecuencia de que quien debe administrarlo e invertirlo es el marido, según el artículo 1.412, por lo que al no intervenir éste procederá suspender la inscripción mientras no preste su consentimiento, autorización o ratificación, o mientras no asevere el carácter parafernial del dinero invertido por la mujer.

Desde un punto de vista estrictamente teórico, esta solución tiene el fuerte fundamento que le proporcionan los artículos 1.407 y 1.412. Pero

creemos que merece la pena esforzarse en encontrar otra solución que no coarte la libre actuación de la mujer. En nuestra opinión, el Registrador debe ser realista y ponerse en línea con el espíritu de la reciente reforma del Código. Además, debe procurar que quede fomentada la inscripción siempre que, al mismo tiempo, queden salvaguardados todos los intereses en juego. Es evidente que la inscripción puede producir múltiples beneficios, y resulta muy fuerte, después de la reforma del Código, cerrar el Registro a las adquisiciones realizadas por la mujer con dinero que ella dice ser suyo, sobre todo cuando no va a ser fácil que el marido dé su autorización, consentimiento o aseveración al acto adquisitivo. Pongamos el clásico ejemplo de mujer separada de hecho que quiere invertir su dinero en inmuebles: si se suspende la inscripción puede producirse un caso de doble venta a favor de tercero, en perjuicio de la mujer, o bien la constitución de gravámenes o afecciones. Aparte de que mientras no obtuviera esa autorización, quizá imposible, y por qué no, quizá también improcedente, no podría contar con las ventajas del sistema registral.

Por todo ello, nos parece más realista la solución que permite el acceso al Registro de tales adquisiciones, tal como exponemos a continuación.

b) *Solución flexible y realista.*—Procede inscribir las adquisiciones realizadas por mujer casada sin intervención del marido cuando en la escritura declara que el dinero invertido es parafernalia. En este sentido se pronuncia BUENAVENTURA CAMY y también la comunicación informativa del Colegio Nacional de Registradores de fecha 8 de octubre de 1975. De una y otra postura nos ocuparemos al tratar de la fórmula registral a aplicar. Ahora expondremos los argumentos que se nos ocurren en favor de esta solución, aparte de las razones prácticas antes apuntadas.

1. *Interpretación conjunta de los artículos 62 y 1.407 del Código*

El nuevo artículo 62 es decisivo: «El matrimonio—señala—no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges.»

Ciertamente, esta declaración de principio no supone ninguna modificación de los artículos 1.412 y 1.416, ya que existe una perfecta delimitación de ambos grupos de preceptos por razón de la naturaleza de los bienes, lo cual les hace totalmente compatibles: los artículos 1.412 y 1.416 se refieren a los bienes gananciales y, en cambio, la fórmula general del artículo 62 se refiere a la capacidad de obrar respecto a bienes privativos de cada cónyuge. Así resulta del preámbulo de la Ley de Reforma: «Corolario obligado (del art. 62) es también que cada uno de los consortes puede realizar los actos jurídicos y ejercitar los derechos

que le corresponden *con carácter privativo o exclusivo*.» Además, ya hemos visto que la reforma «no ha albergado el propósito de alterar el régimen de las comunidades conyugales», por lo que los citados artículos 1.412 y 1.416, al ser normas del régimen de gananciales, son teóricamente compatibles con el nuevo artículo 62, que se refiere a la capacidad de obrar sobre bienes privativos.

Pero esa clara delimitación teórica de ambos grupos de preceptos puede quedar oscurecida por la imprecisión de la distinción entre lo privativo y ganancial. Y si tal imprecisión se resuelve por la vía de la presunción de ganancialidad del artículo 1.407, se acapara el ámbito del artículo 62 por los artículos 1.412 y 1.416, con lo que podría quedar en letra muerta la letra y el espíritu del nuevo artículo sobre la capacidad de obrar de los cónyuges respecto a bienes propios. De nada valdría declarar ese principio general si luego, maquiavélicamente, aparece la presunción de ganancialidad del artículo 1.407, que impide a la mujer invertir un dinero que ella declara ser parafernál, aunque no lo pueda probar.

Por todo ello hay que procurar aplicar la interpretación sistemática para el entendimiento de los artículos 62 y 1.407. Aunque la Ley de Reforma haya mantenido este último artículo, como el ordenamiento constituye un conjunto orgánico y armónico, no hay más remedio que interpretar que la introducción del artículo 62 tiene que limitar de algún modo la presunción del artículo 1.407, pues en otro caso el que queda muy limitado es el nuevo precepto, en contra del espíritu de la reforma (4).

Desde esta perspectiva, el artículo 1.407 carecerá de aplicación cuando esté en juego la capacidad de obrar de la mujer en la esfera extrajudicial (notarial y registral) respecto a un dinero que ella declara ser suyo. Dicho artículo sigue vigente, pero no podrá afectar *a priori* a la actuación de la mujer en la esfera civil; podrá ser traído a colación *a posteriori* para anular, en su caso, los actos realizados por la mujer, pero no para coartar su libertad y plena capacidad de obrar desde el punto de vista civil.

(4) Dice ALBALADEJO que «el Derecho es un todo sistemático, ordenado, cuyas diversas partes coordinan y armonizan entre sí, y, por ello, para la averiguación del sentido de las diversas normas singulares que lo componen, debe seguirse la pauta que marque su relación con los demás» (*Derecho Civil, I. Introducción y Parte General*, 3.ª ed., 1975, pág. 144). Y en el número 1 del artículo 3 del nuevo Título Preliminar del Código civil se lee: «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas». Desde esta perspectiva no hay inconveniente en recortar el ámbito del artículo 1.407 en todo aquello que pugne con el nuevo artículo 62 respecto a la capacidad de obrar de la mujer casada.

En definitiva, la declaración de la mujer sobre la procedencia del dinero debe tener la suficiente fuerza como para destruir la presunción del artículo 1.407, a los exclusivos efectos de permitir una actuación de la misma derivada de su capacidad de obrar, sin perjuicio de que pueda ser anulada por el marido o sus herederos la adquisición fundándose en el artículo citado y en las pruebas pertinentes.

2. Referencia a la presunción de buena fe en relación con las inversiones del cónyuge no administrador

La interpretación que acabamos de dar de los artículos 62 y 1.407 tiene también apoyo en el principio general de buena fe, sobre todo en relación con el cónyuge no administrador, que no tiene normalmente a su disposición dos clases de dinero, el ganancial y el propio, pues no administra la sociedad de gananciales. Obsérvese que cuando se trata de adquisición por el cónyuge administrador declarando que el dinero es privativo de él, cabría dudar de la veracidad de tal declaración y pensar en la posibilidad de defraudar los intereses del otro cónyuge, al tener a su disposición dinero propio y ganancial (4 bis). En cambio, la declaración del cónyuge no administrador es más inofensiva, ya que el dinero que podría emplearse para la adquisición de una finca no se encuentra en casa, sino en un Banco o establecimiento adecuado a disposición del cónyuge administrador. Y si éste tuviera temores, le es facilísimo evitar cualquier injerencia dando a los Bancos las órdenes oportunas para que el dinero no sea sacado sin su autorización.

En definitiva, si la mujer declara que el dinero que invierte es parafrenal hay base para entender que la presunción de buena fe confirma tal declaración y hace que ésta llegue a tener un valor indiciario importante, por lo menos a efectos de que pueda ejercitar plenamente su capacidad de obrar.

(4 bis) Con esta comparación incidental no pretendemos que deba darse un trato diferente, a efectos de inscripción, a las adquisiciones realizadas por el marido con dinero que él declara ser suyo, sin acreditarlo, ya que la argumentación debe ser idéntica, dada la equiparación de capacidad de uno y otro cónyuge. Tratamos simplemente de recalcar, a propósito de la adquisición de la mujer, que es la que estamos estudiando, que la presunción de buena fe es más consistente, pues se aleja toda sospecha de fraude. Pero, en cualquier caso, a efectos de inscripción, la fórmula registral que señalaremos cubre posibles perjuicios, incluso cuando la adquisición ha sido realizada por el marido declarando que el dinero le pertenece.

3. *La distinción entre el consentimiento fijo y el eventual a efectos de inscripción*

En la teoría general del acto y del negocio jurídico debería profundizarse acerca de la distinción de dos tipos de consentimientos o asentimientos que pueden darse en la práctica:

a) El consentimiento FIJO, cuando se trata de supuestos de hecho muy precisos, en que no existe ninguna duda respecto a la aplicación del consentimiento, que exige de modo necesario el precepto en cuestión.

b) El consentimiento que, si se nos permite, podríamos llamar EVENTUAL, que es el que se presta en la práctica «por si acaso», «por si fuere necesario para la plena eficacia del acto». Se trata de casos en que el supuesto de hecho se plantea de forma algo imprecisa, no sabiéndose exactamente si estamos en presencia del supuesto en que la ley exige prestar un determinado consentimiento. Ante esta imprecisión, el consentimiento se prestaría eventualmente para cubrir todos los posibles eventos.

Pues bien, ¿cómo debe reaccionar el Registrador ante la falta de estos consentimientos? ¿Debe valorar de igual modo la falta de uno y otro? Y dentro ya del consentimiento eventual, ¿debe valorar de la misma forma la falta de ese consentimiento en todos los casos?

La importancia de la calificación registral y su dificultad se pone a prueba en estas cuestiones. El Registrador no es un autómata, sino que debe graduar y apreciar la importancia que tiene el requisito omitido.

En principio, no puede valorar de igual modo la ausencia del consentimiento eventual que la falta del consentimiento fijo. Cuando el supuesto de hecho está perfectamente deslindado en la práctica y la ley exige la prestación de un consentimiento para el acto jurídico en cuestión, se debe suspender la inscripción si no consta tal consentimiento. De este modo favorece el cumplimiento de la ley y evita que en el Registro figuren actos nulos, anulables o incompletos. Ejemplos de consentimiento fijo: en el supuesto de venta de menor emancipado, suspenderá la inscripción si no consta el consentimiento del artículo 317 del Código civil; cuando se trata de enajenación de bienes gananciales por el marido, suspenderá la inscripción si no consta el consentimiento de la mujer, previsto en el artículo 1.413, etc.

En cambio, tratándose de la omisión de un consentimiento eventual, el Registrador deberá diferenciar casos y aplicar unas veces la misma rigurosidad que cuando falta el consentimiento fijo y otras permitir la inscripción. Para cumplir esta difícil tarea diferenciadora deberá tener

en cuenta la ausencia de perjuicios inmediatos para interesados y terceros, y la garantía que para todos puede representar practicar la inscripción del acto en que falta el consentimiento eventual en un determinado sentido.

A título de orientación, y para mejor encuadrar el supuesto específico que estamos analizando, examinaremos brevemente tres casos distintos de «consentimiento eventual» y la diferente actuación del Registrador en cada uno de ellos:

1.º Enajenaciones por mujer casada de bienes que consten inscritos a su nombre, conforme a la regla 2.ª del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, es decir, sin prejuzgar el carácter privativo o ganancial. En estos supuestos, el artículo 96 del Reglamento Hipotecario exige que el marido preste su consentimiento. Este consentimiento es EVENTUAL, pues el artículo 1.413 sólo exige la intervención de ambos cónyuges para la enajenación de bienes gananciales, y en el presente caso no se prejuzga si el bien es privativo o ganancial, puesto que el marido ya aseveró que el dinero invertido por la mujer era privativo. Pero precisamente por no prejuzgarse el carácter privativo ni ganancial es necesario exigir ese consentimiento eventual del marido, para el supuesto de que en el futuro se demostrase que el bien era ganancial y se tratase de anular la enajenación.

Por tanto, en estos casos el Registrador debe valorar la falta del consentimiento eventual con la misma rigidez que si faltase el consentimiento fijo. En primer lugar, porque el artículo 96 del Reglamento exige de modo terminante que se tenga en cuenta ese consentimiento. Y, en todo caso, porque tal consentimiento representa la posibilidad de una plena actuación de la fe pública registral en beneficio del adquirente. Efectivamente: en principio, la inscripción no prejuzga la naturaleza privativa o ganancial de la adquisición de la mujer, por lo que es un tanto imprecisa para permitir la adquisición en firme por parte de un tercero cuando sólo interviene aquélla; en cambio, si presta su consentimiento el marido, el tercero adquiere en firme, pues se cubren todas las posibilidades y se cumplen tanto los requisitos de enajenación de bienes parafernales (intervención de la mujer), como los de los bienes gananciales (intervención de ambos cónyuges). Por ello, el consentimiento eventual permite subsanar la imprecisión de la inscripción a efectos del principio de fe pública registral.

2.º Enajenación por uno de los cónyuges, sin intervención del otro, de finca no inmatriculada que se afirma ser privativa del vendedor, pero sin acreditarse. En la práctica notarial y registral no se exige en este caso

el consentimiento eventual del otro cónyuge y se acepta la declaración del cónyuge vendedor.

Creemos que esta práctica es acertada y debe mantenerse. Si el Registrador exigiera que el marido, por ejemplo, compareciera ante Notario a dar su consentimiento a la mujer para la venta de una finca que ésta manifiesta ser parafernial, estaría exigiendo un consentimiento meramente «eventual», pues lo prestaría no como administrador y cotitular de bienes gananciales, sino en relación con un bien parafernial «por si acaso fuera necesario» y «para el supuesto de que se entendiera que el bien se presume ganancial». También en el caso anterior se trataba de un consentimiento eventual y hemos visto que el Registrador debe exigirlo. ¿Por qué no en este caso? Sencillamente, porque se trata de una hipótesis muy diferente. Estamos ante el ingreso de una finca en el Registro, es decir, ante un procedimiento inmatriculador. La legislación hipotecaria no exige actualmente una prueba más o menos «diabólica» para demostrar la adquisición de la finca, pues bastan ciertos indicios, quizá teniendo en cuenta que el procedimiento inmatriculador ofrece una serie de garantías previas y posteriores que permiten prescindir de aquella prueba completa. Pues bien, parece que el problema de si el bien es ganancial o privativo va incluido en estos casos de inmatriculación dentro de la cuestión de la prueba de la propiedad de la finca.

En este sentido, el procedimiento inmatriculador cumple una función purificadora y garantizadora de la adquisición, supliendo todo él cualquier deficiencia de la prueba sobre la misma. Por tanto, en este supuesto, el Registrador atenderá, en principio, a la declaración de la mujer, completada por el documento de fecha fehaciente, por la certificación catastral a su nombre o por el transcurso de un año desde la fecha de la escritura; después de practicar la inscripción expedirá el edicto reglamentario, que se publicará en el tablón del Ayuntamiento durante treinta días, pudiendo enterarse el público, en general, y el marido, en concreto, de la venta de la mujer; en la propia inscripción hará constar que no surte efectos respecto a tercero hasta transcurridos dos años, con lo cual no se produce el mismo problema que en el caso anterior en relación con la fe pública, pues aquí el transcurso de dos años y las garantías del procedimiento inmatriculador cubren todas las eventualidades, de modo que el adquirente no goza de la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria por faltar la previa inscripción, y el sucesivo adquirente sólo adquirirá en firme si han transcurrido dos años desde la fecha de la primera inscripción. Con este mecanismo no se necesita para nada del consentimiento eventual del marido, a diferencia del supuesto anterior.

3.º Adquisiciones por la mujer con dinero que ella dice ser parafernial sin acreditarlo. Llegamos así al supuesto que estamos estudiando.

Aquí tampoco procede exigir el consentimiento eventual del marido. Se trataría igualmente de un consentimiento eventual, pues no se sabe con certeza si el dinero es privativo o ganancial, y si el marido lo presta no sería como administrador de un dinero ganancial, sino que lo prestaría eventualmente, por si fuere necesario para inscribir la adquisición realizada por la mujer. En tales circunstancias, creemos que el Registrador no debe exigir ese consentimiento, aunque no existan en este caso los trámites de la inmatriculación y prescindiendo de si la finca estaba o no previamente inscrita a nombre del vendedor. En primer lugar, observaremos que la adquisición es un acto de administración y no de disposición, como el primeramente analizado. Al calificar la enajenación debe procederse con más cautela que cuando se trata de actos de administración. Si a esto se une que no se puede producir ningún perjuicio para nadie con la inscripción que se practique, ¿por qué exigir ese consentimiento meramente eventual? Luego veremos que existe una fórmula registral que evita cualquier perjuicio para nadie. Por último, no debe olvidarse que se trata sólo de inscribir la adquisición, no los ulteriores actos de disposición, por lo cual el acto adquisitivo queda ahí cristalizado en el Registro sin posibilidad de que se perpetúe indefinidamente en la historia registral a través de sucesivas enajenaciones. Es decir, que no se puede producir un arrastre en cadena de un acto eventual o impreciso, pues para la enajenación se necesitará el consentimiento del marido. En conclusión, ¿por qué excederse en exigir un consentimiento eventual cuando existe un fuerte porcentaje de que no va a ser necesario, ni se van a producir perjuicios para nadie, ni se van a perpetuar indefinidamente confusiones o eventualidades en los libros registrales?

4. *La distinción entre acto incompleto ab initio y acto en interrogante*

A efectos de inscripción consideramos igualmente importante referirnos a esta distinción, que viene a tener el mismo fundamento que la anterior, sólo que ahora se contempla el problema desde distinta perspectiva.

Siempre se ha dicho, y lo ha reiterado una vez más la resolución de 15 de marzo de 1972, que el Registro de la Propiedad debe cerrar sus puertas a los actos nulos, anulables o incompletos. Como indica dicha resolución, «sólo excepcionalmente se ha podido permitir el ingreso de actos y contratos no totalmente perfectos, como en el supuesto del artículo 94 del Reglamento Hipotecario, antes señalado, y no parece aconsejable ampliar este criterio a otros supuestos, pues ello implicaría

que los libros hipotecarios mostrasen situaciones ambiguas que inducirían a confusión, lo que a toda costa hay que tratar de evitar».

Ahora bien, hay actos, como la adquisición que ahora nos ocupa, que no se sabe *ab initio* si son anulables o incompletos, pues están en interrogante. No es sólo que no se sepa si serán o no anulados, ya que este dilema existe también cuando se trata de actos anulables desde el principio, y, sin embargo, a éstos se les impide el acceso al Registro. En el caso que examinamos está también en interrogante si el acto en sí debe considerarse *ab initio* anulable o incompleto. Cuando el acto es anulable o incompleto, el Registrador debe suspender la inscripción, aunque no sepa si será efectivamente anulado o confirmado, pues lo que sabe ya de antemano, y esto le basta, es que ha habido un vicio en la adquisición y una infracción a un precepto, que no son interrogantes, sino hechos ciertos y claros, aunque el acto todavía no haya sido anulado. En cambio, en el presente caso, no puede calificar que se trata de un acto anulable o incompleto; lo más que podrá decir es que no sabe si el acto es incompleto o anulable.

En esta situación de interrogante, el Registrador debe preguntarse si por el hecho de practicar la inscripción pueden producirse perjuicios para el marido o terceros. Si no ve tal posibilidad de perjuicio, no tiene por qué presumir que un acto en interrogante es ya incompleto. Si viera posibles perjuicios o confusiones (ejemplo, enajenaciones sin consentimiento eventual) deberá suspender la inscripción.

Como argumentos en favor de la inscripción de estos actos en interrogante, cuando no se ve posibilidad de perjuicio para nadie, señalamos los siguientes:

1.º La norma general interpretativa del artículo 1.284 del Código civil, que, al menos, debe considerarse indiciaria en pro de la solución que exponemos, pues si los contratos deben interpretarse de la forma más adecuada para que produzcan efecto, se debe permitir la inscripción, ya que ésta puede producir múltiples efectos y beneficios (ejemplo: Viviendas de Protección Oficial, evitar dobles ventas en perjuicio de la mujer, etc.).

2.º La analogía con las situaciones jurídicas de pendencia y los actos condicionales. En esos supuestos existe también una interrogante y, sin embargo, se pueden inscribir haciendo constar en el Registro el evento del que dependen. Ciertamente que no conviene hacer una aplicación desmesurada de esta analogía, pues hay que evitar que queden emborronados los libros registrales; pero aquí se trata de una aplicación analógica medida, pues hemos dicho que sólo patentamos la idea de inscribir las adquisiciones, no las enajenaciones. Por otro lado, la citada resolución

de 15 de marzo de 1972, cuando advierte sobre la necesidad de evitar situaciones ambiguas y confusas en el Registro, se está refiriendo al caso de enajenación por el marido de un bien ganancial sin consentimiento de la mujer (acto incompleto desde el principio), no al supuesto de adquisición por la mujer en las condiciones expuestas (acto en interrogante).

5. *Improcedencia de aplicar la analogía del derogado artículo 94 del Reglamento Hipotecario*

Lo que no se debe hacer, aunque ello favorecería la tesis que estamos defendiendo, es aplicar la analogía del artículo 94 del Reglamento Hipotecario, al objeto de facilitar la inscripción de la adquisición de la mujer casada sin consentimiento del marido. En contra de cualquier intento de aplicación analógica exponemos las razones siguientes:

1.^a A efectos de inscripción, no hay analogía entre licencia y consentimiento, como destaca el preámbulo de la Ley de Reforma del Código, y, por tanto, tampoco hay parecido entre la licencia marital y el consentimiento eventual del marido. La repetida resolución de 15 de marzo de 1972 se pronuncia claramente en contra de la analogía entre ellos, a efectos del artículo 94 del Reglamento Hipotecario.

2.^a En el supuesto del artículo 94 del Reglamento Hipotecario se permitiría la inscripción de un acto anulable, adelantándose a la reforma del Código civil en cuanto a la inscripción de bienes parafernales adquiridos o vendidos por mujer casada sin licencia marital. En cambio, hemos dicho que la adquisición que ahora examinamos no es un acto anulable ni incompleto, sino un acto en interrogante.

3.^a En cualquier caso, el artículo 94 carece actualmente de vigencia, por haber sido derogado tácitamente por la reforma del Código civil, al suprimir la licencia marital, y si queda derogado el supuesto básico de dicho artículo, no cabe intentar resucitar el precepto sólo para hipotéticos y discutibles casos analógicos. En nuestra opinión, ya ni siquiera procede aplicar el artículo 94 a los actos anteriores a la reforma del Código, pues al ser la licencia algo vejatorio para la mujer e impropio de países adelantados, su supresión debe tener amplio efecto retroactivo por razones de orden público, pues no es lógico seguir considerando a la mujer como una menor de edad ni siquiera a efectos transitorios (4 ter).

(4 ter) Consecuencias prácticas de esta postura serían: 1.º En la inscripción de una escritura anterior a la reforma se prescindirá de aludir a la falta de licencia marital en su caso; 2.º No se arrastrará la limitación referente a la falta de licencia existente en inscripciones anteriores, en la nueva inscripción que vaya a practicarse; 3.º Procede aplicar el artículo 355 R. H. respecto a la cancelación de las alusiones a la falta de licencia existentes en las inscripciones.

B) SEGUNDO PROBLEMA: ¿CÓMO DEBE PRACTICARSE LA INSCRIPCIÓN DE LA ADQUISICIÓN DE LA MUJER EN ESTOS CASOS?

Una vez resuelto en sentido afirmativo el problema de si es posible la inscripción, nos ocuparemos del problema de la fórmula registral a emplear.

La cuestión se plantea porque ninguna de las reglas del artículo 95 contempla directamente el caso de adquisición por uno solo de los cónyuges con dinero que se declara privativo sin justificarse. Efectivamente: la regla 1.^a se refiere al caso de que no exista declaración sobre la procedencia del dinero; la regla 2.^a, al supuesto de declaración de ser privativo el dinero aseverándolo el otro cónyuge, y la regla 3.^a, al caso en que se acredita el carácter privativo del dinero empleado.

Ante este silencio hay que procurar la aplicación analógica de una u otra regla. Descartamos desde el principio la regla 3.^a, ya que se refiere a un supuesto en que está probada la procedencia del dinero, y una cosa es la prueba y otra la mera declaración; aparte de ello, si la inscripción se practicara conforme a esa regla 3.^a, se permitirían ulteriores enajenaciones realizadas exclusivamente por la mujer y se obstaculizarían las anotaciones de embargo a favor de acreedores de la sociedad conyugal, con el consiguiente perjuicio para el marido y los acreedores.

Se pueden seguir dos soluciones, según se aplique la analogía de las reglas 1.^a ó 2.^a del artículo 95:

a) *Primera SOLUCION: La inscripción se debe practicar a nombre de ambos cónyuges, conforme a la regla 1.^a del artículo 95.*

Esta es la tesis que vienen defendiendo muchos autores respecto a la inscripción de las adquisiciones de uno u otro cónyuge en general, sin plantearse en concreto el problema de la adquisición por la mujer casada.

Así, LA RICA se pregunta: «¿Y si la aseveración es tan sólo del propio cónyuge adquirente?» Y contesta: «Si no va seguida de la justificación cumplida carecerá de todo valor jurídico en el Registro, y creemos que la inscripción habrá de practicarse a favor de ambos cónyuges, como cuando no se hace manifestación alguna sobre la procedencia del precio o contraprestación» (5).

LACRUZ dice que «a fortiori se inscribirán en igual forma (como la regla 1.^a), aunque no lo dice el artículo 95, las adquisiciones por un cónyuge a su propio nombre, y en las que hace él mismo declaración sobre la procedencia del precio, pero no intenta o no consigue demostrarla» (6).

(5) LA RICA Y ARENAL, *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1959, pág. 98.

(6) LACRUZ, *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, pág. 464.

SANZ FERNÁNDEZ advierte, en relación con el número 1.º del artículo 95, que «es aplicable a las adquisiciones en que no se acredite el carácter privativo ni se afirme por el cónyuge no adquirente» (7).

ROCA SASTRE piensa también que la fórmula de la regla 1.ª «está pensada más bien en la ausencia de la aseveración de privatividad, objeto del artículo 95, 2.ª, del propio Reglamento» (8), de donde parece desprenderse que si no hay aseveración de privatividad del otro cónyuge, la regla general aplicable sería la 1.ª del artículo 95.

En el mismo sentido, pero planteándose ya en concreto el tema de la *adquisición por mujer casada*, B. CAMY estima aplicable la regla 1.ª de dicho precepto. O con palabras del propio autor:

«Evidentemente que si la mujer, sin licencia del marido (hay que advertir que B. CAMY está hablando antes de la reforma del Código), adquiriese a título oneroso una finca alegando circunstancias que, a su juicio, justificaban que el dinero o la contraprestación tenían el carácter de parafernalia, si el Registrador no estimase justificada esa adquisición e inscribiese la finca como presuntivamente ganancial, conforme al número 1.º del artículo 95 del Reglamento, por conformarse la adquirente con que se denegase ese pacto, la inscripción será posible por aplicación de lo dispuesto en el artículo 94 del Reglamento. En esta adquisición, la mujer está actuando, a su juicio, sobre bienes parafernales, actuación para la que requiere la licencia marital (según lo estima la jurisprudencia y la doctrina, aunque, a nuestro juicio—continúa diciendo CAMY—, ello sea muy dudoso). Son, pues, las normas de los parafernales, incluso las registrales, las que debemos aplicar. El carácter de ganancialidad sólo se lo da de oficio el Registrador al inscribir, por imperativo legal fundado en la presunción del artículo 1.407 del Código civil, pero que sólo tiene un carácter de *juris tantum*, siendo susceptible de prueba posterior en contrario. Igual debemos proceder en todos los supuestos en que el carácter de ganancial no resulte probado de los elementos que se tengan a la vista para la calificación ni declaración al efecto por el adquirente» (9).

A nosotros no nos convence la aplicación del artículo 95, regla 1.ª, por lo cual consideramos improcedente que la inscripción se practique a nombre de ambos cónyuges. En primer lugar, creemos que el Registrador podría caer en un contrasentido, que sería decir blanco para una cosa y negro para otra, siendo idéntico en ambas cuestiones el problema de fondo. Por este camino, el Registrador no aplica la presunción del

(7) SANZ FERNÁNDEZ, *Los bienes gananciales en el Registro de la Propiedad*, en el Centenario de la Ley del Notariado, Madrid, 1964, pág. 282.

(8) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, 6.ª ed., vol. IV-1.º, pág. 39.

(9) CAMY, obra y volumen citados, pág. 580.

artículo 1.407 respecto a la actuación de la mujer, entendiendo que debe aplicarse a la inversión del dinero la normativa de los bienes parafernales, y, sin embargo, seguidamente aplica la citada presunción de ganancialidad del dinero invertido, al practicar la inscripción a nombre de ambos cónyuges conjuntamente, sin atribución de cuotas y para su sociedad conyugal. Aparte de ello, pensamos que la fórmula de inscripción conjunta a favor de ambos cónyuges puede plantear problemas respecto a la constancia posterior de la aseveración realizada por el marido en cuanto a la adquisición anterior de la mujer, así como al pretender aplicar por analogía lo dispuesto en el párrafo 3.º del artículo 434 del Reglamento, según tendremos ocasión de comprobar después.

b) *Segunda SOLUCION:* Es la que ofrece la comunicación del COLEGIO NACIONAL DE REGISTRADORES de fecha 8 de octubre de 1975, aplicando al supuesto la regla 2.ª del artículo 95, al decir: «La adquisición es inscribible a nombre de la mujer, debiendo hacerse la salvedad en la cláusula de inscripción y en la nota al pie del título de que el asiento no prejuzga la naturaleza ganancial o privativa de los bienes (artículos 62 del Código civil y 95 del Reglamento Hipotecario).»

Puntualizaciones respecto a la aplicación de la regla 2.ª del artículo 95 del Reglamento Hipotecario

En principio, nos parece muy bien esta fórmula patrocinada por el Colegio de Registradores, pues, según señalaremos ahora, tiene importantes argumentos a su favor, por lo que esperamos que se siga en la práctica.

Pero, en nuestra opinión, se deben hacer dos puntualizaciones:

— En primer lugar, hemos de observar que como el supuesto que analizamos es algo diferente al de la regla 2.ª, será necesario diferenciarlo de algún modo del mismo, haciendo constar en la inscripción la circunstancia de que no consta la aseveración del marido. Cabría también la solución de guardar silencio sobre esa cuestión (a diferencia de la regla 2.ª, en que se exige que conste dicha circunstancia), pero dado que se está aplicando por analogía una regla que no prevé directamente el supuesto es preferible dejar constancia en el propio asiento, de un modo abierto, de la falta de aseveración marital para que no quepa ninguna confusión ni pueda creerse que en la inscripción hubo omisión respecto a la aseveración del marido. En cualquier caso, y esto nos parece decisivo, esta inscripción, que se practica a nombre de la mujer, tiene ciertos visos de eventualidad no sólo porque «no prejuzga el carácter privativo o ganancial», sino porque (a diferencia del caso de la regla 2.ª) siempre

cabría imaginar que el marido o sus herederos pueden anular la propia adquisición demostrando que fue una inversión de dinero ganancial, no privativo. Y si hemos aludido antes a cierta analogía con los actos condicionales y situaciones jurídicas de pendencia, parece lógico recoger en la inscripción la eventual ineficacia de la misma, cosa que queda bien reflejada haciendo constar que la adquisición se realizó sin constar la aseveración del marido.

Por ello proponemos que el acta de inscripción sea más o menos así: «En su virtud, doña... inscribe su título de compraventa sobre el pleno dominio de esta finca, sin prejuzgar el carácter privativo o ganancial y sin constar la aseveración del marido sobre la procedencia del dinero invertido.»

— Otra puntualización que debemos hacer es que cuando la mujer ha solicitado la inscripción de la finca como parafernial, habiendo aportado algunas pruebas sobre la procedencia del dinero calificadas de insuficientes, no bastará reflejar en la *nota al pie del título* que el asiento no prejuzga la naturaleza ganancial o privativa de los bienes. Creemos que previamente a la inscripción debe consultarse al presentante, conforme a lo dispuesto en el artículo 434, y si éste o los interesados lo solicitan, habría que extender la correspondiente nota de denegación de la solicitud de inscripción de la finca como probadamente parafernial, en los siguientes términos:

«Inscrito el precedente documento en..., habiéndose practicado la inscripción a nombre de doña..., sin prejuzgar el carácter privativo o ganancial, según la regla 2.^a del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, con la conformidad del presentante, a que se refiere el párrafo 3.º del artículo 434 del Reglamento Hipotecario», añadiéndose lo siguiente en ese caso en que se solicite para plantear un recurso: «Habiéndose denegado la inscripción de la finca como probadamente parafernial, por estimarse insuficientes las pruebas aportadas, por lo siguiente...» (se especificarán aquí los argumentos del Registrador en contra de la suficiencia de las pruebas aportadas).

De la posible aplicación de este artículo 434 nos ocuparemos más adelante.

Argumentos en pro de la analogía de la regla 2.^a del artículo 95 del Reglamento Hipotecario

Exponemos nuestros argumentos en favor de la fórmula patrocinada por el Colegio de Registradores una vez hechas esas puntualizaciones:

Primer argumento.—A pesar de la diferencia existe evidente analogía entre el supuesto de adquisición por mujer casada con aseveración

del marido de ser parafernial el dinero invertido, y el supuesto que nos ocupa de adquisición por mujer casada con declaración de tal parafernialidad sin aseveración del marido.

En el supuesto de la regla 2.^a no se prejuzga el carácter privativo o ganancial, a pesar de las declaraciones de uno y otro cónyuge. Para ellos y sus herederos tales declaraciones deben ser decisivas, pues no pueden ir contra sus propios actos. En cambio, para los legitimarios, acreedores y terceros no se prejuzga el carácter privativo o ganancial, de modo que, según los casos, podrán seguir acudiendo a la presunción de ganancialidad del artículo 1.407 (sobre la que el asiento no prejuzga nada ni la suspende) o bien podrán tener en cuenta las declaraciones de ambos cónyuges sobre la parafernialidad del dinero, también recogidas en la inscripción.

Ahora comprobemos las analogías y diferencias de ese supuesto con el que estamos estudiando:

Analogías:

— No se prejuzga el carácter privativo o ganancial para legitimarios, acreedores y terceros, en ambos casos.

— La mujer, en ambos casos, declara que el dinero es suyo y no puede ir, en principio, contra sus propios actos.

Diferencias:

— En el caso de la regla 2.^a, el marido queda vinculado por su aseveración; en cambio, en la adquisición de la mujer sin aseveración marital, el marido y sus herederos no legitimarios quedan incluidos en el grupo de legitimarios, acreedores y terceros, respecto a los que no queda prejuzgado el carácter privativo o ganancial.

— En el caso de la regla 2.^a, el marido no puede impugnar la adquisición de la mujer a pretexto de que el dinero invertido era ganancial y que le correspondía administrarlo, pues para él la aseveración de ser parafernial el dinero es decisiva; por el contrario, en el caso de adquisición sin aseveración marital queda en el aire la posibilidad de que el marido o sus herederos puedan impugnar la adquisición por entender que no era parafernial el dinero.

Pues bien, sopesando estas analogías y diferencias, comprobaremos que no hay ningún obstáculo para aplicar la analogía de la regla 2.^a, pero haciendo constar la diferencia. Es la mejor manera de resolver el supuesto. Con la puntualización que antes hemos hecho se cumple esa doble idea de reflejar en el asiento la analogía y la diferenciación de casos.

Segundo argumento.—Con la fórmula patrocinada ya no existe ese contrasentido de la cuestión anterior. Hemos dicho que si se practicase la inscripción conforme a la regla 1.^a (como bien ganancial), el Registrador no sería muy consecuente, pues para calificar la capacidad de la mujer tendría en cuenta que el dinero es parafernial, y para inscribir tendría en cuenta que el dinero se presume ganancial. Es un salto en el vacío que con esta otra fórmula es más fácil salvar, pues la calificación registral sobre la capacidad y actuación de la mujer guarda más concordancia con el acta de inscripción. Así, al calificar la capacidad de la mujer, el Registrador parte, en principio, de la declaración de ser privativo el dinero, pero tiene también en cuenta que es un acto en interrogante, y al inscribir, lo hace a nombre de la mujer, pero dejando a salvo los intereses de otras personas haciendo presente que no consta la aseveración del marido y que no se prejuzga el carácter privativo o ganancial.

Tercer argumento.—Es la fórmula registral que mejor salvaguarda los intereses en juego:

— El de la mujer, pues ésta lo que solicita es que la inscripción se practique a su nombre. Además, con tal fórmula tendrá la seguridad de que el marido no podrá enajenar la finca sin consentimiento de ella, ni siquiera acudiendo a la autoridad judicial, pues la autorización judicial sólo es supletoria del consentimiento *uxoris* del artículo 1.413, no de la intervención de la mujer en la enajenación de bienes parafernales, y la fórmula de la regla 2.^a cubre ambas posibilidades de ser parafernial o ganancial la adquisición.

— El interés del marido, pues, queda a cubierto de ulteriores enajenaciones que pretendiera hacer la mujer por sí sola, ya que para inscribirlas se necesitaría el consentimiento de aquél, según lo dispuesto en el artículo 96. En cuanto a los embargos, la demanda tendría que dirigirse contra la mujer y contra él, por lo que podría alegar lo pertinente en el procedimiento correspondiente. Tampoco cabe olvidar, desde el punto de vista de la rogación del procedimiento registral, que si se practicara la inscripción conforme a la regla 1.^a, se inscribiría una adquisición ganancial a nombre de ambos cónyuges sin haber contado para nada con la voluntad del marido, que, como administrador de la sociedad de gananciales, podría tener inconvenientes en tal inscripción, a diferencia del caso de la regla 2.^a, en que el marido no aparece en el acta de inscripción ni se presume ganancial la adquisición. En fin, al expresarse en la inscripción que no consta la aseveración marital, el marido tiene vía libre para intentar la anulación de la inversión realizada por la mujer si cree que afecta al dinero ganancial.

— Los intereses de legitimarios, acreedores o terceros quedan a salvo, pues la inscripción no prejuzga el carácter privativo o ganancial.

— En cuanto a los acreedores de la mujer por deudas privativas de ella, si se sigue la tesis de aquellos autores (como SANZ FERNÁNDEZ) que admiten la anotación de embargo por deudas privativas, en el caso de la regla 2.^a del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, también se admitiría en este supuesto tal anotación, cosa que no cabría de ningún modo si se practicase la inscripción, conforme a la regla 1.^a, como bien ganancial. Sabemos que ROCA SASTRE no admite tal anotación por deudas privativas ni siquiera en el caso de la regla 2.^a, pero de esto nos ocuparemos después. Ahora baste señalar que el interés de estos acreedores por deudas privativas de la mujer queda mejor salvaguardado con la fórmula de la regla 2.^a

Cuarto argumento.—La fórmula de la regla 2.^a permite la constancia registral de la ulterior aseveración del marido, cuestión más discutible si la inscripción se hubiera practicado al amparo de la regla 1.^a

Quinto argumento.—Como hemos apuntado antes, aplicando la regla 2.^a se consigue un acta de inscripción que admite perfectamente la aplicación del párrafo 3.º del artículo 434 del Reglamento Hipotecario.

De estas dos últimas posibilidades nos ocupamos a continuación por separado, como problemas específicos del tema.

Posibilidad de inscribir la aseveración posterior del marido

En nuestra opinión, la aseveración posterior del marido acerca del carácter privativo del dinero invertido por su mujer en la adquisición es perfectamente posible y debe permitirse su constancia en el Registro, háyase o no inscrito la adquisición con anterioridad.

Sabemos que dos importantes autores no son de esta opinión, pero sus razonamientos no nos convencen, pues no se muestran muy realistas en esta ocasión. Nos referimos a las opiniones de ROCA SASTRE y SANZ FERNÁNDEZ.

ROCA SASTRE dice que «será oportuno el aseveramiento del cónyuge que no aparezca como adquirente cuando se produzca en la adquisición por parte del otro cónyuge, mas no lo será cuando tenga lugar antes o después». Y argumenta de este modo: «El artículo 95, 2.^a, del Reglamento Hipotecario habla de cuando *en la adquisición* por cualquiera de los cónyuges asevere el otro, lo que significa que esta aseveración ha de ser sincrónica al acto adquisitivo. Por tal acto adquisitivo entendemos—con-

tinúa diciendo—el que acude al Registro a través de la correspondiente copia notarial, testimonio judicial o certificación administrativa» (10).

No podemos estar de acuerdo con ROCA SASTRE, pues no nos parece realista su postura, sino, al contrario, muy formalista. Si el marido está ausente o enfermo y la adquisición es urgente, no vemos por qué no se va a permitir la aseveración posterior del marido. ROCA utiliza un argumento meramente literal, que se puede rebatir con otro argumento también literal, diciendo que está partiendo de la univocidad de la expresión «en la adquisición», como si ésta tuviera un sentido necesariamente temporal (en el momento de la adquisición), y se puede pensar que esa expresión equivale a decir: «en los casos de adquisición» o «en relación con la adquisición» (sentido de relación), sin prejuzgar si se trata del momento mismo o de otro ulterior al acto adquisitivo. Pero vamos a suponer que no convence este sentido de relación de tal expresión y que se entiende que literalmente se refiere sólo a las aseveraciones en el momento de la adquisición; aun así, nos queda el decisivo argumento de que para algo está la analogía, para dar la misma solución a las aseveraciones anteriores, simultáneas o posteriores a la adquisición, pues donde la razón es la misma, idéntica debe ser la consecuencia. Por tanto, si la inscripción de la adquisición todavía no se ha practicado, la misma se practicará, conforme a la regla 2.^a, acompañando la escritura posterior en que conste la aseveración del marido, y si la inscripción de la adquisición se practicó ya a nombre de la mujer, sin prejuzgar el carácter privativo o ganancial y sin constar la aseveración del marido, también cabrá aplicar la analogía del último párrafo del artículo 95, haciendo constar tal aseveración posterior por nota marginal, cosa que está pidiendo a voces la propia inscripción si en ésta se expresa que no consta todavía la aseveración, según la tesis anteriormente expuesta.

SANZ FERNÁNDEZ, a diferencia de ROCA SASTRE, cree que la aseveración «puede hacerse en el mismo título adquisitivo o después de él». Pero añade que «en este segundo supuesto, para que tenga eficacia registral, habrá de hacerse antes de la inscripción, ya que de otro modo habría un cambio de titularidad no justificado y una verdadera transmisión entre cónyuges. Deriva así—continúa diciendo—del propio artículo 95, que en su párrafo final admite la justificación del carácter privativo de la adquisición después de la inscripción, pero no la aseveración o reconocimiento» (11).

Tampoco podemos estar de acuerdo con SANZ, pues este autor parte, al parecer, de que la adquisición se encuentra inscrita conforme a la regla 1.^a del artículo 95, ya que dice que la constancia de la aseveración

(10) ROCA, *ob. cit.*, pág. 53.

(11) SANZ, *ob. cit.*, pág. 286.

implicaría un cambio de titularidad registral. Ahora bien, como nosotros hemos seguido la solución de practicar la inscripción, conforme a la regla 2.^a, a nombre de la mujer, la constancia posterior de la aseveración marital no cambia la titularidad registral, ya que la inscripción sigue figurando a nombre de ella y continúa publicando que no se prejuzga el carácter privativo o ganancial. Lo único que se hace es consignar la aseveración del marido por nota marginal, llenando ese vacío que la propia inscripción estaba pidiendo que se ocupase. Desde esta perspectiva no cabe imaginar tampoco el fantasma de la donación entre cónyuges, discutible aun en el supuesto de que la inscripción se hubiere practicado conforme a la regla 1.^a; con la solución que hemos seguido desaparece cualquier sombra de tal supuesta donación. Y en cuanto al argumento de SANZ de que el artículo 95 no prevé esa nota marginal, ya hemos dicho que no hay ningún problema respecto a la aplicación analógica del último párrafo, y tampoco nos parece bien la tesis del *numerus clausus* de notas marginales, que no resulta de ningún precepto y que no tiene ninguna razón de ser (12). Incluso cabe la analogía de la nota marginal del artículo 23 de la Ley Hipotecaria o 56 del Reglamento Hipotecario, interpretando que la inscripción de la adquisición de la mujer sin intervención del marido se practicó teniendo en cuenta cierta analogía con las situaciones de pendencia o con los actos condicionales, como hemos visto. En último término, si SANZ admite que puede otorgarse *con posterioridad a la adquisición* la escritura de aseveración del marido, lo lógico será buscar una fórmula adecuada para dar publicidad registral a esa escritura que es válido otorgar, en lugar de cerrarse en banda, pues se debe procurar la concordancia entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral.

En conclusión, entendemos que cabe la aseveración posterior del marido y que su constancia registral es perfectamente posible en una u otra forma, tanto si la inscripción de la adquisición ha tenido lugar como si no se ha efectuado todavía. Con esta tesis se confirman las ventajas de seguir la fórmula registral de la regla 2.^a del artículo 95, que es la que mejor permite hacer constar la aseveración posterior del marido.

(12) En contra, LACRUZ-SANCHO patrocinan la teoría del *numerus clausus* de notas marginales, diciendo: «Hay un *numerus clausus* de notas: no se pueden practicar sino las expresamente previstas por la ley, la cual no da regla general alguna, y ordena la extensión de notas marginales en casos particulares y específicos» (*Derecho Inmobiliario Registral*, pág. 282). Pero esta opinión no nos parece convincente, pues no se ve por qué no puede aplicarse la analogía para admitir, con prudencia, otras notas marginales similares a las previstas específicamente.

Posibilidad de aplicar la idea del artículo 434 del Reglamento Hipotecaria (12 bis)

Los párrafos 2.º y 3.º del artículo 434 tratan de solucionar una posible fricción entre los principios de rogación y calificación.

Si se practica la inscripción de la totalidad del documento, como consecuencia de una calificación favorable, existe plena concordancia entre ambos principios, pues la inscripción se practica tal como se había solicitado. Pero si la calificación registral llega al resultado de que pro-

(12 bis) Estando en pruebas de imprenta el presente estudio, ha llegado a nuestras manos la Resolución de la D. G. R. N. de 19 de junio de 1975, que se ocupa de dos cuestiones que estudiamos en el texto: 1.ª Necesidad de aplicar el artículo 434 R. H., exigiendo la aquiescencia del presentante, respecto a la inscripción a favor de la mujer en forma distinta a la prevista en la escritura. Enfoca esta necesidad sobre la base del principio de rogación, lo cual es acertado. Pero se excede un poco cuando advierte que el Registrador «debería hacer constar esta circunstancia (la aquiescencia del presentante) en el escrito correspondiente». Parece que se refiere al asiento de inscripción, pues el de presentación se supone ya practicado y firmado. Pues bien, nosotros creemos que basta expresar la aquiescencia por nota al margen del asiento de presentación, que incluso puede firmar el presentante, sin necesidad de recoger una cuestión del principio de rogación en el asiento de inscripción. Los aspectos de la rogación son presupuesto del asiento, pero no circunstancias a recoger en el mismo. El propio artículo 434 R. H. no quiere que se diga nada de la denegación ni de la parcialidad de contenido de la inscripción respecto al título, de donde se desprende que sobra también la referencia a la conformidad del presentante sobre ese extremo. 2.ª Posibilidad de recurso gubernativo, aunque la inscripción se haya practicado con variantes respecto a lo primitivamente solicitado. De esto también nos ocupamos en el texto, pero mientras nosotros seguimos pensando que no cabe recurso contra el resultado positivo de la calificación registral (inscripción) y fundamos el recurso en la distinción entre la parte inscrita y la parte denegada, la resolución prescinde de ese principio reiteradamente seguido en otras resoluciones, y justifica la excepción por razones de economía procesal (podría llegarse al recurso mediante la solicitud de nota marginal del párrafo último del artículo 95 R. H., dice la Dirección). Creemos que no hay necesidad de desartar de ese reiterado principio, ni siquiera por economía procesal, pues si la inscripción se hubiera extendido a favor de ambos cónyuges, conforme a la regla 1.ª del artículo 95 R. H. (como defienden los autores que hemos citado), no cabría recurso, pues el marido es también titular registral y está bajo la salvaguardia de los Tribunales su titularidad. Por tanto, no es sólo problema de economía procesal, sino de distinción entre parte inscrita y parte denegada, admitiendo el recurso sólo contra esta última.

Aparte de esto, la resolución se ocupa del importante problema referente a la calificación registral de la prueba del carácter privativo del dinero invertido en la adquisición. No obstante, según decimos al final de este trabajo, de ese tema nos ocuparemos en otro lugar por ser común a ambos cónyuges y por no resultar directamente afectado por la reforma del Código. No obstante, adelantaremos que no nos convence esa especie de «camisa de fuerza» que el penúltimo Considerando pone a la función calificadora, y creemos mucho más progresiva y moderna la doctrina de la antigua Resolución de 13 de noviembre de 1926, que no está ni mucho menos superada, sino que ofrece mejor futuro para la calificación registral en un campo inexplorado por otros funcionarios: el de la prueba del carácter privativo del dinero.

cede denegar algunos pactos del documento, ya no se inscribe la totalidad de éste. Y en ese caso queda la duda de si tal inscripción parcial ha sido o no solicitada por el presentante. Para dilucidarla nada mejor que preguntarle y pedirle su conformidad en que la inscripción se practique de ese modo, aunque se deniegue parcialmente respecto a alguna estipulación. Obsérvese que no se le pregunta al presentante si está o no conforme con la calificación registral, sino si desea que la inscripción se practique de momento parcialmente. Es una conformidad relacionada más bien con el principio de rogación que con el de calificación registral.

Esta es nuestra interpretación de los párrafos 2.º y 3.º del artículo 434, que dicen así:

«Cuando el documento comprenda alguna estipulación o pacto que no deba tener acceso al Registro o que legalmente haya de tenerse por no puesto, podrá inscribirse el título y denegarse la inscripción de tal estipulación o pacto, del que no se consignará referencia alguna en el asiento que se practique, si bien se hará constar la denegación en las notas que se extiendan al pie del documento y al margen del asiento de presentación.»

«En los supuestos del párrafo anterior, el Registrador se abstendrá de practicar el asiento solicitado en tanto que el presentante no manifieste su conformidad con que la inscripción sea extendida denegando la de dicho pacto o estipulación.»

Partiendo de la explicación antes dada, no cabe mantener que esa conformidad del presentante implica la renuncia al recurso contra la calificación registral. Por varias razones:

1.ª El párrafo 3.º se refiere a una conformidad «con que la inscripción sea extendida denegando la de dicho pacto o estipulación», no a una conformidad expresa y directa con la denegación misma. Esa redacción confirma la tesis de que la conformidad a que se refiere dicho párrafo alude a la solicitud de inscripción y al principio de rogación más que al de calificación.

2.ª El citado párrafo se refiere al «presentante». El artículo 39 del Reglamento considera como representante del transmitente, del adquirente o de los interesados al que presente los documentos, pero es sólo a efectos de solicitar la inscripción. En cambio, el recurso gubernativo la puede interponer el interesado o «quien ostente notoriamente o acredite en forma auténtica la representación legal o voluntaria», según el artículo 112, y no puede considerarse como tal al simple presentante que no acredite su representación. Por tanto, como el artículo 434, 3.º, se refiere al «presentante» sin más, no al interesado o a quien tenga su

representación de modo notorio o auténtico, eso significa que se está queriendo referir a un problema de «solicitud de inscripción» (art. 39 del Reglamento Hipotecario) y no a la renuncia al recurso gubernativo (artículo 112 del Reglamento Hipotecario).

3.^a El recurso gubernativo lo puede interponer también el Notario autorizante y quien tenga interés conocido en asegurar los efectos de la inscripción, y sería absurdo que la conformidad del presentante impidiera el recurso gubernativo sin contar con las personas legitimadas para ello.

4.^a En la práctica resulta francamente violento decirle al presentante e incluso al interesado que esa conformidad del artículo 434 implica la renuncia al recurso. Y no es justo tampoco; la inscripción en muchos casos no puede esperar, y ante esa urgencia, el interesado no piensa en el recurso, pues lo que desea es inscribir para presentar la correspondiente escritura (de hipoteca, por ejemplo) al que le va a prestar el dinero. Después quizá resulte que el Banco Hipotecario o la Caja de Ahorros no le dan el dinero si advierten que se ha denegado parcialmente la inscripción del documento. ¿Por qué no permitir entonces el recurso? Aunque la conformidad la hubiera prestado el mismo interesado, no iría contra sus propios actos, pues su conformidad lo fue con relación a la práctica de una inscripción parcial, no con la totalidad de la calificación registral. En último término, siempre le cabría volver a presentar el documento, conforme al artículo 108 del Reglamento Hipotecario, para obtener una nueva calificación e instar el recurso correspondiente. Y si puede utilizar ese procedimiento indirecto, no se ve por qué no permitirle el ejercicio directo del recurso.

Hemos querido dar estas ideas generales sobre los párrafos 2.º y 3.º del artículo 434 del Reglamento Hipotecario porque creemos que pueden tener aplicación en el supuesto que estamos examinando. Pero el problema se plantea de modo distinto, según se siga la fórmula de la regla 1.^a o de la 2.^a del artículo 95 del Reglamento Hipotecario.

a) *El artículo 434 en la teoría de la regla 1.^a del artículo 95.*—Para aquellos autores, como B. CAMY, que entienden que debe practicarse la inscripción a nombre de ambos cónyuges, aunque la adquisición la haya efectuado la mujer con dinero que ella dice ser suyo, incluso solicitando la inscripción de la finca como parafernial, es evidente que se produce aquí otro salto en el vacío entre los principios de rogación y de calificación y resulta totalmente necesario recurrir a la analogía del artículo 434, párrafos 2.º y 3.º

Veamos lo que opina CAMY: «En todos los casos contemplados se solicitará del Registrador no ya la inscripción de la adquisición, sino que

ésta se realice cualificándola de parafernial o bien propio. Por ello, si el Registrador estimase válida la adquisición, pero no así que ésta tenga carácter de bien parafernial o propio del marido, tal estipulación o pacto, que, según él, no debe tener acceso al Registro, impide (párrafos 2.º y 3.º del art. 434 del Reglamento Hipotecario) que pueda realizar la inscripción denegando el pacto o estipulación o, lo que es lo mismo, impide inscribir la adquisición como ganancial y no como parafernial o bien propio, según se solicitaba, salvo que consienta en ello el interesado, pues si no consintiese le quedará expedita su acción para recurrir contra la calificación registral en la parte relativa a que lo adquirido no tiene el carácter de parafernial o de bien propio del marido» (13). Y en otro lugar insiste en la misma idea, cuando prevé que la inscripción se pueda practicar según la regla 1.ª del artículo 95 del Reglamento, «por conformarse la adquirente con que se denegase ese pacto» (14).

Nos parece completamente lógico que B. CAMY quiera dar entrada en el caso al artículo 434 del Reglamento, precisamente para evitar ese salto en el vacío entre los principios de rogación y calificación. Pero con esta tesis de la aplicación de la regla 1.ª del artículo 95, el artículo 434 del Reglamento no cuadra del todo con el caso por lo siguiente:

— El artículo 434 se refiere a la inscripción de una parte del documento con denegación de otra; en cambio, al aplicar la regla 1.ª, no se produce ese supuesto, sino algo más grave: la inscripción de *todo* el documento de una forma *distinta* (no ya parcial) de la que resulta del título.

— El artículo 434 se refiere a la conformidad del presentante, no a la de la adquirente o interesada; en cambio, al aplicar la regla 1.ª, CAMY no tiene más remedio que referirse a la mujer adquirente, lo cual, dada la gravedad del asunto, es acertado; pero lo que queremos demostrar es que ya no estamos en el supuesto del párrafo 3.º del artículo 434.

— La conformidad del artículo 434 hemos visto que no excluye el recurso contra la calificación, pues tal recurso no va contra una inscripción ya practicada (contra ella no cabe recurso gubernativo, al estar bajo la salvaguardia de los Tribunales), sino contra el aspecto negativo de la calificación, contra la denegación de inscripción; en cambio, en la tesis que estamos examinando no puede hacerse esa separación entre lo inscrito y lo denegado a efectos de recurso, ya que si se recurre contra la denegación de la inscripción como parafernial, se va al mismo tiempo contra la inscripción ganancial (que es el reverso de la moneda), y no

(13) B. CAMY, *ob. cit.*, pág. 562.

(14) B. CAMY, *ob. cit.*, pág. 580.

resulta posible rectificar una inscripción practicada a nombre de ambos cónyuges a través del recurso gubernativo. El propio B. CAMY advierte que si la interesada «no consintiese, le quedará expedita su acción para recurrir contra la calificación registral». ¿Y si consintiese en que la inscripción se practicara conforme a la regla 1.^a? Entonces lo lógico es que no pueda ya recurrir para obtener una inscripción conforme a la regla 2.^a

Todas estas observaciones demuestran que los párrafos 2.º y 3.º del artículo 434 no encajan perfectamente en la tesis de la aplicación de la regla 1.^a, lo cual, aunque no sea decisivo, es un indicio más de las dificultades de seguir esa tesis.

b) *El artículo 434 en la teoría de la regla 2.^a del artículo 95 del Reglamento Hipotecario.*—Estas dificultades de adaptación del artículo 434 al caso planteado no existen o no son tan fuertes si se sigue la teoría de practicar la inscripción a nombre de la mujer «sin prejuzgar el carácter privativo o ganancial» de la adquisición.

En nuestra opinión, deben distinguirse dos supuestos dentro de esta teoría:

1.º Si la mujer no solicita en la escritura que se practique la inscripción en un determinado sentido ni aporta pruebas relativas a la parafernalidad del dinero invertido, entonces no se produce ninguna fricción entre los principios de rogación y calificación, ya que la inscripción se practica a nombre de la mujer y las precisiones que se hacen en el asiento derivan de la aplicación analógica del artículo 95, regla 2.^a, y no se oponen a las declaraciones de ésta. No obstante, es conveniente consignar en la nota al pie del título la forma en que se ha practicado la inscripción, conforme aconseja la referida comunicación del Colegio Nacional de Registradores.

2.º Si la mujer solicitó expresamente en la escritura que la inscripción se hiciese a su nombre como adquisición parafernial en base a una serie de pruebas que aportó, si luego el Registrador no considera suficientes estas pruebas y estima aplicable la regla 2.^a del artículo 95, creemos necesario aplicar los párrafos 2.º y 3.º del artículo 434 del Reglamento antes de extender la inscripción, exigiendo que el presentante firme una instancia dando su conformidad respecto a la práctica de la inscripción según la regla 2.^a del artículo 95, aunque se deniegue lo relativo a la declaración o prueba de ser parafernial la adquisición y a la solicitud de inscripción de la finca como probadamente parafernial. Nos parece más fácil adaptar a este caso lo dispuesto en el citado artículo 434, pues, por un lado, se practica la inscripción a nombre de la mujer, tal como ella había solicitado, aunque se añada lo de que no se prejuzga el

carácter privativo o ganancial, y, por otro, se deniega la solicitud de inscripción como probadamente parafernial. Para esto basta la conformidad del presentante, quedando a salvo el recurso gubernativo contra la denegación de inscripción por parte de las personas señaladas en el artículo 112 del Reglamento, y, fundamentalmente, en este caso, por la mujer adquirente.

Ya hemos dicho antes que en caso de recurso será necesario completar la nota al pie del título, para que ésta refleje de un modo claro la denegación parcial de inscripción por estimarse insuficientes las pruebas aportadas. El recurso se plantearía exclusivamente contra la denegación de inscribir las pruebas de ser parafernial el dinero, no contra la inscripción ya practicada. Si la Dirección revocara la nota denegatoria del Registrador sería perfectamente posible cumplir el mandato de aquélla sin más que aplicar el último párrafo del artículo 95, extendiendo la correspondiente nota marginal de atribución del bien inscrito, pues es el supuesto previsto en dicho párrafo, ya que se ha justificado con posterioridad a la inscripción (en el recurso gubernativo) el carácter privativo del precio.

Consecuencias prácticas de extender la inscripción conforme a la regla 2.ª del artículo 95 del Reglamento Hipotecario

A diferencia del caso normal previsto en la regla 2.ª (aseveración del marido), en este otro caso cabe que el marido o sus herederos impugnen la inscripción y el título de adquisición dentro del plazo de cuatro años a contar desde la disolución del matrimonio o desde que hubieren tenido conocimiento de la adquisición.

Cabe que el marido pretenda únicamente rectificar la inscripción manteniendo el título adquisitivo, pero entendiendo que la finca adquirida es ganancial. En este caso es posible la rectificación extrajudicial otorgándose la correspondiente escritura por el marido y la mujer, pues aunque ésta no puede ir contra sus propios actos, aquí se movería a instancia del cónyuge administrador de los gananciales. Si la mujer no consiente, al marido o a los herederos les queda la vía judicial, aportando las pruebas pertinentes acerca de que el dinero era ganancial en lugar de parafernial, y solicitando la rectificación de la inscripción para que ésta se haga conforme a la regla 1.ª Servirá de título para esta rectificación el testimonio de la sentencia firme.

Pero puede suceder que el marido o sus herederos pretendan impugnar no sólo la inscripción, sino el negocio adquisitivo mismo, por entender que el dinero era ganancial y que la inversión del mismo no fue acertada y se hizo por persona no legitimada para administrarlo. En tal caso,

la demanda no sólo la debe dirigir contra la esposa, sino contra el vendedor, pues aunque ya no es titular registral, es parte del negocio jurídico que se pretende anular.

Aparte de estas posibilidades de impugnación, poco probables por las razones dichas, las vicisitudes normales de la inscripción practicada a nombre de la mujer se regulan conforme a la analogía del supuesto de la regla 2.^a del artículo 95 del Reglamento Hipotecario. Estudiaremos por separado los actos de enajenación, la modificación de entidades hipotecarias, excesos y defectos de cabida, declaración de obra nueva y constitución de propiedad horizontal y, por último, las anotaciones de embargo. Todo ello con brevedad y a modo de esquema, pues ya decimos que se deben aplicar las reglas generales del supuesto previsto en la regla 2.^a, ampliamente estudiado por la doctrina (15).

a) *Actos de enajenación.*—Para ellos es necesaria la intervención del marido, conforme a lo dispuesto en el artículo 96 del Reglamento Hipotecario.

Desde el punto de vista notarial hay que distinguir dos casos, a efectos de encontrar la fórmula más correcta:

— Si el marido comparece y admite que la finca es parafernál, asevera ahora lo que no tuvo ocasión de hacer antes, por lo que la fórmula correcta será la de que enajena la mujer con consentimiento del marido. Se trata de un consentimiento eventual, según vimos.

— Si el marido no acepta la adquisición parafernál, habrá que expresar en el apartado expositivo del título que la mujer fue quien adquirió la finca con dinero que ella manifestó ser suyo; pero no hay ningún inconveniente, si ambos cónyuges están de acuerdo, en afirmar en la propia exposición que, a pesar de todo, la finca se estima ganancial, y luego en las cláusulas, que la vende el marido con consentimiento de la mujer.

Desde el punto de vista registral, lo importante es la intervención de ambos cónyuges en el acto de enajenación, sea cual fuere la fórmula empleada, de modo que creemos que, en principio, es lo mismo que venda la mujer con consentimiento del marido o que lo haga éste con el de la mujer. Lo que no cabe es que el consentimiento de ésta sea sustituido por la autorización judicial, por lo ya dicho antes (16). En lo que

(15) Pueden verse las obras y estudios citados: LACRUZ, pág. 446 (*Derecho de Familia*); SANZ FERNÁNDEZ, págs. 284 y sigs.; ROCA SASTRE, págs. 49 y sigs.; B. CAMY, págs. 562 y sigs.

(16) Dice acertadamente LACRUZ, con referencia a la regla 2.^a del artículo 95 R. H., que «las formalidades exigidas por el artículo 96 R. H. para la enajenación de los bienes privativos confesados supone la acumulación de los requisitos precisos para disponer de los bienes propios y de los comunes y, en su caso, un

se debe fijar el Registrador, más que en la fórmula notarial de los consentimientos, es en la forma en que se ha reflejado en la escritura el título adquisitivo, pues si éste se expresa con error u omisión importante, cabe la duda de si el consentimiento que presta la mujer lo habría prestado si se hubiera expresado con corrección el título adquisitivo. Quereamos decir que no puede aceptarse que se cometa el error de decir que la finca la adquirieron ambos cónyuges en escritura de fecha tal o que la adquirió el marido, siendo que la había adquirido la mujer. Piénsese que la mujer ha podido olvidar o caer en un error respecto a que fue ella quien adquirió la finca con dinero propio, no ganancial, y que si lo hubiera sabido o recordado no habría prestado el consentimiento, que en la escritura se dice que presta. Para subsanar ese error o imprecisión en la exposición del título adquisitivo creemos que bastaría una instancia suscrita por ambos cónyuges (art. 110 del Reglamento Hipotecario), en que aclararan que en realidad la adquisición fue realizada por la mujer, a pesar de lo cual queda sin alterar la escritura de venta, estando conformes con que la misma se inscriba. No parece necesario otorgar una nueva escritura, pues en tal caso no se modifican las cláusulas o apartado dispositivo de la escritura, sino sólo el apartado expositivo.

En cuanto a la constitución de hipotecas y otros derechos reales, se necesitará igualmente la intervención del marido. No obstante, si el derecho se constituye en el mismo negocio adquisitivo, por ejemplo, una hipoteca en garantía del precio aplazado, no vemos inconveniente en admitir la inscripción aunque no intervenga el marido, pues se trata de un negocio complejo, en que lo accesorio es la hipoteca, y lo principal, la adquisición, y si hemos admitido la inscripción de lo principal, debemos admitir la inscripción del negocio en conjunto por ser mixto o complejo (17). Claro que si la hipoteca llegara a ejecutarse habría que contar

cambio en el grado de intensidad de la intervención de cada cónyuge (que no lo es en el terreno psicológico, el verdaderamente importante). La diferencia con el régimen del artículo 1.413 consiste en que si bien el consentimiento de la mujer puede allí suplirse mediante la autorización judicial, no así en cuanto a los «parafernales confesados»; es decir, que el marido no podrá pedir al juez que le autorice para enajenar los bienes que él mismo ha reconocido ser propios de su mujer» (*Derecho de Familia*, pág. 466). Creemos que la misma idea hay que aplicar al supuesto análogo que estamos examinando.

(17) En este sentido, la Resolución de 13 de mayo de 1968, comentada favorablemente por CÁNOVAS COUTIÑO (*R. C. D. I.*, núm. 467, pág. 1081), y la Resolución de 4 de noviembre de 1968, comentada también positivamente por M. AMORÓS GUARDIOLA. Ambas resoluciones se refieren al caso de adquisición por el marido con constitución simultánea de hipoteca en garantía del precio aplazado, y señalan que no es necesario el consentimiento de la mujer para la constitución de tal hipoteca. Según dice la última resolución, el negocio concluido es un negocio complejo, de naturaleza unitaria, porque entre los elementos heterogéneos que lo constituyen hay una íntima soldadura al aparecer fundidas en una síntesis las diversas declaraciones emitidas (adquisición e hipoteca) que confluyen en un único negocio,

con el marido, pues es necesario su consentimiento para la correspondiente escritura de enajenación (art. 96 del Reglamento Hipotecario).

b) *Modificación de entidades hipotecarias.*—Las operaciones de agrupación, segregación, agregación y división de fincas inscritas a nombre de la mujer sin prejuzgar el carácter privativo o ganancial y sin constar la aseveración del marido, pueden otorgarse e inscribirse a nombre de ésta en igual forma y partiendo del mismo fundamento que ha servido para admitir la inscripción de la adquisición. Naturalmente, en el asiento correspondiente habrá que arrastrar la cláusula de inscripción recogida en las fincas matrices, a saber, que la inscripción se practica a nombre de la mujer sin prejuzgar el carácter privativo o ganancial y sin constar la aseveración del marido respecto al dinero empleado en la adquisición de la finca matriz.

Se plantea el problema de si cabe agrupar fincas inscritas a nombre de la mujer conforme a la regla 3.^a del artículo 95, con otras inscritas conforme a la regla 2.^a No nos parece adecuado, pues se produce un posible confusiónismo por las distintas vicisitudes de las fincas de procedencia. Lo que nos parece más factible es agrupar fincas inscritas a nombre de la mujer conforme a la regla 2.^a con aseveración del marido, y fincas inscritas a nombre de la misma sin tal aseveración, sin perjuicio de hacer constar en la inscripción resultante la especialidad de cada una de las fincas matrices.

Otro problema que se plantea es el de las divisiones o segregaciones que se realizan por la mujer con infracción de las normas sobre unidades mínimas de cultivo y que pueden dar lugar al retracto especial de colindantes. Creemos que la mujer no necesita la intervención del marido, a no ser que se trate de otorgar la correspondiente escritura de transmisión al colindante, en cuyo caso se precisará el consentimiento de aquél, conforme al artículo 96 del Reglamento Hipotecario.

c) *Excesos y defectos de cabida.*—En cuanto a los excesos de cabida, como se trata de simples rectificaciones de la medida superficial, puede declararlos por sí sola la mujer, pero únicamente a través del título declarativo y en los casos previstos en los apartados A), B) y D) del número 5.º del artículo 298 del Reglamento Hipotecario, pues para el caso del apartado C) se requiere título traslativo de la finca, y para otorgar éste será necesario el consentimiento eventual del marido.

que es el resultado de las variadas 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. En el mismo sentido que estas resoluciones, ROCA SASTRE (*ob. cit.*, pág. 80).

En cuanto a los defectos de cabida (disminuciones de la medida superficial), también puede declararlos por sí sola la mujer, siempre que no se altere la identidad de la finca, caso éste que podría perjudicar eventualmente al marido, pero que el Registrador calificará denegando la inscripción de la solicitud de disminución de cabida cuando por su cuantía u otras causas hay base para pensar que se pretende una desfiguración de la finca.

d) *Declaraciones de obra nueva y constitución de propiedad horizontal.*—Las declaraciones de obra nueva sobre fincas inscritas a nombre de la mujer sin prejuzgar el carácter privativo o ganancial puede otorgarlas ésta por sí misma, pues aquí tampoco se produce ningún perjuicio para el marido ni para terceros, por lo que el fundamento de su inscripción es el mismo que el de la inscripción del solar.

Respecto a la forma de practicar la inscripción de la obra nueva hay que extenderla igualmente a nombre de la mujer, sin prejuzgar el carácter privativo o ganancial de la edificación. El artículo 1.404, párrafo 2.º, del Código civil no representa ningún obstáculo, pues dicho precepto considera gananciales las edificaciones con dinero procedente del caudal común, y en este caso la mujer declara que el dinero invertido en la construcción es parafernial, aunque no lo acredite. Esto no quiere decir que en el futuro no pueda ser aplicado el artículo 1.404, pero de momento es mejor prescindir del mismo, de acuerdo con las ideas anteriormente expuestas.

La especialidad de la inscripción de obra nueva consiste en que no se trata de arrastrar simplemente la cláusula de inscripción que figuraba en el asiento del solar, sino que habrá que extender una nueva acta de inscripción independiente de la anterior, sin perjuicio de hacer referencia también al acta de inscripción de la adquisición del solar. Por tanto, el acta de inscripción de la obra nueva contendrá la cláusula de que la inscripción es «sin prejuzgar el carácter privativo o ganancial del edificio, por no prejuzgarse el carácter del dinero empleado en la construcción, no constando tampoco la aseveración del marido sobre el carácter del dinero». Con anterioridad, en el fondo de la inscripción de obra nueva, se habrá aludido a la inscripción anterior de adquisición del solar, que tampoco prejuzga su carácter privativo o ganancial.

Esta duplicidad de actas de inscripción, referida una al solar y otra al edificio, determinará que si el marido quiere en el futuro aseverar el carácter privativo de las inscripciones, tendrá que aseverar no sólo que el dinero invertido en la adquisición del solar es parafernial, sino también que el dinero invertido en la construcción tiene el mismo origen. Claro que también cabe que asevere sólo lo relativo a la adquisición del

solar o simplemente la procedencia parafernial del dinero invertido en el edificio. Si la aseveración se refiere al dinero del solar y al del edificio, se pondrán dos notas marginales, una al margen de la inscripción del primero y otra en el de la del edificio. Si la aseveración se refiere sólo al solar o únicamente al edificio, la nota se pondrá al margen de la inscripción de uno u otro. La consecuencia práctica puede ser importante, pues si la nota de la aseveración sólo figura al margen de la inscripción del solar cabe perfectamente que al practicar la liquidación de la sociedad conyugal el marido o sus herederos, sin ir contra la teoría de los propios actos, puedan alegar que la finca es ganancial, por aplicación del párrafo 2.º del artículo 1.404 del Código civil, manifestando que consideran ganancial dicha finca por no constar la procedencia del dinero invertido en la construcción, sin perjuicio de adeudar al otro cónyuge o a sus herederos el importe del solar.

En cuanto a la constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal tampoco hay obstáculos para que la realice por sí sola la mujer, debiendo arrastrarse las respectivas actas de inscripción que figuran en la del solar y en la del edificio en los términos indicados.

e) *Anotaciones de embargo.*—Cuando se trata de deudas contraídas por el marido o por la mujer a cargo de la sociedad de gananciales, será requisito necesario para que pueda practicarse la anotación que la demanda se haya dirigido contra el cónyuge administrador, así como también contra la mujer (art. 144 del Reglamento Hipotecario). A esta última se la demanda a efectos registrales, por figurar como titular registral y dado lo dispuesto en el artículo 144 del Reglamento Hipotecario. Como es sabido, la jurisprudencia hipotecaria ha admitido que la demanda se dirija exclusivamente contra el marido, siempre que se notifique el procedimiento a la mujer. Con todas estas garantías procesales huelga que el Registrador se plantee el problema del artículo 1.416 del Código civil cuando se trata de deudas contraídas por la mujer, pues como la demanda se dirigirá también contra el marido, éste es quien tiene que alegar lo pertinente en el juicio respecto a la falta de su consentimiento.

En cuanto a las deudas contraídas privativamente por la mujer con cargo a sus bienes parafernales, es discutible si puede practicarse anotación de embargo sobre estos bienes, cuyo carácter privativo o ganancial no se prejuzga por la inscripción. ROCA SASTRE, al estudiar la regla 2.ª del artículo 95, no admite tal anotación partiendo de que en «modo alguno cabe equiparlos a los privativos del cónyuge registral, y el artículo 144, 1, del Reglamento Hipotecario, los considera sujetos al régimen de la sociedad de gananciales, es decir, no es que no distinga, sino

que los contempla» (18). Nosotros creemos que este argumento de ROCA SASTRE no es concluyente, pues el artículo 144 prevé efectivamente la anotación de embargo por deudas gananciales sobre bienes inscritos de ese modo, pero no dice nada sobre si cabe la anotación de embargo por deudas privativas, es decir, guarda silencio en ese punto, y no cabe argumentar a través de la equiparación con los bienes gananciales, pues el supuesto de la regla 2.^a no prejuzga el carácter privativo o ganancial.

Consideramos más fundada la opinión de SANZ FERNÁNDEZ, que admite la anotación de embargo por deudas privativas de la mujer partiendo de que «respecto de los acreedores del cónyuge titular no existe fundamento alguno para negar eficacia a la confesión. Al contrario, la confesión o reconocimiento del cónyuge no adquirente bien puede equivaler a un consentimiento tácito o presunto de sujetar tales bienes a las responsabilidades privativas del titular, sin perjuicio de los derechos preferentes de los acreedores por deudas a cargo de la sociedad de gananciales» (19). En tal caso, la demanda se dirigirá contra la mujer como deudora, y en cuanto al marido—continúa diciendo SANZ—, la demanda contra él no puede dirigirse a la reclamación de la obligación: «En este caso es indudable que habrá de aplicarse íntegramente el criterio de CÁMARA, de que solamente puede dirigirse contra el no deudor al efecto de conseguir el embargo y en su día la subsiguiente enajenación derivada del procedimiento» (20).

Por nuestra parte, ya habíamos seguido incidentalmente la opinión de SANZ, al comentar la sentencia de 30 de abril de 1970 en esta REVISTA, que si bien se refería a una anotación por deudas gananciales, dejó bien claro que las inscripciones de la regla 2.^a del artículo 95 del Reglamento son «de contenido abierto», y esta caracterización nos permitió decir, entre otras cosas, lo siguiente: «Este carácter de inscripciones en blanco explica también que permitan posteriores anotaciones preventivas de embargo sobre la finca, considerándola unas veces como privativa (embargo por deudas del cónyuge a cuyo nombre está inscrita la finca) y otras como si fuera ganancial, en principio (embargo por deudas de la sociedad conyugal). Ante esta doble posibilidad de anotaciones se producirán numerosos pleitos, como el presente, provocados por la parte perjudicada, y resultará que el Registro de la Propiedad se ve impotente para tratar de evitarlos, a pesar de que esa función preventiva constituye una de sus misiones más importantes. Pero en este caso no tiene la culpa la imprecisión del Registro con esa inscripción en blanco, sino la impre-

(18) ROCA, *ob. cit.*, pág. 92.

(19) SANZ, *ob. cit.*, pág. 364.

(20) SANZ, *ob. cit.*, pág. 377.

cisión del carácter privativo o ganancial de los bienes por aplicación de las normas sustantivas del Código civil» (21).

Ahora podemos añadir que todo lo dicho sobre la regla 2.^a del artículo 95 cabe trasladarlo a este supuesto de inscripción de adquisiciones de la mujer sin aseveración del marido. Además, hay que advertir que esas anotaciones de embargo por deudas privativas de la mujer no plantean especiales problemas respecto al marido, pues la demanda ha tenido que dirigirse también contra él a efectos hipotecarios o bien se le notificará el procedimiento y ya alegará en el juicio lo que tenga por conveniente. Y en cuanto a los acreedores por deudas gananciales, esa anotación por deudas privativas no les afecta si obtienen su respectiva anotación por deudas gananciales y en el juicio correspondiente se demuestra el carácter ganancial de los bienes, pues el contenido abierto de la inscripción hace imposible que sea decisivo en esta cuestión el principio de prioridad registral.

V. CONCLUSION

Con esto damos por terminadas nuestras consideraciones acerca de si es o no necesaria la intervención del marido, como administrador de la sociedad conyugal, para la inscripción de las adquisiciones realizadas por la mujer. En definitiva, hemos defendido que si la mujer declara que el dinero es ganancial, la inscripción no puede practicarse; si no dice nada sobre la procedencia del dinero, pero afirma que adquiere la finca para su sociedad conyugal o como bien ganancial, tampoco es posible la inscripción si no interviene el marido; caso de que la mujer adquirente no diga nada sobre la procedencia del precio ni el carácter de la adquisición hay que suspender también la inscripción, pero dejando a salvo que la mujer pueda con posterioridad hacer las declaraciones oportunas, y, por último, si la mujer declara que el dinero invertido en la adquisición es parafernalia sin acreditarlo, la inscripción podrá practicarse en la forma que hemos visto, pues se dejan a salvo los intereses de todas las personas en juego.

Nos quedan muchas cosas por estudiar: el problema de la prueba de la procedencia privativa del dinero, la inscripción de las adquisiciones realizadas conjuntamente por marido y mujer en *pro indiviso*, el análisis profundo de la regla 2.^a del artículo 95 del Reglamento Hipotecario

(21) *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 490, págs. 620 y sigs.

y, en fin, los términos que debería tener la futura reforma del Reglamento Hipotecario en toda esta materia. De momento nos hemos limitado a los supuestos señalados dentro de las fórmulas recogidas en el Reglamento Hipotecario vigente. Pero no descartamos ampliar este estudio en otra ocasión.

Priego de Córdoba, 23 de octubre de 1975.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
Registrador de la Propiedad