

Resoluciones y sentencias

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

POR MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,
TIRSO CARRETERO GARCÍA y
EUGENIO FERNÁNDEZ CABAILEIRO

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

9. AUNQUE LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.413 DEL CÓDIGO CIVIL NO HA INTRODUCIDO UN RÉGIMEN DE CODISPOSICIÓN DE LOS GANANCIALES, SINO UN CONSENTIMIENTO O ASENTIMIENTO «UXORIS», DE ESTRECHO PARENTESCO CON LA LICENCIA MARITAL, NO PUEDE DESCONOCERSE QUE MIENTRAS EN EL ACTO DISPOSITIVO DE PARAFERNALES POR LA MUJER SIN LICENCIA MARITAL ELLA ES PROPIETARIA Y TITULAR REGISTRAL, EL ACTO DE DISPOSICIÓN DE FINCA GANANCIAL POR EL MARIDO SIN ASENTIMIENTO «UXORIS», POR TRATARSE DE BIENES COMUNES, DE TITULARIDAD COMPARTIDA, RESULTA INCOMPLETO Y NO DEBE INGRESAR EN EL REGISTRO, CUYA FINALIDAD PRIMORDIAL ES PROPORCIONAR SEGURIDAD A LAS RELACIONES INMOBILIARIAS Y PUBLICAR SITUACIONES FIRMES Y CLARAS, NO PARECIENDO ACONSEJABLE LA APLICACIÓN POR ANALOGÍA DEL EXCEPCIONAL SUPUESTO DEL ARTÍCULO 94 DEL REGLAMENTO.

Resolución de 15 de marzo de 1972 («B. O. del E.» de 7 de abril).

Antecedentes de hecho.—En escritura otorgada en Madrid, ante el Notario don Alejandro Santamaría y Rojas, el 8 de mayo de 1959, don Antonio Palacios Martínez del Campo, casado con doña Graciella San Bartolomé Morelló, compró a don Valentín Palacios Ruiz Senén y otros

varias participaciones proindivisas de un solar en la calle Churruca, 21, de Madrid, escritura que fue inscrita en el Registro Norte, hoy número 6 de la capital, con excepción de determinadas participaciones en usufructo, pleno dominio y nuda propiedad, de las que era dueño el vendedor indicado y cuya inscripción se suspendió por el defecto subsanable de falta de consentimiento de la esposa o, en su defecto, autorización judicial, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.413 al tratarse de bienes gananciales, por no constar que se adquiriesen con bienes propios del marido. Fallecido el comprador, don Antonio Palacios, el 22 de marzo de 1969, y hecha la partición de su herencia, fueron en ésta adjudicadas en proindiviso las participaciones cuya inscripción fue suspendida a la viuda, doña Graciella, y los hijos, don Francisco Javier y don Federico Palacios San Bartolomé, herederos testamentarios de don Antonio. Tomada anotación preventiva de suspensión, por defectos subsanables, de la escritura particional, en cuanto a las participaciones indivisas referidas, fue cancelada transcurrido el plazo legal.

Presentada nuevamente en el Registro por dichos herederos, el 21 de marzo de 1970, copia de la escritura de compraventa del referido solar, se volvió a suspender la inscripción de las participaciones indivisas con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción respecto de la compraventa de las siguientes participaciones indivisas de la finca a que se refiere el presente documento: una treinta y dosava parte en usufructo, una treinta y dosava parte en pleno dominio y una noventa y seisava parte en nuda propiedad por el defecto subsanable de la falta del consentimiento, que previene el artículo 1.413 del Código Civil, de la esposa del vendedor, don Valetín Palacios, o, en su caso, de la autorización judicial por tramitarse la separación, ya que no consta liquidada la sociedad conyugal, toda vez que tales participaciones fueron adquiridas por dicho señor Palacios por compra, constante su matrimonio y sin alegar la naturaleza del dinero invertido, y en su lugar, y a solicitud del presentante, ha sido tomada anotación preventiva de suspensión por el término legal al folio 221 del libro 988 del Archivo, tomo 247 de la Sección 1.ª, finca número 240, anotación letra K, y también a solicitud del presentante se expide copia de la anotación al amparo del artículo 67 de la Ley Hipotecaria.—Madrid, 1 de abril de 1970.»

El Procurador de los expresados herederos interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación alegando, en síntesis: que según reiterada jurisprudencia acogida por el Centro directivo, el consentimiento de la mujer, que el marido necesita para enajenar ciertos bienes gananciales, conforme al artículo 1.413, reformado en 1958, integra un negocio de asentimiento que tiene estrecho paralelismo con la licencia marital, por lo que parece viable aplicar por analogía las soluciones elaboradas por la doctrina científica y legal a propósito de la licencia marital; que los actos realizados por el marido sin el consentimiento *uxoris* son, en principio, válidos, sólo se anulan si la mujer o sus herederos lo reclaman y no alteran ni modifican derechos de otras personas; que lo anterior es un resumen de la doctrina de las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1964, 6 de mayo de 1969 y resolución de 28 de marzo de 1969; que en el terreno hipotecario debe seguirse el mismo criterio establecido para los actos de la mujer sin autorización del marido (art. 94 del Reglamento), y que, en conclusión, procede inscribir la compraventa a favor de don Antonio Palacios de las participaciones indivisas cuestionadas, si bien haciendo constar en la inscripción la falta de licencia de la mujer del vendedor.

El informe del Registrador contenía, en síntesis, las siguientes alegaciones: que la sentencia de 6 de marzo de 1969 contempló un caso en que quedó demostrada, como cuestión de hecho, la concurrencia de

consentimiento previo e incluso simultáneo de la mujer para los actos de disposición; que la de 6 de mayo de 1969 declaró que la nulidad del contrato no puede ser invocada por el marido, quien manifestó en la escritura que actuaba con el consentimiento de la esposa; que por no ser iguales los supuestos debatidos en ellas, no es exacto afirmar que exista una jurisprudencia unánime y reiterada en la materia; que la resolución de 28 de marzo de 1969, referente a una anotación de demanda sobre gananciales, dirigida solamente contra el marido, si bien, en un considerando, alude a la doctrina del Tribunal Supremo de que la disposición de los gananciales corresponde al marido y rechaza la tesis de la codisposición, aunque la mujer preste su asentimiento mediante un acto que tiene estrecho paralelismo con la licencia marital, la Dirección General no se pronuncia sobre la admisibilidad de tales criterios; que tanto en el campo jurisprudencial como en el de la doctrina existen grandes vacilaciones al analizar el verdadero alcance de la modificación introducida en el artículo 1.413 del Código, pero éste exige textualmente el consentimiento de la mujer y, a tenor del 1.262, el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa; que al prescindirse de ese consentimiento, el negocio se encuentra jurídicamente incompleto, al faltarle uno de los requisitos esenciales, ya que la mujer es cotitular, lo que hace que no pueda asimilarse su conformidad a la licencia marital; que según el último párrafo del artículo 1.413 no podrán perjudicar a la mujer ni a sus herederos los actos de disposición que el marido realice en contravención del Código o en fraude de su mujer, cualquiera que sea la condición de los bienes afectados; que no puede desconocerse el sentido protector de los derechos patrimoniales de la mujer casada que inspira el artículo 1.413, que lógicamente debe armonizarse con la natural protección a los terceros adquirentes, aunque no se ocultan al informante los esfuerzos de algunos publicistas y de la jurisprudencia dirigidos a facilitar el tráfico jurídico y a eliminar en lo posible los obstáculos que representa la última reforma del precepto, así como el poder de inercia del anterior estado; que el alcance de la jurisprudencia es interpretativo o aclaratorio, pero no vinculante, y frente a ella se encuentran los preceptos del Reglamento dictados para el desarrollo de la Ley que reformó el artículo 1.413; que el artículo 608 del Código ordena que en lo referente a los títulos sujetos a inscripción se estará a lo dispuesto en la legislación hipotecaria, en la que figuran los artículos 96 y 144 del Reglamento, que exigen, en cuanto a los gananciales, el cumplimiento de lo establecido en el artículo 1.413 del Código; que nada autoriza a un criterio de analogía que permita aplicar el artículo 94 del Reglamento, concebido para un caso distinto; que la reforma del Reglamento de 1959 no dio igual tratamiento a los dos supuestos; que si el legislador hubiera querido identificar la falta de licencia marital con la del consentimiento *uxoris* lo habría hecho así, pero entendió que no es lo mismo que la mujer venda sus bienes propios o que el marido enajene los de la sociedad conyugal; que consta en el Registro que el matrimonio del vendedor estaba en trámite de separación conyugal al realizarse la venta y conocidas son las precauciones que en tal situación adopta nuestro Código—artículo 68, regla 4.ª— en cuanto al régimen económico pendiente de liquidación, exigiéndose licencia judicial para los actos que excedan de la mera administración de los gananciales, cualquiera que sea el cónyuge que los administra, lo que obliga a extremar el cuidado en la calificación, y que el defecto fue calificado de subsanable, por lo que el negocio discutido podrá perfeccionarse mediante la prestación expresa o tácita del consentimiento que falta o, subsidiariamente, mediante autorización judicial.

El Notario autorizante informó: que comparte y hace suyos, en lo

sustancial, los razonamientos y consideraciones del recurrente, por lo que entiende que no existe el defecto y el acto debe ser inscrito sin necesidad del consentimiento de la mujer del vendedor, y que además, según resulta de las inscripciones 5.^a y 8.^a de la finca, las participaciones vendidas tienen carácter de bienes reservables, por lo que no procede darles el tratamiento de gananciales.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por entender que aun prescindiendo del criterio del Notario, que considera bienes propios del vendedor las participaciones enajenadas y considerándolas gananciales, es lo cierto que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, aceptada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, no establece una codisposición por ambos cónyuges, sino que atribuye al marido la facultad de disposición, y la mujer sólo puede impugnar el acto realizado si le perjudicase o fuera en fraude de sus derechos, y como tal impugnación no ha tenido lugar, procede inscribir a nombre del comprador las participaciones indivisas que han sido objeto de suspensión.

Apelado el auto del presidente de la Audiencia por el Registrador, la Dirección General acuerda, con revocación del auto apelado (1), confirmar la nota del Registrador, basándose en la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección.—Al no haber prestado el consentimiento exigido en el artículo 1.413 del Código Civil la mujer de uno de los condueños vendedores, la cuestión que plantea este recurso hace referencia a si podrá inscribirse en los libros registrales una escritura autorizada en estas condiciones, de la misma manera que tienen acceso al Registro los actos y contratos otorgados por mujer casada en los que falta la licencia marital, por permitirlo el artículo 94 del Reglamento Hipotecario.

Por este Centro directivo se ha declarado repetidas veces, en coincidencia con la unánime doctrina sentada por el Tribunal Supremo, de que la modificación del artículo 1.413 del Código Civil por la Ley de 24 de abril de 1958 no ha introducido un régimen de codisposición a título oneroso para los bienes inmuebles y establecimientos mercantiles, sino que, como indica la sentencia de 6 de marzo de 1969, la potestad de disposición sigue correspondiendo al marido, único al que pertenece la iniciativa para realizar dichos actos en los que la mujer no es parte, aunque los consiente, y por ello este novísimo consentimiento *uxoris*, limitativo de las facultades del marido, integra un negocio de asentimiento por el que la mujer sanciona la repercusión de la disposición en su propia esfera jurídica y tiene un estrecho parentesco y paralelismo con la licencia marital, pues las dos consisten en el levantamiento por uno de los cónyuges de la limitación impuesta al poder dispositivo del otro, y cuando se hace uso arbitrario de los mismos cabe sustituirlos por la autorización judicial, por lo que en principio puede resultar viable la aplicación por analogía de las soluciones elaboradas por la doctrina, tanto científica como legal, a propósito de la licencia marital, para llenar aquellas lagunas que la reglamentación del consentimiento *uxoris* origine.

No obstante, cualesquiera que sean las analogías que puedan establecerse entre el acto dispositivo realizado por una mujer casada sin licencia marital, sobre bienes parafernales, y el que efectúa el marido sin consentimiento de la mujer, sobre bienes gananciales, no puede desconocerse que en el primer supuesto los bienes de que se trata son de propiedad exclusiva de aquélla, que figura como titular registral única

(1) VISTOS: Los artículos 1.413 del Código Civil, 1.º de la Ley Hipotecaria y 94 del Reglamento para su ejecución.

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de febrero, 13 de marzo y 21 de abril de 1964, 6 de marzo y 6 de mayo de 1969; y

Las Resoluciones de la Dirección de 9, 13 y 14 de diciembre de 1966 y 28 de marzo de 1969.

de los mismos, en tanto que en el segundo caso los bienes son comunes de ambos cónyuges y, por tanto, su titularidad, tanto civil como registral, es compartida, por lo que, al menos, a efectos registrales, el acto dispositivo resultará incompleto al no constar el consentimiento de uno de sus titulares, razón por la cual, sin duda, el Decreto de 17 de marzo de 1959, que modificó, entre otros, los artículos 94, 95 y 96 del Reglamento Hipotecario, permitió expresamente la inscripción de los actos y contratos celebrados por la mujer sin licencia marital y nada dijo en cuanto a la inscripción de los realizados en contravención del artículo 1.413 del Código Civil, a pesar de ser el referido Decreto aplicación y desarrollo de la Ley de 24 de abril de 1958, que reformó parcialmente el Código Civil.

Al ser la finalidad primordial del Registro de la Propiedad la de proporcionar seguridad a las relaciones jurídicas inmobiliarias y publicar a través de sus asientos situaciones firmes y claras con el consiguiente amparo de todos aquellos terceros que acudieron a solicitar su protección, sólo excepcionalmente se ha podido permitir el ingreso de actos y contratos no totalmente perfectos, como en el supuesto del artículo 94 del Reglamento Hipotecario antes señalado, y no parece aconsejable ampliar este criterio a otros supuestos, pues ello implicaría que los libros hipotecarios mostrasen situaciones ambiguas que inducirían a confusión, lo que a toda costa hay que tratar de evitar.

Por último, que no es de tomar en consideración la alegación hecha en su informe por el Notario autorizante de la escritura, de que al tratarse de unas participaciones que tenían el carácter de bienes reservables no se precisaba el consentimiento de la mujer, por cuanto que tales participaciones se inscribieron en el Registro al presentarse la escritura calificada, y solamente se ha planteado la cuestión respecto de aquellas otras que por haber sido adquiridas a título oneroso durante el matrimonio por el marido se presumen de carácter ganancial, y respecto de las cuales únicamente se extendió la nota de suspensión.

COMENTARIO.—La glosa de esta importante Resolución será abundante y, sin duda, ha de estar a cargo de nuestras mejores plumas jurídicas, por cuanto se trata de un tema de máximo interés y una de las cuestiones en donde la discusión doctrinal y variedad de posiciones es verdaderamente agobiadora. Creo ésta suficiente justificación para ser muy breve en esta ocasión.

Por ser materia muy conocida carece de interés intentar una sistematización ni siquiera una mera referencia de la abundantísima bibliografía que, antes y después de la reforma del artículo 1.413 del Código Civil en 1958, se ha producido en torno a los actos de disposición de los gananciales por el marido, y en especial, después de esa reforma, sobre la naturaleza del consentimiento de la mujer que para ciertas disposiciones introdujo la misma, sobre el tipo de ineficacia del negocio de disposición realizado por el marido sin ese consentimiento, sobre la clase de acción impugnadora que acarrea e incluso sobre el tiempo de prescripción de ésta. Todo ello con las consiguientes implicaciones notariales (si se debe autorizar y cómo la escritura sin comparecencia de la mujer) y registrales (si es inscribible tal escritura al amparo de la analogía con el artículo 94 del Reglamento o si adolece de defecto subsanable o insubsanable).

Las posiciones en esta polémica tienden a ser extremosas y exageradas. La lectura de esta Resolución lo demuestra. Es materia en la que resulta fácil perder los estribos, acaso porque en el fondo actúe subconscientemente la lucha de sexos. El Registrador, cuando afirma que textualmente el artículo 1.413 exige el consentimiento de la mujer, entendido conforme al artículo 1.262, sin duda, está exagerando a sabiendas; pero

también está exagerando, consciente o inconscientemente, el presidente de la Audiencia, cuando estima que la Jurisprudencia (incluso de la Dirección) atribuye al marido la facultad de disposición y la mujer sólo puede impugnar el acto realizado si le perjudicase o fuera en fraude de sus derechos, cosa que no ha ocurrido, por lo que procede inscribir.

Sin duda, hay una serie de posiciones intermedias entre tales exagerados extremos. Ni podemos encastillarnos en las Cortes de Santa María de Nieva (2) y en la Ley 205 de Estilo, ni podemos transformar a marido y mujer en dos amigos dueños por mitad y proindiviso de la finca ganancial. La cuestión es honda y la primera idea para evitar exageraciones es tratar de separar dos cosas que estimo diferentes: a) si el régimen de gananciales debe continuar teniendo la (casi) exclusiva que le concede el ser legal supletorio en defecto de pacto, y b) si dentro de un régimen de comunidad deben paliarse los inconvenientes de la codisposición, que son los de toda diarquía con voto equilibrado, que mata toda iniciativa de decisión (la operatividad, como ahora se dice).

Sería pueril creer que son lucubraciones bizantinas y meras cuestiones terminológicas las diversas opiniones sobre el tipo de ineficacia del acto de disposición por el marido sin el consentimiento de la mujer, que exige el artículo 1.413 (inexistencia, nulidad radical, ineficacia *sensu strictu*, anulabilidad, anulabilidad especial, etc.); pero sí creo que es estéril continuar la discusión por ese camino, que el problema del asentamiento *uxoris* del artículo 1.413 no puede desconectarse de una visión de *lege ferenda* de los regímenes económicos del matrimonio y que un estudio comparatista de éstos es el único camino viable para encontrar luz que oriente en el laberinto ocasionado por la reforma de 1958. Sólo a este elevado nivel cabe, pues, acometer la glosa y crítica de la Resolución de 15 de marzo de 1972, para que resulte el comentario útil al legislador, que pronto o tarde habrá de intervenir para salir del punto muerto en que las vacilaciones doctrinales se encuentran. Para ese elevado nivel no me considero idóneo.

A) Colocándonos en un nivel más modesto, lo primero que conviene destacar es la forma en que la Dirección ha intentado coordinar la tesis jurisprudencial del asentimiento de la mujer, de estrecho parentesco y paralelismo con la licencia marital, con la doctrina del negocio incompleto. El intento era arduo, pero en líneas generales el giro del considerando tercero para contrarrestar el segundo es suficientemente correcto. Es lógicamente correcto que no haya codisposición, sino asentimiento, y, sin embargo, el negocio del marido sin este asentimiento esté falto de un requisito de esencia. Pero si las consecuencias han de ser distintas en la falta de licencia marital y en la falta de asentimiento *uxoris*, ¿por qué admitir de entrada el parentesco, paralelismo y analogía de las dos figuras, cuando son sus diferencias, particularidades y especialidades propias las que han de constituir la *ratio decidendi* del fallo? Si la licencia marital obra sobre una disposición de bienes propios y exclusivos de la mujer y el asentimiento *uxoris* recae sobre una disposición por el marido de bienes comunes (en parte, de la mujer), se debió desde el principio restringir la idea del supuesto parentesco, analogía y paralelismo entre las dos figuras.

Para una crítica de la postura que parece mantener el Tribunal Supremo sobre la cuestión me remito al comentario de AMORÓS a la Resolución de 28 de marzo de 1969 (3). AMORÓS sigue la tesis de CASTRO, que

(2) Puede enajenar el marido sin licencia y otorgamiento de su mujer. Y el tal otorgamiento valga, salvo si fuere probado que se hizo cautelosamente por defraudar o damnificar a la mujer.

(3) En esta Revista: noviembre-diciembre de 1969, núm. 745, págs. 1669 y siguientes.
Las otras tres Resoluciones citadas en el Vistos (9, 13 y 14 de diciembre de 1966) fueron las que vinieron a consagrar la solución ecléctica para el problema surgido en los procesos ejecutivos con traba de gananciales a raíz de la reforma del Código Civil y del artículo 144 del Reglamento

incluye el acto dispositivo de inmuebles gananciales sin consentimiento de la mujer entre los negocios realizados por quien carece de poder suficiente, una de las tres figuras que CASTRO separa dentro de los negocios incompletos (que son, a su vez, uno de los tres tipos de negocios inexistentes), en congruencia con su tesis de considerar exhaustiva la enumeración de causas de anulabilidad del artículo 1.301 del Código.

Sin duda, la posición de CASTRO y AMORÓS es la que de manera más sencilla conduce a la solución del problema más acomodada a la esencia del negocio formal inscribible; pero mi natural resistencia a lo sencillo me hace temer que en la doctrina del Tribunal Supremo haya, en el fondo, algo más que el deseo de desvirtuar la reforma de 1958 buscando una regresión a la anticuada concepción de patriarcado, volviendo a una más antigua, censurable e injusta mentalidad, como AMORÓS cree. Parece extraño que el Tribunal Supremo se resista a una Ley reformadora clara simplemente por espíritu reaccionario. A mi juicio, lo único que ha hecho ha sido llenar con más o menos acierto, sobre la marcha y a la vista del caso concreto, una laguna del artículo 1.413 reformado: el tipo o grado de invalidez del acto dispositivo del marido sin intervención de la mujer.

Para no incurrir en repeticiones vaya aquí una remisión general al comentario de AMORÓS a la Resolución de 28 de marzo de 1969. En él encontraremos suficiente referencia a las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de febrero, 13 de marzo y 21 de abril de 1964. También se hace en él una breve referencia a la de 3 de marzo de 1969, que acaso sea la que el visto de la que comentamos cita como de 6 de marzo de 1969. En ella, siendo ponente el Magistrado señor Bonet, se dice que, según reiterada Jurisprudencia de esta Sala, es principio secular de nuestra organización familiar el de la potestad del marido para administrar la sociedad de gananciales y enajenar sus bienes a título oneroso, respondiendo así a la tradición del Derecho castellano desde la Ley 205 de Estilo; que la reforma del artículo 1.413 no implantó un régimen de codisposición a título oneroso, sino que la potestad de disposición le corresponde al marido, único al que le pertenece la iniciativa para los actos en los que la mujer no es parte, aunque los consienta, y, por ello, este novísimo consentimiento *uxoris* limitativo de las facultades del marido, integra un negocio de asentimiento por el que la mujer sanciona la repercusión de la disposición en su propia esfera jurídica y tiene estrecho paralelismo con la licencia marital, por lo que ha de aplicarse para llenar las lagunas las soluciones elaboradas por la doctrina para ella. No obstante esta construcción de doctrina legal en la sentencia de 6 de marzo de 1969, no es aventurado suponer que la verdadera *ratio decidendi* fue la existencia de consentimiento previo e incluso simultáneo de la mujer, según fue estimado por el Tribunal *a quo* fundado en la apreciación conjunta de todas las circunstancias de hecho anteriores y simultáneas.

Igualmente, en la sentencia de 6 de mayo de 1969, el fallo se basa realmente en que el recurrente hizo constar en el contrato que actuaba con el consentimiento de su esposa, por lo que no puede impugnarlo basándose en la inobservancia de un requisito a él solo imputable y que comporta la falsedad de dicha manifestación. Por otra parte—añade—, la falta de dicho consentimiento hace al acto solamente anulable a ins-

Hipotecario, solución ecléctica consistente en estimar suficiente la citación de la mujer a los efectos de dicho precepto y de la futura adjudicación al rematante, solución consagrada en la práctica por el buen sentido de Jueces y Registradores, aunque todavía presente algunas dificultades y dudas en relación con los procesos penales y en torno a la vía procesal de la oposición de la esposa (artículo 1.413, 3.º, tercera de dominio, etc.) dentro del mismo proceso ejecutivo promovido contra el marido. Véase el extracto y comentario de dichas Resoluciones en esta Revista por GINÉS CÁNOVAS, marzo-abril de 1967, núm. 459.

tancia únicamente de la mujer o sus herederos, pero no del marido, como declararon las sentencias de 7 de febrero y 13 de marzo de 1964, y al no corresponderle dicha acción, siendo para él válido el contrato mientras su esposa no lo impugne, está obligado a cumplirlo.

En resumen, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, aunque reiterada, no es concluyente para formar una doctrina completa sobre la naturaleza del consentimiento de la mujer preceptuado en el artículo 1.413 reformado del Código, sobre el tipo de ineficacia del acto de disposición de inmuebles efectuado por el marido sin intervención directa de la mujer ni sobre las acciones de impugnación del mismo. Sólo es suficiente para asegurar que no se trata del consentimiento a que se refiere el artículo 1.262; que la mujer no es la parte que está disponiendo de cosa propia ni de cuota indivisa propia; que está meramente asintiendo a una disposición de un bien en situación de comunidad especial, efectuada por el titular normal de disposición de los bienes de esa comunidad; que la falta de ese asentimiento *in actu* no comporta necesariamente nulidad absoluta, porque, en principio, el asentimiento puede ser anterior, posterior e incluso tácito (*facta concludentia*) y sin los mismos requisitos formales que acaso el negocio al que se asiente requiere. Hasta aquí el Tribunal Supremo posiblemente se mueva dentro de límites muy aceptables para una contemplación comparatista del problema de los actos dispositivos de bienes comunes de los cónyuges. Otra cosa es que el Tribunal Supremo haya llegado a afirmaciones o fallos en que se traspase la línea divisoria de la seguridad del tráfico inmobiliario, y la protección de los terceros, línea divisoria que trazada en una u otra dirección encontramos en todas las legislaciones y que en la nuestra, sin duda, tenemos que marcarla de tal manera que la disposición del marido sin el asentimiento de la mujer en documento público no debe ingresar en los libros registrales. Creemos que el Tribunal Supremo no ha traspuesto en ningún momento esa línea divisoria y que la Resolución de la Dirección que comentamos en nada es contradictoria con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo.

Porque, efectivamente, el centro y clave de la Resolución se encuentra en el cuarto considerando, en el que se dice que la finalidad del Registro es publicar en sus asientos situaciones firmes y claras con el consiguiente amparo de todos aquellos terceros que acudieron a solicitar su protección. Aunque nunca he considerado los sistemas latinos de Registro tan despreciables como es frecuente considerarlos por su carencia de calificación registral, sí creo que sería una absurda regresión dar cabida en nuestro Registro a las disposiciones de gananciales por el marido sólo, por muy limitado en tiempo y en sujetos, que resulte, en definitiva, la acción de anulación de las mismas. Como decía en mi comentario a la Resolución de 13 de julio de 1971 (4), nuestra doctrina hipotecaria intuitivamente viene considerando que inscribir lo anulable es tan malo como inscribir lo nulo, a pesar de haberse preocupado relativamente poco de la trascendencia registral de cada una de las figuras de ineficacia del negocio jurídico desde el punto de vista de la calificación. También decía allí que la situación actual (en materia de disposiciones y embargos de gananciales) es insostenible si nos empeñamos en sacar de quicio la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno al artículo 1.413; el tráfico inmobiliario no necesita tanto ser fácil como seguro y, en realidad, nunca es fácil siendo inseguro; la contratación con los casados (respecto a los gananciales) no puede transformarse en un juego de azar. Por todo ello creo que la Resolución de 15 de marzo de este año ha venido a orientar el rumbo hacia aguas más tranquilas en espera de que el legislador reconsidere a fondo la futura normativa de nuestro régimen matrimo-

(4) *Revista Crítica*, septiembre-octubre de 1971, núm. 486, pág. 1264.

nial, en la cual, sin duda, se habrá de despejar cierto confusionismo, que hoy no nos permite ver del todo claro; que una cosa es si el régimen de gananciales debe tener la casi exclusiva que le concede el ser legal supletorio en defecto de pacto y, otra, que sobre los bienes comunes deba dulcificarse el régimen de codisposición con fórmulas que eviten sus inconvenientes (nueva reconsideración del artículo 1.413) si se estimase ser más que sus ventajas. Y si en esa normativa se concede a alguno de los cónyuges prioridad de iniciativa o voto de calidad para las disposiciones de bienes comunes, por el principio de unidad de dirección, no puede dejar de regularse las características de la acción de impugnación del otro para proporcionar las necesarias seguridades al tráfico y a los terceros.

La Resolución viene a consagrar la opinión dominante en la práctica registral y notarial, de la que probablemente el Notario informante se quiere apartar, sólo ocasionalmente, por excepcionales circunstancias. Es la opinión avalada por ROCA SASTRE, que aunque considera admisibles hasta cuatro fórmulas de otorgamiento de los actos de disposición de inmuebles gananciales, hace descansar las cuatro en la siguiente interpretación del artículo 1.413 reformado: El acto lo otorga el marido y la esposa asiente al mismo. Dice que a este asentimiento procede aplicar por analogía las soluciones elaboradas por la doctrina a propósito de la licencia marital para ajustarse a la doctrina jurisprudencial; pero a continuación considera inaceptable tal asimilación a la licencia marital, por lo menos en cuanto se trate de la posibilidad de inscripción en el Registro, en tanto falte el asentimiento o ratificación de la mujer, por no ser de aplicación analógica el artículo 94 del Reglamento Hipotecario; sin que tampoco pueda ser aplicable su párrafo segundo (5), pues no cabe sostener que la acción de la esposa o sus herederos caduque a los cuatro años, a contar desde la disolución del matrimonio, conforme al artículo 1.301 del Código, por lo que el acto de disposición del marido sin el consentimiento de la esposa o autorización judicial no será inscribible ni aun transcurridos dichos cuatro años.

Para rechazar la inscripción de la enajenación a título oneroso de los gananciales por el marido sin intervención o ratificación de la mujer no es necesario colocarse en la tesis de la codisposición, como hace el Registrador cuando asegura que la palabra consentimiento tiene igual sentido en el artículo 1.413 que en el 1.262. Es verdad que el legislador de 1958 ha aprovechado la ocasión para suprimir en algún precepto la sinonimia entre licencia y consentimiento (ejemplo: 46 antiguo y 47 moderno); pero basta el 317 para considerar peligroso y exagerado apoyarse solamente en el texto literal de los artículos 1.413 y 1.262 para deducir sin más la codisposición. Lo equívoco del término consentimiento tiene larga historia y así vemos en el *Code*, en dos artículos casi seguidos, el mismo término para cosas tan diferentes como el consentimiento de los novios y el de los padres de los novios menores (6).

Es más conveniente dar la razón al Tribunal Supremo en su tesis del asentimiento, sin perjuicio de destacar ostensiblemente las diferencias entre el asentimiento *uxoris* y la licencia marital. De todas las diferencias que AMORÓS destaca en el comentario citado (pág. 1.677), para mí la más decisiva y más concluyente es la última: la licencia marital es un asentimiento históricamente en declive, aunque acaso sea precipitado hacerle unos funerales de tercera cuando se trate de disposición de bienes parafernales de disfrute familiar; el asentimiento *uxoris* es una figura en auge, en alza, que si se mantiene como mero asentimiento, sin

(5) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 1968, tomo IV, 1.º, págs 68 y siguientes.

(6) Artículo 146: Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement. Artículo 148: Les mineurs ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère.

pasar a verdadero consentimiento negocial (codisposición), más que por resabios de la arcaica concepción del patriarcado y de la *imbecilitas sexi*, es precisamente por los inconvenientes de la dualidad de gestores frente a las ventajas de la unidad de dirección del patrimonio común.

Tampoco hay inconveniente ninguno en dar la razón al Tribunal Supremo en su inclinación a la mera anulabilidad del negocio de disposición del marido sin el consentimiento o ratificación de la mujer. Luego veremos que, en principio, los derechos extranjeros se inclinan por esta solución. Pero es fundamental que el contratante con el marido sea suficientemente protegido y nunca pueda estar a merced de las presumibles tretas convenidas entre los esposos. Todas las decisiones del Tribunal Supremo se inspiraron precisamente en esta preocupación y si en algún momento se separan de las claras soluciones del derecho extranjero, cuando de bienes sometidos a Registro se trata, la explicación hay que buscarla en la vieja historia del fracaso de nuestro artículo 1.280, 1.º

Por eso consideramos impecable el considerando cuarto, que sigue la línea de todas las legislaciones extranjeras que, sin perjuicio de la construcción de la figura como asentimiento y de la posible convalidación del negocio otorgado sin asentimiento, no dudan en establecer las disposiciones necesarias para la clara y segura posición del tercero y del tráfico inmobiliario.

B) Aunque con ello no pretendamos salirnos del modesto nivel en el que situamos este comentario, terminaré con unos apuntes de por dónde se puede iniciar un estudio más serio del problema cara al Derecho comparado:

a) El estudio de la figura del asentimiento (*Zustimmung*) en el B.G.B., en sus dos modalidades de previo (*Einwilligung*) y posterior (*Genehmigung*), nos haría avanzar muy poco. Los autores alemanes incluyen, al parecer, todos los casos de negocios realizados por un cónyuge que requieren el asentimiento del otro, dentro de los asentimientos basados en razones de afectación mediata de derechos e intereses del que ha de asentir (*Enneccerus*). El *Zustimmung* no es parte del negocio jurídico, pero sí requisito de su eficacia (*condicio juris*), mas hay que tener en cuenta que, en general, no requiere la forma que acaso se prescriba para el negocio al que se asiente, por lo que puede ser tácito, y que si pasamos de la parte general a los preceptos sobre régimen de bienes en el matrimonio, la regulación del asentimiento del cónyuge ofrece normativa específica.

Lo primero que conviene destacar es que, como es lógico, la norma general sobre posibilidad de asentimiento tácito viene condicionada en materia de inmuebles, porque entre los asentimientos que requieren una forma especial se encuentran los inscribibles en el Registro Inmobiliario, que precisan forma públicamente legalizada (*Enneccerus Nipperday*, parte general, I, II, págs. 383 a 393).

No cabe desconocer que existía también cierto paralelismo entre el asentimiento del marido a las disposiciones de la mujer sobre sus bienes aportados (*eingebrahtes Gut*: que guardando las distancias se parecían a nuestros parafernales entregados): parágrafos 1.395 a 1.398, y el asentimiento de la mujer a las disposiciones por el marido sobre los bienes comunes (*Gesamtgut*) cuando lo necesita: parágrafos 1.444 a 1.449, en las varias modalidades de comunidad. Pero actualmente más interés que el régimen anterior tendría el estudio de la alteración que ha supuesto en la materia la reforma total hecha en el régimen de bienes del matrimonio, también en 1958.

Para ello hay una fácil fuente de información en la monografía del

compañero CABALEIRO (7), aunque debemos criticarle que haya sido tan parco en el estudio de la figura del asentimiento dentro de la comunidad de bienes (*Gütergemeinschaft*), cuyos nuevos parágrafos tampoco incluye en su *Addenda*. Es imprescindible estudiar la evolución de los asentimientos de un cónyuge a las disposiciones del otro en Alemania en el Derecho anterior y en el vigente, pero, sobre todo, teniendo en cuenta la transformación general del régimen de bienes. De todas maneras, el mecanismo no ha cambiado sustancialmente en cuanto al deseo del legislador de que para la protección de terceros, la situación de pendencia e inseguridad sobre el asentimiento, la ratificación o la negativa de ratificación, dure poco y pueda ser forzada por el tercero con su derecho a revocar hasta la ratificación y su derecho de requerir para la ratificación en plazo de quince días. Véase el régimen del moderno parágrafo 1.366 y los antiguos antes citados.

b) La reforma del régimen de bienes en Francia fue más tardía. Sin embargo, creo que sus trabajos preparatorios influyeron en la nuestra de 1958. Si comparamos los antiguos y los modernos artículos 1421 y siguientes del *Code* con nuestro Código veremos el parecido entre el 1424 francés reformado y el 1413 reformado nuestro (8). Pero nuestro legislador se precipitó y no pensó en la necesidad de regular detalladamente las consecuencias de la falta de consentimiento de la mujer.

El artículo 1427 francés, por el contrario, dice: Si uno de los esposos ha sobrepasado sus poderes sobre los bienes comunes o sobre los bienes reservados, el otro, en tanto no haya ratificado el acto, puede pedir la anulación. La acción de nulidad está admitida al cónyuge durante dos años a partir del día en el que ha tenido conocimiento del acto, sin poder nunca ser intentada transcurridos dos años desde la disolución de la comunidad.

Como vemos, este régimen de pura anulabilidad con plazo corto es insuficiente para la seguridad del tráfico. Pero no hace falta tener mucha imaginación para suponer el juego notarial y registral de este régimen en materia de fincas. Hay que tener en cuenta que la intervención de la mujer venía impuesta indirectamente por la necesidad de renunciar, posponer o subrogar su hipoteca legal tácita (en forma que recuerda a la renuncia al derecho de viudedad en Aragón), y suponemos que la transformación de la hipoteca legal tácita en expresa, retroceso previsto en las facultades de intervención de la mujer en las enajenaciones de bienes comunes, se habrá compensado en el sentir del notariado francés, a través de la inscripción obligatoria del acto de asentimiento a la disposición del marido, para seguridad de los terceros, a la vista del artículo 4.º del Decreto de 4 de enero de 1955 (todo acto sujeto a publicidad en la Oficina de hipotecas debe estar otorgado en forma auténtica), y el 28, 4.º, a), del mismo, según el cual serán publicados obligatoriamente los actos confirmativos de contratos o convenciones que adolezcan de causa de nulidad o rescisión.

c) Como prueba de que el asentimiento *uxoris* es problema que no puede desconectarse del conjunto legislativo del régimen de bienes en el matrimonio, encontramos el Derecho italiano. Ignoramos si ha sido o va a ser modificado el artículo 220 del Código: «El marido sólo (¿sólo

(7) *El régimen económico matrimonial legal en Europa.*

(8) El marido no puede sin consentimiento de la mujer enajenar ni gravar con derechos reales los inmuebles, establecimientos mercantiles y explotaciones de la comunidad, ni las participaciones sociales no negociables, ni los muebles corporales cuya enajenación está sometida a publicidad. Tampoco puede sin tal consentimiento percibir los capitales provenientes de tales operaciones. Tampoco puede sin el acuerdo de la mujer arrendar fincas rústicas o inmuebles destinados al comercio, industria o artesanía. Los arrendamientos celebrados por el marido sobre bienes comunes en los demás casos estarán sometidos a las reglas previstas para los otorgados por el usufructuario.

el marido?) puede administrar los bienes de la comunidad (de ganancias y adquisiciones) y estar en juicio por las acciones referentes a la misma; pero no puede, *salvo a título oneroso*, enajenar o hipotecar los bienes cuya propiedad corresponda a la comunidad.» Siguen, pues, con el arcaico y patriarcalista régimen de nuestra Ley 205 de Estilo; pero no nos equivoquemos, porque en el Código italiano la comunidad de gananciales y los otros regímenes (patrimonio familiar y dote) hay que pactarlos, y además en acto público, bajo pena de nulidad (art. 162), y a falta de pacto, el régimen es el de separación. La diferencia es fundamental.

d) En los regímenes de comunidad de adquisiciones vigentes en varias democracias populares también se ha tratado de coordinar la comunidad y el principio de coestión con la facilidad y la seguridad del tráfico. En Rusia, Polonia, Checoslovaquia, Alemania Oriental, Rumania, Hungría, Yugoslavia, etc., conviviendo con el principio de equiparación jurídica de marido y mujer y de libre disposición de los privativos, nos encontramos como régimen legal la comunidad de adquisiciones con administración y disposición conjunta de los comunes. No obstante, algunas legislaciones de este grupo templan el rigor (inconvenientes) de la codisposición con un sistema de presunciones a favor de tercero que ignore la falta de consentimiento del cónyuge no contratante, salvo tratándose de inmuebles para los que se exige el consentimiento expreso. Vaya también aquí mi amistosa censura a mi compañero de equipo por haber sido tan escueto en su obra sobre el régimen económico-matrimonial legal en Europa. Acaso en las fórmulas utilizadas en estos países —también europeos— para paliar los inconvenientes de la codisposición, a la vez que los inconvenientes de la incertidumbre que ocasiona el sistema de mera anulabilidad del negocio falto de asentimiento, en los bienes sujetos a Registro, haya interesantes sugerencias.

e) Más dificultades ha de encontrar el estudio comparado de los actos dispositivos de bienes comunes en el Derecho anglosajón. Pero ese estudio histórico-comparatista nos proporcionaría un formidable instrumento de trabajo para comprender mejor el sentido de los cambios que ha experimentado nuestro Derecho en la Ley y en la realidad social y para encararnos con mayor soltura con nuestro futuro legislativo sobre regímenes económico-matrimoniales. La supresión de la comunidad por entero (*Estates by entirety*) de la *Common Law*; la separación entre bienes de uso familiar y bienes de inversión o capital; las modernizaciones de la *joint tenant* y de la *tenancy in common*; la aplicación general del *equitable separate estate*, con el que los Tribunales de equidad mitigaron los antiguos derechos del marido; la reaparición de criterios comunitarios en la Jurisprudencia (y Ley de 1964) sobre asignación de la vivienda familiar en casos de separación o divorcio, apartándose de la situación de titulación otorgada conforme al régimen de separación, son algunos de los momentos de la evolución anglosajona que, sin duda, nos proporcionarían abundantes ideas al momento de abordar reformas o interpretaciones de nuestro Derecho (9).

T. C. G.

(9) Véase el interesantísimo trabajo de MANUEL SAIZ LÓPEZ-NEGRETÉ sobre "Efectos del matrimonio sobre los inmuebles adquiridos en España por ingleses", *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo de 1966, págs. 145 a 164. Las escasas citas de autores españoles en este trabajo nos demuestra la falta de interés por la materia. Igual sucede con el derecho de los U. S. A. Si POUND ha dicho, en tono de chanza, que el principal factor de formación del derecho norteamericano fue la ignorancia (los colonos y pioneros carecían de juristas y de textos), creemos que fue también la ignorancia el principal factor del posterior complejo de superioridad de los juristas europeos. Afortunadamente desde 1945 tal complejo está siendo superado, y mucha influencia anglosajona puede notarse en los novísimos enfoques de la ciencia jurídica.