

La reforma de la reforma

(Comentarios al Real Decreto 2.388/1984 de 10 Octubre)

No es un secreto para los lectores de esta REVISTA (y, por tanto, no es publicidad divulgarlo) que recientemente el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, con motivo del cincuentenario de su creación y de la aparición de importantes reformas en la legislación hipotecaria, ha publicado un libro de *Comentarios a las reformas hipotecarias de 1982-84*, de cuyo autor no queremos acordarnos. Pues bien: fresca aún la tinta de aquél, se ha publicado con fecha 31 de enero de 1985 el Real Decreto 2388/1984, de 10 de octubre, por el que se da nueva redacción a varios preceptos introducidos en el Reglamento Hipotecario de 1947 por el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982 y se deja sin efecto la derogación de nueve artículos realizada por este último, es decir, se reforma la reforma y se deroga la derogación... Y por si el citado Colegio estuviera en alguna medida obligado a proporcionar un nuevo comentario de los preceptos reformadores y derogatorios, nos permitimos publicar estas páginas, que deben suplir a las pertinentes del aludido libro. En ellas, por el diferente «tamaño» de los Reales Decretos citados, llamamos Reforma a la introducida por el de 1982 y reforma a la producida por el de 1984-85. Y para mayor comodidad del lector transcribimos cada precepto comentado en la redacción de 1982 y en la de 1984 vigente desde el 31 de enero último.

ARTICULO 1 DEL REGLAMENTO**Texto de 1982**

Los Registros de la Propiedad tendrán la circunscripción territorial, capitalidad y denominación actuales, las cuales podrán modificarse cuando el interés público lo aconseje, de acuerdo con lo establecido en la Ley y en este Reglamento.

Texto de 1985

Los Registros de la Propiedad tendrán la circunscripción territorial, capitalidad y denominación actuales, las cuales podrán modificarse cuando el interés público lo aconseje, de acuerdo con lo establecido en las Leyes y en este Reglamento.

COMENTARIO

La diferencia entre ambos textos no puede ser más nimia, por no emplear un adjetivo peyorativo. Consiste en que en el segundo se emplea en plural el sustantivo Ley, que en el primero se empleaba en singular. Ante esta diferencia sólo queremos hacer tres observaciones:

1.^a Que la palabra «Ley» es un nombre singular que se usa muchas veces genéricamente para referirse al conjunto de las Leyes, al Ordenamiento jurídico. El mismo artículo 1.º del Código Civil, cuando determina las fuentes del Derecho, no habla de las Leyes, sino de la Ley, a pesar de que el Derecho se origina de más de una...

2.^a Que aunque con alguna suspicacia se entendiera que el antiguo texto se refería a una Ley, la ordinariamente llamada hipotecaria, ello no impediría la aplicación en cualquier modificación de los Registros de la Propiedad de las Leyes aplicables ni podrían hacerse contrariando sus preceptos.

3.^a Que es extraño que importantes defectos de nuestros Cuerpos legales, vgr.: la famosa contradicción entre los artículos 759 y 799 del Código Civil, pervivan casi un siglo, y el insignificante que pudiera ser el empleo del singular por el plural se haya «resuelto» en menos de dos años.

Y como el «mandato» no va dirigido al Registrador, aunque naturalmente le afecte, podemos hacer caso omiso de las motivaciones políticas de la modificación introducida en este artículo.

ARTICULO 51, 9.º, 2**Texto de 1982**

Si el adquirente fuera casado se harán constar el nombre y apellidos del cónyuge y el régimen económico de su matrimonio si lo acredita o manifiesta. En la misma forma se hará constar, en su caso, la nacionalidad y la vecindad civil.

Texto de 1985

Si el adquirente fuera casado, viudo o separado legalmente, y el acto o contrato que se inscriba afectare a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, se hará constar el nombre y apellidos del otro cónyuge. También se hará constar, en su caso, la nacionalidad y la vecindad civil si se acredita o manifiesta.

COMENTARIO

Este precepto en la redacción que le dio la Reforma de 1982:

- 1) Sólo exigía la constancia en la inscripción del nombre del cónyuge del adquirente, si éste fuere casado.
- 2) Exigía tal constancia en todo caso, es decir, cualquiera que fuera el régimen económico matrimonial y cualquiera que fuera el alcance del acto adquisitivo.
- 3) Exigía igualmente la constancia del régimen económico matrimonial si constaba en el título por demostración del adquirente o al menos por manifestación del mismo.
- 4) Y exigía la constancia de la nacionalidad y la vecindad en su caso, es decir, si constaba en el título.

La reforma de la Reforma deroga la redacción de 1982 y da otra que coincide exactamente con la anterior de 1947, es decir, que deja sin efecto en este punto la Reforma de 1982. En la nueva redacción:

- 1) Se exige la constancia en la inscripción del nombre del cónyuge del adquirente, no sólo cuando éste fuera casado, sino también cuando fuera viudo o separado legalmente.
- 2) Sólo exige la constancia cuando el acto o contrato inscribible afectase a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal.
- 3) No exige la constancia en la inscripción del régimen económico matrimonial en ningún caso.

4) Y sólo exige la constancia de la nacionalidad y la vecindad civil si se acreditan o manifiestan y en su caso (sin precisar cuál sea ese caso).

Examinemos cada una de estas diferencias y los problemas que plantea esta nueva redacción.

1) Lo primero que se ocurre preguntar es por qué se ha incluido aquí el separado legalmente, siendo así que éste es también casado y cuando la separación legal de los cónyuges produce la extinción de la sociedad de gananciales (y luego se verá por qué traemos a colación esta sociedad), según el artículo 1.392, 3.º, del Código Civil, y la vigencia del régimen de separación, según el artículo 1.435, 3.º (salvo acuerdo en contrario).

Tampoco se explica fácilmente la inclusión del viudo, porque es difícil que el acto de adquisición afecte a los derechos presentes o futuros de una sociedad conyugal disuelta por la muerte. Y si se piensa que puede suceder que la sociedad de gananciales con el cónyuge difunto no se haya liquidado, debía exigirse también la constancia del nombre de los posibles anteriores cónyuges de ese viudo por la misma razón. Y también por la misma razón debía haberse incluido aquí, a la par que el viudo, el divorciado, como la incluye el Reglamento Notarial (art. 159) y como habrá que considerarlo incluido por la asimilación que la Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado a los Jueces y Cónsules encargados de los Registros Civiles, de 16 de noviembre de 1984, hace entre viudo y divorciado.

2) La exigencia que nos ocupa se reduce por la reforma al caso de que el acto o contrato afectase a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal. Y aquí lo primero que hay que determinar es qué es la sociedad conyugal, porque con esta expresión podemos referirnos o cabe que el precepto quiera referirse:

a) A la sociedad que se forma entre los esposos que contraen matrimonio, cualquiera que sea el régimen económico matrimonial que adopten. Esta acepción era la acogida por el artículo 1.315 del Código Civil antes de la reforma de 1981, cuando facultaba a los futuros cónyuges para estipular libremente «las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros».

b) A la sociedad en que se integran los bienes de los cónyuges (privativos o comunes) en los regímenes de comunidad, llámense «sociedad de gananciales» o con denominaciones y contenido parecidos. A este concepto respondían, vgr., las normas de liquidación de la sociedad de gananciales del Código Civil antes de la citada reforma de 1981.

c) A la comunidad que se forma entre marido y mujer sobre deter-

minados bienes (con exclusión de los privativos) en determinados regímenes, como la sociedad de gananciales (art. 1.344 CC).

¿A cuál de estas acepciones se refiere el precepto que comentamos?

No puede referirse a la primera porque si así fuera podía haber dicho «siempre», ya que en todo caso la adquisición afectaría a la sociedad conyugal.

Si se refiriese a la acepción c) querría decir que en la adquisición de bienes con el carácter de privativos no habría que hacer constar el nombre del cónyuge del adquirente. Pero en el caso de que un cónyuge adquiriera un inmueble por herencia, compensando en metálico un exceso de adjudicación o por retracto con dinero ganancial (art. 1.346, 3.º, CC), ¿puede decirse que el acto no afecta a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal? ¿Es que esa afección solamente se produce cuando por la adquisición el bien objeto del acto pase a ser común o ganancial, efectiva o presuntamente? No creemos que pueda aceptarse una interpretación tan estricta del precepto reglamentario.

Por último, si se refiere, por exclusión, a la acepción b), quiere decir que quedan excluidas las adquisiciones en régimen de separación. Pero ¿es tan claro que en este régimen «estorbe» el nombre del cónyuge cuando de «las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica ordinaria responderán ambos cónyuges» según el artículo 1.440 del Código Civil, o cuando, según el artículo 1.442, «declarado un cónyuge en quiebra o concurso, se presumirá, salvo prueba en contrario... que fueron en su mitad donados por él los bienes adquiridos a título oneroso por el otro durante» el período *proximum tempus decoctionis*? Por otra parte, pensamos siempre en regímenes matrimoniales puros (unidad, comunidad, separación) y olvidamos que las matizaciones que los cónyuges pueden introducir en el régimen de separación pueden hacer imprescindible la consignación del nombre del cónyuge del adquirente.

Sea de esto lo que fuere, lo que creemos que queda claro es que no es tan fácil determinar, a la vista del precepto, cuándo es necesario consignar el nombre del cónyuge y cuándo no. La decisión de si el acto afecta o no, queda dentro de la facultad calificadora del Registrador, y como antes ha de tomar la misma decisión el Notario para consignar o no en la escritura tal nombre, puede suceder que ambos juicios no coincidan, y en este caso cabe:

— Que habiéndose omitido en la escritura el nombre del cónyuge por considerar el Notario que el acto no afecta a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, el Registrador entienda lo contrario. Entonces sólo cabe la subsanación de la escritura o la interposición del recurso gubernativo correspondiente.

— Que en la escritura se consigne el nombre del cónyuge y el Registrador lo considere innecesario. ¿Tendrá el Registrador que solicitar la conformidad del interesado para prescindir de su consignación en la inscripción, a pesar de que el Notario ha podido ponerlo simplemente como circunstancia identificadora o porque es mejor pasarse que quedarse corto?

Ante todo esto, ¿no era mejor exigir que siempre que el adquirente fuera casado se consignase el nombre del cónyuge como hizo la Reforma antes de la reforma?

3) La supresión de la consignación en la inscripción, del régimen matrimonial del adquirente creemos que es irrelevante; queremos decir que a pesar de la supresión hay muchas ocasiones en que es imprescindible la consignación para justificar la actuación del Registrador, es decir, para que conste en la inscripción que no ha actuado caprichosamente. En cónyuges sometidos al Código Civil, ¿cómo va a inscribir el Registrador la adquisición de un cónyuge como privativa sin acreditar la privatividad de la contraprestación, si no es haciendo constar que se le ha acreditado la vigencia del régimen de separación? Y tratándose de cónyuges catalanes, ¿cómo va a inscribir como ganancial la adquisición sin que se le acredite la vigencia de tal régimen ganancial?

Y, en todo caso, ¿estorbaba tal exigencia limitada al caso de que se acredite o manifieste en el título que se inscriba el régimen de que se trate? Creemos que no, ya que la constancia del régimen puede al menos evitar confusiones.

4) En cuanto a la nacionalidad y la vecindad civil, queda sin resolver cuál es ese «su caso», porque parece que no siempre que se acrediten o manifiesten deben hacerse constar, sino solamente en «su caso». ¿Querrá decir que solamente en el caso de que la nacionalidad no sea la española o que la vecindad civil no sea la del territorio en que radique la finca? Si esto fuera así, el Notario debería consignar la vecindad civil no sólo cuando los comparecientes otorguen fuera del territorio de su Comunidad Autónoma, sino también cuando, otorgando dentro de ese territorio, adquieran finca situada fuera de él: con lo primero cumpliría el artículo 161 del Reglamento Notarial; con lo segundo permitiría cumplir el artículo 51, 9.ª, 2, que comentamos.

ARTICULO 91, 1**Texto de 1982**

Cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio para la inscripción del acto de disposición que recaiga sobre inmueble que constituya la vivienda habitual de la familia, deberá constar el consentimiento del otro cónyuge, a no ser que se justificare que no tiene tal carácter o que el disponente lo manifestare así.

Texto de 1985

Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter.

COMENTARIO

A primera vista pudiera parecer que la contratación sobre pisos privados de un cónyuge cuando sea aplicable el Código Civil o las leyes civiles especiales que se le asemejen, se había tornado un tanto peligrosa, porque en la nueva redacción de este precepto se ha dispuesto, como hemos visto, que «será necesario para la inscripción de los actos dispositivos... que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda *no tiene*» el carácter de vivienda habitual de la familia, con lo cual si el inmueble es vivienda habitual de la familia, o el cónyuge titular se abstiene de vender o incurre en falsedad en documento público y el comprador se constituye acaso en coautor, cómplice o encubridor... Porque del nuevo precepto se deduce: que no es suficiente el consentimiento del cónyuge del disponente y que sea o no vivienda habitual de la familia se necesita la declaración de que no lo es...

No creemos que haya aquel peligro, pero sí que hubiera bastado para impedir ese absurdo resultado haber establecido un paralelo con el artículo 144, 5, también reformado, es decir, haber añadido al final, en lugar de la frase de este último precepto, «o que la demanda ha sido notificada al cónyuge del titular», esta otra: «o que conste el consentimiento del otro cónyuge».

Comparando esta nueva redacción con la de 1982, observamos que en aquella se suprimen: la posibilidad del consentimiento del cónyuge del disponente; la posibilidad de justificar *a posteriori* que el inmueble no constituía, en el momento de la disposición, vivienda habitual de la familia, y la aplicabilidad de la norma en cualquier régimen matrimonial. Veamos el alcance de estas supresiones.

a) Supresión de la posibilidad del consentimiento del cónyuge del disponente (y omisión de la posibilidad de autorización judicial). Esta última posibilidad ya había sido omitida en 1982. Pero a pesar de tales supresión y comisión no cabe duda que si siendo el inmueble vivienda habitual de la familia se obtiene el consentimiento conyugal o la autorización judicial, no puede negarse la inscripción del acto dispositivo, sino que ha de procederse a ella porque, a pesar de la reforma de la Reforma, la inscripción tendría el amparo del artículo 1.320 del Código Civil.

b) Supresión de la posibilidad de justificar *a posteriori* que el inmueble no constituía en el momento de la disposición vivienda habitual de la familia. No sólo se suprime esa posibilidad introducida por la Reforma para remediar el caso de que habiéndose omitido en el título inscribible la pertinente declaración del disponente siendo necesaria, no fuera posible obtener tal declaración, sino que más estrictamente se exige que ésta se haga en la escritura. Entendemos, no obstante, que cabrá subsanar la omisión mediante una nueva escritura en que se contenga la declaración e incluso formular ésta en otra escritura, unilateral, del disponente, siempre con referencia al momento de la disposición.

Como entendemos que la reforma se ha excedido un tanto... o varios tantos. El Código Civil lo que viene a decir es que la declaración del disponente es bastante a efectos de tercero de buena fe, pero no que aun demostrándose el «no carácter» de vivienda habitual de la familia del inmueble de que se trate haya de exigirse la declaración del disponente (en defecto de consentimiento conyugal o autorización judicial). Si se demuestra que el inmueble no tiene aquel carácter, no es aplicable el artículo 1.320 del Código Civil ni es justificable la exigencia del novísimo artículo 91, 1.

c) Supresión de la aplicabilidad de la norma a cualquier régimen matrimonial. Aquí la Reforma de 1982 no hizo más que confirmar que el precepto del artículo 1.320 del Código Civil pertenece a lo que la doctrina llama (con denominación cuya paternidad atribuye algún autor a nuestro querido compañero Eugenio FERNÁNDEZ CABAILEIRO) «régimen matrimonial primario». Y no hay que decir que a pesar de la supresión dicha el precepto sigue aplicándose no sólo a todos los regímenes matrimoniales recogidos en el Código Civil, sino también a los establecidos

por cónyuges sometidos en esta materia a dicho Cuerpo legal, por muy parecidos que aquéllos sean a los de alguna legislación civil especial. Con la reforma no se ha tratado de excluir ningún régimen matrimonial, sino de advertir que el citado artículo 1.320 del Código Civil y su corolario (art. 91, 1) no se aplican a todos los españoles... Así se adivina en la breve exposición de motivos del Real Decreto reformador.

ARTICULO 144-5

Texto de 1982

Cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio, si el bien embargado de pertenencia exclusiva de uno de los cónyuges constituye la vivienda habitual de la familia, deberá constar que la demanda se ha dirigido contra el cónyuge titular y se ha notificado el embargo al otro cónyuge.

Texto de 1985

Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para el embargo de vivienda perteneciente a uno sólo de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquel carácter o que la demanda ha sido notificada al cónyuge del titular.

COMENTARIO

Si idénticos eran en su primera parte los artículos 51, 9.^a, y 91, 1, de la redacción de la Reforma, idénticos son esos preceptos en la redacción de la reforma que comentamos, a los que se da una entrada que, ya no hay que decirlo, no nos satisface.

Aparte esto, el precepto quizá haya quedado más claro. Ahora no cabe dudar que en cuanto se trate de inmueble privativo de un cónyuge que pueda servir de vivienda (es decir, que no sea solar, ni rústica con casa, ni local de negocio, etc.) ya no basta el silencio del Juez para deducir que cuando no se ha notificado es que no se trata de vivienda familiar habitual, sino que es preciso que del mandamiento resulte que no tiene tal carácter. Y creemos que el verbo «resultar» en casi todos los casos habrá que traducirlo por «constar»; y así la simple indicación de un domicilio distinto de la finca embargada, la afirmación de que el demandado habita en otro lugar, la alegación de separación entre los cónyuges, etc., no excusan de la notificación al cónyuge del titular registral.

Pero ¿cómo habrá de acreditarse por el acreedor al Juez, supuesto que no será suficiente la simple declaración de aquél, el «no carácter» de vivienda familiar habitual, para que el Juez lo haga constar en el mandamiento y no exija que se solicite la notificación al cónyuge del embargado? No sabemos cómo se orientará la práctica judicial, pero suponemos que lo más frecuente será acudir a la notificación para no tener que utilizar la otra posibilidad.

Y si en el mandamiento no consta ni la notificación al cónyuge del embargado ni el «no carácter» dicho, ¿cabrá que el Registrador practique la anotación previa demostración de que lo embargado no es vivienda familiar habitual? Creemos que sí, aunque será preciso que tal demostración se haga mediante documento fehaciente. Pero a estos efectos no consideramos muy idónea el acta notarial de notoriedad y desde luego resultaría insuficiente el acta notarial de presencia, que sólo acreditaría la desocupación de la vivienda en un momento dado (compatible con el carácter de vivienda familiar habitual, abandonada momentáneamente por viaje, vacaciones, etc.), la ocupación por la familia de otra vivienda (que puede no ser la habitual, sino la de fin de semana o veraneo) o acaso los indicios de desocupación permanente que no deben ser suficientes para el Registrador.

¿Qué es lo que según el nuevo precepto ha de notificarse al cónyuge? Aquí se ha cambiado la notificación del embargo por la notificación de la demanda, es decir, que el cónyuge tendría en todo caso conocimiento de la demanda íntegra.

Por último, no hay necesidad de advertir que si consta en el mandamiento que no se trata de vivienda familiar habitual, no habrá de exigirse el consentimiento del cónyuge para la enajenación en su día en el procedimiento de que se trate. Si hubiera de exigirse, cabría que los interesados convirtieran la vivienda embargada en vivienda habitual de la familia entre el embargo y la enajenación con vistas a dificultar ésta con perjuicio para el acreedor. De aquí la conveniencia para el Registrador con vistas a la futura calificación, de que en la anotación conste lo que resulte del mandamiento sobre el particular.

* * *

Tales son los comentarios que nos sugiere el Real Decreto de 1984, porque la derogación de la derogación, es decir, la «resurrección» de los nueve artículos al principio aludidos, referentes a la hipoteca dotal, no necesita comentario. Aquéllos deben sustituir a los contenidos en el libro aludido, de cuyo autor no hemos querido acordarnos...

PEDRO AVILA ALVAREZ