

6. BIENES INMUEBLES GANANCIALES. ADQUISICIÓN POR MUJER CASADA. CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPRESA. CLÁUSULA PENAL: SON INSCRIBIBLES EN EL REGISTRO LAS COMPRAS HECHAS POR MUJER CASADA SIN INTERVENCIÓN DE SU MARIDO, DE QUIEN SE ENCUENTRA SEPARADA DE HECHO, CUANDO EL PAGO DE PARTE DEL PRECIO QUEDA APLAZADO, Y SE PACTA QUE LA FALTA DE PAGO DE UNO DE LOS PLAZOS DA DERECHO A LA VENDEDORA A DAR POR RESUELTO EL CONTRATO, EN LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1.504 DEL CÓDIGO CIVIL, QUEDANDO ENTONCES EN BENEFICIO DE LA VENDEDORA LAS MEJORAS QUE SE HUBIERAN REALIZADO EN LA FINCA Y EL 50 POR 100 DE LAS CANTIDADES PAGADAS.

EN TAL CASO, LA INSCRIPCIÓN HABRÁ DE PRACTICARSE NO CONFORME A LAS REGLAS DEL ARTÍCULO 95 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, SINO SÓLO A NOMBRE DEL CÓNYUGE ADQUIRENTE, DE ACUERDO CON EL ARTÍCULO 1.401-1.º DEL CÓDIGO CIVIL EN RELACIÓN CON EL 1.407.

CUANDO COMPRA LA MUJER CASADA EN RÉGIMEN DE GANANCIALES CON PRECIO APLAZADO SIN EL CONSENTIMIENTO DEL MARIDO, NO QUEDARÁN OBLIGADOS A LAS RESULTAS DEL CONTRATO LOS BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL, Y SOLAMENTE LO ESTARÁN EL PATRIMONIO PRIVATIVO DE LA MUJER ASÍ COMO EL PROPIO BIEN ADQUIRIDO.

*Resolución de 4 de mayo de 1978 (B. O. del E. de 17 de junio).*

A) *Antecedentes de hecho.*—Por escritura de compraventa autorizada en Barcelona por el Notario don Antonio Beaus Codes el 29 de septiembre de 1976, don Sebastián Auger de Pons, en nombre y representación de doña Rosa Comas de Lleonart, vendió a doña Matilde González González un piso vivienda por determinado precio, parte del cual quedó aplazado, para ser satisfecho en catorce plazos trimestralmente representados por otras tantas letras de cambio cuyos vencimientos se detallan, estipulándose que la falta de pago de uno de los plazos daría derecho a la vendedora a dar por resuelto el contrato en los términos del artículo 1.504 del Código Civil, quedando a beneficio de la vendedora, una vez causada la resolución, las mejoras que se hubieran realizado en la finca, y el 50 por 100 de las cantidades que ya hubiere percibido; la compradora doña Matilde González González, que comparece en nombre propio, declara que

está casada bajo el régimen de gananciales con don Heliodoro Rebollo Ramos, de quien se encuentra separada de hecho hace más de veinticinco años, por lo que carece de gananciales de su matrimonio, habiendo pagado la parte del precio satisfecha y proyectando pagar el resto con dinero de carácter parafernial.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Suspendida la inscripción del precedente documento por observarse en el mismo los siguientes defectos:

1.º No acreditarse suficientemente el carácter parafernial del precio o contraprestación como exige el artículo 95, 3.º, del Reglamento Hipotecario, ya que la mera separación de hecho de los esposos revelada en el documento por la simple manifestación de la adquirente no puede producir ninguna consecuencia en el mundo jurídico con trascendencia frente a terceros ni puede transformar lo que por ley es ganancial en privativo. Por tanto, la inscripción debe practicarse a tenor de la regla 1.ª del citado artículo 95.

2.º Supuesto lo anterior, falta de consentimiento del marido, de conformidad con el artículo 1.416 del Código Civil, para obligar los bienes de la sociedad conyugal a través de una condición resolutoria en garantía del precio aplazado y una cláusula penal también para caso de impago del precio.

Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 485, c), del Reglamento Hipotecario. No se ha tomado anotación preventiva por no haberse solicitado.»

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, alegando, entre otras razones, que la aplicación del artículo 95, 1.º, del Reglamento Hipotecario que propugna el Registrador, al no aludir directamente dicho artículo al caso que contemplamos, sólo puede ser analógica en los términos del artículo 4.º del Código Civil, pero que en todo caso sería mucho más adecuado tomar como precepto aplicable analógicamente el punto 2.º del mismo artículo; que el vacío legal es evidente, al no contemplar el supuesto de referencia el artículo 95, y adquiere verdadera importancia tras la reforma de 2 de mayo de 1975, en cuanto al régimen legal de las mujeres, al eliminar la licencia marital y reconocer que el matrimonio no afecta a la capacidad de los cónyuges; que en la inscripción en la forma que se indica por el recurrente estaría en relación con los antecedentes legislativos del precepto, cuya evolución tiende claramente a la progresiva protección de la mujer y su equiparación con el esposo, lo que haría absurdo que para rellenar el vacío reglamentario se utilizase un precepto cuya aplicación redundaría en desigualdad y perjuicio para la mujer casada requirente; que la inscripción en la forma prevista por el número 2 del artículo 95 del Reglamento en nada perjudica ni al esposo que no ratifica ni a los terceros, suficientemente protegidos por la presunción de ganancialidad del artículo 1.407 del Código Civil; que en el caso de la escritura cuya calificación se recurre, en el que se afirma la existencia de una separación de hecho de más de veinticinco años, resulta falto de equidad el que un precepto reglamentario convierta una presunción de ganancialidad, salvo prueba en contrario, en una inscripción a favor de ambos cónyuges y para la sociedad conyugal; que en cuanto al defecto señalado en el punto 2.º de la nota se

plantea de idéntica manera, tanto si se inscribe en la forma indicada por el Registrador como en la forma propugnada por el recurrente; que el hecho de garantizar el precio de la venta en previsión de incumplimiento no supone que se requieran mayores requisitos de capacidad que en el supuesto de simple aplazamiento sin más garantías que la acción del artículo 1.124 y la general responsabilidad patrimonial del artículo 1.911; que quien puede adquirir por sí solo con precio aplazado podrá adquirir garantizando con condición resolutoria o hipoteca su cumplimiento; que tampoco tiene trascendencia la cláusula penal, ya que ésta se hará efectiva sobre las mejoras y el 50 por 100 de las cantidades ya percibidas por la compraventa, por lo que cuando ello ocurriese sería sobre la parte de precio ya pagado por la compradora sobre el que se haría efectiva la pena.

El Registrador informó que el punto primero de la nota no es incongruente con el texto de la escritura calificada, pues aun cuando en la escritura no se solicita la inscripción del bien adquirido como parafernalia, las declaraciones de la adquirente respecto a su separación de hecho y carencia de gananciales tienen que tener una finalidad que no puede ser otra que el intentar que la adquisición se inscriba a su nombre exclusivamente; que es evidente que el caso concreto debatido no tiene encaje en ninguno de los supuestos que el artículo 95 del Reglamento Hipotecario contiene, pero que si ahondamos en la *ratio* del precepto, así como las manifestaciones acerca de la parafernalia del precio que la escritura contiene, vemos que dicho supuesto tiene entrada en el artículo 95, regla 1.ª; que la tesis del Notario supone no ya interpretar la regla 2.ª del artículo 95 aplicando el artículo 3.º, 1, del Código Civil, sino hacer decir al precepto lo que el precepto no dice, ya que el artículo es suficientemente claro; que la inscripción conforme a la regla 1.ª del artículo 95 no supone que se trata de bienes cuya naturaleza está ya definitivamente establecida como una presunción *iuris et de iure*, sino como una presunción *iuris tantum*; que en el caso de falta de acuerdo de los esposos no podría decirse que la inscripción con arreglo al párrafo 2.º del artículo 95 no perjudique a nadie, ya que se desplazan los poderes dispositivos (art. 96), de tal forma que si el marido pretendiera enajenar el bien adquirido y su cónyuge no le prestara el consentimiento, no podría acudir a la autorización judicial supletoria del artículo 1.413 del Código Civil, dándose la paradoja de que un bien que sin duda es ganancial queda sustraído del poder dispositivo del marido como administrador de la sociedad de gananciales; que en cuanto al punto 2.º de la nota, si bien se parte de la base de pleno respeto a la doctrina sentada por las Resoluciones de la Dirección General de 8, 11 y 26 de febrero de 1977, en cuanto al caso por ellas contemplado, en que se trataba de compras con precio pagado al contado, ha de resaltarse que en el caso debatido la mujer no sólo ejercita facultades como administradora al adquirir un bien, que por no acreditarse la procedencia del precio debe reputarse ganancial, de conformidad con el artículo 1.413 del Código Civil, lo cual se admite en base a las resoluciones citadas, sino que deja aplazado parte del precio y garantizado con una condición resolutoria que puede producir la consecuencia de que un bien que por ley es ganancial pierda este carácter sin que el marido tenga la más mínima intervención en el proceso; que el caso debatido entra de lleno en la esfera del último párrafo del artículo 1.441 del Código Civil cuando dice que los Tribunales conferirán la administración a la mujer si el marido hubiera abandonado

a la familia, precepto éste que nos enseña el claro camino a seguir, caso de ser imposible conseguir el consentimiento del marido.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el Notario y declarando además que de efectuarse la inscripción a nombre de la adquirente y en armonía con sus declaraciones no se prejuzga la naturaleza privativa o ganancial del bien adquirido.

Y la Dirección General confirma el auto apelado, justificando su decisión en los siguientes Considerandos.

B) *Doctrina de la Dirección General* (1).—Que en el estudio y resolución de este recurso hay que tener en cuenta la profunda modificación que la Ley de 1975 introdujo al sentar como principio general en el nuevo artículo 62 del Código Civil que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges, lo que motivó, de una parte, que toda una serie de preceptos de ese Cuerpo legal fueran modificados y se adaptaran a la nueva legalidad introducida, y que para otras instituciones (la sociedad legal de gananciales) se previniera su futura regulación adaptada a esta nueva situación (una vez se resolvieran los complejos y arduos problemas que ofrece), por lo que hasta ahora, en tanto este hecho no se produzca, hay que tratar de cohonestar los preceptos legales todavía vigentes con el principio general antes señalado de plena capacidad de obrar de ambos esposos.

Que este Centro directivo declaró en las Resoluciones de 8, 11 y 26 de febrero de 1977 la inscripción al amparo del artículo 95, 1.º, del Reglamento Hipotecario de las compras de inmuebles hechas por mujer casada bajo el régimen de la sociedad de gananciales, en las que el precio había sido satisfecho al contado en base a los argumentos legales recogidos en las expresadas Resoluciones, planteándose ahora la cuestión de si serán o no inscribibles las mencionadas adquisiciones en el supuesto de que se haya pagado por la mujer sólo parte del precio y quede aplazado el resto con la garantía, igualmente pactada, de una condición resolutoria con cláusula penal.

Que el principal obstáculo que puede alegarse en contra del acto realizado aparece señalado en el defecto 2.º de la nota de calificación y hace referencia a la imposibilidad de la mujer casada para obligar los bienes de la sociedad de gananciales sin consentimiento del marido (art. 1.416 del Código Civil), por lo que, invirtiendo el orden de los defectos establecidos, se va a examinar éste en primer lugar.

Que como indicó la referida Resolución de 8 de febrero de 1977, el examen del artículo 1.416 del Código Civil lleva a la conclusión de que se limita a señalar los bienes que quedan obligados por los actos de la mujer, de modo que el consentimiento del marido no afecta para nada a la validez del contrato realizado por ella, pues a este aspecto se referían en su redacción derogada los artículos 61 y 1.263 del Código Civil, que le impedían adquirir a título oneroso o lucrativo sin licencia o poder de su marido, pero suprimida esta restricción no hay ningún obstáculo legal para que la mujer casada pueda ser compradora, sin que por tanto tengan aplicación los artículos 65 y 1.301 de su nueva redacción.

(1) Vistos los artículos 59, 62, 63, 65, 86, 1.263, 1.301, 1.392, 1.395, 1.401, 1.407, 1.413 y 1.698 del Código Civil, 95 del Reglamento Hipotecario y las Resoluciones de este Centro de 8, 11 y 26 de febrero de 1977.

Que confirma el anterior aserto el contenido del artículo 1.698, 2.º, del Código Civil, vigente en esta materia como supletorio por la remisión que a las normas del contrato de sociedad hace el artículo 1.395 del mismo Cuerpo legal (incluido dentro del capítulo que regula la sociedad de gananciales), y en donde se establece que la sociedad no queda obligada respecto a tercero por los actos que haya realizado un socio no gestor, salvo cuando dichos actos hayan redundado en provecho de ella, de donde se deduce que los actos celebrados por el cónyuge no administrador (en este caso, la mujer) producirán todos sus efectos en cuanto a su autor y de su cumplimiento responderá su patrimonio privativo, y no el de la sociedad de gananciales, salvo que ésta se hubiera aprovechado, criterio que el propio legislador ha ampliado a otros supuestos en la reforma de 1975, como ha sucedido al modificar la redacción del artículo 995 del Código Civil, en donde se establece que la falta de consentimiento del cónyuge del aceptante de una herencia no afecta a la validez del acto, sino sólo a la exclusión del patrimonio ganancial en la responsabilidad de las deudas hereditarias.

Que, en consecuencia, habrá de concluirse que la mujer casada en régimen de gananciales en el ejercicio de la potestad que como administradora de ciertos bienes gananciales (frutos de los parafernales y ganancias obtenidas en su profesión, industria o trabajo) podrá realizar toda clase de contratos de compraventa, tanto al contado como a plazos, pero en este último caso, si el marido no presta el consentimiento que exige el artículo 1.416, no quedarán obligados a las resultas del contrato los bienes de la sociedad conyugal, y solamente lo será el patrimonio privativo de la mujer, así como el propio bien adquirido, pues aunque tuviera la presunción de bien ganancial (art. 1.401) siempre quedaría sujeto a la acción resolutoria del vendedor (art. 1.124 del Código Civil) en caso de incumplimiento de sus obligaciones por la mujer.

Que al no acreditarse suficientemente el carácter del precio que como contraprestación se ha satisfecho en parte por la mujer, y actuar la presunción general del artículo 1.401 del Código Civil, se plantea la cuestión de si la adquisición realizada habrá de inscribirse a tenor de la regla 1.ª del artículo 95 del Reglamento Hipotecario o si las manifestaciones hechas en la escritura por la mujer compradora pueden enervar o matizar al menos la aplicación del mencionado precepto legal.

Que es indudable que la situación de separación de hecho de los esposos, sobre todo cuando se remonta a un período más o menos largo de tiempo, ha sido tenida en cuenta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y puede producir determinados efectos jurídicos, por lo que en principio, y en relación con el artículo 95 del Reglamento Hipotecario, la declaración hecha por el cónyuge adquirente condiciona el supuesto de aplicación, pues al no haberse acreditado que el precio es de la exclusiva propiedad de la compradora, no cabe encuadrarlo dentro de la regla 3.ª de dicho artículo, así como tampoco dentro de la 2.ª, al haber sido hecha la aseveración por la misma compradora y no por su esposo, pero tampoco se está propiamente en el supuesto de la regla 1.ª, dada la finalidad y origen de este precepto reglamentario.

Que, en efecto, este artículo 95, en su redacción actual, es una novedad introducida por el Decreto de 17 de marzo de 1959, que trató de acomodarse a la reforma que del artículo 1.413 del Código Civil hizo la Ley de 24

de abril de 1958, sin que pueda dársele un mayor alcance que el que tienen las disposiciones sustantivas sobre la materia (en particular, el artículo 1.401, 1.º), ya que la finalidad perseguida era la de poner a disposición del funcionario calificador la existencia de un elemento fundamental a tener en cuenta en la futura calificación de un acto de disposición o gravamen sobre el inmueble ahora adquirido, y aunque incluso en la situación normal de un matrimonio pueda parecer excesivo que de acuerdo con dicha regla 1.ª se practique la inscripción a nombre de los dos cónyuges cuando sólo la adquirió uno de ellos, con lo que aparece como titular registral quien no ha sido parte en el acto o contrato, todavía resulta mucho más anómalo la práctica de una inscripción de esa forma, cuando de las manifestaciones hechas por el cónyuge comprador, y aun sin entrar a calificar la naturaleza del bien, que a falta de otros elementos de juicio pudiera tener la consideración de ganancial, con arreglo al artículo 1.407 del Código Civil, aparecen justificadas reservas a la aplicación del mencionado precepto reglamentario.

Que, en consecuencia, se está ante un supuesto de forma de inscribir una adquisición no prevista en las vigentes reglas del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, y que habrá de realizarse practicando la inscripción sólo a nombre del cónyuge adquirente, tal como previene el artículo 1.401, 1.º del Código Civil, en relación con el artículo 1.407 del mismo Cuerpo legal, mientras no se pruebe que pudiera pertenecerle privativamente.

C) COMENTARIO.—Después de la reforma del Código Civil por Ley de 2 de mayo de 1975 se ha suscitado en numerosas ocasiones el problema de si la mujer casada, a quien no corresponde la administración de la sociedad conyugal, puede comprar bienes inmuebles sin intervención de su marido, pagando el precio con dinero ganancial o presuntamente ganancial. Problema planteado recientemente porque, antes de la reforma, la licencia del marido era necesaria para la validez del acto, y su omisión determinaba la anulabilidad del acto incompleto. Después de la reforma, en cambio, al suprimirse la licencia y reconocerse explícitamente la igualdad de los cónyuges y la plena capacidad de la mujer para contratar, parecía ser posible la compra en esas condiciones, si bien tropezaba con la dificultad de seguir correspondiendo al marido la administración de los bienes gananciales y la facultad de obligarlos. La cuestión así planteada resultaba problemática y objeto de discusión no sólo por los nuevos principios reguladores introducidos en la ley de reforma y por la distinta concepción que se pudiera tener respecto al papel del marido administrador sobre los bienes gananciales, sino también por tratarse de una reforma parcial, que había modificado numerosos artículos del Código relativos a la capacidad de obrar de la mujer casada, pero no los referentes a los bienes gananciales, por lo que seguían coexistiendo disposiciones no siempre homogéneas. Todo ello, unido a la frecuencia social de este tipo de actos, trajo como consecuencia que el referido problema pasara a primer plano de la actualidad y fuera objeto de numerosos estudios doctrinales.

En el ámbito jurisprudencial, las Resoluciones de 8, 11 y 26 de febrero de 1977 han venido a sancionar la validez de tales compras y su inscribibilidad, tomando en consideración un conjunto de prolijos argumentos—algunos de ellos desarrollados con especial finura jurídica por los recurrentes y por los autores que se ocuparon del tema—que no es oportuno rei-

terar aquí (2). Lo cierto es que esta jurisprudencia progresiva, cuya argumentación nos parece bien fundada y su solución acertada y muy acorde con el espíritu de la reforma, ha venido a fijar la vía de solución práctica de estos problemas. Sea cual fuere la línea de opinión que se mantenga al respecto, la validez civil de tales compras y su inscribibilidad registral parecen hoy perfectamente posibles.

El caso planteado en el presente recurso es parcialmente coincidente con el resuelto por aquellas resoluciones. Se trata, en efecto, de la compra de un bien inmueble por mujer casada sin intervención de su marido y en que la parte de precio ya satisfecha lo fue con dinero presuntamente ganancial o, al menos, no probadamente privativo. Pero se diferencia de aquellos otros casos en tres circunstancias, que concurren aquí y no allí, y que dan al presente supuesto de hecho una cierta peculiaridad: el aplazamiento de pago de parte del precio, las medidas establecidas para garantizar tal aplazamiento, y la separación de hecho en que se encontraban los cónyuges. Veamos por separado estas tres circunstancias:

a) Partiendo de esa reciente doctrina jurisprudencial, y de la validez de las compras hechas al contado por mujer casada en esas condiciones, ¿será aplicable igual solución cuando queda aplazado parcialmente el precio de la compra? Dando por supuesto que la parte de precio pagada al contado lo fue con dinero ganancial o presuntamente ganancial, por no acreditarse su carácter privativo, no parece que exista razón suficiente para alterar en este caso la solución dada por la Dirección General a los recursos precedentes. Porque el problema que aquí se plantea, por el aplazamiento parcial del precio, apunta no tanto a la validez de la compra hecha por mujer casada—teniendo en cuenta su capacidad para contratar sin restricciones, la supresión de la licencia marital, que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges, y demás razones desarrolladas en los Considerandos de la Resolución de 8 de febrero de 1977, en relación con la reforma de 2 de mayo de 1975—, cuanto a las consecuencias de ese aplazamiento; es decir, a la responsabilidad patrimonial que puede quedar afectada por el eventual incumplimiento de esa obligación aplazada. En definitiva, se trata de decidir contra qué masa patrimonial podrá dirigirse el acreedor para cobrar el precio aplazado. Como el artículo 1.416 C. C. establece claramente que la mujer casada no puede obligar los bienes gananciales sin el consentimiento del marido (3), parece claro que en este supuesto no cabrá imputar esa responsabilidad al patrimonio ganancial, sino al patrimonio privativo de la mujer que compra y al propio bien comprado. Porque la esposa que puede comprar debe ser responsable de sus obligaciones con sus propios bienes. Y porque el vendedor impagado podrá siempre dirigirse contra el bien vendido, ya sea poniendo en marcha la garantía pactada (condición resolutoria expresa con eficacia frente a terceros por su inscripción), ya mediante el ejercicio de la acción resolutoria tácita (1.124), ya incluso porque aunque el bien comprado pueda reputarse ganancial (por satisfacerse la parte de precio pagada con dinero de esa naturaleza), su pertenencia al patrimonio común obedece precisamente a ese contrato de compraventa, cuya ejecución (pago parcial) no puede desligarse de la masa patrimonial a que afecta

(2) Véase nuestro comentario a dichas Resoluciones en esta misma Revista, núm. 522, septiembre-octubre 1977, págs. 1094 y ss., y la referencia bibliográfica allí contenida.

(3) En el mismo sentido, artículo 995 del Código Civil, después de la reforma de 1975.

y de la que forma parte. Así lo establece expresamente la Dirección General, a mi juicio con plena razón.

Pero, en todo caso, la compra hecha por la mujer en esas circunstancias resulta perfectamente válida, tanto si paga el precio al contado como si lo hace a plazos. Si puede comprar entregando el precio en el momento de la compra, también podrá obligarse a entregarlo después, teniendo en cuenta que la mujer casada tiene capacidad contractual para obligarse por sí sola.

¿Cómo se inscribirán entonces tales adquisiciones? En principio, si el dinero pagado al contado era presuntamente ganancial o no se había probado suficientemente su carácter privativo, de la misma manera que la compra de bienes gananciales, siguiendo para ello las reglas generales de la legislación hipotecaria y específicamente el artículo 95, 1, R. H. Es decir, igual que se inscribían las compras al contado, según declaró la Resolución de 8 de febrero de 1977. Y como bien privativo, a nombre del cónyuge adquirente, si se justificó que el dinero satisfecho era de esta naturaleza (art. 95, 3). ¿Qué ocurrirá si el precio aplazado se paga, en todo o en parte, con dinero perteneciente a masa patrimonial distinta de aquella con que se pagó el precio al contado? Ejemplo: si el dinero inicial era común y los pagos posteriores son privativos. La respuesta a este interrogante dependerá de la solución que se dé al problema de fondo así planteado. Según se establezca una cotitularidad privativa y ganancial por cuotas del bien comprado en proporción a su respectiva cuantía; o se dé preferencia a la naturaleza del dinero con que se paga la mayor parte del precio total satisfecho, reconociendo un crédito contra esta masa patrimonial a favor de la otra con que se paga el menor precio; o prevalezca el dinero inicialmente pagado al contado, sea cual sea su cuantía, frente al satisfecho con posterioridad.

Sin entrar en la exposición de ese problema, nada pacífico y objeto de discusiones, y limitándonos a su enfoque registral, que es lo que ahora más nos interesa, podemos apuntar lo siguiente: cuando llega al Registro la escritura de compra normalmente se ha satisfecho sólo el precio al contado, tal como en la propia escritura se recoge, y falta por pagar el precio aplazado o, al menos, esta última circunstancia no consta documentalmente. Como la calificación debe hacerse en el momento en que se presenta la escritura y en base a ésta, sólo podrán tenerse en cuenta los datos allí contenidos. De donde resulta que el dinero con que se paga el precio al contado condicionará la naturaleza del bien comprado. Siendo aquél con frecuencia presuntamente ganancial, como ganancial deberá inscribirse la vivienda comprada, aunque luego se satisfagan los plazos con metálico privativo. Y viceversa: cuando se justifique el carácter privativo del dinero pagado al contado, con igual carácter se inscribirá la adquisición. Si después de practicada la inscripción en esos términos se acredita la distinta pertenencia patrimonial de los pagos sucesivos, podrá modificarse el asiento haciendo constar esa doble concurrencia de masas patrimoniales, para que el Registro publique la cotitularidad correspondiente, aplicando por analogía, y a *sensu contrario* en su caso, el párrafo segundo del artículo 92 R. H.

b) La mujer casada puede comprar por sí sola, aun aplazando parte del precio. ¿Podrá también pactar la condición resolutoria expresa sobre el bien comprado en garantía del incumplimiento de esos pagos futuros?

Dependerá de la naturaleza del acto de constitución de dicha garantía. Si se piensa que la condición resolutoria expresa implica un gravamen o limitación que afecta al bien objeto de eventual resolución; que su finalidad es semejante a una nueva enajenación de la cosa comprada que retroadquiere el vendedor; y que la publicidad del Registro dota a esta garantía de eficacia oponible frente a terceros y le permite actuar como gravamen real, parece razonable afirmar que el acto de constitución de la garantía es un acto de gravamen, para cuya realización válida será precisa la capacidad de disposición.

En tal caso, deberán aplicarse aquí las reglas que disciplinan con carácter general los actos de enajenación o gravamen de bienes inmuebles gananciales. Será necesario, por tanto, el consentimiento conjunto de marido y mujer (art. 1.413). La mujer podrá comprar por sí sola, de acuerdo con esta interpretación jurisprudencial, pero no podrá imponer condición resolutoria expresa sin consentimiento del marido (o autorización judicial ante la eventual ausencia prolongada del esposo). Así lo exige la naturaleza de esta garantía como gravamen real inmobiliario. Igual que ocurría en materia de hipotecas, en que el marido podía cobrar, pero no prestar su consentimiento para la válida cancelación de la hipoteca que garantizaba aquel crédito. Por exigir la cancelación del derecho real de garantía la capacidad de disposición.

Centrada así la cuestión, y afirmada la necesidad de ese consentimiento dispositivo para establecer la condición resolutoria expresa en garantía del precio aplazado sobre el mismo bien que de tal manera se adquiere, cabría todavía matizar el problema desde una nueva perspectiva: la garantía del precio aplazado, sea cual fuere el cauce técnico a través del cual se establezca, va indisolublemente unida al acto de adquisición a plazos. Hasta tal punto que puede afirmarse que sin la creación de esa garantía la venta aplazada no llegaría a celebrarse. Esta unidad inseparable de ambos actos, y la dependencia que la garantía presenta respecto del acto de adquisición, han llevado a la Dirección General a sostener en otros recursos que, cuando el marido compra un inmueble a plazos y simultáneamente garantiza ese aplazamiento con hipoteca sobre el mismo bien comprado, puede realizar ambos actos por sí solo sin necesidad del consentimiento de su esposa para hipotecar el bien presuntivamente ganancial (4).

Sin exagerar la posible semejanza entre la hipoteca y la condición resolutoria expresa en garantía del precio aplazado, y aun reconociendo las diferencias existentes entre ambas figuras, podría pensarse que la misma solución jurisprudencial apuntada fuera aplicable al acto de constitución de la condición resolutoria, cuando ésta resulta simultánea a la compra aplazada y necesaria para que dicho aplazamiento pueda concederse. La subordinación que una y otra forma de garantía tienen respecto al negocio de adquisición a plazos, y la semejanza de ahí derivada, pueden justificar la interpretación analógica. De modo que podría darse por buena la constitución de esa garantía real por la mujer casada sin intervención del marido, a pesar de la necesaria concurrencia de éste para los actos de gravamen de inmuebles gananciales. Es decir, que tanto la compraventa como la condición resolutoria estaban válidamente constituidas.

(4) Vid. Resoluciones de 13 de mayo y 4 de noviembre de 1968, y mi comentario a esta última en *Revista Crítica*, núm. 472, mayo-junio 1969, págs. 766 y ss.

Tampoco debe silenciarse el tema de la cláusula penal pactada para el caso de resolución, que concedía a la vendedora el derecho a retener el 50 por 100 de las cantidades percibidas y las mejoras realizadas en la finca. Cuando se establecen tales cláusulas para prejuzgar contractualmente el importe de los perjuicios sufridos en caso de incumplimiento y subsiguiente resolución, es frecuente que dichas cláusulas resulten desproporcionadas o abusivas. Por ejemplo, cuando se conviene que el acreedor que resuelve, además de recuperar la cosa vendida, puede retener todas las cantidades ya pagadas o la mayor parte de ellas. En semejantes casos, la ruptura del principio de restitución de todo lo entregado, que es inseparable de la resolución del contrato, la falta de causa de garantía que justifique la medida, y su desproporción con el valor económico del perjuicio efectivamente sufrido por la falta de pago, junto con el aspecto abusivo que resulta de ser muchas veces estos contratos de adhesión, son razones que justifican replantear la licitud de esas cláusulas penales y su posible invalidez. Es el viejo y siempre renovado tema de las consecuencias abusivas en los pactos de resolución, en el que ahora no podemos entrar (5).

Sí debemos, en cambio, aludir a una de sus manifestaciones concretas, que es la que ahora más nos interesa: la posibilidad de que la invalidez de tales cláusulas pueda ser objeto de calificación por el Registrador antes de inscribir la escritura de compraventa en que se contienen, y denegada la inscripción en su caso. Personalmente soy partidario de que así se haga, como una aplicación más—y quizá de las más importantes—del principio de calificación de las cláusulas contractuales, de su licitud y validez, en orden a dotarles o no de publicidad registral. Creo además que la homologación registral es un importante medio para revisar esa validez a efectos del tráfico, sin necesidad de tener que acudir para su impugnación a un juicio declarativo, más largo, costoso y muchas veces difícil de iniciar. Comprendo, sin embargo, que ante las disposiciones generales de los artículos 1.124 y 1.152 C. C., y a falta de una norma expresa que regule con más detalle las causas de invalidez, no resulta siempre fácil decidir en la práctica si el caso examinado contiene una de esas cláusulas abusivas, teniendo en cuenta que el abuso estará en función de la cuantía pactada. Salvo en los supuestos de flagrante desproporción.

En el caso aquí planteado, afortunadamente la cuantía del 50 por 100 de las cantidades percibidas en concepto de cláusula penal no parece lo suficientemente desproporcionada como para ser considerada, *prima facie*, como ilícita.

El Registrador estimó que la mujer necesitaba del consentimiento de su marido para obligar los bienes de la sociedad conyugal, de acuerdo con el artículo 1.416, tanto a través de la condición resolutoria pactada como de la cláusula penal. En el caso de ambas garantías, el problema quedó planteado desde el punto de vista de la responsabilidad de los bienes gananciales por la actuación de la mujer, lo cual es evidentemente uno de los temas que surgen cuando la mujer compra a plazos sin intervención del marido; pero no el único. La cuestión de responsabilidad podía ser resuelta, como hace la Dirección General, considerando que sólo el patrimonio privativo de la mujer compradora y el propio bien comprado servirán

(5) En el ámbito de las ventas a plazos ha venido a resolver estos problemas el artículo 11 de la Ley especial 50/1965, de 17 de julio, de evidente carácter imperativo en beneficio del comprador.

de base a la agresión del acreedor en caso de impago de algún plazo, sin que estuvieran sujetos a esa responsabilidad los demás bienes gananciales por la no intervención del marido. Con la cual imputación, por lo demás perfectamente correcta, se desvirtuaba la dificultad apuntada en la nota de calificación. Pero al lado de esta cuestión subsistían las otras dos, relativas a la capacidad de la mujer para pactar por sí sola la condición resolutoria con eficacia real (problema de capacidad de obrar concreta, no de responsabilidad), y a la posible invalidez de la cláusula penal por razón de su cuantía (problema de ineficacia por ilicitud de la causa). Ninguno de estos dos temas fueron recogidos en la nota de calificación negativa, a pesar de su innegable trascendencia práctica.

c) Al adquirir el piso, la compradora hizo constar en la escritura que estaba casada bajo el régimen de gananciales, pero que se encontraba separada de hecho de su esposo hace más de veinticinco años, por lo que carecía de bienes gananciales y había pagado la parte de precio ya satisfecha con dinero parafernial, con el cual seguiría pagando el resto aplazado.

La separación de hecho de los cónyuges, prolongada durante un largo período de tiempo, es un dato que puede tener indudable influencia en la resolución de este recurso. No es necesario recordar ahora la creciente importancia social de las separaciones matrimoniales de hecho, fenómeno que ha sido objeto en los últimos tiempos de atención por parte de la jurisprudencia y la doctrina (6). Se trata de una situación dotada de cierta duración cronológica, en que los cónyuges viven separados sin declaración judicial que así lo determine. A diferencia de la separación judicial, falta el título o causa que justifique esta anomalía en la relación matrimonial. El problema que aquí puede plantearse, entre otros, es el de si cabe atribuir semejantes efectos a uno y otro tipo de separación; o si se estima que ello no es posible, como parece evidente, qué eficacia jurídica produce la separación de hecho, aceptando su reconocimiento como fenómeno jurídico que de alguna manera incide en la relación matrimonial. Más en concreto, cómo repercute esta separación en el régimen económico del matrimonio, su subsistencia y su organización jurídica.

Dando por supuesto la admisión de cierto nivel de eficacia a esta realidad fáctica (7), recordemos que se pueden distinguir dentro de ella dos situaciones distintas, según exista o no convenio entre los esposos para regular el régimen de la separación. Cuando hay convenio, aunque no exista sentencia, cabe establecer normas negociales suficientes para regular la vida de los cónyuges separados, las relaciones jurídicas entre ellos y especialmente las repercusiones que la separación puede producir sobre el régimen económico: cesación de la comunidad, comienzo de la separación de bienes, facultades de cada cónyuge, reglas para respetar su autonomía patrimonial, etc. Por lo que se refiere al régimen económico del matrimonio, estos pactos son hoy bien fáciles de realizar, después de que en la última reforma del C. C. se ha permitido la celebración de capitu-

(6) Entre los trabajos publicados en los últimos años recordemos los de CÁMARA: «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», A. D. C., 1969, XXII-I, pág. 3, y XXII-II, pág. 263; OGAYAR: «Separación de hecho de los cónyuges. Efectos que produce», R. G. L. J., julio-agosto 1972, pág. 35; ZANÓN: *La separación matrimonial de hecho*, Barcelona, 1974.

(7) Como ejemplo de esta admisión de eficacia puede recordarse, además de las numerosas sentencias en que se recoge esta figura, el anteproyecto de ley de reforma del Título IV, Libro I, del Código Civil, en que la separación de hecho aparece como una de las posibles causas de divorcio, una vez transcurridos diversos plazos, según sea libremente consentida o esté provocada unilateralmente por uno de los cónyuges.

laciones matrimoniales después del matrimonio o su modificación conyugal (art. 1.315). Quizá una de las razones que justificaron la ruptura del principio de inmutabilidad del régimen matrimonial dentro del Código Civil fue precisamente ésta de facilitar la pacífica separación de los cónyuges sin necesidad de acudir al Juez.

¿Qué ocurrirá si el convenio de separación o pacto capitular no se han celebrado? La falta de vida en común que produce la separación puede justificar el que no existan ya bienes gananciales, o que no se reputen como tales los adquiridos en esa situación de separación. Porque el fundamento de la sociedad legal y de la existencia de un patrimonio común es la comunidad de vida y la necesidad de atender a los gastos comunes del matrimonio (8). A pesar de lo cual, la separación de hecho no actúa como causa de disolución de la comunidad ganancial. La disolución sólo se produce por la sentencia judicial de separación (o por las demás causas legalmente tipificadas: art. 1.417, en relación con 52, 73, 101 y 1.433 C. c.). Cabría pensar entonces que los bienes adquiridos con anterioridad a la separación de hecho que tenían la condición de gananciales seguirán conservando este carácter, toda vez que el patrimonio común aún no ha sido disuelto; pero no podrán ser calificados de tales los bienes que se adquirieran después, al faltar la necesaria comunidad de vida. Los bienes adquiridos en esas circunstancias es *como si* fueran privativos del cónyuge adquirente. Falta el supuesto de hecho de la presunción de ganancialidad que establece el artículo 1.407, y debería entrar en juego quizá la presunción contraria, según la cual los bienes son propios de quien los adquiere.

Pero aun admitiendo la posible exactitud del razonamiento así expresado, y su dosis de justicia al aplicarlo en la vida práctica, subsiste en todo caso una dificultad: la derivada de la necesaria prueba adecuada de esta situación de separación fáctica. si se quiere que su existencia desate aquellos niveles de eficacia. ¿Cómo podrá probarse en cada caso, sin necesidad de acudir al Juez, la separación de hecho como situación estable e indubitada, que afecte tan directamente a la subsistencia del régimen de comunidad? Al menos en el caso propuesto, la compradora declaró unilateralmente esa circunstancia, sin la aseveración del marido separado, y sin que conste una justificación distinta. ¿Cabría negar la condición de ganancial del piso comprado sólo porque la compradora manifieste su separación de hecho sin probarla? Parece que no.

Desde la perspectiva que ahora estamos considerando, confluyen en la resolución del presente caso dos elementos distintos: la inexistencia de comunidad en el matrimonio y la difícil consideración como gananciales de los bienes adquiridos por la mujer separada de hecho de su marido, de una parte; la continuación de la sociedad de gananciales por no haber sido aún disuelta y la falta de prueba fehaciente de la separación fáctica, de otra. Las soluciones a que se puede llegar por uno u otro camino son contradictorias. O se niega la posibilidad de nuevos gananciales y se consideran privativos los bienes adquiridos por la mujer separada, con todas sus consecuencias civiles y registrales, o se mantiene la subsistencia de la

(8) Como ha recordado CÁMARA, cuando los esposos se separan y desaparece la comunidad de vida, faltan los presupuestos sobre los que teóricamente se asienta y fundamenta la sociedad de gananciales. De aquí que la Ley considere su disolución (art. 73-4 del Código Civil) como efecto característico de la separación personal de los cónyuges (judicialmente declarada). (*La separación de hecho y la sociedad de gananciales*, pág. 11.)

sociedad conyugal y se califica de ganancial al piso comprado, que debería inscribirse como tal.

La Dirección General sigue en este punto una vía de solución intermedia. Parte de la existencia de la sociedad de gananciales, no desvirtuada por la separación de hecho, y en este sentido replantea los problemas de la validez de las compras de inmuebles hechas por mujer casada en régimen de gananciales con precio aplazado, su capacidad para comprar en esas circunstancias (naturalmente, conectada con el régimen de comunidad), y la responsabilidad del patrimonio privativo y ganancial por el impago del precio aplazado. Pero al considerar la forma en que debe inscribirse la adquisición así realizada, teniendo en cuenta la declaración hecha por la compradora respecto a la separación de hecho, estima que esta situación puede producir determinados efectos jurídicos y entiende, en consecuencia, que no es de aplicación la regla 1.ª del artículo 95 R. H., ni tampoco las otras dos—obviamente—; por lo que esta laguna reglamentaria, que surge al no regularse el supuesto de separación de hecho, debe suplirse practicando la inscripción sólo a nombre del cónyuge adquirente, de acuerdo con el artículo 1.401, 1.º, a pesar de ser ganancial el bien comprado.

En resumen: se acepta la validez de las compras hechas por mujer casada en régimen de gananciales, sin intervención del marido y con precio aplazado; se establece la responsabilidad correspondiente del patrimonio privativo de la compradora y del propio bien comprado para el caso de impago; y se ordena la inscripción como ganancial del piso, a nombre de la compradora solamente y sin aplicar las reglas del artículo 95 R. H., por haberse alegado en la escritura la separación de hecho.

Sin perjuicio de reconocer la posible oportunidad de esta solución práctica en un caso como el propuesto, los argumentos ofrecidos para conseguir esa forma de inscripción y para valorar la separación de hecho no resultan demasiado convincentes. Quizá porque la vía adoptada para llegar a tal decisión es intermedia y no muy precisa. Hubiera sido preferible enfrentarse más radicalmente con la cuestión de los efectos de la separación de hecho, y su prueba, en relación con el régimen de gananciales. Y concretar una solución más consolidada como antecedente de la forma de extender el asiento.

M. A. G.