

MEDITACIONES HIPOTECARIAS

El Registro de la Propiedad y los actos dispositivos sobre inmuebles gananciales, consentidos sólo por el marido

SUMARIO: I. Preliminar.—II. Planteamiento del problema.—III. Antecedentes y motivación del artículo 94 del Reglamento Hipotecario.—IV. La licencia marital y el consentimiento *uxoris*.—V. La cancelación de hipoteca ganancial sólo por el marido.—VI. Conexión y armonía de las reformas del Código civil y del Reglamento Hipotecario.—VII. Valor y jerarquía de la jurisprudencia como fuente del Derecho.—VIII. Decisiones del Tribunal Supremo con eficacia jurisprudencial sobre la falta del consentimiento de la mujer.—IX. A) Opiniones doctrinales, y B) criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado.—X. Finalidad y principios de nuestro sistema registral-inmobiliario.—XI. A modo de colofón.

I

PRELIMINAR.

Siempre he rehuido las controversias doctrinales, y en tal posición negativa me hace persistir la experiencia que se va atesorando con los años y las enseñanzas que cada uno nos depara. Pienso con RAMÓN Y CAJAL que nada hay menos edificante que las polémicas entre personas circunspectas y autorizadas.

Y no es que niegue validez al viejo tópico que proclama «de la discusión nace la luz», pues reconozco que el contraste de las diversas opiniones puede permitir un mejor esclarecimiento de los problemas. Es que en materias jurídicas todo o casi todo es opi-

nable y se halla entregado a los criterios subjetivos de los opinantes, ya que el Derecho, en cualquiera de sus ramas, no es una ciencia exacta, si es que todavía, a la luz de las nuevas concepciones relativistas, que socavan los tradicionales cimientos de la Matemática y la Física, existe alguna ciencia exacta. Si a algo tan palpable y tangible, tan corporal, como la materia—*quod tangere possunt*—los físicos modernos oponen la «antimateria», imagínese en algo tan sutil e inmaterial, tan de matices, como la ciencia jurídica, a lo que podrá llegarse en punto a dudas, pareceres y teorías. Y en verdad que polemizar en torno a estos matices, á estas apreciaciones, a estas interpretaciones, suele ser en el mejor de los casos una manera más o menos agradable de pasar el tiempo, como sin duda lo pasaron los romanos de Occidente con sus cuestiones domicianas y los de Oriente con sus discusiones bizantinas.

Hay, sin embargo, ocasiones en que es necesario no polemizar, pero sí reconsiderar y reafirmar las propias convicciones para tratar de hacer comprender a los demás su solidez racional y su conveniencia práctica. Y una de estas ocasiones me la deparó el destacado y llorado jurista José AZPIAZU, en un sugestivo trabajo publicado en esta misma REVISTA (1), al aludirme tan insistentemente y con tan inmerecidas frases de elogio, que guardar silencio parecería, si no menosprecio, si descortesía.

Fallecido inesperadamente el buen amigo y brillante escritor, deseo que este trabajo, escrito con anterioridad a su óbito, sirva como homenaje a su memoria, pues aunque algunas veces defendimos criterios dispares, siempre nos unió un mismo amor y una idéntica devoción por nuestras instituciones registrales.

II

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

El problema jurídico planteado es sencillo: La reforma del artículo 1.413 del Código civil, *tendente a favorecer la posición jurídica de la mujer casada* (2), ha exigido el consentimiento de

(1) JOSÉ AZPIAZU RUIZ: *Más sobre el artículo 1.413 del Código civil*, en esta REVISTA, núm. 452, págs. 95 y sigs.

(2) No debe olvidarse que los preámbulos y Exposiciones de Motivos re-

ésta para la disposición por el marido de los inmuebles gananciales. La falta de ese consentimiento carece de sanción expresa en el Código, y por ello las opiniones doctrinales se han dividido en cuanto a los efectos de tal omisión. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado que la falta del consenso *uxoris* no determina la nulidad de pleno derecho del acto dispositivo realizado sólo por el marido, sino únicamente su *anulabilidad* (3), que sólo pueden instar la mujer o sus herederos.

Pues bien, sobre estas bases se sugiere que a estos actos anulables se aplique la misma regla excepcional que para la disposición por la mujer de sus parafernales sin licencia marital previenen los artículos 169 del Reglamento Notarial y 94 del Hipotecario. El problema, pues, estriba en precisar si esa aplicación extensiva y analógica se ajusta a la legalidad vigente, si encaja dentro de los principios normativos de nuestro sistema registral inmobiliario y, en último término, si es o no conveniente para el tráfico jurídico de los inmuebles.

visten la máxima autoridad para interpretación de las Leyes porque definen la *mens legislatoris*, y, según afirma la sentencia de 15 de febrero de 1943, «para fijar el sentido y alcance de una Ley no hay fuente de interpretación más directa que la procedente de su Exposición de Motivos». Pues bien, en el preámbulo de la Ley de Reforma del Código civil de 24 de abril de 1958 se dice textualmente: «Se atribuyen a la mujer nuevas facultades en orden a la disponibilidad y gravamen, constante matrimonio, de los bienes gananciales». Y cabe preguntar: ¿Cuáles serían esas *nuevas facultades*, de prevalecer la tesis de un considerando de una sentencia del Tribunal Supremo y las consecuencias deducidas por AZPIAZU? Porque el derecho a la impugnación por la mujer o sus herederos de los actos dispositivos realizados por el marido en contravención del Código o en fraude de aquélla, ya estaba consignado en la primitiva redacción del artículo 1.413, y si es a esto sólo a lo que quedan reducidas las «nuevas facultades», según resulta de aquella tesis, ¿en qué ha sido beneficiado el progreso jurídico de la mujer con la reforma del Código?

(3) En rigor, según opina con acierto el Notario JOSÉ ESTEPA, «la falta del consentimiento de la mujer convierte al acto dispositivo de inmuebles gananciales sólo por el marido en *acto nulo*, aunque sea ratificable aplicando la doctrina del artículo 1.259 del Código». Véase su trabajo, titulado *En torno al artículo 1.413 del Código civil y cuestiones con él relacionadas*, en el número de marzo-abril de esta REVISTA, págs. 187 a 206. Para FEDERICO DE CASTRO y otros juristas, la reforma del Código ha de entenderse como condena implícita de los poderes concedidos al marido en la Ley anterior por peligrosos y excesivos. También el maestro CASTÁN se manifestó siempre favorable a mejorar la condición jurídica de la mujer casada.

III

ANTECEDENTES Y MOTIVACIÓN DEL ARTÍCULO 94 DEL REGLAMENTO
HIPOTECARIO.

La historia legislativa de este precepto reglamentario, que permite inscribir los actos y contratos otorgados sin licencia marital por la mujer casada, aunque haciéndose constar en la inscripción la falta de licencia en los casos en que sea necesaria, es harto conocida y bastará una breve referencia a la misma (4).

Esos actos y contratos son declarados nulos por los artículos 4.º y 62 del Código civil, si bien, a tenor del 65, únicamente pueden reclamar la nulidad el marido o sus herederos. Y aun esto, conforme al artículo 1.301, si no han transcurrido cuatro años desde la disolución del matrimonio. Por tal razón, el Tribunal Supremo consideró que esa nulidad está subordinada al ejercicio de una acción de impugnación que sólo compete a determinadas personas, o sea, dicho con el tecnicismo actual, que esos actos y contratos no son *nulos* de pleno derecho, sino simplemente *anulables*.

La Dirección General de los Registros tardó en aceptar esta doctrina; pero, al fin, rectificó su anterior criterio, opuesto a la inscripción de aquellos actos y contratos, y admitió que la falta de licencia marital no es un defecto insubsanable, por no ser necesariamente nulo el acto realizado por la mujer sin licencia del marido, ni tampoco subsanable, pues no constituye un defecto formal del título, sino que afecta a uno de los elementos esenciales del acto, a la capacidad, entendiendo que tal falta origina la anulabilidad del acto, el cual antes de ser anulado produce todos sus efectos jurídicos. Por consiguiente, permitió que tales actos y contratos pudiesen ser inscritos, expresándose en el asiento la falta de dicho requisito con el fin de advertir a los terceros de la posible anulación. Pueden citarse las Resoluciones de 25 de agosto de 1911, 19 de julio de 1922 y de 15 de diciembre de 1933, aunque

(4) Pueden consultarse, para conocer mi opinión sobre esta materia, mis *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, tomo I, págs. 67 a 73, y mis *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, págs. 89 a 91.

esta última se inspiraba en otras consideraciones por estar dictada bajo el signo de la igualdad de derechos para los dos sexos proclamada por la Constitución republicana de 1931.

Los Reglamentos notariales, por su parte, también cambiaron de criterio. En el preámbulo del de 7 de noviembre de 1921 se decía que había que «adoptar una medida para impedir una corrupción en que incurrian algunos Notarios al autorizar contratos otorgados por la mujer sin licencia marital, ya que si no se previera tomaría carta de naturaleza, por cuanto facilita la contratación». Y tal medida se adoptó en el artículo 243, que prohibió a los Notarios autorizar contratos de mujeres casadas cuando no comparezcan asistidas de sus maridos o no acrediten con documento fehaciente que obtuvieron anteriormente la licencia de aquéllos en los casos en que fuera necesaria. En cambio, el de 8 de agosto de 1935, ya influido por las directrices jurídicas de la República y reconociendo además que la cuestión era un «problema de capacidad», autorizó que pudiera otorgarse el documento por la mujer sin licencia marital, aun cuando ésta se precisare, si en ello estuvieren conformes los interesados, subordinándolo a la condición suspensiva, en cuanto a su perfeccionamiento, de la ratificación o consentimiento por el marido, sin perjuicio de la validez o eficacia del mismo, si el marido o sus herederos no lo impugnaran. Y este precepto ha sido, finalmente, reproducido en el artículo 169 del vigente Reglamento Notarial de 1944.

En este estado el problema, se llega al Reglamento Hipotecario de 1947. Este, gustase o no a sus redactores, se vió obligado a ratificar la orientación seguida por el Tribunal Supremo, la Dirección General y el Reglamento del Notariado, so pena de introducir peligrosas antinomias normativas. Pero, además, en esa fecha mediaban unas circunstancias históricas de todos conocidas que aconsejaban ineludiblemente continuar por ese camino, a pesar de lo perjudicial que resultaba para la certeza e irrevocabilidad del dominio inscrito. Me refiero a que existían millares de españoles expatriados que habían huído al extranjero, principalmente a América, al final de la guerra civil, dejando a sus esposas en la Península; y a los graves trastornos que surgirían si a esas mujeres se les exigiese, para la disposición de sus bienes propios y para otros muchos actos jurídicos la legalmente necesaria licencia ma-

rital, que casi siempre les era imposible obtener; situación que en nuestros días se prolonga por el éxodo de la mano de obra hacia los países europeos. Todo ello justificaba una regla de emergencia, que puede o no gustar, pero que es necesario acatar, como ocurre, por ejemplo, con la legislación especial de arrendamientos urbanos, que, parezca justa o injusta, es indispensable, por imperiosas razones sociales, promulgar y mantener.

Corroborra todo esto que la Comisión redactora del Reglamento de 1947, en la que tuve el honor de colaborar bajo la dirección del eximio jurista EDUARDO LÓPEZ PALOP, no fué la creadora de la teoría excepcional que, nacida mucho antes, cristalizó en el artículo 94 y que respondía a una necesidad evidente. Por otra parte, mi opinión sobre ese texto extensamente y coincidiendo con la de MARTÍNEZ SANTONJA (5), la expuse en otro lugar, al que me remito.

Era evidente que esa doctrina permisiva perturbaba hondamente la institución registral, porque la constancia en la inscripción de que el contrato se había otorgado sin plena capacidad por la mujer equivalía a una causa de resolución explícita constatada por el Registro y dejaba a tales actos—me refiero a los dispositivos, pues en los adquisitivos la falta de licencia marital produce consecuencias menos graves—exceptuados de la inmunidad registral, conforme al número 1.º del artículo 37 de la Ley Hipotecaria, y privaba a todo adquirente posterior de la cualidad de tercero inatacable, o sea, de la fuerte protección dispensada por el artículo 34.

Tanto era así que al reformarse el Reglamento en 1959 se trató de paliar en lo posible estos inconvenientes, limitándolos en su duración temporal; y al efecto se agregó un párrafo nuevo al artículo 94, por el que se permite que se haga constar en el Registro, a solicitud de cualquier interesado y siempre que no exista obstáculo registral, el haber transcurrido cuatro años desde la disolución del matrimonio mediante el documento que la acredite (6).

(5) JOSÉ MARTÍNEZ SANTONJA: *¿Son inscribibles en el Registro de la propiedad los actos y contratos otorgados por mujer casada sin licencia marital ni autorización judicial?*

(6) AZPIAZU RUIZ, en el primero de sus trabajos sobre el artículo 1.413 del Código civil, publicado en esta REVISTA, año 1964, pág. 781, afirmaba que en la última reforma del Reglamento Hipotecario «el artículo 94 no sufrió modi-

Leyendo el artículo 94, tal como quedó después de la reforma de 1959, y meditando sobre la significación del párrafo agregado, se intuye fácilmente que el legislador pretendió evitar en lo posible—y acaso con no demasiada fortuna—la perdurabilidad indefinida de la desvalorización que para las fincas afectadas representaba la inscripción de esos contratos, en la que de modo expreso se advertía la posible revocación del dominio.

Todo ello pone de relieve que lo dispuesto en el artículo 94 es una medida excepcional que, aun justificada por razones de emergencia, perjudica al tráfico inmobiliario y a la seguridad de los adquirentes y pugna con la estabilidad y certeza que deben reunir los dominios inscritos en el Registro. Y, en definitiva, que como norma especialísima, no puede extenderse a más supuestos que a los expresamente contemplados por el texto, o sea, a los actos y contratos otorgados por la mujer casada sin licencia de su marido.

IV

LA LICENCIA MARITAL Y EL CONSENTIMIENTO «UXORIS».

El caso de disposición de inmuebles gananciales sólo por el marido, sin consentimiento de la mujer, difiere no poco del de disposición por la mujer de sus bienes propios sin licencia del marido, pues entre ellos no hay más semejanza que la de reputarse ambos, según la jurisprudencia, como actos anulables, ni otro parentesco que el de afinidad, por referirse los dos a una pareja conyugal.

Licencia y consentimiento no tienen el mismo significado, ni semántica ni jurídicamente. Hace ya mucho tiempo que su diferente valor fué advertido por los autores y por la jurisprudencia. «La licencia marital—dice MANRESA (7)—sólo significa la necesi-

ficación alguna. Quedó exactamente igual que cuando nació en el Reglamento de 1947».

(7) JOSÉ MARÍA MANRESA: *Comentarios al Código civil*, tomo IX, pág. 695. Sabido es que la mujer, fuera de los gastos diarios normales o del caso de habersele conferido la administración de la sociedad conyugal y obtener autorización judicial, no podrá obligar los bienes gananciales sin *consentimiento* del marido. Nótese que el Código no habla de «licencia», sino de «consentimiento», lo mismo que hace ahora en el nuevo artículo 1.413. Y cabe pre-

dad de la intervención del marido como jefe de la familia en cuantos asuntos interesan a la comunidad. Por ello, la simple licencia marital en ningún caso equivale, en nuestro Derecho, al consentimiento exigido en el artículo 1.416 del Código para que la mujer con sus actos pueda obligar los bienes de la sociedad conyugal». Y las Resoluciones de 15 y 19 de diciembre de 1933 declararon que la licencia concedida por el marido no equivale a su consentimiento, ya que no siendo sinónimos ni teniendo igual alcance tales palabras en la técnica jurídica, si la mujer es quien contrata y se obliga, la licencia del marido sólo supone la intervención exigida por la Ley al jefe de la sociedad conyugal.

La licencia marital es un complemento de la capacidad de la mujer y se deriva de la autoridad que nuestra legislación atribuye al marido, al cual debe aquélla obediencia y que es por él representada. El Código limita la capacidad femenina no sólo en cuanto a la enajenación de sus bienes, sino también respecto a su adquisición por título lucrativo u oneroso, a la comparecencia en juicio y a otros actos de la vida civil. Aunque algún jurista piense que el considerar la licencia marital como algo que afecta a la capacidad sea una antigualla, una «vieja tesis», es oportuno recordar que expresamente lo reconoce así, aparte de la *communis opinio* de los tratadistas, el propio Reglamento Notarial vigente, que no es ciertamente un texto visigodo, sino de 1944 (8).

El consentimiento de la mujer para la disposición de inmuebles gananciales, en cambio, no es un elemento que integre o complete la capacidad del marido, lo que no se compaginaría con la autori-

guntar: ¿Por qué ambos consentimientos van a ser diferentes? Porque si el que ha de prestar la mujer para los actos dispositivos, aunque se omita, puede producir actos inscribibles, ¿por qué, si el que se omite es el del marido, los actos de la mujer que obliguen los bienes gananciales no pueden ser inscritos? Pues no parece dudoso que si una mujer por sí sola obliga una finca ganancial con una fianza hipotecaria, este acto no será inscribible mientras el marido no lo consienta de modo expreso, sin que entre tanto surta efecto de ninguna clase. También resulta extraño que el consentimiento de la mujer a que se refiere el artículo 1.413 no tenga el mismo significado y valor que el que ha de dar para que su marido pueda enajenar efectos públicos, valores cotizables, etc, conforme al artículo 1.359.

(8) El Reglamento Notarial vigente, de 2 de junio de 1944, reproduciendo en este extremo el texto del anterior, de 1941, dispone en su artículo 169 que el Notario, como problema de capacidad, resolverá si es o no indispensable la licencia marital, teniendo especial cuidado de expresar, con arreglo a su criterio, la finalidad y el alcance de aquélla en orden a la validez del documento.

dad de éste ni con el deber de obediencia de la mujer, sino que es una declaración de voluntad que, concurriendo anticipada, simultánea o posteriormente, con la del marido, perfecciona y otorga validez y eficacia al acto dispositivo, el cual, sin dicho doble consentimiento, no está ajustado a la Ley y se halla incurso en la sanción del artículo 4.º del Código. Este consentimiento *uxoris*, más que a la licencia marital, podría asimilarse a otros consentimientos a que se refiere el mismo Cuerpo legal, como, por ejemplo, el consentimiento que el marido ha de prestar para que la mujer pueda obligar los bienes de la sociedad de gananciales (artículo 1.416), o el consentimiento que la mujer ha de dar para que el marido ejercite acciones sobre bienes parafernales (art. 1.383), o para que legitime por concesión real a un hijo natural (artículo 125). En todos estos casos el vocablo «consentimiento» ha de tener el mismo valor para el legislador que lo utiliza: es un acto de volición que perfecciona los contratos, y que cuando la mujer ha de prestarlo, no afecta a la capacidad del marido, sino solamente a su facultad o poder de disposición. Ya veremos más adelante cómo JERÓNIMO GONZÁLEZ explicaba las diferencias existentes entre la capacidad y la facultad de disponer. Resulta absurdo pensar que el legislador emplee en un mismo Cuerpo legal un vocablo tan claro como *consentimiento* cada vez con una significación diferente.

Pero aún hay más en torno a la diferenciación entre licencia marital y consentimiento *uxoris*. La primera se exige a la mujer para la disposición de sus bienes propios; el segundo, al marido para la disposición de los inmuebles gananciales. En cuanto al patrimonio privativo de la mujer, el marido no tiene ningún derecho sobre el mismo, salvo el de que sus productos ingresen en la sociedad conyugal y salvo el caso de que la mujer le hubiere entregado su administración bajo la fe de Notario. Pero no podrá ejercitar acciones de ninguna clase respecto a los bienes parafernales sin consentimiento de la mujer (art. 1.383). Si los parafernales se transmiten sin licencia del marido, éste no sufre ningún perjuicio en su patrimonio propio.

En cambio, nadie pondrá en duda que la mujer tiene unos derechos perfectamente definidos sobre los bienes gananciales, que ambos cónyuges harán suyos por mitad al disolverse el matrimo-

nio, según declaración terminante del artículo 1.392 del Código. Esto ha motivado que la Dirección General, en sus Resoluciones de 30 de junio y 19 de octubre de 1927, declarase que la sociedad de gananciales es «una especie de mancomunidad de bienes entre marido y mujer, sin atribución de cuotas ni facultad de pedir la división mientras dura la vida común, esencialmente distinta a la de propiedad *pro indiviso*; y que la masa de bienes gananciales, sin constituir una verdadera persona jurídica distinta de la personalidad de marido y mujer, funciona como masa patrimonial afecta a fines peculiares del matrimonio» (9). Y tampoco nadie dudará que si el marido enajena los inmuebles gananciales sin intervención o consentimiento de la mujer, ésta puede ser perjudicada en sus derechos presentes y futuros.

Con todo ello fácil es comprobar la radical disimilitud existente entre la licencia marital y el consentimiento de la mujer, lo que explica que el tratamiento registral en caso de su omisión en los actos inscribibles, no deba ni pueda ser el mismo, sin olvidar, por último, que el facilitar o no la entrada en el Registro de esos contratos imperfectos constituye materia de la exclusiva competencia de la legislación hipotecaria.

V

LA CANCELACIÓN DE HIPOTECA GANANCIAL SÓLO POR EL MARIDO.

Vuelve a tratarse incidentalmente de la debatida cuestión relativa a la cancelación de créditos hipotecarios gananciales sólo por el marido acreedor; y sobre ello nada he de añadir a lo tal vez demasiado prolijamente expuesto en mi estudio, publicado en esta misma REVISTA (10). Sólo interesan unas breves apostillas que no carecen de significado.

Dijo AZPIAZU que el ilustre comentarista GINÉS CÁNOVAS, para mí tan querido y admirable, en reciente comentario (11), desgra-

(9) Citadas también por el Notario ESTEPA en el trabajo mencionado en la nota 3.

(10) *Meditaciones hipotecarias: La mujer casada y la cancelación de créditos hipotecarios gananciales*, en esta REVISTA, año 1965, págs. 245 a 288.

(11) GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO: *Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, en esta REVISTA, año 1965, págs. 916 a 921. En

na una serie de razones incontestables que dejan «muy mal parada la tesis» que sostuve en mi mentado trabajo. Más cierto es, sin embargo, que CÁNOVAS, en razón a su desfavorable opinión sobre la reforma del Código y la subsiguiente del Reglamento Hipotecario, se inclina a cuanto pueda restar efectividad a ambas nuevas regulaciones, y que, en punto a la cancelación de hipotecas, sostiene con su habitual brillantez una interpretación puramente civilista de la doctrina cancelatoria, olvidando las normas registrales. Sus opiniones armonizan con la legislación estrictamente civil, pero no cabe decir otro tanto respecto a las normas hipotecarias, que en materia de cancelación de asientos del Registro forzoso es reconocer que deben pesar algo. En su atractiva argumentación, coincidente con la de competentes Notarios, se echa de ver en seguida que ni siquiera menciona lo relativo a la accesoriedad de la hipoteca que fué el fundamento principal, básico y casi único de las Resoluciones del Centro directivo, las cuales, contra la opinión sustentada por los Registradores y los Presidentes de las Audiencias, hicieron caso omiso de los principios hipotecarios y del tradicional concepto que de la cancelación como acto dispositivo, no de administración, mantuvo siempre nuestra jurisprudencia.

Tan poco convincentes fueron las bases dialécticas de aquellas tres Resoluciones que habrá Registradores que en tanto no se modifique el Reglamento y para eximirse de posibles responsabilidades, inscribirán las cancelaciones de hipotecas gananciales no consentidas por la mujer sólo cuando el Centro directivo, previo recurso, se lo ordene.

Así lo comprueba el que muy recientemente, en un recurso resuelto en primera instancia por la Audiencia Territorial de Sevilla, un competente Registrador defendió su nota denegatoria, no

este comentario, interesante como suyo, CÁNOVAS, discrepando de mi opinión, afirma que «se está sencillamente ante un caso de *capacidad*, la del marido, al que el artículo 1.412 del Código se la concede plena: para cobrar y para cancelar». Es de presumir que al hablar de cancelar quiera decir extinguir el crédito personal, porque en cuanto a la cancelación registral de la hipoteca... ¿De verdad cree el querido y admirado CÁNOVAS que quien puede administrar, puede cancelar hipotecas? Si ese marido, tan plenamente capacitado según él, confiere poder a tercera persona simplemente para administrar los bienes gananciales, ¿se atrevería CÁNOVAS a inscribir la cancelación de hipoteca otorgada sólo por ese apoderado?

obstante conocer y citar las Resoluciones de 23 de mayo y de 3 y 8 de junio de 1964, fundado en la de 26 de octubre del mismo año, en la que la Dirección General volvió a la doctrina tradicional de reputar la cancelación de hipoteca como acto de enajenación, aunque el crédito esté ya pagado. Y lo corrobora el interesante auto dictado por el Presidente de la Audiencia en 24 de enero de 1966, en el que destaca el penúltimo Considerando, que dice: «Que en definitiva puede afirmarse que cancelar es enajenar y, por tanto, es un acto de disposición sobre inmuebles, afirmación que produjo esta Presidencia en auto de 19 de septiembre de 1964 y que fué íntegramente confirmado por la Dirección General de los Registros y del Notariado en 26 de octubre de 1964 afirmando que la cancelación de hipoteca supone un desprendimiento de derechos que equivale a una enajenación». Claro es que si este auto se apela, es de presumir que el Centro directivo mantenga su conocido criterio (12).

VI

CONEXIÓN Y ARMONÍA DE LAS REFORMAS DEL CÓDIGO CIVIL Y DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO.

La reforma del Código, en lo atinente a la disposición de inmuebles gananciales—que ha suscitado dudas y críticas adversas, acaso por su timidez y eclecticismo—, no ha satisfecho a muchos de nuestros más reputados juristas, esforzados en navegar contra la corriente contemporánea de igualación jurídica de los dos sexos, olvidando que esa proyección universal es consecuencia ineludible de las nuevas estructuras sociales, de la vital liberación femenina y, sobre todo, de haberse incorporado plenamente al trabajo la mujer. Y por lógica reacción, tampoco ha agradado a esos juristas la reforma del Reglamento Hipotecario en la parte relativa a la inscripción de las adquisiciones y disposiciones de inmuebles gananciales, lo que es perfectamente explicable, ya que

(12) Y así ha ocurrido, efectivamente, en la Resolución de 23 de febrero de 1966 (*B. O. del E.* de 12 de marzo siguiente), que ha llegado a mi conocimiento después de escrito este trabajo

dicha última reforma ha procurado la efectividad y el debido cumplimiento de lo innovado por el legislador civil.

Pero no se debe olvidar que la reforma reglamentaria fué consecuencia obligada de la del Código, como ya lo declara su preámbulo, que sirve de autorizado comentario hecho por el propio legislador a su obra. Se fundamenta la reforma en la necesidad de recoger numerosas e importantes disposiciones posteriores al Reglamento de 1947, unas sustantivas y otras reglamentarias, «que inciden en el campo de su aplicación». y entre las cuales figura «la última y sustancial reforma del Código civil». Esta, con su profundo cambio en cuanto a la disposición de inmuebles gananciales, tenía que reflejarse por fuerza en los asientos registrales, y por ello resultaba necesaria una nueva redacción de los artículos 95 y 96 del Reglamento, en la cual, según el preámbulo, «se dictan normas claras para la inscripción de bienes gananciales o presuntivamente gananciales y para los actos dispositivos».

Achacan algunos juristas a las nuevas normas reglamentarias el haber rebasado o superado la reforma civil, yendo más allá de lo que ésta preceptuaba. Pero es, en verdad, muy discutible esa tajante imputación, que, por otra parte, olvida la diferencia existente entre la facultad dispositiva civil y la facultad dispositiva registral, que en ocasiones llega hasta provocar adquisiciones *a non domino* convalidando enajenaciones hechas por quien civilmente no es dueño, y olvidan también principios cardinales de nuestro sistema, como el de legalidad, el de tracto sucesivo y el de consentimiento.

En primer lugar, es sabido que la reforma reglamentaria de 1959 se aprobó de conformidad con el dictamen del Consejo de Estado, cuyas indicaciones fueron todas recogidas en el articulado, lo que robustece su autoridad jerárquica de disposición de carácter general, pues si la pretendida divergencia o desconexión entre Código y Reglamento fuese cierta, no habría sido favorable el dictamen del más Alto Cuerpo consultivo del Estado, que debe velar por la debida jerarquización de los preceptos legales y gubernativos.

Tras esta consideración previa, de índole abstracta, constitucional, podría decirse, debe pasarse a los temas concretos para discernir si existe o no la supuesta colisión de normas, que tanto

ha sobresaltado a algunos civilistas pusilánimes. Y ha de tenerse en cuenta, como bases del raciocinio, que la reforma de los dos consabidos artículos es puramente registral y se refiere, por tanto; sólo a la propiedad inscrita y, dentro de ella, nada más que al modo de inscribir los actos adquisitivos de inmuebles gananciales o presuntivamente gananciales y a la inscripción de los actos dispositivos sobre los mismos. Conviene examinarlos por separado.

A) *Actos adquisitivos*.—Respecto a éstos, el artículo 95 del Reglamento introduce una novedad: las adquisiciones de tales bienes no se inscribirán, como antes, a nombre del marido o a nombre de la mujer, según fuere el cónyuge que en el título figurase como adquirente, aunque sin justificar que el precio o contraprestación fuese de su exclusiva propiedad. Este antiguo modo de inscribir ya había sido objeto de diversas críticas, pues cuando figuraba como adquirente la mujer, sin acreditarse la calidad de parafernalia, podía luego el marido por sí solo enajenar tales bienes, sin consentimiento ni aun conocimiento de la mujer a cuyo nombre se había practicado el asiento. Este contrasentido ya había sido denunciado y dulcificado por la jurisprudencia hipotecaria—pueden consultarse las Resoluciones de 7 de septiembre de 1921 y 28 de abril de 1941 (13)—, y posteriormente corregido por el Reglamento de 1947, en cuya redacción tan decisiva parte tuvo el insigne Notario y Registrador—esto es, civilista e hipotecarista a la vez—que desempeñaba a la sazón la Dirección General. Ordenó aquel Reglamento que los actos dispositivos sobre los bienes presuntivamente gananciales así inscritos correspondería a

(13) En la de 13 de septiembre de 1921 se trataba de una finca inscrita a nombre de la mujer, quien la había comprado con dinero que el marido confesó ser privativo de su esposa, sin que se justificase, y luego dicha señora la vendió con licencia y consentimiento de su marido. Denegada la inscripción por el Registrador, la Dirección declaró bien extendida la escritura, porque en el caso discutido se ponía de relieve una divergencia entre las declaraciones formales del Registro a favor de la mujer y los derechos sustantivos del otro cónyuge, que en los actos de enajenación cabe resolver con la comparecencia de ambos ante el Notario autorizante para que aquélla asuma el papel de transferente, en consonancia con los precedentes de la inscripción realizada, y el marido preste su conformidad en el doble concepto de jefe de la sociedad conyugal e interesado directo en la transferencia. En la de 28 de abril de 1941 se autoriza la inscripción de una escritura de venta de finca ganancial otorgada por un apoderado de ambos cónyuges, o sea, una venta hecha conjuntamente por marido y mujer.

la mujer con consentimiento del marido, o sea, en sustancia, una disposición hecha conjuntamente por ambos (14), con lo que se satisfacían simultáneamente las exigencias del Derecho civil y la titularidad registral.

La novedad del artículo 95 reformado consiste en que esos bienes presuntivamente gananciales se deben inscribir «a nombre de ambos cónyuges, conjuntamente, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal»: fórmula que a CÁNOVAS le parece barroca, pero que es jurídicamente exacta, pues como ya afirmaba MANRESA (15), «los bienes gananciales, en la regulación civil, pertenecen al marido y a la mujer durante el matrimonio, y la propiedad de la mujer no es una propiedad nominal ni teórica, sino real y efectiva, y prueba de ello son todas las limitaciones impuestas al marido».

Esa fórmula de inscripción concuerda con la naturaleza jurídica de nuestra sociedad de gananciales, asimilada a una comunidad de tipo germánico, en la que no existe adscripción de cuotas como en la pro-indivisión romana; y también lo está con el número 1.º del artículo 1401 del Código, que reputa como bienes gananciales a los adquiridos por título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos. Luego, diga lo que diga el título respecto al cónyuge adquirente, la verdadera titularidad civil corresponde a la sociedad conyugal, máxime después de la reforma del Código civil, que al exigir ahora los consentimientos de marido y de mujer para los actos dispositivos, no se enfrenta ni es incompatible con el referido artículo 95, toda vez que en el asiento de inscripción se hace constar de modo expreso «y para la sociedad conyugal», que es en rigor a cuyo favor se inscribe, no haciéndose de modo directo a su nombre, porque todavía no le ha sido legalmente reconocida una personalidad jurídica distinta de la de los cónyuges. (Consúltense las Resoluciones de 9 de febrero de 1917, 15 de julio de 1918, 10 de julio de 1935 y 11 de octubre de 1941). Ciertamente el marido es el administrador de

(14) Véase el documentado estudio sobre *La titularidad registral de la mujer casada y el nuevo Reglamento Hipotecario*, de PEDRO CABELLO DE LA SOTA, en esta REVISTA, año 1947, pág. 238, y también mis *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, tomo I, págs. 80 y sigs.

(15) JOSÉ MARÍA MANRESA: *Comentarios al Código civil*, tomo IX, pág. 695.

la sociedad conyugal, lo mismo antes que después de la reforma del Código; pero ¿es que acaso los inmuebles que adquiere una sociedad se inscriben a nombre de sus administradores?

Por otra parte, el nuevo artículo 95 no ha hecho sino recoger doctrina de la Dirección General. Recuérdese la Resolución de 13 de enero de 1913, que admitió en la sociedad conyugal una especie de personalidad jurídica propia al reconocer que una finca ganancial debe reputarse como perteneciente a la sociedad conyugal y virtualmente inscrita a favor de la misma (16).

En resumen: el artículo 95 no es herético ni ha ido más allá del espíritu ni de la letra del Código. Por el contrario, ha implantado una expresión registral que armoniza perfectamente con la realidad jurídica de los bienes gananciales y con lo ordenado por el Código para su transmisión y gravamen.

No sería justo silenciar que uno de los más esclarecidos y ponderados juristas de nuestro tiempo, ANGEL SANZ FERNÁNDEZ (17), que colaboró en la Comisión redactora de la reforma reglamentaria, hace también algunas objeciones a la fórmula del artículo 95. Pero, en mi opinión, sus argumentos carecen de la solidez habitual en sus siempre bien meditados razonamientos. Dice que la comunidad de gananciales es de tipo germánico, pero referida al total patrimonio ganancial, no a cada uno de sus elementos; mas lo cierto es que lo que se afirma del todo puede también afirmarse de las partes, y no lo contrario, según la regla de la Lógica. Y es que esa comunidad aplicable a la masa es también perfectamente aplicable constante matrimonio a cada uno de los inmuebles que pueden integrarla, no divididos por cuotas y sin que los comuneros puedan pedir la división. Al disolverse el matrimonio es cuando desaparece la comunidad germana respecto a cada elemento singular, e incluso puede llegarse a una propiedad indivisa por cuotas entre el supérstite y los herederos del premuerto.

En cuanto a la titularidad de los bienes gananciales, ya hemos

(16) Las Resoluciones de 12 de diciembre de 1935 y 8 de noviembre de 1944 definen a la sociedad conyugal como «una mancomunidad de bienes entre marido y mujer en la que no hay atribución de cuotas ni facultades para pedir la división y en la que el marido ejerce el poder de disposición». No se olvide que ambas son anteriores a la reforma del Código.

(17) ANGEL SANZ FERNÁNDEZ, en su magnífico y completo estudio sobre *Los bienes gananciales en el Registro de la Propiedad*, publicado en el tomo I de *Estudios jurídicos varios*, con motivo del Centenario de la Ley del Notariado.

visto que el artículo 1.401, número 1.º, del Código, la atribuye en definitiva a la sociedad, sea cualquiera el cónyuge que figure como adquirente, siempre que la adquisición sea a título oneroso y a costa del caudal común. El desacuerdo entre título inscribible y asiento registral es más aparente que real, pues en definitiva si en el título figura el marido o la mujer, siendo los bienes gananciales, el verdadero titular es la comunidad conyugal, y por eso se inscribe a favor de los dos cónyuges para dicha comunidad. Y si la adquisición la hace uno solo de los esposos, aseverando el otro ser el precio o contraprestación de la exclusiva propiedad del adquirente, pero sin justificarlo, la inscripción se efectúa ya a su nombre, según la regla 2.ª del artículo 95, sin que el asiento prejuzgue la verdadera naturaleza de los bienes, y con lo cual existe completo paralelismo entre título y asiento. Y, finalmente, en cuanto a que el artículo 1.413 del Código debe interpretarse restrictivamente, yo pienso que la reforma reglamentaria no ha hecho una interpretación extensiva, sino que se ha limitado a interpretarlo en sus términos literales y más conformes con el espíritu puesto de relieve en el preámbulo de la Ley de 1958.

B) *Actos dispositivos*.—En cuanto a éstos, la correlación entre reforma civil y reforma reglamentaria es absoluta y no deja margen para la duda. La regla 1.ª del artículo 95 se limita a decir: «los actos dispositivos sobre los bienes expresados en la regla 1.ª del artículo anterior (o sea, los inscritos a nombre de ambos cónyuges conjuntamente, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal), se regirán por las normas de los bienes gananciales», lo que equivale a decir por las normas contenidas en la legislación civil relativas a la disposición de inmuebles gananciales. ¿Y cuáles son estas normas? No hay problema interpretativo, ni antinomia legislativa: después de la reforma del artículo 1.413 del Código, el marido podrá disponer de tales bienes con consentimiento de la mujer, o, en su defecto, con autorización judicial. Si no existen aquel consentimiento ni esta autorización, el acto dispositivo del marido se habrá efectuado en contravención a lo ordenado por el Código y el principio de legalidad vedará su acceso al Registro.

Finalmente, dos palabras sobre la regla 2.ª del artículo 96, que

antes de reformarse el Código parecía estar en cierto grado de discrepancia con éste. Me refiero a los casos en que los bienes gananciales estén inscritos sólo a nombre de uno de los cónyuges, pero sin que se haya justificado su pertenencia privativa. En tal supuesto, el acto dispositivo deberá otorgarse, para su eficacia registral, por el cónyuge titular con consentimiento del otro: virtualmente, una disposición conjunta, consentida por ambos cónyuges.

Pues bien, esta norma, que al dictarse por el Reglamento de 1947 implicaba una desviación de lo dispuesto en el primitivo artículo 1.413 del Código, que permitía al marido disponer de los gananciales sin intervención alguna de la mujer, no es, como se ve, una innovación de la reforma reglamentaria de 1959. El de 1947 la estableció con referencia sólo a los gananciales inscritos a nombre de la mujer, a la cual facultaba para disponer de ellos, con consentimiento del marido, para evitar ciertas comprobadas anomalías y en aras de los principios de tracto sucesivo, titularidad y consentimiento hipotecarios. Lo que en 1959 se ha hecho ha sido solamente extender esta regla a la disposición de los gananciales inscritos sólo a nombre del marido, permitiéndole disponer de ellos, con consentimiento de la mujer, que es lo mismo que ordena ahora el Código. Se comprueba, por tanto, que lo que hizo el Reglamento de 1947 fué iniciar el camino seguido luego por la reforma del Código, y que el Reglamento de 1959 está perfectamente conexionado con esta reforma y que, sobre inspirarse en su orientación, asegura su eficacia. Estén inscritos los bienes gananciales a nombre de los dos cónyuges o al del marido o al de la mujer, para inscribir los actos dispositivos de los mismos será necesario el consentimiento de ambos consortes: esto es lo que ordena el Reglamento Hipotecario, y esto es Código civil puro, sin mixtificaciones ni ardides para soslayarlo. Que la iniciativa de disponer corresponda al marido o a la mujer, es un detalle íntimo de las relaciones conyugales que algunos comentaristas han puesto de relieve. La experiencia nos demuestra, sin embargo, que en muchos casos, incluso cuando el marido era el único árbitro de las facultades dispositivas, quien de verdad ejercía el poder y llevaba la iniciativa económica era la mujer. Lo esencial para el Derecho vigente no es el bizantismo de indagar si el marido dis-

pone y la mujer consiente, o si es la mujer quien dispone y consiente el marido: lo esencial jurídicamente es que consientan ambos.

VII

VALOR Y JERARQUÍA DE LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO.

Se nos recuerda con énfasis que el Tribunal Supremo ha declarado que «para solucionar las lagunas que la reglamentación del consentimiento *uxoris* origina habrá de aplicarse a los casos en que tal consenso falta las mismas soluciones elaboradas por la doctrina, tanto científica como legal, a propósito de la licencia marital». Y que por ello esos actos dispositivos de gananciales, faltos de aquel consentimiento, deben inscribirse en el Registro, haciéndose constar en el asiento para publicidad de su defectuoso perfeccionamiento que la mujer no prestó su consentimiento y. es de suponer, que no medió tampoco autorización judicial. «A estas declaraciones nos tendremos que atener, mal que nos pese», sostenía AZPIAZU, rindiendo homenaje a la «irrebatible autoridad» que para él tenían las decisiones del Tribunal Supremo. Y concluía afirmando que «tanto los Registradores, como los Notarios, como la propia Dirección, no tendrán más remedio que aplicar la técnica del artículo 94 del Reglamento Hipotecario a las disposiciones de gananciales, sin el consenso *uxoris*, porque así lo ha dispuesto quien lo puede disponer, y a los demás no nos queda otro camino que obedecer, porque lo contrario sería salirse de la legalidad, ya que "la legalidad, hoy por hoy, es esa jurisprudencia"».

Tan hiperbólica valoración de esta fuente complementaria del Ordenamiento jurídico, a la que apenas llegaron los juristas de las escuelas libres del Derecho, bien merece unas breves consideraciones, no sin antes proclamar—como más adelante se ha de ver—que ninguna sentencia de nuestro más alto Tribunal ha declarado que sean inscribibles en el Registro las enajenaciones de inmuebles gananciales no consentidas por la mujer ni autorizadas por el Juez, y que ni siquiera se ha planteado el caso ante la Sala

primera. La sentencia de 13 de marzo de 1964, tan comentada por unos y por otros, ha resuelto una cuestión completamente distinta.

Definía en su cátedra el maestro CLEMENTE DE DIEGO, siguiendo a MORATÓ, la jurisprudencia como la «ciencia que nos enseña la recta inteligencia de las Leyes y el modo de interpretarlas y aplicarlas a los casos particulares», y en un sentido más restringido y técnico, referido a la actividad judicial, como el «criterio constante y uniforme de aplicar el Derecho mostrado por las sentencias del Tribunal Supremo», o «el conjunto de sus sentencias por los que se revela el modo uniforme de aplicar el Derecho». Y, dicho con léxico más al día, «un complejo de afirmaciones y decisiones contenidas en las sentencias del más alto órgano jurisdiccional del país», según la definición del Profesor Díez Pícazo (18).

Nadie más entusiasta que yo de la enorme y merecida autoridad que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha alcanzado en nuestros días para bien de nuestro progreso jurídico (19). Aunque el Código civil la omitiese al ir señalando sin método las

(18) LUIS Díez PICAZO: *Reflexiones sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo: la jurisprudencia en broma y en serio*, «Revista de Derecho Privado», noviembre de 1964, págs. 925 y sigs.

(19) Conforme dijo SAVIGNY, las Leyes no son más que puntos geométricos, y es la jurisprudencia la que marca las líneas. Sin embargo, nuestros Códigos antiguos negaron a los Jueces la función de interpretación, no pudiendo sus fallos aclarar los textos legales (Ley 14, tit. I, Partida 1.^a; Ley 6.^a, tit. IV, Partida 3.^a; Ley 4.^a, tit. XXXIII, Partida 7.^a, Novísima Recopilación; Ley 3.^a, título II, libro 3.^o; Reglamento de Justicia de 26 de septiembre de 1835); pero es que la jurisprudencia no podía prosperar mientras que los fallos no fuesen fundados y sin la existencia de un Alto Tribunal que diese unidad a esos fallos. Creado el Tribunal Supremo, y estando obligados Jueces y Tribunales a fundamentar sus resoluciones, quedó expedito el camino para que la jurisprudencia ocupase el lugar que hoy tiene como fuente complementaria del Derecho. A pesar del silencio del Código, que sólo alude en su título preliminar a la Ley, a la costumbre del lugar y a los principios generales del Derecho, lo cierto es que no deja de conceder valor a la jurisprudencia, pues, conforme a su disposición adicional 5.^a, ha de ser tenida en cuenta para la incumplida revisión decenal del mismo. Por otra parte, la Ley de Enjuiciamiento Civil permite el recurso de casación no sólo por infracción de Ley, sino también por infracción de doctrina legal (arts. 1.888 y 1.892), y ésta no es otra que la establecida con repetidas e idénticas decisiones del Tribunal Supremo aplicables al caso del pleito; e incluso los principios de Derecho, para su eficacia jurisdiccional, han de haber sido recogidos en una Ley o en la doctrina legal. Es de esperar que en alguna de las frecuentes y parciales reformas del Código se dé a la jurisprudencia el gran valor que actualmente se le reconoce en la práctica forense.

fuentes directas del Derecho, su importancia es máxima en el Foro y fuera de él. Muchas disposiciones legislativas y reglamentarias se inspiran en sus dictados y hasta las corrientes jurídico-científicas se orientan frecuentemente en sus criterios. Su misión integradora y complementaria del Derecho positivo, así como su función interpretativa, son innegables e indispensables en todo Estado que se base en el Derecho.

Pero de aquí a atribuirle fuerza bastante para introducir un Derecho nuevo, incluso opuesto a normas positivas vigentes, media un abismo. Ya nos enseñaba DE DIEGO que la creación de nuevas normas jurídicas no es de la competencia de Jueces y Tribunales, porque su misión se circunscribe a la aplicación del Derecho preexistente. La autoridad que tienen las decisiones judiciales cuando son uniformes y constantes, es inmensa; pero esa autoridad es moral e intelectual—fuera del poder efectivo y coactivo que reviste en el caso concreto juzgado—y no guarda paridad con la legislativa y con la gubernativa, que se imponen a la voluntad individual.

Esto nos lleva a reconocer una prioridad entre las fuentes del Derecho, un rango o jerarquía entre los diversos factores que las integran. Es obligado admitir la primacía de la Ley y de las disposiciones de carácter general que hayan sido formuladas por los órganos competentes y por sus cauces normales, si no se contraponen a un precepto legal. La jurisprudencia *contra legem* es inconcebible, salvo los casos excepcionales en que la investigación correctora del Derecho positivo actúe por las difíciles sendas de la equidad que pueden aplicar, con prudente flexibilidad, los Tribunales.

Significa esto, en relación con el caso que se estudia, que la jurisprudencia, aunque fuese reiterada, no puede sobreponerse al mandato de una Ley o de un Reglamento dictado por el Gobierno, de conformidad con el dictamen del más alto Cuerpo consultivo, a no ser que sus normas se contrapusieren a un precepto legal vigente. Y aún hay más. La fuerza de la jurisprudencia sólo se engendra con su uniformidad, es decir, con su reiteración, y ha de entenderse su valor y efectos sólo en cuanto se refiere al problema jurídico que la decisión judicial ha resuelto, interpretado o aclarado, en aplicación precisamente del Derecho preestable-

cido. Una sola sentencia no constituye jurisprudencia, aunque inicie su camino, y un solo considerando no es más que un argumento, un razonamiento de indudable valor científico y racional, que sirve de base lógica a una resolución que, conforme a las normas legales rituarias, debe ser *fundada*.

Porque no puede olvidarse tampoco otro aspecto importante: y es el valor que ha de atribuirse a los considerandos. La sentencia decide siempre un caso concreto, un problema de hecho y de Derecho surgido en la realidad, una vivencia anormal que exige una solución dictada por los órganos jurisdiccionales del Estado, y el valor o eficacia de esta solución—que tiene la drástica potencia de la cosa juzgada en cuanto a ese caso concreto o de autos—se extiende a los demás casos análogos que en el ritmo vital del Derecho puedan acaecer. Con acierto sostiene Díez Picazo (20) que sólo es jurisprudencia lo que el Tribunal Supremo decide—de modo reiterado, por supuesto—y la razón inmediata de decidirlo, en estrecha vinculación con el caso decidido. En definitiva, lo que constituye auténtica jurisprudencia es el fallo, la parte dispositiva, en conexión con los considerandos que le sirven de fundamento, y ese fallo es fuente del Derecho sólo respecto a los casos en que medien iguales circunstancias.

Incurren en grave yerro, a mi juicio, quienes atribuyen valor inatacable, por encima de disposiciones legales o reglamentarias, a un simple considerando de una sentencia que sugiere soluciones analógicas a un problema que no se ha planteado en la *litis*, porque olvidan que media gran diferencia entre los considerandos o razonamientos que sirven de base inmediata a la decisión o fallo (*ratio decidendi*) y aquellos otros que son meras apreciaciones incidentales, cuyo valor reside únicamente en el prestigio y autoridad de quien las formula. Luego se examinará el problema jurídico resuelto por la sentencia de 13 de marzo de 1964 y podrá comprobarse cómo el Tribunal Supremo no ha dicho hasta ahora que las enajenaciones de inmuebles gananciales no consentidas por la mujer ni autorizadas judicialmente sean inscribibles en el Registro. En rigor de doctrina, una declaración de esta índole corresponde en primer lugar a la Dirección General, a través de un

(20) En su trabajo citado en la nota 18.

recurso gubernativo, y el Tribunal Supremo sólo sería competente para hacerla si entre las partes interesadas se suscitase el juicio ordinario a que se refiere el artículo 66 de la Ley Hipotecaria y el 132 del Reglamento para su ejecución.

Y todavía existe otra consideración digna de ser tenida en cuenta. Y es la de la innegable dualidad existente, se quiera o no se quiera, en nuestro régimen inmobiliario, la evidente verdad de que al lado de una propiedad inscrita en el Registro, bajo la salvaguardia de sus inmunidades y normas propias y especiales, existe una gran masa de propiedad no inscrita, acaso mucho mayor que aquella en superficie, aunque no en valor, que vive a la intemperie jurídica, bajo sólo los preceptos de la legislación civil. Ciertamente, las declaraciones jurisprudenciales del Tribunal Supremo, como es lógico y obligado, afectan por igual a ambas categorías de propiedad, pero sus pronunciamientos sobre lagunas de reglamentación pueden ser exactos respecto a la propiedad no inscrita y no serlo respecto a la inscrita, si una norma legal o reglamentaria vigente ha colmado o subsanado tal laguna. En los inmuebles gananciales no inscritos, el marido podrá realizar actos dispositivos por sí solo en patente contravención con lo ordenado por el Código, y como no existe control alguno sobre tales actos, generalmente formalizados en la imperfecta documentación privada, tendrán plena eficacia entre vendedor y comprador y los terceros civiles, en tanto la mujer o sus herederos no entablen la correspondiente acción de nulidad. Pero tratándose de propiedad registrada, cuya titulación es fehaciente, notarial casi siempre, bajo el control de un funcionario perito en Derecho y que ha de sufrir además la calificación registral para producir sus efectos en los libros públicos, el problema es muy distinto. El acto dispositivo, contrario a un precepto legal, no es inscribible, ya se repunte de inexistente, de nulo, de anulable o simplemente de imperfecto. La negativa a inscribir es perfectamente compatible con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en las aludidas sentencias que consideran la omisión del consentimiento *uxoris* como un vicio de anulabilidad, porque en ningún momento, hasta hoy, ha declarado el alto Tribunal que deba aplicarse a tales actos la disposición excepcional del artículo 94 del Reglamento Hipotecario. Y no se olvide, por último, para cerrar el paso a toda aplicación analó-

gica, la enorme diferencia cuantitativa y cualitativa entre la propiedad privativa de la mujer y la ganancial o presuntivamente ganancial (21).

VIII

DECISIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO CON EFICACIA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA FALTA DE CONSENTIMIENTO DE LA MUJER.

Hora es ya de indagar el valor jurisprudencial de las tres sentencias—únicas hasta la fecha conocidas por mí—que se han dictado sobre el problema de que se trata.

Para tal indagación es necesario atender a lo que ordena el alto Tribunal en la parte dispositiva o fallo de sus sentencias y a lo que constituyó el fondo del debate forense, al problema de la *litis*, formulado por las partes en sus alegaciones y peticiones. En suma, qué es lo que se pedía por el actor en su demanda o por el demandado en la reconvencción, y analizar lo que el Tribunal ha resuelto, pues eso, y no otra cosa, es el valor que como fuente complementaria del Derecho objetivo reviste la jurisprudencia, tanto en su función integradora e interpretativa como en la más delicada de correctora cuando prudentemente aplica normas de equidad que se atemperen más al espíritu que a la letra de la Ley. Es indispensable estudiar, con la sentencia, su «circunstancia».

A) *Sentencia de 7 de febrero de 1964.*—El caso que resolvió es el siguiente: un marido vendió una finca ganancial al luego demandante, por documento privado de fecha 10 de abril de 1958, o sea, con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma del Código de 24 de los mismos mes y año. El contrato lo otorgó sólo el marido, ejercitando las facultades exclusivas que le concedía el antiguo artículo 1.413 de aquel Cuerpo legal. Incumplidas por el marido vendedor sus obligaciones de otorgar escritura pública y de entregar la finca vendida y demandado por ello, se opuso a la

(21) *Cualitativa*, en razón a la gran diferencia que media entre los derechos del marido sobre los parafernales, y los de la mujer sobre los gananciales, y *cuantitativa*, porque es infinitamente superior el número de títulos inscribibles relativos a estos últimos que el de los referentes a aquéllos.

demanda alegando que a la venta no había prestado consentimiento su mujer. El Tribunal Supremo, con plena razón, negó la retroactividad de la reforma del artículo 1.413 y adujo, a mayor abundamiento, que aunque el contrato se hubiese celebrado después de la vigencia de la reforma y adoleciera de algún vicio que pudiera privarle de eficacia, únicamente se originaría una acción de anulabilidad que correspondería, si se trataba de la falta del consentimiento *uxoris*, a la mujer o a sus herederos, pero nunca al propio marido otorgante y causante del vicio o defecto perseguido. El valor jurisprudencial de esta sentencia es inequívoco: la reforma del artículo 1.413 no tiene efecto retroactivo y el marido no es parte legítima para pedir la anulación del contrato fundándose en la falta del consentimiento de su mujer.

B) *Sentencia de 13 de marzo de 1964.*—Es la más importante por la profusión de sus argumentos. Resolvió definitivamente un pleito procedente del Juzgado de Palencia relativo a una permuta de un solar por dos casas. El contrato era un compromiso privado en el que no había intervenido la esposa de uno de los permutantes, a pesar de tratarse de una finca ganancial y estar ya en vigor la nueva redacción del artículo 1.413 del Código. El marido se negó a cumplir sus obligaciones derivadas de aquel compromiso y fué demandado por ello. El Juzgado de Primera Instancia le absolvió de la demanda; la Audiencia territorial de Valladolid le condenó, y el Tribunal Supremo, con razón sobrada, confirmó el fallo de segunda instancia, declarando subsistente la obligación del marido y no ser necesario el haber demandado también a la mujer, contra la cual la parte actora carecía de acción.

Fúndase esta sentencia, como es sabido, en que la falta de consentimiento *uxoris* origina tan sólo una anulabilidad que únicamente se traduce en nulidad cuando la mujer o sus herederos la postulen judicialmente, por ser los únicos legitimados para el ejercicio de la correspondiente acción. Al marido no puede concedérsele esta facultad de accionar o de excepcionar porque concedérsela sería opuesto al principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, toda vez que la inobservancia de aquel requisito sólo a él le es imputable, y aunque la mujer obtenga la nulidad, ello no obstará a la subsistencia de las obligaciones y responsabi-

lidades que haya podido contraer el marido, sin perjuicio de que se destruya o anule el acto dispositivo.

Contiene además esta sentencia otro considerando en el que se invoca el «estrecho parentesco y paralelismo del consentimiento *uxoris* con la licencia marital», por consistir ambos en el levantamiento por uno de los cónyuges de la limitación dispositiva impuesta al otro, por cuya razón *parecen* aplicables *en principio* y *por analogía*—los subrayados son míos—, con el fin de solucionar las lagunas que la reglamentación del consenso *uxoris* origina, las soluciones elaboradas por la doctrina, tanto científica como legal, a propósito de la licencia marital».

Este considerando carece de valor jurisprudencial, pues no corresponde a las circunstancias del caso o problema debatido en la *litis*, en la que no se trataba de aplicar esas soluciones ideadas para permitir la inscripción de actos dispositivos de la mujer respecto a sus bienes propios sin licencia del marido. Viene a ser lo que Díez Pícazo, siguiendo la tradición romana, califica de *obiter dicta*, o sea, un argumento accesorio que tiene la autoridad magistral de una opinión autorizada, pero no el valor de fuente complementaria del Derecho. A su doctrina es lícito oponer con todo respeto argumentos adversos, como ya se ha hecho, aduciendo que en el terreno estrictamente registral no existe laguna en cuanto a la inscripción o no inscripción de las enajenaciones de inmuebles gananciales sin consentimiento de la mujer, que tiene respecto a ellos unos derechos de que el marido carece respecto a los parafernales. En efecto: la reglamentación hipotecaria, al ordenar que esos bienes gananciales se inscriban conjuntamente a nombre de marido y de mujer y para la sociedad conyugal, y al preceptuar igualmente que las disposiciones de los mismos se efectúen con sujeción a las normas que regulan la enajenación de tales gananciales inmuebles, no deja vacío alguno y el problema queda tan claro que llega a ser translúcido: la adquisición se inscribe a favor de los dos, y la enajenación sólo se inscribirá si ambos titulares la consienten, lo que coincide plenamente con la reforma civil y asegura su cumplimiento, puesto que si la mujer niega sin razón su consenso, éste puede ser suplido por la autorización judicial. Y el Reglamento, disposición legal de carácter general, no ha ordenado ni de cerca ni de lejos que pueda

aplicarse a esos casos en que falte el consentimiento de la mujer la norma excepcional del artículo 94. La laguna de Derecho, si existe, será respecto a otras derivaciones, civiles o procesales, de la nueva redacción y nuevo espíritu del artículo 1.413; pero nunca en cuanto a la legislación hipotecaria se refiere.

C) *Sentencia de 21 de abril de 1964.*—Resuelve un caso en que el marido se negó a cumplir lo pactado en una transacción que puso fin a un juicio de retracto y en la cual se obligó a ceder una finca ganancial a favor de la retrayente, fundando su negativa en que no había consentido su mujer. El Tribunal Supremo reitera su doctrina anterior, a saber: no debe considerarse radicalmente nula la transacción por defecto del consentimiento *uxoris*, y el marido no está legitimado para pretender tal nulidad, toda vez que la reforma del Código civil no atribuye el poder de disposición de los inmuebles gananciales a ambos cónyuges conjuntamente, sino que, continuando tal poder en el marido, la mujer puede potestativamente asentir o no al acto dispositivo, y la impugnación de los actos en que no haya prestado su consentimiento corresponde exclusivamente a ella o, en su caso, a sus herederos, pero nunca al marido, quien dando posibilidad a su ejercicio, no puede aducir que aquella falta le ocasione perjuicio alguno.

En resumen: lo que hoy es doctrina legal sancionada por el Tribunal Supremo es, como se ha visto antes, que la falta del consentimiento *uxoris*—el alto Tribunal emplea como sinónimo de *consentir* el verbo *asentir*, no obstante haberse rechazado en las Cortes el empleo de este último vocablo—representa un acto anulable, no nulo *ipso jure*, y que el marido no puede impugnar sus propias disposiciones otorgadas sin tal consentimiento ni autorización judicial. Pero el Tribunal Supremo no nos ha dicho en ninguno de esos tres fallos que los actos y contratos en que falte tan importante requisito—la declaración de voluntad o aquiescencia, si se quiere, de uno de los partícipes en la sociedad conyugal—puedan inscribirse en el Registro de la Propiedad, en el cual el principio de legalidad cierra el paso a los actos realizados en contravención de la Ley.

Claro es que, a mi juicio, esta doctrina jurisprudencial, basada en motivaciones menos prácticas que científicas, e incluso en téc-

nicas más exóticas que nacionales, al considerar el acto dispositivo de inmueble ganancial sin intervención de la mujer y sin autorización del Juez, como una disposición eficaz en tanto la interesada o sus herederos no la impugnen, deja a la mujer casada exactamente en igual postura de indefensión en que la dejaba el artículo 1.413 antes de su reforma y no se ajusta a la finalidad perseguida por el legislador de 1958, que quiso «conceder a la mujer "nuevas facultades" en orden a la disponibilidad y gravamen de los bienes gananciales». En efecto: el antiguo artículo 1.413 centraba en el marido todo el poder dispositivo sobre tales bienes, pero agregaba que «no podría perjudicar a la mujer ni a sus herederos toda enajenación o convenio que sobre dichos bienes hiciera el marido en contravención a este Código o en fraude de la mujer». Es decir, que ya ésta tenía el mismo derecho que ahora respeta también el nuevo artículo reformado y que es extensivo no sólo a los inmuebles y establecimientos mercantiles, sino a toda clase de bienes gananciales. Por consiguiente, si hoy, después de la trascendental reforma, el derecho de la mujer se reduce como único recurso para remediar su no intervención a impugnar los actos dispositivos así realizados por el marido, ¿qué es lo que ha ganado con la reforma?, ¿dónde están las nuevas facultades que el legislador quiso concederle?

Y, llegado el caso de impugnación por la mujer, surge una nueva incógnita que la jurisprudencia futura habrá de despejar: ¿Será obligada, automáticamente, por decirlo así, la anulación del acto dispositivo otorgado sólo por el marido o únicamente podrá prosperar si, como parece lógico, se acredita que existió fraude o se irrogó perjuicio a la mujer? Porque si es lo segundo, entonces la mujer ha quedado igual que antes de la reforma y de nada habrá servido imponer la necesidad de su consentimiento; pero si es lo primero, podrá abrirse paso a peligrosas maquinaciones realizadas de acuerdo por ambos cónyuges.

Con la interpretación del Tribunal Supremo sólo se brinda a la mujer como remedio contra la egolatría o egotismo marital, un proceso judicial, con los disgustos, dispendios e incertidumbres que todo pleito engendra, aparte del quebranto de la paz conyugal, que no se concibe cuando la mujer pleitee contra lo hecho por su marido.

Para fruto tan mezquino era innecesaria una reforma que tanto estrépito jurídico-forense ha producido y seguirá produciendo, no obstante hallarse en consonancia con las orientaciones modernas y universales tendentes a equiparar los derechos civiles de ambos cónyuges en el matrimonio; y se frustra el propósito del legislador y las profundas motivaciones sociales inspiradoras de su mandato.

IX

OPINIONES DOCTRINALES Y CRITERIO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.

A) *Opiniones doctrinales.*—Ciertamente que la tesis de AZPIAZU, compartida también por MENCHÉN (22), tiene escasas probabilidades de prevalecer. No ya porque equivaldría a dejar por completo inoperante la reforma del artículo 1.413, según sagazmente advirtió el Notario BORRACHERO (23) al poco tiempo de ser promulgada, sino también por ser destructiva de los presupuestos en que se cimentó la institución registral y por ir contra las ideas y fines concebidos por los legisladores de 1861, 1909 y 1944.

Sea cual fuere su opinión sobre la discutida naturaleza del consentimiento *uxoris* y los efectos que se atribuyen a su omisión, la mayoría de nuestros juristas especializados reconoce no ser inscribibles en el Registro de la propiedad las enajenaciones de inmuebles gananciales carentes de tal requisito o elemento perfeccionador. Una brevísima recensión de tales opiniones adverará mi aserto.

ANGEL SANZ, en su magistral estudio anteriormente citado (24), después de reputar el consentimiento de la mujer como requisito indispensable para la plena eficacia del acto dispositivo, considera su omisión como defecto subsanable y agrega que «no siendo

(22) BARTOLOMÉ MENCHÉN: Véase su comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1964, publicado en esta Revista, año 1965, página 178.

(23) MIGUEL BORRACHERO: *La mujer casada y las escrituras de cancelación de hipotecas*, en esta REVISTA, año 1959, págs. 243 y sigs.

(24) ANGEL SANZ FERNÁNDEZ, en el estudio citado en la nota 17.

de posible aplicación la doctrina del artículo 94 sobre actos realizados por la mujer sin licencia marital, el efecto de su omisión es hacer defectuoso el título que, por tanto, no será inscribible».

PARRA JIMÉNEZ (25) no opina sobre el problema del acceso al Registro de esos títulos defectuosos; pero es lícito adivinar su criterio contrario, pues considera al consenso *uxoris* como emplazado en la misma línea del que la mujer ha de prestar en los supuestos de los artículos 1.053, 1.359, 1.363 y 1.383 del Código y opina que el acto dispositivo en que falte es un acto en el que concurren los requisitos del 1.261, pero que adolece de un vicio que lo invalida con arreglo a la Ley, haciéndolo relativamente nulo. Luego, siendo así, no parece que pueda inclinarse en pro de su inscripción en el Registro.

BATALLA GONZÁLEZ (26) estima que a los actos dispositivos del marido, no consentidos por la mujer, no pueden aplicarse por analogía las disposiciones de los Reglamentos Notarial e Hipotecario sobre actos realizados por la mujer sin licencia marital, porque no pueden llevarse al Registro actos rodeados de incertidumbre sin que exista disposición categórica que ordene la inscripción.

VENTURA TRAVESET (27), que es partidario de la teoría de la co-disposición o disposición conjunta por marido y mujer de los inmuebles gananciales, sostiene su consecuencia obligada: que si no hay consentimiento de la mujer, el contrato es nulo o inexistente, y no cabe admitir su inscripción.

Para el maestro CASTÁN, siempre ecuaníme y ponderado, la doctrina carece de un criterio unitario para fijar el tipo técnico de ineficacia con que debe ser sancionada la ilegalidad de los actos del marido (al disponer por sí solo de los inmuebles gananciales o al defraudar los intereses de la mujer) y prefiere encuadrar cada uno de esos supuestos en un tipo particular de ineficacia de

(25) JOSÉ PARRA JIMÉNEZ: *Actos de disposición sobre gananciales*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», año 1960, pág. 311.

(26) MANUEL BATALLA GONZÁLEZ: *Bienes de la sociedad conyugal según el Código civil, el Derecho foral y la legislación hipotecaria*, Conferencia en el Colegio de Abogados de Zaragoza, publicada en esta REVISTA, año 1962, página 614.

(27) ANTONIO VENTURA TRAVESET: *La Ley de 24 de abril de 1958 (Repercusiones de la reforma del artículo 1.413 del Código civil en ciertos contratos)*, en esta REVISTA, año 1959, págs. 465 a 484

los admitidos legalmente: inexistencia, nulidad de pleno derecho, nulidad relativa, anulabilidad, rescisión o ineficacia en sentido estricto. Al tratarse de actos realizados por el marido sin poder suficiente, queda insinuado el camino para aplicar a tales actos la sanción de la ineficacia en sentido estricto. Para el ilustre civilista, la falta del consentimiento *uxoris* entraña una contravención del Código, o sea, un acto ilegal, y siendo ésta su opinión, no es dudoso que no pueda aceptar la inscripción registral de un acto de esta naturaleza, aunque no se plantee de modo concreto este problema registral (28).

El Profesor FEDERICO DE CASTRO, también maestro de civilistas, sostiene que para la validez del acto de disposición de inmuebles gananciales se requiere la voluntad concorde de la mujer como elemento constitutivo. Y agrega que la voluntad de la mujer, al expresar su consentimiento, tiene naturaleza distinta de la licencia del marido. Ese consentimiento significa más exactamente el ejercicio de una facultad dominical, aquella que compete a la mujer con el marido sobre los bienes gananciales. Siendo, pues, la opinión de CASTRO, que se trata de una atribución conjunta del poder dispositivo sobre gananciales inmuebles a marido y mujer, si falta el consentimiento *uxoris* el acto jurídico carece de uno de sus elementos constitutivos y no podrá tener acceso al Registro (29).

MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, en una sugestiva y amplia monografía (30), se ocupa concretamente de la inscripción de esos contratos en que falta el consentimiento de la mujer y como supuesto posible de inscripción de los mismos, alude a un caso anormal, a saber: el de que el marido oculte su estado al adquirir el inmueble y figure como soltero o viudo al enajenarlo, ya que entonces el contrato se inscribiría sin dificultad. Claro que esa hipótesis supone la comisión de dos delitos de falsedad y además no es el caso real de enajenación por un marido sin consentimiento de la mujer, pues de los títulos no constaba la existencia del ma-

(28) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, 8.^a edición, tomo VI, pág. 318.

(29) FEDERICO DE CASTRO: *Compendio de Derecho civil. Apéndice*, 1958, página 49.

(30) MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ: *El nuevo artículo 1.413 del Código civil*, tomo XII del *Anuario de Derecho civil*, 1959, págs. 864 y 861.

trrimonio ni, por tanto, la cualidad de ganancial. Pero CÁMARA, no obstante su conocida tesis de identidad entre la licencia marital y el consenso *uxoris*, y su criterio sobre el significado de la palabra «consentimiento» en el artículo 1.413, inspirado aquél en doctrinas germánicas que carecen todavía de carta de naturaleza en nuestra legislación, se plantea con exactitud el problema y lo resuelve correctamente, en armonía con las normas interpretativas generales y con los principios de la legislación hipotecaria. Se pregunta: «¿Será lícito aplicar a los actos dispositivos del marido la doctrina sentada en cuanto a su escrituración e inscripción para los contratos celebrados por la mujer casada sin consentimiento del marido? La respuesta ha de ser negativa». Y como su estudio es completísimo, llega a prever el supuesto de que el marido comparezca sólo en la escritura de enajenación y asevere bajo su responsabilidad hallarse autorizado para el acto por su mujer, y en tal caso opina con razón que la escritura de enajenación no será tampoco inscribible hasta que se justifique en forma fehaciente la prestación del consentimiento femenino.

LACRUZ BERDEJO (31) se manifiesta conforme con CÁMARA en la no inscribibilidad de la escritura en que falte el consentimiento de la mujer, a pesar de que también, como aquél, cree en la similitud entre licencia marital y consentimiento *uxoris*.

ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS (32) opina que esas enajenaciones hechas sólo por el marido son un negocio en sí válido, pero que, por faltarle el consentimiento de la mujer, no produce ni siquiera *prima facie* los efectos correspondientes. Se trata de un caso de ineficacia en sentido estricto y vecino al acto dispositivo verificado sin poder de disposición. Respecto a la mujer, es un acto inexistente. Y la falta de su consentimiento constituye un defecto que impide la inscripción.

ROCA SASTRE se refiere a los varios criterios existentes para puntualizar la naturaleza jurídica del *consentimiento uxoris*, entre los cuales el más viable, a su juicio, es el de considerarlo como un consentimiento de «control». Con arreglo a esta construcción,

(31) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO: *Derecho de familia: el matrimonio y su economía*, Editorial Bosch, 1963, pág. 540.

(32) ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS: *Disposición onerosa de inmuebles gananciales*, en «Revista de Derecho Notarial», julio-diciembre de 1958, pág. 211.

las facultades dispositivas a título oneroso de bienes gananciales están concentradas en el marido, en virtud del estatuto jurídico que establece un órgano de gestión de la comunidad ganancial; pero cuando versen sobre bienes inmuebles o establecimientos mercantiles requieren para su validez (obsérvese que Roca, tan escrupuloso en el uso del vocabulario jurídico, no dice «eficacia») el consentimiento de control de la esposa. Dada esta concepción, resulta evidente que para el gran hipotecarista no son inscribibles los actos de disposición de tales inmuebles consentidos sólo por el marido. Considerar el consentimiento *uxoris* como un mero asentimiento responde—añade—a una antigua concepción de la sociedad conyugal; pero si se tratase de ello, el legislador no habría empleado la palabra «consentimiento» (y mucho más cuando en la Comisión de las Cortes se rechazó el uso de la palabra «asentimiento»). Finalmente, concluye Roca Sastre afirmando que no es admisible el equiparar ese consentimiento a la licencia marital, porque ésta se funda en la jefatura doméstica que el marido ejerce y se refiere a bienes privativos de la esposa, en tanto que los gananciales pertenecen a ambos cónyuges (33).

El Catedrático y Magistrado del Tribunal Supremo, BONET RAMÓN, en un magnífico estudio sobre los poderes dispositivos de la mujer, se declara partidario, lo mismo que CÁMARA, de la doctrina germana relativa a los negocios «de asentimiento», que, según VON THUR, son aquellas declaraciones de voluntad por las cuales su autor da a conocer que está conforme con el acto jurídico de otra persona. Esto hace advertir a BONET el estrecho parentesco y paralelismo del nuevo consenso *uxoris* con la licencia marital, considerando que aquel consenso no significa un poder dispositivo conjunto a favor de marido y mujer, lo mismo que la licencia no implica que el marido comparta con la mujer la facultad de disposición de los bienes de aquélla. Ciertamente que el marido—reconoce BONET—no es cotitular de los parafernales ni de los dotes inestimados y, en cambio, la mujer sí lo es de los gananciales; pero el paralelismo no se rompe, a su juicio, por esa circunstancia. Le parece viable aplicar por analogía al consentimiento *uxoris* muchas de las soluciones elaboradas a propósito de la licencia mari-

(33) RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE: *Suplemento al tomo III de Derecho Hipotecario*, 1960, pág. 39.

tal. Considera acto anulable la enajenación de inmueble ganancial hecha sólo por el marido, si bien se trata de una *anulabilidad especial*, no sólo porque los requisitos y presupuestos de la acción que corresponde a la mujer son distintos a los que fundamentan la acción de anulabilidad en las hipótesis clásicas de actos anulables, sino además porque es también distinto su alcance, ya que la ineficacia, una vez reclamada, no es tan absoluta como para destruir todos los efectos que haya surtido el acto. Admite la interpretación restrictiva de la aplicación del artículo 1.413 como consustancial a las limitaciones de capacidad y prohibiciones legales, pues el consentimiento de la mujer equivale a levantar una limitación impuesta al marido. No se pronuncia BONET de modo expreso sobre la posibilidad de inscribir los actos dispositivos consentidos sólo por el marido; pero del contexto de su trabajo se deduce que faltando este requisito no es posible la inscripción, a menos de aplicar por analogía alguno de los remedios aplicables a los casos de faltar la licencia marital; si bien tampoco alude de modo concreto ni al artículo 169 del Reglamento Notarial ni al 94 del Hipotecario (34).

El Notario Díez GÓMEZ (35) se pregunta: ¿Es el marido el que enajena con el consentimiento de la mujer o enajenan ambos conjuntamente? Y parece inclinarse a la última solución por argumentos de diverso orden, a saber: De orden *gramatical*, por la significación etimológica de la palabra «consentimiento»; *histórico*, por tratarse de una ampliación a la disposición de inmuebles de los requisitos exigidos para la disposición de gananciales a título gratuito; *lógico*, por ser los gananciales un supuesto de comunidad en el que se atribuye la titularidad a ambos cónyuges; y de orden *sistemático*, porque al no modificarse los preceptos relativos a la nulidad de los contratos, concretamente el artículo 1.301, parece darse a entender que la falta del consentimiento *uxoris* no produce la anulabilidad, sino la inexistencia. Como todos estos argumentos producen impresión, dice Díez GÓMEZ, será prudente

(34) FRANCISCO BONET RAMÓN: *Los poderes dispositivos de la mujer casada en el Derecho común*, en *Estudios jurídicos varios*, del Centenario de la Ley del Notariado, 1962, tomo II.

(35) AURELIO Díez GÓMEZ: *La Ley de reforma del Código civil de 24 de abril de 1958, con una breve exégesis*, «Revista de Derecho Notarial», julio-diciembre 1958, pág. 382.

que el Notario proceda pensando en la posibilidad de que la no intervención de la mujer dé lugar a la ineficacia absoluta de la enajenación, *sin que en ningún caso deba aplicarse por analogía el artículo 169 del Reglamento Notarial*. Dados estos razonamientos, resulta indudable que, a juicio de este autor, las disposiciones sólo por el marido consentidas no son inscribibles ni aun con la fórmula del artículo 94 del Reglamento Hipotecario, relativa a la falta de licencia marital, ya que tampoco, a su juicio, cabe aplicar en la escritura la fórmula del 169 del Notarial.

Finalmente, debe hacerse especial mención de las opiniones del Profesor Cossío (36), que ha dedicado bastante atención a estos problemas. Al analizar el ámbito de aplicación del artículo 1413 del Código, opina que es clara la necesidad del consentimiento de la mujer para la cancelación de hipotecas gananciales, aun no siéndolo para la eficacia del pago del crédito garantizado por dicho derecho real. Sostiene que en realidad la voluntad de la mujer juega en los casos de enajenación de inmuebles gananciales el mismo papel que la del marido cuando de la enajenación de bienes parafernales se trata; y es tan extrema su opinión en este particular, que denomina «*licencia uxoria*» al consentimiento de la mujer. Para inscribir los actos dispositivos de inmuebles gananciales será necesario acreditar de modo fehaciente la conformidad de la mujer al acto; si no se acredita, constituirá un supuesto de falta subsanable por no ser radicalmente nula la transmisión y llega a preguntarse, al referirse al artículo 144 del Reglamento Hipotecario: «¿No sería más lógico en este caso de las enajenaciones realizadas por el marido sin licencia de la mujer un trato análogo al que el artículo 94 del Reglamento Hipotecario da a las de parafernales enajenados por la mujer sin la licencia de su marido?» Sin embargo, Cossío tampoco se inclina por esta solución *más lógica*, según se comprueba en otros pasajes de su obra.

Opina que la enajenación sin *licencia* de la mujer adolece de una ineficacia relativa, cuya razón no radica en la existencia de fraude para la mujer, sino en que admitida la cotitularidad mancomunada de disposición, no cabe entender que el marido pueda llevar a cabo una disposición perfecta sobre los inmuebles ga-

(36) ALFONSO DE COSSÍO Y CORRAL: *Tratado práctico y crítico de Derecho civil: La sociedad de gananciales*, pág. 171.

nanciales, ya que para ello su sola voluntad no basta, sino que es además necesario para ello la voluntad de la mujer. En el fondo, tal disposición, llevada a cabo solamente por el marido, supone que el mismo al efectuarla se ha arrogado unos poderes de disposición de los que carecía o una representación que no le había sido conferida. Tanto en un caso como en otro nos encontramos ante un negocio jurídico claudicante, que para obtener su plena eficacia exigiría la ulterior ratificación de la mujer o la autorización judicial subsidiaria.

No se trata—añade Cossío—de un caso de anulabilidad de la misma naturaleza del que se produce en los supuestos en que la mujer dispone de sus parafernales sin la licencia del marido, ni pueden, por tanto, ser de aplicación las normas relativas a tal anulabilidad al supuesto que ahora examinamos. La diferencia fundamental consiste en que la mujer tiene plena iniciativa en la disposición de sus parafernales, y la licencia marital actúa como un simple complemento de la capacidad de la mujer, es decir, que cuando el marido presta tal licencia no equivale su actuación a un consentimiento en la enajenación o gravamen de bienes propios; y por otra parte, cuando la mujer dispone de sus parafernales, no se atribuye unas facultades que no le correspondan, sino que actúa sobre bienes propios y su consentimiento es, en definitiva, lo decisivo; en cambio, en el caso de la disposición de gananciales, hay que tener en cuenta que los bienes no son privativos del marido, sino bienes comunes, y que cuando la mujer consiente, no viene a complementar la capacidad del marido, sino que dispone de algo que le corresponde, de un derecho en cuya cotitularidad participa. Si el marido se arroga su representación o se atribuye una titularidad exclusiva de los bienes, es evidente que el defecto es un defecto de consentimiento propiamente dicho, y que si el consentimiento de la mujer es uno de los elementos esenciales del contrato, según el artículo 1.261 del Código, en relación con el 1.413, no habrá contrato o, por lo menos, ese contrato no podrá obligar a la mujer, porque lo impide, además, la general doctrina del 1.257.

Con todos los anteriores razonamientos, que, a mi juicio, son exactos, Cossío se da respuesta a su anterior pregunta sobre aplicación de las normas del artículo 94 del Reglamento Hipotecario

a los supuestos de enajenaciones realizadas sin el consentimiento *uxoris*, y la respuesta es que esa aplicación resulta ilógica y antijurídica, lo mismo que, a la luz de todas aquellas razones, resulta la equiparación total de ese consentimiento a la licencia marital y lo arbitrario que es denominar licencia a dicho consenso.

Finalmente—agrega Cossío—, que como no se trata simplemente de un negocio anulable—el de la enajenación no consentida por la mujer—no puede entenderse que el acto de disposición produzca sus efectos en tanto no sea anulado y que la acción de impugnación prescriba a los cuatro años. No se producen efectos por la sencilla razón de que falta el consentimiento, o lo que es lo mismo, que no nos encontramos ante un consentimiento imperfecto, como sería el de la mujer al enajenar sus parafernales sin licencia, sino ante un caso de falta total de consentimiento de uno de los titulares del bien que fué objeto de disposición por el marido. De tan claras y terminantes palabras se colige que, a juicio de Cossío, no son inscribibles en el Registro esas enajenaciones imperfectas consentidas sólo por el marido y que tampoco cabe asimilar la falta de licencia marital a la falta del consentimiento de la mujer, no obstante los juicios del mismo autor al principio transcritos.

Tras esta tal vez fatigosa exposición de opiniones doctrinales, puede llegarse en resumen al convencimiento de que casi unánimemente se rechaza la inscripción de los actos dispositivos de inmuebles gananciales sólo consentidos por el marido y de que son escasísimos los que sostienen que puedan por analogía aplicarse a esos actos dispositivos las fórmulas excepcionales de los artículos 169 del Reglamento Notarial y 94 del Hipotecario, que exclusivamente se refieren al modo de facilitar la titulación y la inscripción de actos otorgados por la mujer casada sin la necesaria licencia marital sobre sus bienes propios.

Porque es perfectamente comprensible que el legislador español, ante las corrientes universales de emancipación de la mujer, haya arbitrado remedios o fórmulas especiales para subsanar la falta de licencia marital en los casos en que, según nuestro anticuado Código civil, sea necesaria, pues con ello se evitan posibles y graves trastornos y perjuicios a muchas mujeres casadas, sino también porque esa licencia, después de todo, es un simple

requisito inspirado en un viejo concepto de la autoridad marital llamado a desaparecer, como ya ha sucedido en muchas legislaciones, cuando se llegue a la completa equiparación jurídica de los dos sexos. Privado el marido de la jefatura absoluta de la familia, como antes se privó al *pater familias* de sus poderes omnimodos, la licencia marital es un concepto que ha entrado en crisis. No es, en cambio, tan comprensible que intérpretes y Tribunales traten de aplicar fórmulas y remedios similares para suplir la falta de consentimiento de la mujer en la disposición de ciertos gananciales para la que el Código le exige, puesto que ese consentimiento no es un simple requisito complementario de una capacidad disminuida, sino una sustantiva declaración de voluntad que con el tiempo, cuando se llegue a la total igualdad jurídica de marido y mujer, se convertirá en una efectiva codisposición de los bienes gananciales o comunes.

Juristas e intérpretes no deben olvidar que la necesidad de la licencia marital tiende a desaparecer (37) y que la del consentimiento de la mujer para la disposición de esos bienes conyugales tiende a incrementarse. Muchos juristas enemigos de las nuevas ideas que imperan en la vida social contemporánea se esfuerzan en vano en remar contra la corriente; pero lo sensible es que la jurisprudencia se sume a esos esfuerzos baldíos (38).

(37) En este sentido, cabe citar la reciente Ley de 13 de julio de 1965, modificativa del régimen económico-matrimonial francés, por la cual se concede a cada cónyuge la administración, goce y libre disposición de sus bienes propios, excepto en cuanto a los derechos que aseguren el alojamiento de la familia y los muebles del mismo, para los que se requiere la disposición conjunta o consentida por ambos cónyuges. Sobre esta materia debe consultarse el interesante estudio del Notario MANUEL M. SÁINZ LÓPEZ-NEGRET: *El nuevo régimen matrimonial francés*, publicado en el número anterior de esta REVISTA. También es de recordar la humorística opinión del Notario de Barcelona MARTÍNEZ SARRIÓN, en su reciente conferencia, *La mujer casada y la disposición de sus bienes*, pronunciada en la Academia Matritense del Notariado: «mantener el requisito de la licencia marital viene a ser sinónimo de país subdesarrollado».

(38) Después de escrito este trabajo, pronunció en la Academia Matritense del Notariado una muy interesante conferencia el perspicaz jurista y destacado Notario FRANCISCO ESCRIVÁ DE ROMANÍ sobre *Actos dispositivos realizados en contravención del artículo 1.413 del Código civil*. Me interesa subrayar algunas de sus autorizadas apreciaciones, que vienen a coincidir con las sostenidas en este trabajo. El consenso *mulieris* es para ESCRIVÁ un consentimiento esencial que forma parte del acto dispositivo mismo, el cual no adquiere plena eficacia hasta que ha sido prestado. Sin ese consentimiento, el acto no es simplemente anulable, sino que es un acto incompleto. No cabe asimilarlo a la licencia marital, y si para dejar sin efecto el acto dispositivo se obliga a la mujer a ejercitar una acción de nulidad, resulta notablemente perjudicada. La

B) *Criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado*.—¿Qué ha dicho el Centro directivo sobre estos problemas? No ha dictado hasta ahora, que yo sepa, ninguna resolución que se refiera de modo concreto a la inscripción o no inscripción de las enajenaciones hechas sólo por el marido; pero existen manifiestas y suficientes pruebas de que seguirá el recto camino, en bien de la institución registral y para efectividad de la reforma del Código civil.

En efecto: ya en sus Resoluciones de 1 y 2 de marzo, 28 de mayo y 11 de junio de 1963 se admitió la inscripción de las enajenaciones conjuntas hechas por ambos cónyuges respecto a inmuebles gananciales y de las ventas hechas por la mujer, con consentimiento de su marido, respecto a bienes inscritos a su nombre, pero presuntivamente gananciales, con lo que la Dirección puso de relieve su estricto cumplimiento de las reglas establecidas en los artículos 95 y 96 del Reglamento Hipotecario, reformados en 1959

Mas la principal es la Resolución de 9 de abril de 1965 (*Boletín Oficial del Estado* de 24 de los mismos mes y año), en la que se exigió para la validez de la escritura de hipoteca naval que constase el consentimiento de la mujer del hipotecante, en aplicación de la nueva norma del artículo 1.413 del Código civil. Aquí, el criterio del Centro directivo es terminante: para inscribir la hipoteca—acto dispositivo, de gravamen—es indispensable el consenso *uxoris*. Y eso que por la especial circunstancialidad del caso habría sido posible un criterio más benévolo, habida cuenta de que el marido puede enajenar por si solo el buque ganancial, con-

disposición de los inmuebles gananciales sólo por el marido no produce efectos jurídicos reales. ni transmisión de la propiedad, ni tampoco es inscribible en el Registro, al amparo del artículo 94 del Reglamento Hipotecario, que no puede aplicarse por analogía.

En mi opinión, la disposición de esos bienes sin el consentimiento de la mujer es, para ésta, un acto inexistente, y, en general, es un acto nulo, ilegal, aunque convalidable, en cuanto se preste ese consentimiento o se autorice por el Juez o surja alguno de los eventos anómalos que cita Escrivá. Es difícil sostener la doctrina de la simple anulabilidad, porque ésta comprende más bien aquellos actos o negocios válidos y eficaces en principio, pero que luego pueden ser anulados, en tanto que la falta del consenso *uxoris* da lugar a un negocio nulo e ineficaz en principio, pero que luego puede ser convalidado y completado. Y bien lo acredita la opinión de Escrivá, íntegramente compartida por mí: esas disposiciones sólo por el marido no operan la transferencia del dominio y no son inscribibles en el Registro.

forme al artículo 1.585 del Código de Comercio, que reputa al buque como bien mueble; y que la calidad de inmueble que se le atribuye en la Ley de Hipoteca Naval de 21 de agosto de 1893 es al solo efecto de admitir su hipotecabilidad y no pasa de ser una de tantas ficciones de que se vale el Derecho desde la época romana para permitir lo que sin ellas sería imposible, y tal ficción, hoy que se ha admitido y regulado en nuestro Ordenamiento legal la hipoteca mobiliaria, resulta anacrónica y exige una revisión legislativa. En definitiva, existe una especie de antinomia, pues si la hipoteca es una venta potencial, resulta extraño que para ella se exija un consentimiento que no se exige para la venta efectiva, pues lógicamente quien puede lo más puede lo menos. El Código Mercantil estimó al buque como bien mueble, y no previó ni su hipoteca (para lo que hubo que recurrir a la antedicha ficción), ni que la disposición de que los gravámenes hipotecarios gananciales sobre inmuebles hubieran de consentirse por la mujer. Es claro que en Derecho constituyente no habrá dificultad en su día en declarar hipotecable al buque sin que por ella pierda su calidad jurídica de bien mueble. Pero justo es reconocer que la Dirección, con recto sentido, se ha atendido a la letra de la Ley y ha evidenciado un criterio que es claro y también ajustado a la letra y al espíritu de la reforma civil de 1958.

Con este antecedente no parece dudoso que si se presenta el caso el Centro directivo ha de exigir también el consentimiento de la mujer para la enajenación o gravamen de inmuebles gananciales.

X

FINALIDAD Y PRINCIPIOS DE NUESTRO SISTEMA REGISTRAL-INMOBILIARIO.

Es oportuno ahora recordar los principios fundamentales de la legislación hipotecaria y las finalidades que se propusieron los legisladores de 1861 al implantar un sistema técnico de Registro que acabase con la pretérita incertidumbre del dominio. Y es oportuno porque el problema de aplicación extensiva del ar-

título 94 del Reglamento a las enajenaciones otorgadas sólo por el marido, o sea, el de dar entrada en el Registro a actos jurídicos sin validez ni eficacia plenas, a contratos que no se acomodan a la legislación civil, reviste caracteres de gravedad para el porvenir de la institución registral y para los presupuestos que sirven de cimiento a su meditado sistema.

Casi es superfluo recordar, por harto sabido, que el Real Decreto de 8 de agosto de 1855 condenó severamente el sistema anterior a la Ley Hipotecaria, porque las Leyes antiguas no garantizaban suficientemente la propiedad, ni asentaban sobre sólidas bases el crédito territorial, siendo, por consiguiente, urgente dar certidumbre al dominio. Don BIENVENIDO OLIVER (39), que tan minuciosamente historió los trabajos preliminares, los objetivos y el planteamiento de la nueva legislación hipotecaria, decía que con ella se trataba, en primer lugar, de dar nueva base firme y segura al dominio de las fincas. Con un dominio estable, cuya adquisición no pudiese ser revocada ni discutida, se tenía una base cierta y firme para sustentar el crédito territorial, que permitiría el desarrollo de la industria y la agricultura, y que hoy, merced al acierto del sistema, ha permitido lo que ya se denomina el «milagro español», es decir, el auge inverosímil de nuestra expansión urbana e industrial, levantada sobre algo tan espiritual como la hipoteca, fórmula feliz e insustituible de la garantía territorial.

Decía la Exposición de Motivos de 1861 que para adquirir con seguridad bienes inmuebles o derechos reales no basta que el vendedor o imponente sea dueño de ellos, es además necesario que el que transmita tenga capacidad civil para hacerlo. Sólo por el concurso de estas circunstancias podrá estar completamente seguro el adquirente. «Si la Ley no atendiese, pues, a que la capacidad de la persona constara en el Registro, su obra sería incompleta y no produciría frecuentemente el efecto apetecido».

Este vaticinio se convertiría en realidad si prevaleciese la tesis que defiende la inscripción en el Registro de las enajenaciones de gananciales no consentidas por la mujer, aunque sea con reservas, salvedades o advertencias para aviso de terceros. Si esos

(39) BIENVENIDO OLIVER ESTELLE: *Derecho inmobiliario español*, pág. 73

actos, nulos o anulables, y desde luego contraventores del Código, se inscribiesen, el dominio resultante no sería seguro e inatacable, sino inseguro y revocable, y no serviría como base para el crédito. Quien adquiriese la finca, quedaba expuesto a un pleito, y ante temor tan justificado, pagaría por ella mucho menos de su verdadero valor, y quien sobre ella prestase dinero, retendría una buena parte para cubrirse del posible riesgo o, acaso, no la admitiría como garantía. Esos bienes así inscritos se desvalorizarían, tanto para el tráfico como para el crédito. El Registro de la Propiedad llegaría a ser un Registro de la «propiedad revocable», y perdería, con su prestigio, su razón de ser.

Tampoco parece necesario recordar que nuestra legislación hipotecaria, como conjunto orgánico o sistemático de preceptos que guardan entre sí un lógico enlace, obedece a algunos principios fundamentales, que, aunque no se enuncien de modo explícito en su texto, por ser innecesario, inspiran directamente el articulado.

Uno de ellos, y de los más importantes, es el de *legalidad*. Explicó la Exposición de Motivos que «el Registro debe contener las obligaciones que produzcan derechos reales, cuyos títulos tengan valor jurídico, no aquellos a los que las leyes nieguen fuerza coactiva». Comentando esto, dice con acierto ANGEL CRISTÓBAL MONTES (40): «En los sistemas que reconocen a la inscripción efectos sustantivos, constitutivos o convalidantes, y en los que con base al principio de fe pública se otorgan excepcionales ventajas a los terceros adquirentes, es evidente y lógica la existencia de una rigurosa censura previa de los actos inscribibles, una especie de juicio registral que, en base a los documentos presentados y a los datos obrantes en el Registro, sirva para asegurar el paralelismo entre los asientos y la realidad jurídica. De otro modo, como dice JERÓNIMO GONZÁLEZ, los asientos sólo servirían para engañar al público, favorecer el tráfico ilícito y provocar nuevos litigios». Y en vista de lo anterior, el mismo autor venezolano define el principio de legalidad como «el que impone que los títulos que pretendan ser registrados sean examinados, verificados o calificados antes de ser inscritos, al objeto de que sólo tengan acceso al Re-

(40) ANGEL CRISTÓBAL MONTES: *Principales sistemas de publicidad registral inmobiliaria*. Publicación del Ministerio de Justicia de Venezuela año 1964, página 238.

gistro los títulos válidos y perfectos». Coincide con este criterio el fino hipotecarista cubano ANGEL DORTA DUQUE (41), al decir: «el principio de legalidad consiste en que sólo pueden inscribirse en el Registro los títulos que reúnan los requisitos formales e intrínsecos de acuerdo con la legislación, lo que hará prevalecer la autenticidad, certeza y seguridad de los actos inscritos».

Piénsese cuánto se vulneraría este principio si se permitiese la inscripción de actos nulos o anulables, imperfectos, contrarios desde luego a lo legislado. También se vulnera, hay que reconocerlo, con la inscripción de contratos otorgados por la mujer sin licencia marital en los casos en que ésta sea necesaria; pero ello constituye una excepción, admitida primero por la jurisprudencia y después por los Reglamentos Notarial e Hipotecario, y cuya gravedad se atenúa, no sólo por las razones sociales que la justifican, sino también por la menor importancia que tiene el que la mujer disponga por sí sola de lo que es privativo suyo, si se compara con que el marido disponga por sí solo de lo que no es suyo propio, sino de la sociedad conyugal o, lo que es lo mismo, de los dos cónyuges.

El que se repite la falta del consenso *uxoris* como causa determinante de anulabilidad, no de nulidad absoluta, no constituye razón para permitir su inscripción, pues ambos vicios del contrato provienen de la contravención de una norma legal, más o menos imperativa, y su inscripción pugna con el principio de legalidad. En opinión de DORTA DUQUE (42), cuando el defecto advertido en el título produzca la anulabilidad o nulidad relativa del acto, puede considerarse que adolece de falta insubsanable, aunque la jurisprudencia hipotecaria haya establecido alguna excepción.

JERÓNIMO GONZÁLEZ (43) explicaba «que la facultad de disponer, esencialmente distinta de la capacidad, hace referencia a la relación existente entre el sujeto otorgante y el objeto—finca o derecho—que se transfiera o grave. El Registrador tendrá en todo caso (en acatamiento del principio de legalidad) que examinar la

(41) ANGEL DORTA DUQUE: *Curso de legislación hipotecaria*, tomo II, página 294.

(42) Op. cit., tomo XI, pág. 302.

(43) JERÓNIMO GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Principios hipotecarios*, Edición Homénaje del Colegio de Registradores, año 1932, pág. 278.

existencia de este presupuesto; pero igualmente quedan sometidas a su decisión las prohibiciones de disponer que limitan dicha facultad, ya sean legales, ya judiciales, ya voluntarias». En el problema que se estudia, el Código civil exige para la disposición de inmuebles gananciales que el marido necesita del consentimiento de la mujer o, en su defecto, de autorización judicial: luego, conforme a la doctrina de JERÓNIMO GONZÁLEZ, queda demostrado que se le veda o prohíbe disponer por sí solo y que un acto de transferencia de esta especie no puede tener acceso al Registro, si la calificación quiere apoyarse en el principio de la legalidad.

También los principios de tracto sucesivo y de consentimiento se oponen a que esos actos de disposición unilateral se inscriban en el Registro, pues, según dijo también JERÓNIMO GONZÁLEZ, nuestro sistema da valor preponderante al consentimiento de transferente y adquirente, sobre todo al del titular según el Registro que resulte perjudicado por el acto inscrito» (44). Con referencia al tracto sucesivo, nos enseñó el inolvidable maestro que «este principio en su aspecto sustantivo hace referencia a que el acto inscribible se derive del titular inscrito e impone que los libros hipotecarios deben mostrar el encadenamiento del causante al sucesor mediante eslabones formales que registran en serie los actos de transferencia, constitución y extinción de los derechos reales inmobiliarios; y que cada uno de estos asientos, que reflejan el historial de la finca y encierran el contenido real de los títulos presentados, se apoyan según hemos visto en el consentimiento del anterior titular hipotecario» (45).

Aplíquese tan racional doctrina al caso debatido. En el terreno puramente registral, que es donde radica la clave del problema puesto que se trata de inscribir o de no inscribir, resulta evidente que mientras esté vigente la reforma reglamentaria, los inmuebles gananciales se inscriben a nombre de marido y mujer conjuntamente y para la sociedad conyugal. Luego, los actos dispositivos, para ser inscritos sin vulnerar ambos principios de nuestro sistema, deben registralmente ser consentidos por ambos cón-

(44) Op. cit., pág. 210.

(45) Op. cit., pág. 231.

yuges titulares, y con mayor razón cuanto que la misma norma dispositiva se contiene también en el Código civil reformado.

XI

A MODO DE COLOFÓN.

Para finalizar estas consideraciones en torno a un tema tan sugestivo en la vida jurídica como en la vida real, debo aludir a una hipótesis que AZPIAZU formulaba en una pregunta que venía a resumir su opinión. «¿No es mejor y más eficaz—dijo—para defensa de los derechos de la mujer que se permita el acceso al Registro de esos actos (los dispositivos de gananciales sólo por el marido) haciendo constar la falta del consentimiento *uxoris*, con lo cual queda allí clavada la posible acción de defensa?»

Esta idea, harto candorosa, equivale *mutatis mutandi*, a creer que para impedir el riesgo de un posible desvalijamiento del hogar es defensa más segura confiar en que, si se produce, los Tribunales obligarán al culpable a resarcir los daños, que el adoptar la más simple de las precauciones: cerrar bien las puertas y encargar a un guardián fiel que las vigile.

Con aquel procedimiento la mujer sabrá que si entabla un pleito y lo gana, el acto dispositivo ilegal del marido será anulado y la transferencia del inmueble quedará deshecha por la autoridad judicial; pero mucho más segura estará y más confiará en que su derecho no será lesionado, si sabe que otros funcionarios jurídicos del Estado—el Notario y el Registrador—no documentarán ni permitirán la entrada en el Registro de esos actos y contratos que ella no ha consentido ni tal vez conocido, realizados por el marido en contravención de lo ordenado por el Código. Este sencillo procedimiento, únicamente factible en cuanto a la propiedad inscrita, asegura plenamente no sólo a la mujer, sino también al cumplimiento de la Ley.

Mediten, mediten objetivamente quienes se inclinan por el primero de ambos sistemas. Porque son ya varios los problemas registrales planteados en los últimos tiempos cuyas soluciones no parecen muy concordes con los principios y finalida-

des de nuestro régimen inmobiliario y que, si se persiste en la misma orientación, pueden comprometer la salud de nuestra admirable institución registral, paciente labor de más de un siglo. Tal vez llegue el momento de que cuantos se han consagrado a realizarla y perfeccionarla tengan que defenderla contra esas heridas invisibles, de las que cabe decir lo que los antiguos decían de las horas desgranadas por el reloj, al fluir incesante del tiempo: «*omnia vulnerant, postrema necat*». Porque si así lo hacen quienes tienen el deber de hacerlo, podemos abrigar la fundada esperanza de que subsista y perdure un sistema que tanto ha contribuido a nuestro progreso jurídico y al desarrollo nacional; ya que, pese a los presagios de agoreros y detractores, habrá que confiar en que, según frase también latina que nos legó Horacio: «*Non omnis moriar*».

RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL.

Académico de número de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación.