

I. Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Por TIRSO CARRETERO GARCÍA,
EUGENIO FERNÁNDEZ CABAILEIRO,
JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA y
JOSÉ DOMINGO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

3. EN TANTO SE MANTUVO —ENTRE LAS REFORMAS DEL CÓDIGO CIVIL DE 1975 Y 1981— LA PROHIBICIÓN DE DONACIONES ENTRE CÓNYUGES, NO ERA INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE CAPITULACIONES EN LA QUE, AL DISOLVERSE Y LIQUIDARSE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES —COMO CONSECUENCIA DE SUSTITUIRSE ESTE RÉGIMEN POR EL DE SEPARACIÓN— EL MARIDO DECLARA Y LA MUJER RECONOCE QUE EL ÚNICO BIEN EXISTENTE EN EL MATRIMONIO ERA PRIVATIVO DEL PRIMERO Y COMO TAL SE LE ADJUDICA.

Resolución de 23 de julio de 1979 (B. O. del E. de 20 de agosto de 1979).

Antecedentes de hecho.—Por escritura autorizada en Torrelavega por su Notario don Alfredo García-Bernardo y Landeta el 23 de junio de 1977, los esposos doña María Luz García Román y don Manuel Trapaga Pardo modificaron el régimen económico matrimonial, por mutuo acuerdo, sustituyendo el sistema de gananciales por el régimen de separación de bienes, liquidando y disolviendo la sociedad de gananciales; el único bien existente en el matrimonio es el piso 4.º, letra C, del número 11 de la calle de Ruesga de Torrelavega, adquirido por compraventa constante ma-

trimonio e inscrito como ganancial; y los cónyuges comparecientes pactan la disolución de la sociedad de gananciales, que liquidan, adjudicando al marido la referida finca, reconociendo la esposa que el dinero con que se pagó el precio de la misma era de propiedad exclusiva del marido, siendo, por consiguiente, privativa del marido;

Presentada en el Registro de Torrelavega primera copia de la anterior escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción del precedente documento por estimarse que, tanto la posibilidad de renunciar a los gananciales obtenidos que autoriza el artículo 1.394 del Código Civil, según lo interpreta la doctrina, como la facultad que diversas Resoluciones de la Dirección General de los Registros conceden a los interesados en la liquidación de la sociedad de gananciales para calificar la naturaleza privativa o ganancial de los bienes del matrimonio, no pueden extenderse al supuesto de que aquella liquidación tenga su causa en la disolución resultante del otorgamiento de capitulaciones después de contraído el matrimonio, ya que lo contrario implicaría admitir un cómodo procedimiento de burlar la prohibición de donación entre cónyuges que establecen los artículos 1.334 y 628 del citado cuerpo legal.

Siendo dicho defecto insubsanable, no procede practicar anotación preventiva de suspensión, que tampoco ha sido solicitada.

La afirmación que hacen los cónyuges otorgantes en orden al carácter privativo de la finca puede hacerse constar a través de una nota marginal, que la situaría en la posición contemplada en la regla 2.ª del artículo 95 del Reglamento Hipotecario; nota que no se practica por renuncia expresa del presentante.

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que el artículo 1.394 del Código Civil no es aplicable al supuesto de hecho calificado, ya que, si bien, este artículo reflejaba el principio de inmutabilidad de los regímenes económico matrimoniales, este principio ha sido derogado por los artículos 1.316 y 1.319 y siguientes de la Ley de Reforma de 2 de mayo de 1975, que consagra la mutabilidad de los regímenes económico-matrimoniales; que la interpretación del artículo 1.394 ha de hacerse de acuerdo con el nuevo principio, de lo que se deduce que tanto la sociedad de gananciales como los gananciales pueden hoy renunciarse durante el matrimonio cuando se disuelva dicha sociedad por pactarse un régimen diverso; que de todas formas en la escritura calificada la esposa no renuncia a los gananciales, sino que reconoce que el piso no es ganancial, que es privativo de su esposo; que no es aceptable la limitación que hace el Registrador de las facultades particionales y liquidatorias de los cónyuges, puesto que contraría abiertamente el artículo 1.058 del Código Civil, asignando al calificador una competencia superior a la de los Jueces en materia contenciosa y que en el supuesto contemplado no se rompe el tracto sucesivo, aunque el bien, inscrito como ganancial, se inscriba como privativo de uno de los cónyuges al extinguirse la sociedad;

El Registrador informó que la nota denegatoria recurrida se basa en el reconocimiento de un solo defecto insubsanable, consistente en que la inscripción que se pretende supondría admitir un medio de conculcar la prohibición de donación entre cónyuges establecida por el artículo 1.334 del Código Civil; que la alusión a Resoluciones de la Dirección

General que facultan a los interesados en la sociedad de gananciales para calificar el carácter de los bienes del matrimonio, así como el artículo 1.394, no significa, de ningún modo, que supongan un obstáculo a la inscripción, sino, por el contrario, que ésta no procede a pesar de tales Resoluciones y de lo preceptuado por tal artículo; que la doctrina de la Dirección General, que faculta a los interesados para determinar el carácter de los bienes en la liquidación de la sociedad conyugal no puede aplicarse a los supuestos de liquidación constante matrimonio ni, especialmente, en el caso de separación convencional que autoriza la reforma de 2 de mayo de 1975; que, efectivamente, las numerosas Resoluciones de la Dirección General de las que se deduce de manera concluyente la facultad de los interesados en la liquidación de la sociedad para calificar —aun contra la presunción del artículo 1.407— la naturaleza privativa o ganancial de los bienes del matrimonio se han producido siempre en caso de disolución por fallecimiento de uno de los cónyuges, es decir, en supuestos de liquidación de la sociedad de gananciales conectada a la partición de la herencia del cónyuge causante; que no existe una sola Resolución que afirme la libertad de los consortes para calificar el carácter de los bienes cuando ambos son los interesados en la liquidación, pudiéndose incluso afirmar que la Dirección General niega esa facultad en los casos en que la liquidación se produzca en vida de ambos cónyuges, siendo decisivas a este respecto las Resoluciones de 11 de marzo de 1957 y 18 de junio de 1975; que la manifestación que la esposa hace en la escritura calificada no puede destruir la presunción de ganancialidad del artículo 1.407, ya que equivale a una simple confesión no acompañada de otros medios de prueba, mediante la cual puede eludirse la prohibición legal de donaciones entre cónyuges, y así resulta del artículo 1.232 del Código Civil; que el artículo 1.394 del Código Civil no puede servir de base a la inscripción pretendida, aun admitiendo, a título de hipótesis, que la confesión por la mujer de que la finca pertenece a su esposo implica, en realidad, una renuncia a los gananciales obtenidos; que este supuesto, que es rechazado por el propio Notario, supondría una vía diferente para obtener idéntico resultado que con la calificación de la finca como privativa, por lo que debe ser igualmente desechado; y que la aseveración por la esposa de que el precio de compra del piso era privativo del marido sólo puede hacerse constar registralmente a través de una nota marginal, con lo que la finca pasaría a la situación contemplada en la regla 2.ª del artículo 95 del Reglamento Hipotecario;

El Presidente de la Audiencia pidió informe al Notario recurrente, pese a no ser preceptivo, informe que fue emitido por el fedatario;

Y confirmó la nota del Registrador, por razones análogas a las expuestas por este funcionario, excepto en lo relativo al carácter del defecto que ha de estimarse subsanable;

Tanto el Notario recurrente como el Registrador se alzaron de la decisión presidencial;

Y la Dirección General (1) acordó que, con revocación parcial del auto apelado, procede confirmar íntegramente la nota del Registrador de acuerdo con la siguiente:

(1) VISTOS los artículos 3, 1.058, 1.320, 1.334, 1.364, 1.394, 1.395, 1.407 y 1.708 del Código Civil, 95 del Reglamento Hipotecario y las Resoluciones de 11 de marzo de 1957, 18 de junio de 1975 y 29 de septiembre de 1978.

Doctrina de la Dirección General.—Uno de los problemas surgidos a raíz de la reforma del Código Civil por Ley de 2 de mayo de 1975 es el de la interpretación de los preceptos afectados y no modificados por dicha ley, los cuales han de armonizarse, en la medida de lo posible, y en espera de su revisión, con las innovaciones introducidas por aquélla, ya que, si bien la citada ley no ha albergado el propósito de alterar el régimen de las comunidades conyugales, introduce una normativa cuya trascendencia, no limitada a los artículos expresamente modificados, se acrecienta por las consecuencias que en cadena lleva aparejada, al afectar a toda una serie de preceptos como, entre otros, el 1.334 (donaciones entre cónyuges) o el 1.394 (renuncia a la sociedad de gananciales), que han de obligar a una profunda modificación de nuestro cuerpo legal, y resolver así las evidentes contradicciones que hoy se dan, debido a la coexistencia de artículos dictados en épocas diversas;

Es precisamente en este contexto de transición y armonización donde se sitúa el problema que plantea este recurso, en el que se ha de decidir si es inscribible la adjudicación de un piso que figuraba inscrito al amparo del artículo 95, número 1, del Reglamento Hipotecario, y que se hace al marido en escritura de capitulaciones matrimoniales en la que se disuelve y liquida la sociedad de gananciales a la par que se pacta la separación de bienes, y en la que el marido declara y la mujer reconoce que el piso es privativo de aquél por haberlo adquirido con dinero de su exclusiva pertenencia;

El artículo 1.320 del Código Civil, en su nueva redacción dada por Ley de 2 de mayo de 1975, permite a los cónyuges en todo momento modificar el régimen económico matrimonial, y la modificación consistente en la sustitución del sistema de gananciales por el de separación de bienes lleva consigo la extinción de aquél, según ha declarado la Resolución de este Centro directivo de 29 de septiembre de 1978, por lo que se puede proceder a la liquidación y consiguiente adjudicación de los bienes;

Siendo aplicables, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.395 en relación con el 1.708 del Código Civil, a la liquidación de la sociedad de gananciales las reglas establecidas para la partición de herencia y singularmente, en este caso, el artículo 1.058, la escritura de liquidación en la que se hace uso de la facultad que este último artículo concede puede tener eficacia enervatoria de la presunción establecida por el artículo 1.407, siempre que su contenido no se oponga a normas de derecho necesario;

Si la prohibición de donaciones entre cónyuges, cuya nulidad sanciona el artículo 1.334 del Código Civil, había de ser interpretada antes de la reforma de 1975 en un sentido estricto, en este momento de transición habrá de serlo habida cuenta que se ha admitido la mutabilidad del régimen económico matrimonial y superados los obstáculos clásicos procedentes de las limitaciones de capacidad que afectaban a la mujer, de la *unitas carnis*, de los influjos o captaciones de voluntad, y de los posibles perjuicios o fraude a terceros, peligro este último que puede conjurarse por los medios ordinarios que el Código Civil establece;

No obstante lo anterior, hay que tener en cuenta que esta prohibición de donaciones entre esposos no es norma aplicable exclusivamente cuando el régimen es el de gananciales, sino que igualmente tiene su apli-

cación en el sistema de separación de bienes, por lo que, al menos, en tanto subsista dicha norma prohibitiva, sigue siendo actual la reiterada doctrina de este Centro acerca del valor que tiene el reconocimiento o confesión por uno de los esposos sobre el precio de adquisición del inmueble por parte del otro, máxime en este caso en que tal confesión tiene lugar *a posteriori* y respecto de un inmueble que se inscribió como ganancial al amparo de la regla 1.ª del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, y que, de no aparecer plenamente probado su carácter privativo, justifica la postura adoptada por el funcionario calificador, en tanto puede envolver una donación que no está permitida hoy día.

COMENTARIO.—1. La Resolución de 23 de julio de 1979 se dictó en el período de tiempo comprendido entre las reformas de 1975 y 1981 cuando se habían permitido ya las capitulaciones durante el matrimonio, pero continuaban prohibidas todavía las donaciones entre cónyuges. Podría eludir todo comentario simplemente diciendo que es una resolución ya carente de interés, porque su problema ha desaparecido del mapa jurídico español en cuanto ambas cosas se encuentran permitidas ya. No obstante, creo conveniente hacer algunas breves consideraciones sobre la cuestión para preguntar si restan aún algunas dudas sobre ella y si no será un exceso de simplificación afirmar que los artículos 1.323 y 1.324 ahora vigentes conceden una libertad absoluta en orden a la determinación de la naturaleza de los bienes del matrimonio y son intercambiables entre sí y con el 1.355.

El caso contemplado por esta Resolución se encuentra a caballo de dos cuestiones que si bien cabe estimarlas distintas, tienen aspectos confluyentes: una es la posibilidad de que la aseveración de la regla 2.ª del artículo 95 del Reglamento hipotecario no se realice en la misma escritura de adquisición sino posteriormente; otra es determinar si ante la calificación registral, los cónyuges que liquidan la sociedad conyugal por capítulos *post nuptias* tienen la misma plena libertad para atribuir carácter privativo o ganancial a los bienes del inventario, que la jurisprudencia ha atribuido a la actuación conjunta del cónyuge viudo y los herederos del premuerto, lo que en definitiva no es sino un aspecto de la interpretación coordinada de los nuevos artículos 1.323, 1.324, 1.355 y 1.361 del Código Civil.

2. En cuanto a la primera cuestión, ROCA SASTRE mantenía que la aseveración de privatividad había de ser posible (la estima imposible si pretende actuar sobre bienes efectivamente gananciales o efectivamente privativos), personal (emanar del mismo cónyuge no adquirente o de apoderado especialmente facultado para ello) y oportuna. Y sólo estima oportuno el aseveramiento cuando se produzca en la adquisición por parte del otro cónyuge, y no lo será cuando tenga lugar antes o después. Ahora bien, este último requisito le extrae de la literalidad del artículo 95, 2.ª, del Reglamento que exige que la aseveración sea sincrónica al acto adquisitivo. Es verdad que existe un fuerte contraste entre la regla 3.ª del artículo 95, que en un apartado segundo permite justificar por posterioridad a la inscripción el carácter privativo y hacerlo constar por nota marginal, y la regla 2.ª que no contiene norma paralela para el supuesto de aseveración de privatividad; pero de todas maneras el criterio de ROCA, aunque seguido en general por la práctica, no ha dejado de

estimarse excesivamente riguroso aun antes de las últimas reformas del código (2).

El Registrador también se aparta de la tesis de ROCA SASTRE, puesto que transige con hacer constar por nota marginal la aseveración de privatividad con lo que la finca quedaría inscrita a favor del marido, pero no con el carácter ganancial como anteriormente, sino como privativa meramente confesada, o sea, sin prejuzgar la naturaleza privativa o ganancial de la adquisición.

3. La admisión de los capítulos *post nuptias* y la proliferación de liquidaciones *inter vivos* de sociedades conyugales vinieron a agudizar el problema de las aseveraciones, reconocimientos y confesiones de privatividad de determinados bienes del inventario matrimonial y en ocasiones del bien único inventariado. Insensiblemente el problema de la aseveración tardía de privatividad venía a confluir con el de la plena libertad de liquidación de sociedades conyugales con motivos de las capitulaciones en las que el régimen legal de gananciales se sustituía por el de separación.

Los posibles abusos de tal plena libertad que de un lado parecía cuadrar bien con la también absoluta admisión de donaciones y contratación entre cónyuges últimamente consagrada, no dejaba, por otro lado, de presentar algunos roces con un sistema jurídico patrimonial que en otros sectores, como el sucesorio, se mantenía casi intacto y algunas discordancias con el Derecho comparado que, en general, se ha mantenido más prudente que el legislador español en ciertos aspectos.

Después de la última reforma del Código Civil la cuestión de la aseveración, confesión y reconocimiento de privatividad, que debe empezar por plantearse si estas tres cosas son intercambiables y lo mismo, hay que plantearse en torno a la interpretación de los nuevos artículos 1.323, 1.324, 1.355 y 1.361 principalmente.

4. Pero como todo ello excedería del ámbito de este comentario, como al final diremos, nos vamos a limitar a ligeras referencias a la jurisprudencia, doctrina y posibles planteamientos en torno al caso planteado.

La Resolución de 11 de marzo de 1957 declaró no inscribible la enajenación por una viuda de bienes adquiridos durante su matrimonio aseverando el marido que el precio de la adquisición era parafernial porque la confesión no hace prueba contra su autor cuando por ella puede eludirse el cumplimiento de las leyes (art. 1.232, 2.º, del Código Civil) porque las donaciones entre cónyuges son nulas (art. 1.334), y porque la doctrina de los actos propios sólo se refiere a los lícitos, por lo que la confesión de parafernialidad del precio no es válida ni suficiente por sí sola para destruir la presunción del artículo 1.407, ante el peligro de involucrar una donación entre cónyuges y de que con la sola voluntad de uno de ellos queden alterados los derechos que le corresponden a la sociedad conyugal o los atribuibles a los herederos del otro en el momento de la disolución.

(2) RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 6.ª ed., tomo IV, 1.ª, págs. 52 y ss. Para centrar el problema de estas inscripciones a favor de uno de los cónyuges sin prejuzgar la naturaleza privativa o ganancial derivadas de la aseveración del otro cónyuge, deben consultarse también las páginas 49 y ss., 87 y ss., y especialmente 91 y ss.

VALLET criticó duramente la Resolución de 11 de marzo de 1957 en esta Revista (3), por entender que tergiversó la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1951 a pesar de pretender apoyarse en ella. Por una complicada serie de razonamientos lógicos demuestra la incorrección de los silogismos que pretenden relacionar tanto el artículo 1.232, 2.º, como el *venire contra factum proprium*, con la eventual posibilidad de vulnerar la prohibición de donaciones entre cónyuges, razonamientos lógicos que completa, además, con un profundo estudio de las diferencias entre confesión judicial, confesión extrajudicial y reconocimiento de relaciones jurídicas, sobre la base de los trabajos de FURNO, y sobre todo con razonamientos de jurisprudencia de sentido común y naturaleza de las cosas demostrativos de lo negativo que es que los herederos voluntarios del confesante, aseverante de la parafernalia, tengan que consentir y puedan impugnar la aseveración hecha por su causante. Naturalmente esta posición de VALLET tiene indudables conexiones con su tesis de que el artículo 1.334 no declaraba nula la donación entre cónyuges, sino revocable durante el matrimonio y convalidada como *mortis causa* al fallecimiento de uno de los cónyuges.

La Resolución de 18 de junio de 1975 vino a disponer que la aseveración, hecha por los hijos herederos de la esposa una vez disuelto el matrimonio, de que los inmuebles discutidos pertenecían privativamente al sobreviviente, unida a la circunstancia de no haber sido incluidos en la partición de aquélla, es suficiente para destruir la presunción de ganancialidad del artículo 1.407 del Código Civil; porque la doctrina de la Resolución de 11 de marzo de 1957 deja de tener eficacia una vez disuelta la sociedad conyugal ya que ha desaparecido el peligro de que a través de la confesión se hubiese podido alterar el régimen económico del matrimonio o darse una donación entre cónyuges prohibida, y en el caso contemplado aparece el enlace preciso y directo a que se refiere el 1.253 del Código Civil para mostrar que se está ante una presunción de hecho capaz de destruir la del artículo 1.407.

La tercera de las resoluciones citadas en el Vistos es la de 29 de septiembre de 1978, posiblemente posterior a la iniciación del recurso que nos ocupa, en el que la cuestión planteada tiene coincidencia parcial con el caso resuelto por dicha resolución. Ambos recursos han de situarse en el período de transición entre las reformas de 1975 y 1981 en el que había que intentar resolver las evidentes contradicciones que se daban debido a la coexistencia de artículos dictados en épocas diversas y concretamente los que permitían las capitulaciones *post nuptias* y consiguientemente la sustitución del régimen legal de gananciales por el de separación de bienes, con los que continuaban prohibido los contratos y las donaciones entre cónyuges. En la Resolución de 1978 la cuestión se centraba en si cuando se pactaba la sustitución del régimen de gananciales por el de separación, la liquidación de la sociedad de gananciales con efectos de pretérito (respecto a los gananciales anteriores) era imposible por mero acuerdo de los cónyuges, era obligada, aunque un cónyuge se opusiese, o era potestativa habiendo dicho acuerdo. Esta cuestión aparece también en nuestro caso, como demuestra el tercer considerando y por

(3) JUAN VALLET DE GORTISOLO: «Observaciones a la Resolución de 11 de marzo de 1957 en relación con la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1951 y otras consideraciones», números 350-351 de esta Revista, julio-agosto de 1957, pág. 477.

ello me remito a mi comentario a aquella resolución (4) para no incurrir en repeticiones. Pero a pesar de tal coincidencia parcial hay importantes diferencias: ahora no se interfiere la circunstancia de haber existido antes de las capitulaciones *post nuptias* una separación personal judicial, testimonio de cuya resolución exigía el Registrador; y por otro lado, en el caso de la Resolución que ahora comento el argumento de la posibilidad de una donación entre cónyuges prohibida adquiere mayor realce que en el otro, por cuanto la posibilidad casi se transforma en presunción de hecho al adjudicarse a uno de los cónyuges el único bien del matrimonio como consecuencia de un reconocimiento tardío de privatividad del precio de su adquisición.

Debemos recordar aquí que el argumento del peligro de la donación entre cónyuges prohibida, incluso en el régimen de separación, fue el más eficazmente esgrimido a raíz de la reforma de 1975 para rechazar la libre liquidación y adjudicación de los gananciales anteriores como consecuencia de la sustitución del régimen legal por el de separación en capitulaciones durante el matrimonio. Argumento que se reforzaba aún más cuando en vez de liquidación o junto a ella se articulaba una aseveración o confesión tardía de privatividad. Fue más tarde, cuando la estadística de capítulos *post nuptias* demostró que debían instalarse más bien en el campo de las separaciones personales de hecho que en el de los «extravíos del cariño» (*ne mutuato amorem invicem expoliarentur*) y que en el del fraude a terceros o fiscal, cuando la crítica a la libertad absoluta de capitulaciones durante el matrimonio se orientó hacia los argumentos esgrimidos en otros países que han mantenido la homologación de los capítulos *post nuptias* como residuo de la separación de bienes judicial obligatoria, vigente en el sistema de inmutabilidad del régimen económico matrimonial y como garantía del cónyuge más débil, más influenciable o menos preparado para la controversia de separación de bienes.

5. Sería mantenerse en la superficie del problema creer que la libertad de capitulaciones *post nuptias* y la derogación de la prohibición de donaciones y contratos entre los cónyuges suponen estación término de la evolución jurídica de este tema del Derecho económico matrimonial. Sólo por vía de ejemplo apuntaré cómo DE LOS MOZOS (5) aconseja tener cuidado en no confundir ideología y Derecho ni las tendencias inspiradoras del Derecho de familia —de indudable uniformidad en todos los países de Occidente—, con los principios sistemáticos de cada legislación, no tan uniformes. Y en este sentido señala la conexión que ha de existir entre el régimen económico matrimonial y el sistema de sucesión legítima. Tanto la liberalización de las capitulaciones efectuadas durante el matrimonio, como la liberalización en materia de contratación entre cónyuges responden a la consagración del principio de igualdad jurídica del hombre y la mujer y consiguientemente del marido y la esposa, principio de libertad del que se deriva el de independencia; pero como estos dos no son los únicos que hay que tener en cuenta cuando se trata de estructurar el matrimonio y la familia, no es capricho de criticar la reforma de 1981 el preguntarse si se han tenido en cuenta todas las consecuencias últimas de admitir la plena validez e irrevocabilidad de las

(4) En el núm. 539 de esta Revista, julio-agosto, págs. 897 y ss.

(5) JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS: *La reforma del Derecho de familia en España, hoy*, Valladolid, 1981.

donaciones entre cónyuges (en vez de estimarlas solamente revocables como el Code —art. 1.096—, la Compilación catalana —art. 20— o la tradición romano-castellana anterior al Código Civil).

La Resolución de 23 de julio de 1979 ya justificaba la prohibición de las donaciones entre cónyuges más que en la idea de unidad conyugal —idea hoy vencida por la de igualdad e independencia de los cónyuges—, en la evitación de fraudes a legitimarios y terceros. Por ello, DE LOS MOZOS no encuentra justificada la apreciación de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de 1981, consistente en alegar que ya estaban autorizadas antes por diversas legislaciones forales sin que haya presentado inconvenientes importantes su admisión en las mismas, y no la encuentra justificada porque la relación entre el régimen económico conyugal y la sucesión *mortis causa* es diferente en el Código Civil y las legislaciones forales, llegando a insinuar este autor que la supresión total y absoluta de la prohibición más que una obligada derivación del principio de igualdad supone una cierta «maximalización» y en el fondo más bien una trivialización del susodicho principio (6).

6. En cuanto a la plena liberalización de los capítulos *post nuptias*, la Exposición de Motivos de la Ley de 1975 apreció como único de la antigua prohibición, el peligro del influjo psicológico de un cónyuge sobre el otro y lo desecha diciendo simplemente que la admisión de aquéllos es lo tradicional en las regiones de Derecho foral sin que haya planteado graves problemas «sirviendo, por el contrario, de cauce para resolverlos pacíficamente», frase ésta que acaso piense en la utilización de las capitulaciones posteriores al matrimonio como medio de resolver los problemas económicos derivados de las separaciones de hecho. DE LOS MOZOS afirma que la mutabilidad del régimen económico es también consecuencia inevitable de los principios que inspiraron la reforma y la nueva estructura de la familia, aunque estima criticable el que no se haya exigido el requisito de la homologación judicial —como en las legislaciones francesa e italiana—, requisito que trata de defender no sólo los intereses de terceros, sino los del posible cónyuge más débil o sufrido, o menos informado, que en el caso concreto tanto puede ser el marido como la mujer, y que prueba que no era arcaico aquel motivo del doloso influjo psicológico.

El Código Civil no ha exigido homologación judicial para las capitulaciones *post nuptias*, probablemente no sólo por atender al principio de libertad de los cónyuges, sino por las dificultades que la doctrina ha encontrado en las legislaciones en las que se exige, y así en la italiana, en la que además de las derivadas de una incorrecta formulación legislativa (si la autorización se refiere también a las primeras capitulaciones que alteren un régimen legal y si el no obtenerla produce nulidad o mera inoponibilidad frente a los tutelados por la intervención judicial) estudian los autores como fundamental cuáles serán los intereses que el Juez ha de tener en cuenta para conceder o denegar la autorización (¿los de cualquier posible tercero? ¿El interés general de la familia? ¿La defensa del cónyuge económica o psicológicamente más débil?) (7).

(6) Posiblemente el legislador de 1981 también se creyó obligado a sacar de la mujer la espina que tenía clavada por el Rey Sabio cuando puso límites a las donaciones del esposo a la esposa y no a las de ésta a aquél justificando la diferencia en que las mujeres son naturalmente codiciosas y avariciosas.

(7) PAOLA-MACRI: *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Milán, 1978, págs. 57 y ss.

De todas maneras no cabe desconocer que, tanto antes como después de desaparecer la prohibición de donaciones entre cónyuges, en una escritura otorgada en los términos en que lo fue la autorizada por el señor García Bernardo objeto del recurso, cabe encontrar cierta contradicción interna si es que su contenido esencial está correctamente reflejado en el primer resultando: cuando en una disolución de comunidad de cualquier tipo se habla de adjudicar un bien a uno de los comuneros, se trata de una adjudicación en pago de su haber en la comunidad y, por tanto, no está muy claro que a la vez se diga que el dinero con el que se pagó el precio de adquisición de la finca era propiedad exclusiva del marido porque entonces, por el principio de subrogación real, la finca fue privativa desde su adquisición y no tenía porqué entrar en la sociedad de gananciales a disolver y en nuestro caso no había ningún ganancial que adjudicar por disolución de la sociedad de gananciales; y sólo cabe hablar en términos muy impropios de adjudicación de la finca privativa del marido como privativa que siempre fue. Desde el punto de vista práctico, en definitiva, en casos como éste, lo que se hace es una solicitud al Registrador con triple alternativa, para la inscripción con carácter privativo: primero, porque lo era desde la adquisición, lo que resulta de una confesión tardía de privatividad; si no se accede a esto, por adjudicación en una disolución de gananciales; y si se encuentra también inconvenientes para ello, a través de una implícita renuncia a la participación ganancial que ha de acrecer al otro partícipe, o sea, en último término a través de una donación entre cónyuges. Pero se olvida un tanto, al proceder así, que todas estas figuras negociales son muy distintas en su esencia y pueden tener muy diferentes efectos desde múltiples puntos de vista en cuanto nos salgamos del ámbito de la relación *inter partes* de los propios esposos (8).

7. La nota de calificación estimó el defecto insubsanable (aunque el texto del B. O. diga por error subsanable), aunque brinda la posibilidad de hacer constar por nota marginal el reconocimiento y afirmación en orden al carácter privativo de la finca. El Presidente de la Audiencia le califica de subsanable, por estimar —aunque no aclara esto el resultando— que cabía aportar documentación suficiente para justificar el carácter privativo del precio de adquisición. La Dirección parece que le estima insubsanable, ya que confirma íntegramente la nota del Registrador y revoca parcialmente el auto apelado. Pero es criticable el silencio sobre

(8) Como demostración de las dificultades que ha de encontrar la interpretación del artículo 1.324 al ponerlo en correlación con las aseveraciones o reconocimientos de privatividad, podemos fijarnos en el artículo 179, 2.º, del Código italiano, reformado en 1975. Tratándose de inmuebles o muebles registrables, para que resulten privativos de un cónyuge los adquiridos a costa de otros privativos, además de declarar esto en el acto de adquisición, es necesario que el otro cónyuge sea parte en el mismo. Aunque ha originado dudas el término *parte*, parece claro que el cónyuge no adquirente no sólo debe estar presente en el acto, sino que ha de hacer una expresa declaración, aunque no de renuncia al beneficio de la presunción de ganancialidad, ni una declaración de voluntad, sino una declaración de ciencia de contenido no negocial que, cuando no coincida con la realidad, podrá ser desvirtuada judicialmente por el cónyuge que la hizo, aunque naturalmente salvos los derechos de terceros (*). Por ello, los autores recomiendan la mayor diligencia a los Notarios para que procuren que la declaración corresponda con los presupuestos legales, aunque me creo que esta diligencia será más inútil en el supuesto de subrogación real con dinero privativo que en otros casos del 179 (bienes de uso estrictamente personal o necesarios para el ejercicio de la profesión del adquirente). A la vista de esta normativa no debemos considerar tan clara la identificación de las aseveraciones de privatividad con la confesión de que habla el artículo 1.324, ni tampoco conveniente que aseveración, reconocimiento y confesión tengan un campo de actuación ilimitado para estar en todo caso protegidos por el paraguas del artículo 1.323.

(*) V. DE PAOLA y A. MACRÌ: *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Milán, 1978, págs. 135 y siguientes.

la naturaleza del defecto en los considerandos, ya que el auto apelado por ambas partes disenta en este punto de la nota del Registrador. Y acaso también sea criticable el estimarlo insubsanable, pues si el último considerando justifica la postura del Registrador en no aparecer plenamente probado el carácter privativo del inmueble, no parece lógico cerrar el paso a la subsanación mediante tal prueba plena.

8. Parecería lógico que, puesto que comenzamos afirmando que la cuestión planteada puede seguir presentándose después de la reforma de 1981 y su solución no es tan clara como parece por haber desaparecido la prohibición de donaciones entre cónyuges, entrásemos en la serie de problemas que presentan la interpretación integradora de los artículos 1.323, 1.324, 1.346, 3.º; 1.347, 3.º; 1.355, 1.361 y concordantes del Código reformado. No hay duda de que todos tenemos la obligación de contribuir a que el nuevo Código pueda ser acomodado a una realidad jurídica viva y con la menor distorsión posible, sin mengua del total respeto a los principios nuevos que el Código ha decidido consagrar; pero esto, en definitiva, no es sino un urgente comentario a una Resolución que resolvió un caso que en vigor la reforma de 1981 no puede volver a repetirse en términos totalmente idénticos ni desde luego ser resuelto en igual forma.

T. C. G.