

En torno al artículo 1.413 del Código civil y cuestiones con él relacionadas

Con motivo de la Semana Notarial celebrada en Sevilla del 6 al 12 de noviembre de 1961, fué pedida una colaboración a los colegiados sobre temas prácticos, uno el referente a la aplicación en casos dudosos del citado artículo. Resultado de aquella petición es el trabajo que, en los aspectos que se juzgan interesantes, se inserta a continuación.

CONSIDERACIONES GENERALES INTRODUCCION

Para mejor inteligencia de las soluciones que me parecen oportunas creo indispensable hacer un breve esquema de los principios que rigen la sociedad de gananciales.

1.º 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 de la propiedad, proindiviso romana.. » (Resolución de 30 de junio de 1927).

2.º Dicha comunidad (en mano común o condominio germánico) funciona «con atribución de los poderes de disposición a título oneroso y, en ocasiones, a título lucrativo al mismo marido

como jefe económico de la familia y, en ocasiones, de la mujer» (Ibidem).

3.º La masa de bienes gananciales, «sin constituir una verdadera persona jurídica distinta de la personalidad del marido y de la mujer, funciona como masa patrimonial afecta a fines peculiares del matrimonio» (Resolución de 19 de octubre del mismo año).

Las consecuencias, tachadas de excesivamente conceptuales, que pudieran derivarse de esta construcción no están en ella. Sólo se desprenden de una exagerada o errónea concepción de los efectos de la titularidad registral de gananciales o de las figuras jurídicas que constituyen los casos dudosos.

LA REFORMA

La Ley de 24 de abril de 1958, al dar nueva redacción al artículo 1.413 del Código—que se hacía precisa, según la opinión más extendida, dado el «quietismo» de la jurisprudencia, que se había fosilizado en vetusta opinión—está explicada por su Exposición de Motivos, por el propósito y con los condicionamientos siguientes:

a) Atribuir a la mujer casada «nuevas facultades en orden a la disponibilidad y gravamen, constante el matrimonio, de los bienes gananciales».

b) No respecto a todos «por el propósito de limitar en la mayor medida posible las perturbaciones, que en el tráfico jurídico puede introducir la obligada intervención de ambos cónyuges». Se quiere que el tráfico jurídico no se resienta o que lo sea en la menor medida posible.

c) Por ello se limita la intervención de la mujer «a los actos dispositivos sobre inmuebles y establecimientos mercantiles», en razón a haberse tenido en cuenta:

— que los bienes inmuebles, «si no representan en todos los casos un mayor valor económico, si son los que, de ordinario, encarnan valores de uso y de afección, muy ligados al desenvolvimiento de la vida familiar»,

— y que «los establecimientos mercantiles son, frecuentemente, la expresión de un modo de vida que pueda afectar por entero a la economía doméstica».

EL NUEVO REGIMEN DE LOS BIENES GANANCIALES

Sustancialmente, es igual (o así debe entenderse) al anterior, sin más modificación que la que representa la necesidad del consentimiento de la esposa para los actos de disposición sobre bienes inmuebles y establecimientos mercantiles, como limitación a los poderes del marido en su calidad de administrador de aquellos bienes y en salvaguardia de los derechos de la mujer. Todo con el alcance que resulta de la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma, pues aunque tales exposiciones no constituyen jurisprudencia, sí orientan en los primeros tiempos de vigencia de las leyes a la doctrina y a las decisiones jurisprudenciales.

EL ACTO DE DISPOSICION DEL ARTICULO 1.413

La expresión en cuestión que exegéticamente sólo parece indicar enajenación o gravamen quiere significar (en la acertada apreciación de DE LA CÁMARA) (1) que suscribo, acto opuesto al de administración. Es decir, aquello que puede comprometer al futuro del patrimonio: que no se desenvuelve en la esfera de la renta: que afecta a la sustancia de la cosa a que se refiere.

No tiene correlatividad con el segundo miembro de la clasificación de los negocios (o actos) jurídicos, en «negocios obligacionales» (prefiero el galicismo a la expresión «de obligación») y «negocios de disposición», cuya diferencia tan claramente expone VON THUR (2).

(1) MANUEL DE LA CÁMARA, *El nuevo artículo 1.413 del Código civil*, publicado en el «Anuario de Derecho Civil», tomo XII págs. 451-479. 847-898, y tomo XII, págs. 361-499.

(2) «Llámanse acto de disposición a todo negocio jurídico que toca directamente a un derecho o relación jurídica, ya sea mediante una enajenación, un gravamen, una alteración o una renuncia. Todo acto de disposición viene a disminuir el activo patrimonial».

«Los negocios jurídicos constitutivos de obligaciones se diferencian de los

Por eso sería preferible usar la expresión «administración extraordinaria», sin perdernos en las subdistinciones del acto de administración extraordinaria y de administración excepcional.

Comprendería los dos últimos términos de esta última.

Ahora bien, esas disposiciones (actos de riguroso dominio les llama DE LA CÁMARA, utilizando la dicción del artículo 1.713 del Código civil) pueden ser «de hecho» o por negocio jurídico.

El consentimiento de la mujer casada está previsto (y, en su defecto, la licencia judicial) para estos últimos. Contra los primeros, el recurso de la mujer está en las medidas precautorias que puede decretar el Juez a su instancia, conforme al párrafo segundo del artículo en cuestión. Y ello sin perjuicio de que, si el marido lo cree prudente, pueda *a priori* solicitar la licencia judicial para esos actos de administración consistentes en «hechos», si conoce la disconformidad de su cónyuge.

EL CONSENTIMIENTO DE LA MUJER CASADA

Conocidamente se han ensayado o expuesto las siguientes opiniones acerca de la naturaleza jurídica del consentimiento de la mujer previsto en el nuevo artículo 1.413. Y necesariamente ha de enmarcarse en alguna de las variantes:

A) Es un consentimiento de tipo negocial idéntico al que el marido resta. Esta parece ser la opinión de DE CASTRO, digna de tomarse en consideración no sólo por la altura científica de su autor, sino por coincidir con la opinión que podría llamarse «Hipotecarista».

A primera vista no es descabellada. Si los bienes gananciales son objeto del llamado condominio germánico, es lógico que para disponer de ellos, requiriéndose el concurso de la mujer, se proceda a prestar el consentimiento en el mismo plano, «en mano común».

actos de disposición en que no menoscaban el patrimonio disminuyendo el activo, sino aumentando el pasivo» (Véase THUR, *Tratado de las obligaciones*, tomo I, págs. 143 y 144, traducción de Roces, Madrid, 1934).

Se trataría de una codisposición o disposición que conjuntamente otorgaran ambos cónyuges.

Obligan a abandonarla las siguientes razones:

a) En las ventas de gananciales la mujer no responde con sus bienes propios del saneamiento.

b) Puede suplirse por una licencia judicial prestada en procedimiento de jurisdicción voluntaria (salvo oposición) y no en virtud de sentencia dictada en el juicio declarativo que corresponda.

c) La falta de *consensus mulieris* tornaría al acto nulo (en el sentido de inexistente) cuando parece que todos están de acuerdo en que cabe la ratificación (o un expediente análogo).

d) Entorpece esta concepción el tráfico jurídico mucho más de lo necesario, según el sentido que tiene la reforma, conforme a la Exposición de Motivos. Lo que se comprobará al examinar después los casos propuestos.

B) Es un asentimiento a una disposición de un derecho del que asiente. Aquí, de la mujer casada.

Parece que RODRÍGUEZ ADRADOS (*Revista de Derecho Notarial* de julio-diciembre de 1958) sostiene esta postura.

Dentro de los negocios jurídicos de asentimiento (aprobación que otorga una persona que no ha sido *parte* en el negocio jurídico) incluye la doctrina germánica los más heterogéneos supuestos (pueden verse en el capítulo—o párrafo—191 del *Enneccerus*. Parte general, volumen II) (3).

(3) Según ENNECCERUS, los casos más importantes se pueden dividir en los siguientes grupos:

a) *Asentimiento en virtud de un derecho de vigilancia*.—Ciertos sujetos de capacidad limitada requieren el asentimiento de su representante legal.

Aquí incluyen los comentaristas los supuestos del artículo 1.263, números 1 y 2, y 1.301, *in fine*, del Código civil español. Y la licencia marital. También pueden agregarse los casos de complemento de capacidad de menores emancipados (arts. 59 y 317 de nuestro Código).

b) *Asentimiento del representado*.—Es decir: la representación voluntaria supone el asentimiento del *dominus negotii*, ya precedente (poder), ya subsiguiente (ratificación).

Los aludidos PÉREZ y ALGUER citan el caso del artículo 1.259 del Código civil.

c) *Asentimiento a la disposición de derechos del que asiente*.—Aduce ENNECCERUS como ejemplo el supuesto de asunción de deuda.

d) *Asentimiento por razón de afectación mediata de los derechos e intereses del que presta el asentimiento*.—Por esta causa, dice el autor alemán, muchos negocios realizados por un cónyuge requieren el asentimiento del otro.

De los que expone este autor, creo que deben excluirse en el caso que nos ocupa los de asentimiento en virtud de un derecho de vigilancia (padre que complementa la capacidad del menor), asentimiento del representado (pues la mujer no es el *dominus negotii*, ni la venta, de gananciales o cualquier otro supuesto de enajenación o gravamen es acto representativo), y pueden fluctuar las opiniones entre el asentimiento a una disposición de un derecho *del que asiente* (que se ha expresado en el epígrafe) o el asentimiento en virtud de afectación *mediata* de los derechos e intereses del que presta el asentimiento.

La consecuencia de esta postura B) es que el acto no es insubsanable usando técnica hipotecaria, sino de posible convalidación (negocio claudicante) aplicando por analogía el artículo 1.259 del Código civil.

C) Asentimiento de la mujer de tipo «control» para evitar el abuso del marido.

Es la opinión de Roca en su *Suplemento al Derecho Hipotecario* (página 82).

Parece que el ilustre autor ha cuidado poco sus expresiones sobre este particular, pues no usa la expresión «asentimiento» en general, sino que la reserva para una opinión (que desecha) inspirada, según él, en que la mujer no tiene titularidad actual, sino potencial, de los bienes gananciales, cosa errónea, como dice, a la vista del artículo 1.392 del Código civil, que haría revivir el antiguo aforismo *mulier non est socius*...

Precisamente porque la mujer tiene un derecho actual sobre los gananciales (aunque la gestión y administración esté encomendada al marido) es por lo que de las dos últimas clases de asentimiento, según la clasificación de ENNECCERUS, desechamos la última (en virtud de afectación mediata), pues los derechos de la esposa quedan afectados inmediatamente. Y aunque cite como casos de la que comentó los negocios realizados por un cónyuge, que necesitan con frecuencia el asentimiento de otro, está refiriéndose al Derecho civil alemán, cuya construcción doctrinal no conocemos exactamente.

La consecuencia, al parecer, de la falta de *consensus uxoris* en

este caso sería la misma que en el siguiente, lo que no nos parece cierto.

D) El consentimiento de la mujer casada es una licencia uxoria. Sostiene esta opinión DE LA CÁMARA, precisamente para recordar las consecuencias lógicas—según él—de admitir que el consentimiento de la esposa tiene la naturaleza de alguna de las opiniones anteriores y, más en concreto, de la primera o segunda expuestas.

Llamar licencia al *consensus mulieris* me parece insostenible por dos razones:

a) Que es depresivo de la autoridad del marido en la familia, cosa que, en términos generales, procura dejar a salvo el artículo 1.316 del Código civil para las capitulaciones.

b) Aunque se estimará baladí la consideración anterior, por ser sólo cuestión de nombre, siempre queda en pie la consideración del carácter del negocio jurídico concluido sin aquel consentimiento. No es anulable, como dice DE LA CÁMARA, pues los artículos 1.300 y siguientes del Código han quedado intactos después de la reforma, y en ellos no se incluye como supuesto de anulabilidad la falta de consentimiento de la mujer.

Siendo ésta condueña con el marido de los bienes gananciales (cfr. 1.392 y jurisprudencia), la falta de su consentimiento hace al acto nulo, aunque puede ser ratificado por la esposa. Y ello porque su declaración de voluntad *no es* de tipo negocial en igual plano que el marido, porque no se trata de una codisposición. Y permite el juego del artículo 1.259, conforme pasamos a decir.

El centro de gravedad del acto de disposición sobre gananciales está en la declaración de voluntad del marido que sigue siendo el administrador de los gananciales (1.412) con facultades (o «poder», si se prefiere) de disposición de ellos («enajenar y obligar») del artículo 1.413. Pero que precisa para la validez del acto la conformidad (asentimiento) de su esposa cuando la disposición recae sobre inmuebles o establecimientos mercantiles.

Y no creo que después de la reforma (pese a ser casi idéntica la redacción del párrafo último del 1.413) se pueda sostener la

antigua jurisprudencia del Supremo, que venía a permitir que «la ahorran con muchísimo respeto» (4).

Cabe que la mujer reaccione contra las disposiciones de gananciales hechas por su esposo en contravención al Código por la enérgica vía de las acciones de nulidad (en su sentido más estricto) contra los adquirentes de los bienes, o solicitando al Juzgado las medidas precautorias oportunas contra las disposiciones de hecho.

Que el Código permita las licencias judicial subsidiaria (no sólo para cuando no quiera, sino también para cuando no pueda prestar el consentimiento) no dice nada en contra, visto que los artículos 1.441, último párrafo, y 1.444, también la preveen para cuando la esposa ejerce la administración, no sólo de los bienes que le hayan correspondido en caso de separación (hipótesis, en realidad, distinta de la que se ocupa el artículo 1.444), sino de los mismos bienes gananciales vigente, la sociedad conyugal, situación que decididamente afronta la disposición primeramente citada, desprendiéndose de su texto la posibilidad de la licencia judicial.

En consecuencia, entendemos que el *consensus mulieris* exigido por el artículo reformado es un asentimiento a un derecho (el bien ganancial) de que es cotitular el que asiente. Y que aunque el centro de gravedad de la disposición está en la declaración de voluntad del marido, la de la mujer es también precisa para la validez del acto.

De las expresadas opiniones la más acertada, a mi parecer, es la de RODRÍGUEZ ADRADOS, sin perjuicio de reconocer el mérito de las construcciones de DE LA CÁMARA, que después recogemos.

Y no se teman las consecuencias de esta postura (tachada de conceptual), porque tiene correctivos que paso a examinar con los casos propuestos: éstos, finalidad principal del presente estudio, por cuanto ahora interesa son los siguientes:

(4) Me refiero a la jurisprudencia que le negó el derecho a toda medida cautelar, haciendo estéril la prevención final del primitivo artículo 1.413. Reservar el derecho para cuando se disolviera el matrimonio era hacer ilusoria la garantía que la Ley quiso dar a la esposa (cfr. S. de 12 de diciembre de 1929).

CASOS DUDOSOS DE APLICACION DEL ARTICULO 1.413 DEL CODIGO CIVIL

Donaciones onerosas.—Es donación onerosa, conforme al artículo 619 del Código Civil, aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado.

Pertenece al grupo de actos que se ha dado en llamar de causa mixta.

Un matrimonio ha donado a uno de sus hijos una finca hipotecada al Banco Hipotecario de España en garantía de un préstamo hecho a los donantes por dicha entidad. E imponen aquéllos al donatario la obligación de satisfacer la deuda garantida con la hipoteca. Se duda de si en una futura enajenación (o gravamen) ha de prestar el consentimiento la esposa del donatario, por el aspecto oneroso que (parcialmente) parece tener la adquisición de lo donado.

No obstante la asunción de deuda que la aceptación de la donación supone, creo que la finca es privativa del marido. Pues el artículo 1.339 del Código civil, precisamente incluido en la Sección segunda del capítulo de la sociedad de gananciales, sección que lleva por epígrafe «De los bienes de la propiedad de cada uno de los cónyuges», dispone que «si las donaciones fueran onerosas, se deducirá de la dote o del capital del esposo donatario el importe de las cargas, siempre que hayan sido soportadas por la sociedad de gananciales».

Es decir, manda aplicar la doctrina de las expensas útiles del artículo 1.404, primer párrafo, según la cual mejor que cargar a la dote o capital de uno u otro cónyuge el importe de lo satisfecho por la carga (en sentido económico) de la donación, procede imputar al donatario (es decir, colacionar en la liquidación de la sociedad de gananciales) el valor de aquella carga; a menos que no haya remanente de gananciales, en cuyo supuesto sí será hecha efectiva a cargo de los bienes privativos del marido o de la mujer, en su caso; en cuanto a ésta no sólo con cargo a la dote (*rara avis*), sino también con cargo a los parafernales, si, como es corriente, no hay bienes dotales. El artículo 1.419. y sus concordantes, en especial los 1.421 y 1.423, abonan esta solución.

El caso es idéntico, en cuanto a compensación económica entre los cónyuges y carácter privativo en su integridad de los bienes adquiridos por uno de ellos, a las adquisiciones de que se trata seguidamente.

Adquisiciones mixtas, lucrativo-onerosas.—El supuesto o supuestos se plantean así:

En una herencia un heredero se excluye a metálico; otro heredero, casado, adquiere la totalidad de los bienes pagando la diferencia. Suele decirse que en parte hereda y en parte compra. y si no se justifica la procedencia privativa del dinero, se duda si en la posterior disposición sobre un inmueble o un establecimiento mercantil (así adquirido) es preciso el consentimiento de la esposa.

Si tales hechos se dan con referencia a la indivisibilidad, física o jurídica, de bienes comprendidos en una herencia que provoquen la exclusión de un coheredero mediante el pago del valor de su cuota en dinero, al amparo de los artículos 1.056 y 1.062 del Código civil, motivaran, a mi parecer, que la adquisición sea privativa en su totalidad para el heredero casado. Consecuencia es que en la futura enajenación no ha de prestar la esposa el consentimiento.

Sus intereses quedan salvaguardados, conforme a la doctrina de las expensas útiles, puesto que su principio general es que los bienes conserven el signo que tenían, y que los gastos hechos en ellos, originen un crédito a favor del fondo común (o ganancial) y a cargo del cónyuge en cuyo beneficio se hace la expensa. No hay duda de que impedir la división de una finca, física o económicamente indivisible, es una expensa útil.

Cosa distinta es el caso de que el bien adquirido no tenga la calidad de indivisible conforme a los criterios expuestos.

Adjudicaciones para pago de deudas del causante o de gastos de la testamentaria.—Es vieja la tesis fiscal de que los herederos en estos casos en parte heredan y en parte compran los bienes de la sucesión.

Esta doctrina ha salido de sus límites del impuesto para contagiar las inscripciones del Registro de la Propiedad.

Para revisarla hay que tener presente que tales adjudicaciones

tienden a mantener la unidad del patrimonio heredado, por lo que la cuestión es idéntica a la de los casos anteriores.

Las adjudicaciones para pago (incluso las que tienden a cubrir los gastos de Juzgado, en jurisdicción voluntaria, Notaría y Registro, e incluso de Derechos reales y timbre, todos por el carácter accesorio de estas obligaciones) tienden a conservar en manos de un sucesor *mortis causa*, a título universal, continuador de la personalidad del de *cujus*, el patrimonio íntegro—o cuota del mismo—que a éste perteneció. Y tal consideración basta, a mi entender, para desechar aquella construcción onerosa hasta las últimas consecuencias que llevaría en cualquier caso a exigir el consentimiento uxorio.

Es indiferente, creo, que tales adjudicaciones se construyan como «en comisión para pago de deudas» (negocio fiduciario), o bien como «adjudicación por asunción de deudas» (negocio que aisladamente, fuera del campo de la partición de herencia, es similar a la compraventa).

En ambos casos se trata de que los bienes no salgan de la familia o bien del círculo de herederos o legitimarios, incluido el cónyuge *supérstite*, siendo indiferente en cuanto a ésta, por razón de su carácter de condominio en los gananciales, que se aplique la misma doctrina si por deudas repercutibles contra esta clase de bienes se le hace adjudicación para pago, el hecho—indiferente, repito—de que renuncie o no a su cuota viual. La íntima conexión familiar y jurídica de la liquidación de la sociedad conyugal y de la partición de herencia abonan esta solución. En consecuencia, disiento de la doctrina que sostuvo la Resolución de 9 de noviembre de 1936.

Y ya que hablamos de la jurisprudencia hipotecaria, cabe hacer aplicación renovada de lo sentado repetidamente por la Dirección General a propósito de las adjudicaciones para pago que, según muchas Resoluciones (9 de octubre de 1901, 24 de junio de 1902, 18 de agosto de 1909, 29 de abril de 1913, la citada del 38 y otras), de ser acto de partición la adjudicación para pago hecha a un heredero por deudas del causante y ser de enajenación la efectuada a extraño o por deudas de distinto origen. Lo que, *mutatis mutandis*, podría servir de base para decidir que en los primeros supuestos dan origen a una adquisición privativa en pro del adju-

dicatario, mientras que en los segundos motivan una adquisición de carácter ganancial si el adquirente-adjudicatario es casado (y como indicamos, no reúne la calidad de cónyuge *supérstite* —puede ser binubo—, al tiempo de la partición, o de heredero o legitimario del causante de la testamentaria).

En el supuesto de adquisición privativa el contravalor o pasivo que el adjudicatario satisface es una expensa útil en bien propio (el adquirido o adquiridos por la adjudicación en cuestión), colacionable y cobrable en su caso con cargo al patrimonio privativo a la hora de liquidar la sociedad conyugal.

Si no se entiende así, ¿por que basta para consentir tales adjudicaciones la capacidad precisa para hacer particiones de herencia, menor emancipado, por ejemplo, y no la necesaria para vender?

Además, en confirmación de esta tesis valen las dos siguientes consideraciones:

— Conforme al artículo 659 del Código civil, la «herencia comprende todos los bienes, derechos y *obligaciones* de una persona que no se extingan con su muerte». Y, en consecuencia, también son herencia (conforme se ha subrayado) las deudas del difunto, aunque con el carácter necesario de valor negativo. Y su liquidación o manera de pagarlas es de carácter particional. Todo haciendo caso omiso de la restringida concepción germanizante, que ve en la herencia un saldo o diferencia entre el activo y el pasivo.

— Prácticamente nada más lejos de lo que entiende la gente que la idea de compra (en las adjudicaciones para pago de deudas) que hiciera el adjudicatario. Poquísimas personas profanas en Derecho llegaron a pensar que si un hijo ha recibido en una partición una masa de bienes para pagar deudas de su padres, los bienes así recibidos son también propiedad de la esposa del adjudicatario.

Creo que hay que revisar aquella doctrina. Y por lo que respecta al nuevo artículo 1.413, que no ha de regir estos casos, no siendo necesario el consentimiento de la mujer casada para la futura enajenación de tales bienes, por su marido, adjudicatario para pago.

Finca hipotecada por deudas del causante de la herencia.—Se haga o no se haga expresa adjudicación para pago de aquellas deudas, *a fortiori* si no se hace, la adquisición tiene carácter privativo, pues se trata de una variante del caso anterior, coincidente, además, con el supuesto contemplado por el artículo 1.399 del Código civil, referente a las donaciones onerosas.

Modificación de entidades registrales. Agrupaciones y segregaciones, divisiones de fincas y declaraciones de obra nueva.—Dado cuanto queda dicho, principalmente en orden a la finalidad y alcance de la reforma del artículo 1.413, no creo que quepa duda de que tales actos no precisan el asentimiento de la mujer casada para su formalización en escritura ni para su inscripción posterior.

Ni están comprendidos en el acto de disposición a que alude el artículo en cuestión, ya que normalmente no hacen salir los bienes del patrimonio conyugal, ni adoptado por nuestro sistema hipotecario el régimen de inscripción declarativa puede estimarse que tales operaciones tengan más trascendencia que la que pueda tener físicamente el hecho en que consistan.

Nos remitimos a lo dicho antes respecto a las llamadas por CÁMARA «disposiciones de hecho», o sea, las transformaciones en su sentido material. El remedio, en su caso, no está en exigir una inútil—en la casi absoluta serie de supuestos—comparecencia de la mujer casada. Sino en que ésta utilice el recurso del párrafo final del artículo 1.413, si juzga que tales transformaciones son perjudiciales para el patrimonio conyugal.

Puede intentarse rebatir esta argumentación con la conocida jurisprudencia del Centro Directivo a propósito de las facultades de «riguroso dominio». Pero ha de tenerse en cuenta que tales resoluciones fueron dictadas interpretando el artículo 1.713 del Código civil con motivo de la intervención de mandatarios, que interpretan, repetimos, el alcance de poderes, en escrituras en que no sólo se segregaba, sino que simultáneamente se vendía un trozo de la finca. Y se rechazaba la interpretación extensiva del poder, en atención a que pudiera no convenir al mandante la venta fraccionada. Pero nunca ha resuelto la Dirección el caso de la suspensión de inscribir (por ejemplo) una escritura de di-

visión de una finca en varios otorgada por un administrador ampliamente facultado. Y aunque se rechazara el despacho del título, el caso del marido administrador legal de la sociedad conyugal es muy distinto del de un representante voluntario.

La enajenación o gravamen ulterior si requerirá el asentimiento de la mujer casada. Y con esta salvaguarda basta.

Alzamiento de plantas sobre un inmueble privativo.—Es lo que se llama «un levante». Si tiene lugar durante el matrimonio, cabría pensar si el caso, a tenor de la nueva legislación de propiedad horizontal y del segundo párrafo del artículo 1.404 del Código civil no da motivo a un bien ganancial.

A mi parecer, la anomalía que en el régimen normal de la accesión que el párrafo citado supone, y la finalidad de promover la edificación por pisos (para solucionar el problema de la vivienda) llevan precisamente a la solución contraria.

La nueva planta es tan privativa como el solar y el resto del edificio que la sostiene.

La diferencia entre el caso de construcción de nueva planta en solar privativo que hace ganancial la finca, párrafo segundo del artículo 1.404) y el levantamiento de nueva planta (que deja el inmueble como estaba en cuanto a su calidad jurídica) no está falta de apoyo legal.

La Ley Hipotecaria, al regular la extensión objetiva de la hipoteca, dice (art. 109) que la hipoteca se extiende a las mejoras y que son tales... las «que consistan en obras de... elevación de edificios...» (art. 110), en contraste con las que representan construcción de nuevos edificios donde antes no los hubiere (*ibidem*).

Cancelación de hipoteca en garantía de créditos gananciales. Caso de créditos no vencidos. Modificación de hipotecas. Cesión de crédito hipotecario.—Todo lo referente a la disposición de créditos hipotecarios de naturaleza ganancial está magistralmente expuesto por DE LA CÁMARA, cuyas opiniones, resumidas, son las siguientes:

a) Por el hecho de estar garantido con hipoteca no pierde el crédito (cosa principal) su carácter de *mueble*. Bien leídos los

artículos 334 y 336 del Código civil, sólo dicen que es inmueble la hipoteca en sí, y que son inmuebles las pensiones o rentas vitalicias o hereditarias que gravan *con carga real* alguna cosa inmueble. Por carga real se han entendido siempre los censos, ya perpetuos, ya temporales, sin que la existencia de éstos sea imposible después del Código porque éste no perjudica derechos adquiridos.

Esta consideración basta para poner en entredicho, y, en definitiva, para rechazar el dogma hipotecario de la «interdependencia» del crédito y la hipoteca (LA RICA); o bien la comunicación del carácter de inmueble (inmueblización) al crédito garantido, pese a la existencia de artículo como el 178 del Reglamento Hipotecario (párrafo primero), de cuyo texto se quiere deducir la necesidad de autorizaciones complementarias que contradicen al Código civil (5).

b) El citado artículo 178—en cuanto a su segunda parte, referente a la cancelación de créditos gananciales—no tiene carácter transitorio, como quiere LA RICA (6), aplicable sólo a los créditos anteriores a la reforma, sino que—no estando como no está entre las normas transitorias de la legislación hipotecaria—ha de atribuirsele el sentido de norma permanente. Y el marido, en consecuencia, sin intervención de la esposa para cancelar (7).

(5) Digo que lo contradicen porque, como veremos después, el Código no da a la hipoteca la importancia que le asignan los autores de Derecho hipotecario. Y no pone cortapisa alguna a que los representantes legales, padres o madres con patria potestad, cobren créditos de sus hijos, actos que encajan perfectamente en sus facultades de administradores de los bienes de aquéllos.

(6) Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario.

(7) Se arguye la inscripción a nombre de ambos esposos, de que seguidamente se trata. Pero aun limitándonos al aspecto formal del asiento, no sabe desconocer: 1.º Que por la nueva redacción de las inscripciones no dejan de estar los créditos hipotecarios inscritos «a nombre del marido», aunque en comunidad con su mujer; 2.º Que aquél sigue siendo el administrador de los gananciales (art. 1.412 del C. C.); 3.º Que el 178 no emplea la palabra «exclusivamente» a continuación de la locución referente a la inscripción, lo que sí daría apoyo a la tesis de LA RICA, aun limitándonos al campo del Reglamento Hipotecario; y 4.º Que la prevención legal de «hipotecas inscritas a su nombre», del marido, no es superflua pues cabe que, conforme al número 2.º del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, se inscriba el crédito hipotecario a nombre de la mujer, sin que el asiento prejuzgue la naturaleza privativa o ganancial de dicho crédito. Que, salvo la necesidad del consentimiento de aquélla para la cancelación (sin perjuicio de lo que después diremos sobre el pago), prácticamente es lo mismo que inscribir, como antes se hacía. Y si no se cree así, piénsese en la responsabilidad de tales bienes en favor de tercero, y se verá la identidad de situación.

Se argumenta que *ahora* se inscribe el crédito a favor de ambos esposos y para su sociedad conyugal. Pero antes se inscribía al marido casado con doña..., lo que venia a ser lo mismo. Pues tanto antes como ahora existe (intocado) el artículo 1.412, que atribuye al marido el carácter de administrador de la sociedad conyugal precisamente. Y sus poderes de disposición no han tenido otra merma que la referente a inmuebles (por naturaleza) o establecimientos mercantiles. Precisamente porque, como decía la Exposición de Motivos, se trataba de evitar la gran perturbación del tráfico jurídico de dar siempre intervención a la mujer, y se restringía la necesidad de su consentimiento a aquellos casos por representar, si no los de mayor valor económico, si los que encarnan valores de «uso y de afección» o «expresión de un medio de vida» (esto por lo que hace referencia a los establecimientos mercantiles, aquello a los inmuebles propiamente dichos).

Y en el supuesto de hipoteca (bien no susceptible de posesión) se me puede decir quien disienta, ¿en qué consiste su valor en uso? Tampoco cabe el valor de afección, a menos que éste se confunda con la avaricia.

c) En consecuencia, es indiferente que el marido cobre o no vencido el crédito, pues por su carácter de administrador de la sociedad conyugal puede cobrar, dentro de un orden (objetivamente) normal de administración.

d) Negada la inmovilización del crédito, la cesión debe otorgarla sólo el marido. Pues conforme al artículo 1.528 del Código civil, la venta o cesión de un crédito supone la de todos los derechos accesorios, como «la hipoteca».

e) Por las mismas razones dichas, la modificación de hipoteca (extensión o restricción de la garantía, nueva distribución de responsabilidad entre varias fincas, subrogación de bienes gravados y liberación de los primeros, etc.), en su carácter de acreedor, puede otorgarla sólo el marido.

En definitiva, esta argumentación descansa en las dos consideraciones siguientes:

1.ª Los actos referentes a créditos hipotecarios no envuelven normalmente «disposición» en sentido económico-jurídico en que

emplea la palabra el artículo 1.413 reformado. Porque no afecta a la sustancia del patrimonio.

2.^a Tampoco recaen directamente sobre inmuebles por naturaleza, a que quiso referirse la reforma para exigir el consentimiento de la mujer casada. Sino sobre el crédito (cosa mueble), del que es accesoria la hipoteca.

Por si acaso no se admite, sin más, la construcción anterior, es oportuno hacer hincapié en la última consideración. Entre otras razones porque su esclarecimiento creo que llevará, con el tiempo, a normalizar el régimen (legal y reglamentario) de los créditos hipotecarios.

No oculto mi simpatía por la institución registral. Considero una gran ventaja de nuestro sistema jurídico sobre los que le precedieron en la Historia, el haber elaborado una serie de normas legales que disciplinan el Registro de la Propiedad (y los Registros en general) y el haber instaurado una institución cuyas ventajas —a la hora de la seguridad jurídica— son innegables.

Pero tampoco oculto mi disgusto por la desmesurada importancia que se ha dado a ciertos aspectos de la institución, motivadora de la llamada «hipertrofia de los principios hipotecarios». Hay que tener en cuenta que el Derecho no es de valor absoluto, que nada se consigue con el *potius valeant quam pereant*. Que se trata de facilitar la vida, en definitiva su normal desarrollo, y el fomento del bien común en el aspecto de la seguridad jurídica. Y para ello, con la claridad de las relaciones de derecho y su adecuación a las necesidades del tráfico, basta.

Quiero decir con lo anterior que aquellas consideraciones que se hacían hace treinta años, de que «las normas hipotecarias se sobreponen a las civiles», que «la hipoteca transmite su carácter de inmueble al crédito» y que «ambos son interdependientes» o «están unidos en indisoluble matrimonio» (frase que por conocidas sobra precisar con citas de sus autores), han de ser rápidamente revisadas.

Es suficiente con considerar a la hipoteca derecho real, si, pero accesorio. De constitución registral bien dicho, pero que actúa por y para el crédito que garantiza.

Base para admitir tales afirmaciones las da el mismo Código civil, que al fin y al cabo no está derogado, porque los preceptos del Reglamento Hipotecario (que puede estimarse que lo contradicen) no tienen rango legislativo bastante para modificarlo. Los artículos que guardan relación con la hipoteca son explícitos:

Artículo 1.857.—Son requisitos *esenciales* a los contratos de prenda e *hipoteca*: 1.º Que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación *principal*...

Artículo 1.528.—La venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos *accesorios*, como la... *hipoteca*....

¿Y es admisible que lo accesorio se superponga a lo principal?

Y, prácticamente, ¿cabe defender reglas como el primer párrafo del artículo 178 del Reglamento Hipotecario, que exige a los representantes legales obtener las autorizaciones precisas para la enajenación de inmuebles, para proceder a la práctica de cancelaciones, muchas veces obligadas? ¿Qué se obtiene con exigir un expediente de jurisdicción voluntaria (con sus timbres, arancel y tasas, Letrado y Procurador) para cancelar un crédito hipotecario a favor de un menor, muchas veces de ínfima cuantía?

Resulta mucho más racional permitir el libre juego de los preceptos sobre bienes muebles y hacerlos repercutir en la hipoteca. El mismo artículo citado exime a los menores emancipados de la necesidad de ningún otro requisito para cancelar (8).

Y es que si restituimos las cosas a su natural esencia, siendo la hipoteca accesorio (sin dejarnos influir por consideraciones sobre la sustantividad del rango que no son propias de nuestro sistema registral), la cuestión se disuelve en cuanto se considere que sin crédito no hay hipoteca. Luego quien cobra no es que pueda cancelar, sino que al cobrar motiva la desaparición del derecho real (sobre inmueble sí) de naturaleza accesorio. Que el caso se refunde en el segundo párrafo del artículo 82 de la Ley. Se trata de un supuesto (el cobro) que debe motivar la cancelación automática.

Es más, la prueba de no ser definitivo el sistema reglamentario

(8) Cfr. el tercer párrafo del aludido artículo 178 R. H.

vigente es que el artículo 240 del Reglamento Hipotecario, desarrollando el 144 de la Ley (normalmente olvidado por los tratadistas y por la práctica), permite hacer constar en el Registro el pago por nota al margen de la inscripción, si bien timidamente lo reduce al caso de que sea parcial y que no proceda la cancelación. Y es una lógica aplastante que evolucionando estas ideas se llegue a permitir no la nota marginal de pago, sino la cancelación de la hipoteca por el pago válidamente efectuado.

Si no hubiésemos incidido en esa hipertrofia de que hablamos, no se habría dictado una regla aislada como la del número 3 del artículo 132, que habla de interrumpir el procedimiento de ejecución de la hipoteca, judicial sumario, por presentarse certificación de haber quedado cancelada la hipoteca (9). Cuando cabe esa hipótesis y también la de que se haya hecho el pago válidamente. Así lo estima la Ley de Enjuiciamiento Civil, en general, como una de las excepciones oponibles en el juicio ejecutivo (número 2 del artículo 1.464).

En resumen, estimamos oportuna la construcción al principio indicada para no desorbitar la reforma del artículo 1.413 y exigir el consentimiento uxorio en donde no es necesario.

Además, conviene ahondar en la que podría llamarse «cancelación de hipotecas por pago del crédito» que resolviera todas las dificultades hoy existentes por meros preceptos del Reglamento Hipotecario, que pudieran interpretarse en otro sentido (modificación de la hipoteca, transformación de sus términos, etc.), en lugar de remitirse a la cancelación cuando el cobro la hiciera obligada; todo *interin* se reforman, como es de desear, para no hacer de un instrumento útil (el Registro) un motivo de perturbación de la vida jurídica y familiar sin ventaja para nadie.

Ni teman los encargados de los Registros (lógicamente amantes de la institución) que ésta disminuya de importancia ni consideración jurídica, si se eliminan unas autorizaciones altamente perturbadoras del tráfico de inmuebles y de la vida familiar, que

(9) Digo aislada porque, además de los cuatro casos del artículo 132, dado el carácter causal de nuestra hipoteca, debía haberse incluido en el mismo el pago que constara en el Registro, como causa de suspensión del procedimiento de ejecución de hipoteca

encarecen la titulación sin ventaja para nadie, ni siquiera para aquellos cuyos intereses se pretende defender.

Sólo sirven tales trámites para desprestigiar precisamente el Registro de la Propiedad a ojos profanos que, naturalmente, no pueden explicarse tales inútiles exigencias.

JOSÉ ESTEPA,
Notario de Linares.