

La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad

MANUEL DE LA CAMARA ALVAREZ

SUMARIO: I) Introducción.—II) Inscripción de bienes gananciales y de actos relativos a los mismos: A) Inscripción de bienes gananciales por aplicación del principio de subrogación real: a) Adquisición realizada por los dos cónyuges. b) Adquisición efectuada por uno de los cónyuges pero para la sociedad de gananciales. c) Adquisición realizada por uno solo de los cónyuges sin expresar que adquiere para la sociedad de gananciales. B) Inscripción de bienes gananciales al margen e independientemente del principio de subrogación real: a) Inscripción en el registro del acuerdo a que se refiere el artículo 1.355 del Código civil. b) Inscripción en el registro de los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes. C) Inscripción de actos relativos a bienes gananciales en que no es, o no parece exigible, el consentimiento de los dos cónyuges o la autorización judicial subsidiaria: a) Cancelación de hipotecas. b) Constitución de gravámenes en el acto adquisitivo de un bien ganancial sobre el bien adquirido. c) Acceder al ejercicio de un derecho de adquisición preferente. d) Otras transmisiones forzosas.—III) Inscripción de los bienes privativos y de los actos concernientes a ellos: A) Inscripción de bienes privativos que tienen ese carácter abstracción hecha del principio de subrogación real: a) Bienes adquiridos por alguno de los cónyuges a título lucrativo. b) Bienes adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges. c) Bienes que no obstante haber sido adquiridos a costa del caudal común tienen la consideración de privativos por acuerdo de los cónyuges. B) Inscripción de bienes privativos que se califican de tales merced al principio de subrogación real: a) La prueba de la naturaleza de los bienes según el artículo 95-2 del Reglamento. b) La confesión de privatividad. c) Aplicación del principio de subrogación real y algunos casos especiales: a') Adquisición de un bien a cambio del cual se entrega otro más un suplemento en metálico. b') Compras con precio totalmente aplazado c') Compras o adquisiciones efectuadas con dinero procedente de préstamos solicitados con la finalidad de pagar el precio o parte de él.—IV) Embargo de bienes gananciales y enajenación de los mismos en ejecución de sentencia: A) El embargo de bienes gananciales: a) Respon-

sabilidad de los bienes gananciales por las deudas de los cónyuges. b) Dimensión procesal y registral del embargo de bienes inmuebles gananciales. B) Enajenación de los bienes gananciales en la vía de apremio.—V) El artículo 96 del Reglamento hipotecario.

I

INTRODUCCION

La proyección en el Registro de la Propiedad del régimen jurídico de la sociedad de gananciales ha provocado desde hace muchos años una problemática peculiar que se debe a factores diversos.

El primero de ellos consiste en una supuesta desarmonía o fricción entre las soluciones civiles y las que resultarían de una estricta aplicación de los llamados principios hipotecarios. En segundo lugar, tanto la doctrina de la Dirección General de los Registros como los artículos del Reglamento hipotecario que se han ocupado de la materia han tratado en parte de resolver algunas cuestiones (concernientes principalmente a la inscripción de ciertos actos dispositivos cuyo objeto eran bienes gananciales o privativos dudosos) que no estaban claramente resueltos por el Código civil o incluso que no lo estaban en absoluto.

La problemática a que acabo de referirme fue abordada por la Dirección General de los Registros primero y por el Reglamento hipotecario de 1947 después. Este Reglamento, aún vigente aunque haya experimentado modificaciones muy importantes, ya se ocupó del tema en su primera versión, pero de forma parcial e incompleta en sus artículos 95 y 96. La reforma que llevó a cabo el Decreto de 17 de marzo de 1959 —reforma muy amplia— abordó la cuestión aunque con una mayor generalidad en sus términos. Fueron especialmente relevantes los artículos 94, 95, 96, 144 y 178-5. La reforma en este punto se propuso, principalmente, adaptar la normativa registral a la importante modificación que había experimentado el artículo 1.413 del Código civil por obra de la Ley de 24 de abril de 1958. El examen y análisis de estos preceptos originó una larga serie de estudios y comentarios por parte de civilistas e hipotecaristas. El Real Decreto de 12 de noviembre de 1982 —también de gran amplitud— modifica los preceptos de que acabo de hacer mención con la finalidad, principalmente, de adaptarlos a la Ley de 13 de mayo de 1981. Y, por último, el Real Decreto de 10 de octubre de 1984 —que ha consumado únicamente una mini reforma— incide sólo tangencial e indirectamente en la materia objeto de nuestro estudio al haber modificado la redacción de los artículos 91,1 y 144,5.

En la legalidad vigente, las relaciones entre la sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad constituyen el objeto de los artículos 93, 94, 95, 96, 144 y 178-5 del Reglamento. Mas antes de entrar en su estudio pormenorizado quería hacer dos observaciones de carácter general.

Ante todo, resulta un tanto anómalo que unas normas que, en

rigor, trascienden muchas veces del ámbito puramente adjetivo o registral y resuelven o pretenden resolver cuestiones que son más bien de derecho sustantivo hayan cuajado en simples preceptos reglamentarios en lugar de haberse incorporado a la Ley Hipotecaria como en buena técnica legislativa debiera de haberse hecho. Pero por desgracia estamos ya muy acostumbrados a este tipo de anomalías como para que ésta nos llame particularmente la atención.

Mayor enjundia tiene la segunda observación. Tanto la Dirección General de los Registros como el Reglamento hipotecario, parten de una determinada concepción sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales. La sociedad de gananciales se concibe como una comunidad en mano común o de tipo germánico. Esta tesis, dominante también en la doctrina y que yo en lo fundamental comparto, ha sido confirmada o ratificada por la resolución de 2 de febrero de 1983 que en el tercero de sus considerandos dice: «Tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la de la Dirección General de los Registros vienen configurando la sociedad legal de gananciales como una comunidad de tipo germánico, en la que el derecho que ostentan los cónyuges afecta indeterminadamente al objeto, sin atribución de cuotas ni facultad de pedir la división material mientras dura la sociedad, a diferencia de lo que sucede con el condominio romano, con cuotas definidas y en donde cabe el ejercicio de la acción de división de la cosa común, y por eso en la sociedad de gananciales no se es dueño de la mitad de los bienes comunes, sino que ambos esposos conjuntamente tienen la titularidad del patrimonio ganancial».

Hago referencia a esta que podríamos llamar «teoría oficial» porque prescindiendo de antiguos intentos de construir de diferente forma la sociedad de gananciales, más recientemente, concretamente después de haber tomado cuerpo la teoría de la comunidad germánica, ésta ha sido objeto de algunas matizaciones y últimamente impugnada abiertamente. Las matizaciones —en las que quizá sí tenga interés detenerse un momento— ponen de relieve, por una parte, que la conceptualización de la sociedad de gananciales como una comunidad germánica o en mano común es exacta aunque de suyo no sería bastante para caracterizar suficientemente a ese régimen económico conyugal, dada la elasticidad del concepto comunidad en mano común donde caben grupos de caracteres muy diversos y aun opuestos; por otra, que la participación de los cónyuges en la comunidad no recae sobre el patrimonio ganancial considerado en su conjunto (como podría deducirse de las frases antes transcritas de la resolución de 1983), sino sobre cada uno de los bienes que lo integran, puesto que el patrimonio como tal no es ni puede ser objeto de derechos (1). Ciertamente que todos y cada uno

(1) Vid. en este sentido LACRUZ BERDEJO, *Derecho de familia*, Barcelona, 1982, pág. 400. No es, pues, exacta la apreciación de SANZ (*Los bienes gananciales en el Registro de la Propiedad*, en volúmenes conmemorativos del centenario de la Ley del Notariado, sección tercera, volumen 1.º, pág. 278), quien sostiene que LACRUZ, aunque admite en principio la idea de comunidad germánica, la refiere no a las cosas o derechos concretos sino al conjunto patrimonial.

de los bienes que integran ese patrimonio, aunque en sentido estricto sean objeto de una comunidad singular, quedan sujetos a un régimen jurídico unitario al integrarse dentro de un patrimonio diferenciado, el patrimonio ganancial.

Hecha esta matización que también tiene interés porque sin ella tampoco se comprendería bien la técnica hipotecaria que en lo fundamental ha prevalecido a la hora de inscribir en el Registro de la Propiedad los bienes de los cónyuges con carácter ganancial, no veo, en cambio, que pueda sernos de utilidad aquí el examen de la nueva o nuevas teorías que pretenden desmontar la concepción de la sociedad de gananciales como comunidad germánica o en mano común en el sentido expuesto. Porque a la hora de interpretar los preceptos del Reglamento hipotecario que tratan de la inscripción de los bienes gananciales o de la inscripción de los actos dispositivos sobre ellos, lo importante es la teoría de que parte el Reglamento hipotecario (inspirado en la doctrina de la Dirección) y no ensayos más o menos aventurados pero que, a lo que me parece, no están llamados a tener demasiado éxito (2).

Dicho esto, dividiré mi estudio en cuatro partes: Inscripción de bienes gananciales o presuntivamente gananciales e inscripción de actos relativos a los mismos; inscripción de bienes privativos e inscripción de actos concernientes a ellos; anotaciones de embargo sobre los bienes gananciales y también sobre los que tradicionalmente se llaman bienes privativos «confesados», y, por último, análisis del artículo 96 del Reglamento.

II

INSCRIPCION DE BIENES GANANCIALES Y DE ACTOS RELATIVOS A LOS MISMOS

Al regular la inscripción de los bienes gananciales, o presuntivamente gananciales, en el Registro de la Propiedad, el Reglamento distingue la de aquellos bienes que tienen ese carácter por aplicación del principio de subrogación real y la de aquellos otros que tienen, asimismo, aquel carácter pero sin que entre en juego dicho principio.

La primera hipótesis es la comprendida en el párrafo 3 del artículo 1.347 del Código civil (sustancialmente idéntico al 1.401-1 derogado) a tenor del cual son bienes gananciales «los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para

(2) Ver en particular el trabajo de GARRIDO CERDÁ, *Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro*, en «Revista de Derecho Notarial», enero-marzo de 1982, págs. 87 y sigs. Vid. una referencia más amplia a esta doctrina y a la de BLANQUER, que no niega sino que afirma que la sociedad de gananciales es una comunidad, aunque «sui generis», en mi trabajo *La autonomía de la voluntad en el actual derecho español sobre la familia*, Publicaciones del Ilustre Colegio de Granada, Academia Granadina del Notariado, «Boletín de Información», Separata núm. 9, 1986, págs. 114/115.

la comunidad, bien para uno solo de los esposos». El juego del principio de subrogación real es básico en la dinámica de la sociedad de gananciales. El carácter ganancial del bien adquirido, y por consiguiente común, conforme a la que antes he llamado tesis oficial (3) obedece a que el precio o contrapartida de la adquisición es también común o ganancial y por eso queda desplazada la regla general que, en sede de adquisiciones, designa como propietario del bien o titular del derecho a la persona que otorga como adquirente el acto adquisitivo o en cuyo nombre se celebra dicho acto.

Independientemente de los bienes que se inscriben como gananciales o como presuntivamente gananciales por aplicación del principio de subrogación real, el número 1 del artículo 93 del Reglamento contempla dos supuestos en que la ganancialidad del bien adquirido no deriva de aquel principio. Me refiero a las hipótesis reguladas por los artículos 1.355 y 1.353 del Código civil. Para proceder con orden examinaré primero la que todavía puede considerarse regla general para estudiar después los casos especiales.

A) *Inscripción de bienes gananciales por aplicación del principio de subrogación real*

Los artículos 93 y 94 del Reglamento hipotecario distinguen al efecto tres hipótesis distintas, según que en el acto adquisitivo figuren como adquirentes los dos cónyuges, sólo uno de ellos pero haciendo constar que adquiere para la sociedad de gananciales o, asimismo, uno de los esposos pero sin que en este tercer caso manifieste que adquiere para dicha sociedad.

a) *Adquisición realizada por los dos cónyuges*

Dice el artículo 93-1 del Reglamento que «se inscribirán a nombre de marido y mujer, con carácter ganancial, los bienes adquiridos a título oneroso y a costa del caudal común por ambos cónyuges para la comunidad». El precepto, como se ve, consta de dos partes. La primera nos dice cómo se inscribirán los bienes en el supuesto a que se refiere: A nombre de marido y mujer con carácter ganancial.

La solución es, en principio, aceptable y mejora la que resultaba del antiguo artículo 95-1, según el cual la inscripción, no sólo en el caso de que figurasen como adquirentes los dos cónyuges, sino también sólo uno de ellos sin que se hiciera ninguna declaración sobre la procedencia del precio o contraprestación, había de practicarse a nombre de ambos cónyuges conjuntamente sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal. La doctrina había criticado el precepto por dos razones. Primera, porque la inscripción hubiera de extenderse siempre a nombre de ambos cónyuges aunque en el acto adquisitivo sólo

(3) Confirmada hoy, como reconoce BLANQUER, por la nueva redacción del artículo 1.344. Vid. BLANQUER, *La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidad y excepciones*, «Revista de Derecho Notarial», enero-marzo de 1982, págs. 13/14.

figurase uno (generalmente el marido); segunda, porque además hubiera de agregarse la coletilla «para la sociedad conyugal» (4). La segunda objeción era plenamente fundada. La referencia a la sociedad conyugal (expresión incorrecta con la que sin duda quería aludirse a la sociedad de gananciales) no tenía sentido, pues al carecer dicha sociedad (o para ser más exactos la sociedad de gananciales) de personalidad jurídica es claro que ninguna inscripción podía practicarse a nombre de ella. Contrariamente, la primera objeción tenía, a mi juicio, menos fundamento. Puesto que según el principio de subrogación real los bienes adquiridos a costa del caudal común devienen gananciales y, por consiguiente, comunes (siempre de acuerdo con la tesis de la comunidad germánica) era razonable que la inscripción se practicase a nombre de ambos cónyuges aunque sólo uno figurase como adquirente. Ya se ha dicho que la subrogación real, en sede de gananciales, prima sobre las reglas comunes que atribuyen al título la función de designar al adquirente.

La segunda parte de la norma se refiere a los requisitos necesarios para que la inscripción se practique a nombre de ambos cónyuges con carácter ganancial. Es necesario, como ya se ha visto, que figuren como adquirentes (por ejemplo, como compradores) los dos esposos y, además, que la adquisición se realice a título oneroso y a costa del caudal común. Que la adquisición sea a título oneroso es una primera exigencia cuya comprensión no presenta en principio ninguna dificultad. Sí, en cambio, la segunda, esto es, que la adquisición se haga a costa del caudal común y para la comunidad. Obviamente, es posible que en la escritura se haga constar que los esposos compran con dinero ganancial y que lo hacen para la comunidad, pero puede no ocurrir así. Es más, en el tráfico ordinario puede asegurarse que no suele hacerse mención expresa del carácter ganancial del dinero con que se raeliza la adquisición, y aunque en la escrituras públicas se diga que la adquisición se verifica para la comunidad, ello se debe, sin duda, a la influencia del propio artículo 93-1 del Reglamento.

Queda, pues ,aparentemente fuera de la hipótesis contemplada por el artículo 93-1 en su primer inciso el caso de que ambos cónyuges compren sin que se manifieste cuál es la procedencia del dinero con que se paga el precio y sin que conste una declaración expresa en el sentido de que los cónyuges adquieren para la comunidad o atribuyendo al bien adquirido carácter ganancial. A mi juicio, sin embargo, la inscripción debe practicarse también a nombre de ambos cónyuges aunque quizá sobre expresar en el asiento que han adquirido para la comunidad. Bastará indicar solamente que la adquisición es presuntivamente ganancial porque esto es en efecto lo que acontece en el caso que estamos examinando según el artículo 1.361 del Código civil.

A mayor abundamiento, siempre que los cónyuges adquieran conjuntamente y sin atribución de cuotas, el inmueble ha de inscribirse

(4) Vid. en este sentido SANZ, *Ob. cit.*, págs. 279/280 y ROCA SASTRE, *De-recho Hipotecario*, 6.º ed., Barcelona, 1968, IV-1.º, págs. 39/41.

con carácter presuntivamente ganancial aunque en el título no se exprese que adquieren a costa del caudal común y para la comunidad, pues así resulta del segundo párrafo del artículo 1.355 del Código civil que, para tal caso, presume la voluntad o el acuerdo de atribuir carácter ganancial al bien objeto de la adquisición, incluso aunque la adquisición se haya realizado a expensas exclusivamente del patrimonio privativo de uno de los cónyuges. El supuesto aparece, asimismo, contemplado por el artículo 93-1 del Reglamento. El precepto después de establecer que se inscribirán a nombre de marido y mujer, con carácter ganancial, los bienes adquiridos a título oneroso y a costa del caudal común por ambos cónyuges agrega que lo mismo se hará cuando ambos cónyuges atribuyan de común acuerdo carácter ganancial a lo adquirido o si adquieren en forma conjunta y sin atribución de cuotas. Es claro que el Reglamento está recogiendo aquí lo que dispone el artículo 1.355 del Código civil, del que nos ocuparemos detenidamente más adelante. Hacemos ahora la referencia para justificar que siempre que adquieran ambos cónyuges sin atribución de cuotas, sin más explicitaciones, la adquisición debe reputarse presuntivamente ganancial, pues sólo una presunción es la que sienta el artículo 1.355-2 del Código civil.

Se ha dicho que el artículo 93-1, a pesar de su casuismo, no toma en consideración el caso de que en la escritura cada cónyuge adquiera separadamente una cuota indivisa del inmueble. Por ejemplo, el marido compra una mitad y la mujer la otra, hipótesis que, como luego veremos al estudiar con más detenimiento la relación entre el artículo 93-1 del Reglamento y el 1.355 del Código civil, es diferenciable, o puede serlo, de la adquisición hecha «por mitad o por parte iguales» (5). A mi juicio, si la contraprestación es claramente ganancial (así, si se trata de una permuta) o se dice que se compra con dinero común, la inscripción de cada cuota habrá de hacerse en la forma ordenada por la regla primera del artículo 93-1. Mas si no hay constancia de la naturaleza ganancial de la adquisición ni indicación ninguna en ese sentido la inscripción deberá practicarse de conformidad con lo previsto por el artículo 94-1 (se inscribirá, pues, cada cuota a nombre del cónyuge adquirente con carácter presuntivamente ganancial) y se estará en general a lo que en ese artículo, que será estudiado después, se determina.

La inscripción de los actos de administración o de disposición a título oneroso sobre estos bienes exige que tales actos se otorguen conjuntamente por ambos cónyuges, o por uno cualquiera de ellos con el consentimiento del otro o con autorización judicial supletoria, según dice el número 2 del artículo 91, que también exige algún comentario.

El precepto se refiere a los actos de administración y de disposición y sin duda pretende recoger lo establecido en los artículos 1.376 y 1.377 del Código civil. Mas —y este es el primer problema—, ¿a

(5) Plantea el caso AVILA ALVAREZ. Vid. *Inscripción de bienes de ausentes, de los cónyuges y de la sociedad conyugal*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», núm. 555, pág. 291.

qué actos de administración se refiere? A primera vista, al menos, parece que el único acto de administración susceptible de tener acceso al Registro de la Propiedad es el arrendamiento de bienes inmuebles cuando reúna los requisitos del número 5 del artículo 2 de la Ley hipotecaria (6).

Mas pese a ser el arrendamiento —siempre que reúna los requisitos exigidos— un acto inscribible cabe preguntarse si es o no un acto de administración. La calificación del arrendamiento hecha desde la óptica de la distinción entre actos de administración y actos de riguroso dominio (7) no es ciertamente fácil. Por una parte, la cuestión entronca, parece, con la naturaleza real o personal del derecho arrendaticio. Desde esta perspectiva, la opinión de la doctrina aún dominante sigue considerando que el derecho del arrendatario es un derecho personal, naturaleza que conserva aunque se inscriba en el Registro de la Propiedad o aunque se trate de un arrendamiento sujeto a las leyes especiales sobre arrendamientos rústicos o urbanos (8). Desde otra

(6) El cobro de créditos o de cantidades que deban satisfacerse como presupuesto del ejercicio de ciertos derechos es también acto de administración. Claro está que el cobro no es de suyo un acto inscribible, pero su conceptualización como acto de administración es importante en orden a la inscripción de ciertos actos que sí son inscribibles. Vid. infra epígrafe II-C.

(7) Denominación a mi juicio más exacta que la de actos de enajenación o de disposición, términos que deben reservarse para otra contraposición diferente, es decir, la que separa los negocios obligacionales de los dispositivos.

(8) Vid. en este sentido, ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, cit. III, páginas 514 y 529, CASTÁN, *Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo 4.º, 11.ª ed., revisada y puesta al día por FERRANDIS, Madrid, 1981, pág. 300. Esta es también la opinión de la jurisprudencia. Resumiéndola, dice ALBALADEJO que si bien la inscripción confiere al arrendamiento eficacia frente a terceros, ello no autoriza a decir que le otorga efectos de derecho real porque tal eficacia frente a terceros no es exclusiva del derecho real, sino producida también por inscripción registral (Cfr. ALBALADEJO, *Derecho de Obligaciones*, 5.ª ed., vol. 2.º, págs. 182/183). También PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho Civil*, II-2.º, Barcelona, 1982, págs. 246/247) se inclina por la concepción tradicional, aunque haciendo gala de su pragmatismo anglosajón indica que lo realmente importante es saber si el arrendatario ha de estar protegido frente al propio arrendador, frente a quien adquiera la cosa arrendada y frente a los terceros. Por mi parte y en diversas ocasiones, he puesto de relieve que, a mi juicio, el derecho arrendaticio por razón de su contenido y del contacto inmediato (en mi opinión evidente por mucho que quiera disimularse con sutilezas dialécticas) del arrendatario con la cosa tiene vocación de derecho real, y esta es la naturaleza que debe reconocérsele en cuanto quiebran los viejos aforismos, «venta quita renta», «emptio tollit locatio», «vente passe louage», «Kauf bricht Miete» o «Sale breaks hire». Es decir, siempre que los adquirentes del dominio o de un derecho real sobre la cosa arrendada estén obligados a respetar el arriendo, como acontece, si el arriendo se inscribe en el registro (caso en el cual la Exposición de Motivos de la primitiva Ley hipotecaria reconocía que había establecido implícitamente un verdadero derecho real), o si se trata de los arriendos sujetos a la legislación especial (vid. los arts. 74 de la Ley sobre Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980 y 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos). ROCA dice que precisamente porque se trata de un derecho personal ha sido necesario, para dotarlo de estabilidad, dictar disposiciones especiales que hubieran sido innecesarias si el arrendamiento fuese efectivamente un derecho real. El ar-

perspectiva el problema se centra más bien en la duración del arriendo y en su trascendencia como carga —al menos económica— sobre la cosa arrendada. De esta suerte, se sostiene que no obstante ser el arrendamiento en principio un acto de administración deja de serlo cuando se pacta por una duración superior a seis años o cuando se trata de un arrendamiento sujeto a la legislación especial. Pueden citarse en apoyo de esta tesis el artículo 1.548 del Código civil, según el cual, en su redacción vigente, «los padres o tutores, respecto de los bienes de los menores o incapacitados, y los administradores de bienes que no tengan poder especial, no podrán dar en arrendamiento las cosas por término superior a seis años»; el artículo 12-1 de la Ley de 31 de mayo de 1980 que exige para dar fincas rústicas en arrendamiento sujeto a la Ley la misma capacidad que para enajenarlos (9) y el nuevo artículo 272 del Código civil que exige a los tutores autorización judicial para ceder bienes de sus pupilos en arrendamientos sujetos a prórroga forzosa. La trascendencia de este precepto a los fines que aquí interesan, y por lo que se refiere a los arrendamientos sujetos a la Ley de Arrendamientos Urbanos, se ha esfumado después de entrar en vigor el Real Decreto Ley de 30 de abril de 1985 que ha suprimido para los contratos que se celebren con posterioridad a su vigencia el derecho de prórroga forzosa (10).

En lo que a mí respecta, he expuesto ya mi opinión favorable a considerar el arrendamiento acto de administración —a pesar de que dé lugar al nacimiento de un derecho real por lo menos en muchos casos— porque entiendo, en primer lugar, que la distinción entre

gumento carece por completo de consistencia. Justamente el hecho de que la ley borre la única limitación que se opone a la naturaleza real del derecho arrendaticio es razón suficiente para reconocérsela. También VALLET DE GOYTISOLO (*Hipoteca del derecho arrendaticio*, Madrid, 1951) estima que en favor del derecho de los arrendatarios como derecho real cabe aducir tantos y tan firmes argumentos por lo menos como aquellos que se utilizan por la doctrina dominante para defender la tesis opuesta.

(9) La Ley de Arrendamientos Urbanos no contiene norma ninguna sobre capacidad y por ello se afirma que basta la general para obligarse (vid. CASTÁN, *Ob. cit.*, pág. 353), lo que permitiría afirmar, de acuerdo con el criterio que ahora se examina en el texto, que la celebración de un arrendamiento urbano es un acto de administración, cosa que la jurisprudencia ha afirmado en alguna ocasión (Vid. Sentencias de 29 de abril de 1950 y de 3 de diciembre de 1954). Sin embargo y desde otra perspectiva, se ha afirmado que el arrendamiento deja de ser acto meramente administrativo cuando se concierne por un plazo superior a seis años. Vid., sobre el particular, CASTÁN, *Ob. cit.*, pág. 300.

(10) Vid. el artículo 9 del Real Decreto. Dado que el artículo 57 de la Ley especial parece ligar el derecho de prórroga forzosa con la oponibilidad del arriendo a terceros adquirentes podría cuestionarse si, al desaparecer la prórroga, ha desaparecido también la oponibilidad, con lo cual el arrendamiento de fincas urbanas sometido a la legislación especial dejaría de originar, conforme a lo antes dicho, un derecho real. Con todo, creo que las dos cuestiones, no obstante aparecer indebidamente mezcladas en la Ley, deben separarse porque son evidentemente distintas. Pienso, pues, que el arrendatario, aunque su derecho sólo dure el tiempo estipulado en el contrato, lo conserva frente a futuros adquirentes de la vivienda o local de negocio objeto del contrato.

actos de administración y actos de riguroso dominio debe situarse en un plano diferente a la que separa los negocios obligatorios de los dispositivos y porque creo, en segundo término, que es demasiado simplista contraponer, sin más, los actos de administración a los de riguroso dominio. Pienso que dentro de la primera categoría hay que subdistinguir entre actos de administración meramente conservativa y actos de administración plena. Serían éstos los que se encaminan a obtener de los bienes su rendimiento normal entre los que se cuenta sin duda el arrendamiento (aunque constituye jurídicamente un gravamen si admitimos que es un derecho real) siempre que se trate de bienes de los que pueda decirse que una forma también normal de explotarlos sea el arrendamiento y éste se concierte en condiciones, asimismo normales (11). Acontece, sin embargo, que ante ciertos arrendamientos y dada su trascendencia económica y jurídica la ley exige para celebrarlos la misma capacidad que si se tratase de actos de riguroso dominio (12).

Esta disgresión en torno a la naturaleza jurídica del arrendamiento tiene poca importancia desde el punto de vista del artículo 93-2 del Reglamento hipotecario, pues evidentemente y en cualquier caso, sea el arrendamiento acto de administración o de disposición (para seguir el tecnicismo reglamentario) el acto habrá de otorgarse conjuntamente por los dos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro o con la autorización judicial supletoria. Pero el problema es, en cambio, fundamental puesto en relación con el artículo 1.384 del Código civil y los artículos 93-4 y 94-1 del Reglamento inspirados, como después se verá, en aquel precepto sustantivo.

¿Qué otros actos de administración, independientemente del arrendamiento, pueden tener acceso al registro y sujetos en tal sentido a lo preceptuado por el número 2 del artículo 93 del Reglamento?

Es significativo sobre el particular el número 2 del artículo 94, el cual se aplica a los supuestos en que la finca está inscrita a nombre del cónyuge adquirente tanto si expresó que adquiriría para la sociedad de gananciales como si nada dijo al respecto. Así resulta del número 4 del artículo 93 e implícitamente del número 1 del artículo 94.

Dice el número 2 del artículo 94 que «serán inscribibles las agrupaciones, segregaciones o divisiones de fincas, las declaraciones de obra nueva sobre ellas, la constitución de sus edificios en régimen de propiedad horizontal y cualesquiera otros actos análogos, realizados por sí solo por el titular registral». Si se tiene en cuenta que el precepto parece referirse exclusivamente al caso de que los bienes estén inscritos a nombre del marido o de la mujer, habría que concluir que cuando lo estén a nombre de ambos cónyuges conforme al artículo 93-1 será necesario que los otorguen conjuntamente ambos cónyuges

(11) Vid. en este sentido Díez PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, 4.ª ed., 1983, II, pág. 413.

(12) Vid. más extensamente mi punto de vista sobre el particular en la *Separación de hecho y la sociedad de gananciales*, «Anuario de Derecho Civil», 1969, págs. 135 y 136 de la separata, nota 178.

o uno de ellos con el consentimiento del otro o con autorización judicial supletoria.

Esta es la interpretación que, a mi juicio, se atiene más estrictamente a la literalidad de los preceptos que comentamos. Sin embargo, pienso que si se tiene en cuenta la «ratio» del artículo 94-2 y su más que probable entronque con el artículo 1.384 del Código civil es posible postular una interpretación diferente. En definitiva, si hemos de concluir que los actos a que se refiere el número 2 del artículo 94 cuando los bienes en cuestión estén inscritos a nombre de los dos esposos han de ser otorgados en la forma y con los requisitos del artículo 93-2, de suerte que no podrán otorgarse unilateralmente por alguno de los cónyuges, es porque estamos considerando que aquellos actos son, en último término, actos de administración, por lo que quedan sujetos a la exigencia alternativa del otorgamiento conjunto o separado pero con consentimiento del otro cónyuge o autorización del juez.

Por mi parte, con ocasión de estudiar el antiguo artículo 1.413 del Código civil cuando fue reformado por la Ley de 24 de abril de 1958, me planteé el problema acerca de cuáles actos necesitaban y cuáles no el autorización recien estrenado consentimiento uxorio o en su defecto la autorización judicial. Al efecto señalé que cabía detectar actos que no encajaban en la clásica dicotomía actos de administración-actos de disposición. Era el caso, por ejemplo, de las segregaciones, agrupaciones o divisiones de fincas, de las declaraciones de obra nueva (o de nuevas plantaciones o mejoras realizadas en una finca) y del simple otorgamiento del título constitutivo de la propiedad horizontal, siempre que ésta todavía no exista porque la totalidad del edificio siga perteneciendo íntegramente al otorgante u otorgantes (13). En los dos primeros grupos de supuestos, sostuve que cabía distinguir entre los actos materiales consiguientes (de segregación, agrupación, construcción o plantación) que podrían ser actos de riguroso dominio y los documentos llamados a formalizarlos cuyo objeto era exclusivamente poner en armonía el registro con la realidad. Y que el título constitutivo de la propiedad horizontal, en tanto la misma no existiera realmente por no concurrir todavía el que parece su esencial presupuesto, es decir, la pertenencia de un edificio a diversos propietarios con adscripción separada de pisos o departamentos, también era un acto meramente formal. Por eso entendí que esos actos podía realizarlos el marido por sí solo sin contar con el consentimiento uxorio o la autorización judicial (14).

Posiblemente, estas ideas todavía podrían invocarse con el fin de lograr una interpretación del Reglamento hipotecario más flexible en este punto, para así admitir la inscripción de los actos a que se refiere el número 2 del artículo 94 del Reglamento otorgados por uno solo

(13) Así, cuando se divide horizontalmente un edificio que pertenece proindiviso a varios propietarios pero cada departamento sigue siendo propiedad de todos ellos, también en proindiviso y en proporción idéntica.

(14) Vid. *El nuevo artículo 1.413 del Código civil*, en «Anuario de Derecho Civil», 1960, págs. 157/159 de la separata.

de los cónyuges, también en el caso de que los bienes a que se refieran estén inscritos a nombre de los dos esposos.

Insistiendo aún sobre estos actos y en particular sobre las declaraciones de obra nueva, debe advertirse que ya no se suscita el problema que antes planteaba la inscripción de las escrituras en que se declaraba la nueva construcción cuando ésta se había realizado sobre terreno privativo pero con dinero común. Con arreglo al antiguo artículo 1.404-2 del Código civil se operaba en este caso una especie de «accesión al revés» porque el suelo, no obstante ser privativo, pasaba a tener la consideración de ganancial. Registralmente, cabía preguntarse si era necesario o no hacer constar ese extremo en la inscripción. El problema ha desaparecido para el futuro (15), pues según el artículo 1.359 del Código civil, las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales o en los privativos tendrán el carácter correspondiente a los bienes a que afecten, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho. Es decir, desaparece la excepción y el supuesto se rige por las normas generales de la accesión.

Todavía, para agotar la exégesis del apartado 2 del artículo 93 es menester llamar la atención sobre otro punto interesante. La norma reglamentaria al enfrentarse con los actos de disposición o de administración de los bienes gananciales o presuntivamente gananciales inscritos a nombre de los dos esposos distingue tres hipótesis: Que el acto lo otorguen conjuntamente ambos cónyuges, que lo realice cualquiera de ellos con el consentimiento del otro, o que ese consentimiento venga sustituido por la autorización judicial.

La distinción es importante porque se ha sostenido que al haberse atribuido a ambos cónyuges la facultad de gestionar y disponer conjuntamente de los bienes gananciales (art. 1.375) ello comporta que en todo caso y aunque se trate de otorgar un acto a título oneroso (16) hay necesariamente codisposición. La primera parte del artículo 1.377 —se ha dicho— (17) en perfecta conexión con el principio de la llamada cogestión consiste en una particular aplicación de dicho principio a los actos dispositivos. Si en el antiguo artículo 1.413 se podía discutir si había o no codisposición y si el consentimiento era sólo un complemento o suplemento, en el actual artículo 1.377 la cuestión no presenta la menor duda: en todo caso hay codisposición.

No voy ahora a volver sobre el tema —ya trasnochado— sobre si el antiguo consentimiento uxorio comportaba o no codisposición. Sostuve que se trataba de un asentimiento que no convertía a la mujer en parte del negocio dispositivo y creo que esta tesis llegó a prevalecer, en particular en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. De lo que se trata ahora es de saber si el consentimiento —en su dimensión de asentimiento— ha desaparecido de la circulación, de tal modo que

(15) Aunque subsista como tema de derecho transitorio.

(16) Parece que si es una donación la disposición siempre es conjunta.

(17) Cfr. Díez Pícazo, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Madrid, 1984, II, pág. 1763.

siempre que uno de los cónyuges otorgue un acto de disposición con el consentimiento del otro, tal consentimiento comporta codisposición tal como defiende la teoría a que acabo de referirme. Antes de impugnarla, quiero llamar la atención sobre la trascendencia práctica del problema. En tanto se estime que el negocio dispositivo lo otorgan conjuntamente como disponentes el marido y la mujer siempre y en todo caso, los dos resultaran vinculados por las responsabilidades derivadas del acto dispositivo que, en nuestro derecho, innecesario es recordarlo, aparece embebido en un contrato causal. Por ejemplo, ante una compraventa y aunque la mujer se haya limitado a consentirla, quedaría alcanzada por las responsabilidades dimanantes del saneamiento, responsabilidades que podrían hacerse efectivas no sólo sobre el patrimonio común y sobre el del marido (lo cual es incuestionable) sino también sobre el suyo propio, lo que sólo acontecerá si se piensa que la simple prestación del consentimiento la ha hecho vendedora.

A mi juicio, es improcedente convertir necesariamente en codisposición lo que puede no serlo. El principio de cogestión postulado por el artículo 1.375 del Código civil con carácter muy general sólo pretende que para la eficacia tanto de los actos de administración como los de disposición (salvo los exceptuados) concurra el consentimiento de los dos cónyuges pero no presupone que el valor o la trascendencia jurídica de esos consentimientos haya de ser obligadamente el mismo. Del artículo 1.377 del Código civil resulta que si uno de los cónyuges se opone o está impedido su consentimiento puede suplirse por la autorización judicial en los términos del segundo párrafo del precepto. Y como es evidente que si el acto se lleva a cabo contra el parecer de uno de los esposos pero con autorización judicial, el consorte que se opuso al otorgamiento del contrato no tendrá la consideración de parte, es claro que, en este caso al menos, la exigencia del doble consentimiento no presupone codisposición.

Ahora bien, demostrado que el doble consentimiento exigido por el artículo 1.377 no equivale necesariamente a codisposición, pues si la disposición tuviera que partir necesariamente de ambos cónyuges conjuntamente no tendría justificación que pudiera recurrirse, de negarse uno a otorgar el acto, a la autorización judicial (por eso ese recurso subsidiario no cabe cuando se trata de otorgar un acto a título gratuito), la posibilidad de seguir admitiendo un consentimiento que sólo sea asentimiento parece innegable. Si quien asume la iniciativa de la disposición es sólo uno de los cónyuges (y el art. 1.372 prueba que puede ser así, como hemos visto) y es él, por consiguiente, quien asume el papel de parte contratante, no se alcanza a ver la razón por la cual el cónyuge que sólo se limita a consentir queda convertido en vendedor, permutante o aportante para poner algunos ejemplos concretos. El hecho de que la falta de consentimiento se sancione solamente con anulabilidad (cfr. art. 1.322), al contrario de lo que acontece en el caso de donación, pone de relieve que el valor de ese consentimiento no es el mismo en ambos supuestos. Por ser irremplazable en el segundo no cabe que prospere la iniciativa individual de uno de los cónyuges, al revés de lo que acontece si se trata de un acto a título

oneroso. La anulabilidad (18), por lo demás, es la sanción que mejor conviene a la falta de consentimiento en tanto se trate de un mero asentimiento, mientras que la nulidad es la más adecuada en los casos en que por exigencia legal o por postularlo la naturaleza misma de la relación se exige la codisposición (19).

El artículo 93-2 del Reglamento hipotecario al referirse separadamente a los actos dispositivos (o administrativos) realizados por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento del otro (amén de tomar en consideración, asimismo, que el consentimiento pueda ser sustituido por la autorización judicial) confirma el criterio que aquí se defiende. Es, pues, sumamente importante que los notarios tengan en cuenta esta distinción y se percaten antes de autorizar las escrituras por las que se disponga de bienes gananciales si el acto lo otorgan como disponentes los dos cónyuges o el uno con el consentimiento del otro, pues las repercusiones posibles de una u otra forma de actuación pueden ser importantes. También conviene tener presente la distinción a la hora de autorizar escrituras por las que uno de los cónyuges faculte al otro para actuar por sí solo. Estas escrituras pueden ser poderes o simples consentimientos como los antiguos. Es necesario tener conciencia de que esta distinción sigue siendo válida y redactar el documento de conformidad con la verdadera voluntad de los cónyuges.

El número 3 del artículo 93 —también referido a la hipótesis de inscripción de la finca a nombre de los dos cónyuges— dice que los actos de disposición a título gratuito «se incribirán cuando fuesen realizados por ambos cónyuges o por uno de ellos concurriendo el consentimiento del otro». A mi juicio, la fórmula no es demasiado afortunada porque, como ya he indicado, mientras el consentimiento para la realización de un acto oneroso no implica necesariamente codisposición no acontece lo mismo si de lo que se trata es de otorgar una donación. El consentimiento de los dos cónyuges en este caso, como evidencia el artículo 1.378 del Código civil, tiene el mismo valor; no

(18) LACRUZ parece lamentarse de que un acto dispositivo otorgado por un cónyuge sin el consentimiento del otro no pueda inscribirse, siendo así que, al ser anulable es «prima facie» eficaz y se pregunta cómo podrá tener acceso al registro cuando haya caducado la acción de nulidad. A mi juicio, el principio de legalidad obsta a que en el registro ingresen actos claudicantes. Ciertamente el acto quedaría convalidado si caduca la acción de anulabilidad. Pero acontece que no será fácil acreditar registralmente que han transcurrido los cuatro años a que se refiere el artículo 1.301 del Código civil, ya que, según dicho precepto, ese plazo se cuenta desde el momento en que el otro cónyuge tuvo conocimiento suficiente del acto. Sólo después de transcurrir cuatro años desde la disolución de la sociedad de gananciales puede tenerse la certeza de que la acción ha caducado. No parece imposible defender la inscripción del acto en ese caso. Vid. LACRUZ, *Los bienes conyugales y el registro de la propiedad tras la reforma del Reglamento hipotecario*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», tomo XXVI, pág. 340.

(19) Ciertamente el legislador no está vinculado por criterios dogmáticos y, por consiguiente, puede, abstracción hecha de la naturaleza de la situación básica, ordenar la nulidad o la anulabilidad, pero cuando hace lo segundo es generalmente porque no estima necesaria la codisposición.

cabe el recurso a la autorización judicial subsidiaria y, por consiguiente, si uno de los cónyuges se opone a que la donación se efectúe, ésta no puede llevarse a cabo. Si a pesar de eso el esposo que quiere donar intenta hacerlo el acto es nulo y no simplemente anulable. Así las cosas, estimo que al redactarse el número 3 del artículo 93 del Reglamento hubiera sido preferible decir, sin más, ateniéndose a la fórmula del artículo 1.378 del Código civil, que la inscripción de los actos a título gratuito requeriría en todo caso el consentimiento de los dos cónyuges (20).

b) *Adquisición efectuada por uno de los cónyuges pero para la sociedad de gananciales*

Dice el número 4 del artículo 93 del Reglamento que los bienes adquiridos a título oneroso por uno sólo de los cónyuges para la sociedad de gananciales se inscribirán, con esta indicación, a nombre del cónyuge adquirente.

El precepto se aparta de lo que establecía el artículo 95-1 del propio Reglamento en su versión anterior a la reforma de 1982. Se disponía entonces que no obstante haberse efectuado la adquisición por uno de los cónyuges, siempre que no se hiciese declaración alguna sobre la procedencia del precio o contraprestación, la finca o derecho se inscribiría a nombre de ambos cónyuges y para la sociedad conyugal. Es decir, el hecho de que sólo uno de los cónyuges (generalmente el marido) figurase en el título adquisitivo como adquirente no alteraba la regla general en cuanto a la forma de inscribir los bienes gananciales o presuntivamente gananciales.

Ahora, por el contrario, si sólo adquiere uno de los cónyuges la inscripción se practica tan sólo a su nombre lo mismo si la adquisición se hace para la sociedad de gananciales (que es la hipótesis que estamos examinando en concreto) o sin indicación alguna al respecto (hipótesis del número 1 del artículo 94 de la que nos ocuparemos en el apartado siguiente). ¿A qué motivos puede haber obedecido el cambio de criterio? Las razones han sido probablemente dos.

No cabe descartar, en primer término, que hayan influido sobre los autores de la nueva norma las críticas de que había sido objeto la antigua. Como indiqué más atrás, parte de la doctrina estimaba improcedente que sí solamente aparecía adquiriendo uno de los cónyuges la inscripción hubiere de extenderse a nombre de los dos. La objeción, sin embargo y como también se hizo notar, no tenía mucho fundamento dentro del planteamiento teórico del Centro Directivo y del propio Reglamento sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales. El juego de la subrogación real privaba (y priva) de trascendencia, desde el punto de vista de la cotitularidad o copropiedad del bien adquirido, al hecho de que la adquisición la hubiesen efectuado el marido o la mujer separadamente, siempre que el precio o contra-

(20) Tal vez la fórmula reglamentaria tenga algún sentido respecto de las donaciones onerosas, o en el caso de que un cónyuge consienta después una donación otorgada unilateralmente por el otro.

prestación fuese ganancial o presuntivamente ganancial. Tal vez era excesivo que si en el título nada se decía sobre la procedencia del precio la inscripción tuviese que practicarse también a nombre de ambos esposos, pues, a pesar de la presunción de ganancialidad, era perfectamente posible que el dinero fuese privativo y por eso quizá habría resultado más prudente ordenar que la inscripción se practicara solamente a nombre del cónyuge adquirente con carácter presuntivamente ganancial; como ahora ha de hacerse, según veremos, al estudiar el número 1 del artículo 94 del Reglamento.

Mas si el cónyuge adquirente manifiesta que adquiere para la sociedad de gananciales, tal como dice el número 4 del artículo 93 al configurar el supuesto a que se refiere, parece que tal declaración comporta (21) la aseveración implícita de que se adquiere con dinero ganancial. Consiguientemente, entiendo que, al menos desde una perspectiva meramente registral, la hipótesis que ahora estudiamos (adquiere sólo uno de los cónyuges pero declarando que lo hace para la sociedad de gananciales) no tenía por qué haber sido separada de la anterior. Dicho de otra forma, no hubiese sido improcedente, también en este caso, extender la inscripción a nombre de ambos cónyuges.

Independientemente de esta razón, es fácil suponer que ha existido otra, probablemente más decisiva. El nuevo artículo 1.384 del Código civil establece que serán válidos los actos de administración de bienes realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren (22). La doctrina, en trance de interpretar ese artículo 1.384, se pregunta en qué casos puede decirse que un bien figura a nombre de uno de los esposos. Se ha contestado (23) que la legitimación para realizar válidamente actos de administración de modo unilateral se produce siempre que se esté en alguno de estos supuestos: 1.º) Existencia de un documento adquisitivo en que se mencione como adquirente a uno sólo de los cónyuges. 2.º) La inscripción del negocio adquisitivo en un registro público, de suerte que en él aparezca como titular registral uno solo de los esposos. 3.º) La situación posesoria de posesión exclusiva también de sólo uno de los cónyuges. Este último elemento determinante —no demasiado frecuente salvo que se trate de matrimonios separados de hecho o de derecho— únicamente jugará, tratándose sobre todo de bienes inmuebles, en defecto de alguno de los dos restantes, es decir, si no hay documento ni inscripción en un registro público.

Pues bien, vista la norma civil de que se acaba de hacer mención, los autores del Reglamento pensaron seguramente que si la adquisición la efectuaba uno sólo de los cónyuges, aunque en el documento se expresase que adquiría para la sociedad de gananciales, se estaba en el caso del artículo 1.384 del Código civil y, por consiguiente, para

(21) No es de aplicar, nótese bien, el artículo 1.355 del Código civil que exige la adquisición conjunta o la declaración también conjunta.

(22) No interesa, por el momento al menos, estudiar ahora la otra vertiente del precepto cuando se refiere a la validez de los actos de disposición otorgados unilateralmente y que tengan por objeto dinero o títulos valores.

(23) Cfr. Díez PICAZO, *Comentarios*, cit., II, pág. 1771.

que este precepto no tropezara con dificultades en su aplicación se dispuso que la inscripción se extendiese a nombre del cónyuge adquirente.

La conexión, implícita, pero clara, a mi juicio, del artículo 93-4 del Reglamento con el artículo 1.384 del Código civil, se desprende no tanto o no sólo de la remisión que el mencionado apartado hace al número 2 del artículo 94, según el cual determinados actos (agrupaciones, segregaciones o divisiones de fincas, declaraciones de obra nueva, constitución de edificios en régimen de propiedad horizontal y cualesquiera otros análogos que, para mí, no son en rigor verdaderos actos de administración) pueden ser otorgados unilateralmente por el cónyuge titular registral, sino también porque el apartado 4 del artículo 93 se remite a lo preceptuado en los apartados 2 y 3 del mismo artículo cuando se trate de actos de disposición y nada dice, en cambio, de los de administración, lo que parece prejuzgar el problema en el sentido de que tales actos (esto es, los de administración) pueden ser realizados exclusivamente por el cónyuge adquirente.

¿Ha estado acertado el Reglamento en su más que probable intento de atenerse fielmente a lo dispuesto en el artículo 1.384 del Código civil? En mi opinión la respuesta afirmativa es sumamente cuestionable. Razonar esta afirmación exige hacer algún comentario aunque sea breve sobre el artículo 1.384 en este punto.

Creo que el artículo 1.384, cuando permite que un bien común pueda ser administrado por uno solo de los cónyuges, ha concedido de masiada importancia al hecho de que el bien figure a su nombre, lo que tratándose de inmuebles depende de que en el documento adquisitivo aparezca ese cónyuge como adquirente. Pero en muchos casos que el documento que formaliza la adquisición —sobre todo si se trata de documentos privados— lo hayan suscrito como adquirentes los dos esposos o solamente uno de ellos, obedece a factores coyunturales o aleatorios, cuando no a razones de simple comodidad y sin que el hecho se deba a un designio preconcebido. En vista de esta circunstancia, que nadie que esté en contacto con la realidad cotidiana puede poner en duda, resulta excesivo que la forma en que se haya realizado la adquisición por lo que dice a la designación de la persona del esposo adquirente, pueda afectar fundamentalmente al principio general de cogestión excepcionándolo. Ciertamente, no tienen la misma importancia los actos de administración que los de disposición, pero también los primeros pueden revestir en la práctica considerable trascendencia económica. Basta pensar en el arrendamiento al que me referí anteriormente. Con el artículo 1.384 del Código civil en la mano el cónyuge designado adquirente en el documento adquisitivo podrá dar en arrendamiento el bien objeto de la adquisición, siempre que se trate de arrendamientos no sujetos a la legislación especial y, en la legalidad vigente, también toda clase de fincas urbanas, aunque estén sujetas a dicha legislación, al haber desaparecido la prórroga forzosa, por lo menos siempre que no se trate de arrendamientos que hayan de ser inscritos en el registro o en los que se haya pactado una duración superior a seis años.

Se dirá que en ciertas ocasiones el que la adquisición se haya realizado exclusivamente a nombre de uno de los cónyuges puede no ser accidental o fortuito sino que puede haber tenido lugar intencionadamente. Así, en los casos de separación de hecho. Mas si se quería prever este supuesto, indudablemente digno de ser tenido en cuenta, podía haberse concretado que la adquisición unilateral conferiría exclusivamente al cónyuge adquirente la administración del bien adquirido siempre que estuviese separado de hecho de su consorte. La separación de hecho ha sido tomada en consideración por el legislador de 1981 en muchos supuestos. Concretamente y dentro de la reglamentación de la sociedad de gananciales, se menciona la separación de hecho, para atribuirle importantes efectos, en los artículos 1.368, 1.388 y 1.393.

Se ha observado además, y estimo que con razón (24), que la legitimación para administrar (o para disponer cuando se trate de dinero o de títulos valores) que dimana del artículo 1.384 no significa que el cónyuge no legitimado tenga que soportar indefinidamente que tal situación prosiga. En realidad, puede sostenerse perfectamente que en el artículo 1.384, siendo como es preferentemente una norma de legitimación para el tráfico (sin perjuicio de que, además, los actos que se realicen a su amparo sean válidos también entre los cónyuges, salvo casos de fraude), no deroga sino que sólo suspende la regla de que la gestión del consorcio corresponde conjuntamente a la pareja. La posibilidad de que un cónyuge retenga indefinidamente bajo su administración los bienes que haya adquirido a su nombre o en cuyo poder se encuentren no resulta del artículo 1.384. Por todo ello se piensa que la administración debe volver a ambos cónyuges conjuntamente tan pronto como el cónyuge, excluido «prima facie» de la administración, lo pida. Sin embargo, esta posible rectificación tropieza en el terreno registral con un obstáculo. Una vez inscrita la finca a nombre de uno de los cónyuges (para la sociedad de gananciales o con carácter presuntivamente ganancial) no hay medios hábiles, parece, para que después se modifique la inscripción, de modo que en lo sucesivo el inmueble aparezca inscrito a nombre de los dos esposos (25).

Estas consideraciones permiten apuntar una solución que tal vez pudiera aceptarse. Cuando la escritura o documento adquisitivo haya sido suscrito solamente por uno de los cónyuges, pero en él haya expresado que adquiere no sólo para sí sino para la sociedad de gananciales, puede perfectamente entenderse que la adquisición se ha efectuado no solamente a su nombre sino también al de su cónyuge, puesto que la sociedad de gananciales, como ya he recordado, carece de personalidad jurídica. Alguna diferencia importante tiene que haber —también desde este punto de vista— entre el caso en que el marido o la mujer adquieran para la sociedad o lo hagan escuetamente para sí, sin

(24) Vid. LACRUZ BERDEJO, *Ob. cit.*, pág. 469.

(25) LACRUZ (*Los bienes conyugales...*, cit., pág. 344) cree que la rectificación del registro es posible mediante una simple instancia suscrita por el cónyuge que no es titular registral notificada al otro. Me parece sumamente dudoso que ese sea un medio válido de rectificar la inscripción.

hacer ninguna otra indicación o manifestación. En consecuencia, y fuera de la órbita estrictamente hipotecaria, podría sostenerse que, en tal caso, los actos de administración que el cónyuge suscriptor del documento pretenda realizar siguen la regla general y sólo cuando se trate de inscribir los mismos valdría el otorgamiento unilateral. Resultaría entonces, de prosperar esta tesis, que solamente los actos enumerados en el artículo 94-2 (y que, como ya he dicho reiteradamente, para mí no son verdaderos actos de administración sino actos neutros) entrarían dentro de la previsión del artículo 93-4, ya que no se vislumbra ningún otro acto de administración que pueda tener acceso al registro, salvo el arrendamiento y éste, en tanto haya de inscribirse, debe ser tratado, según ya sabemos, como acto de disposición (26).

Cuando el inmueble o derecho se haya inscrito a nombre de uno de los cónyuges y para la sociedad de gananciales, porque así resulte del título en cuya virtud se haya practicado la inscripción, la disposición de los bienes inscritos en esta forma se rige por las reglas de los apartados 2 y 3 del artículo 93 a los que reenvía el número 4 del mismo artículo. Por consiguiente, quedan abiertas las tres posibilidades que contempla aquel apartado. Disposición por ambos cónyuges (que resulta, pues, correcta a pesar de que sólo uno de los esposos figure como titular registral), disposición por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, o disposición por uno de los esposos con autorización judicial. Las consecuencias de que el acto se haya otorgado siguiendo alguna de estas tres vías fueron señaladas anteriormente y no voy a volver sobre la materia. Si se trata de actos a título gratuito es necesario siempre el consentimiento de los dos cónyuges.

c) *Adquisición realizada por uno solo de los cónyuges sin expresar que adquiere para la sociedad de gananciales*

Es la tercera de las hipótesis a que se refiere el Reglamento. Dice el artículo 94-1 que los bienes adquiridos a título oneroso por uno de los cónyuges, sin expresar que adquiere para la sociedad de gananciales, se inscribirán a nombre del cónyuge adquirente con carácter presuntivamente ganancial. También aquí existe una alteración respecto a lo que disponía el artículo 95-1 con anterioridad a la reforma, pues asimismo en esta hipótesis, aunque no se hiciera declaración alguna sobre la procedencia del dinero, los bienes se inscribían a nombre de ambos cónyuges y para la sociedad conyugal.

¿Está justificada la modificación? Con un criterio estrictamente rigorista podría afirmarse que desde el momento en que los bienes han sido adquiridos a título oneroso constante el matrimonio y dado que no se ha hecho manifestación alguna en cuanto a la procedencia del dinero (tampoco, por tanto, que pertenece privativamente al cónyuge comprador) deben reputarse presuntivamente gananciales, por lo que el antiguo precepto en cuanto preveía que también en este caso

(26) Respecto de los cobros o percepción de cantidades, ver lo dicho en la nota 6.

la finca o derecho debía inscribirse a nombre de ambos cónyuges estaba justificado.

Sin embargo, el vigente artículo 94-1 se ha apartado de la línea seguida por el precedente artículo 95-1. La inscripción se practica de conformidad con lo que resulta del título adquisitivo. En este caso, la finca o derecho se inscribe a nombre del cónyuge adquirente con la indicación de que lo adquirido tiene carácter presuntivamente ganancial, aclaración esta última obligada, pues al no haberse acreditado el carácter privativo del dinero o contraprestación, ni siquiera por confesión o reconocimiento del otro cónyuge, es claro que hay que estar a la presunción de ganancialidad conforme el artículo 1.361 del Código civil. Empero, hay que preguntarse si como ocurre en el supuesto anterior (bienes adquiridos por un cónyuge para la sociedad de gananciales) existe alguna razón de fondo que pueda justificar la solución del precepto que comentamos. Para ello es necesario examinar cómo repercute esta modalidad de la inscripción sobre los actos inscribibles relativos a los bienes inscritos de esa forma.

En primer lugar, entra en juego el número 2 del propio artículo 94, ya examinado anteriormente, y, por tanto, se inscribirán en el registro los actos otorgados unilateralmente por el cónyuge adquirente y a que se refiere aquel precepto.

En segundo término, la inscripción practicada de acuerdo con el artículo 94-1 determina otra consecuencia, específica de este supuesto, sobremanera importante. Según el número 3 del artículo, «para la inscripción de los actos de disposición a título oneroso de los bienes inscritos conforme al apartado 1 de este artículo, será necesario que hayan sido otorgados por el titular registral con el consentimiento de su consorte, o en su defecto, con autorización judicial».

El acto ha de otorgarlo, en todo caso, el titular registral, aunque necesite el consentimiento del otro o la autorización judicial, pero no cabe que la disposición sea otorgada por el otro consorte ni siquiera con la autorización subsidiaria. El titular registral ha de consentir necesariamente (o para expresar la idea con más exactitud, ha de ser el otorgante del acto dispositivo) y sólo él puede solicitar y obtener la autorización del juez. No es viable la hipótesis inversa, lo que significa, en definitiva, que la iniciativa en cuanto a la realización del acto dispositivo sólo puede tomarla el titular registral, solución que contrasta con la adoptada en los dos casos regulados por el artículo 93. Según este artículo, tanto si los bienes están inscritos a nombre de los dos cónyuges como si lo están a nombre de uno de ellos, pero con la indicación de que la adquisición se hizo para la sociedad de gananciales, se admite la inscripción de los actos dispositivos otorgados por cualquiera de los esposos indistintamente siempre que cuente con el consentimiento del otro o con autorización judicial. No es necesario, pues, en el supuesto del artículo 93-1, que el acto dispositivo lo otorguen ambos cónyuges a pesar de que el bien esté inscrito a nombre de los dos, o el cónyuge adquirente en el caso del número 3. La iniciativa puede tomarla, por consiguiente, cualquiera de los esposos

y el acto será inscribible, aunque el otro se haya opuesto, siempre que cuente con la autorización judicial pertinente.

Visto lo que establece el artículo 94-3 relativamente al otorgamiento de actos dispositivos a título oneroso (los actos a título gratuito exigen siempre el consentimiento de marido y mujer según recalca una vez más el número 4.º del artículo 94) y la diferencia que existe entre el régimen ordenado para ellos en el expresado precepto y el aplicable a los que se otorguen cuando los bienes estén inscritos a nombre de los dos cónyuges o al de uno de ellos con la indicación de que adquirió para la sociedad de gananciales es menester preguntarse a qué razón puede obedecer la diferencia.

Una primera explicación podría ser ésta. Se exige que el acto sea otorgado por el cónyuge a cuyo nombre aparecen inscritos los bienes porque él y sólo él ostenta la condición de titular registral. Sin embargo, a poco que se medite, se advierte que esta justificación no es aceptable. En primer término, el principio hipotecario según el cual los actos dispositivos sólo pueden inscribirse cuando emanan de la persona que, según el registro, sea titular de la finca o derecho no puede llevarse hasta el extremo de desconocer o contradecir lo que prescriben las normas sustantivas de derecho civil. Así, el antiguo artículo 96 del Reglamento y aunque la inscripción, según el artículo 95-1, había de extenderse a nombre de ambos cónyuges sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal, añadía que los actos dispositivos sobre tales bienes «se registrarán por las normas de los bienes gananciales» (27). En segundo lugar, el artículo 93 demuestra que el Reglamento, al ocuparse de la inscripción de los actos de disposición sobre los bienes gananciales, no se atiende estrictamente al recordado principio hipotecario. Así, en el caso del número 1, y aunque el bien se encuentra inscrito a nombre de los dos cónyuges (ambos son, pues, cotitulares registrales, valga la expresión) cualquiera de ellos puede otorgar el acto dispositivo, y en el supuesto del número 4.º y no obstante la indicación de que la adquisición se ha hecho para la sociedad de gananciales, parece que el titular registral «sensu stricto» es el cónyuge adquirente no obstante lo cual el acto de disposición podría también otorgarlo el otro. Se entiende, siempre con el consentimiento del cónyuge o autorización del juez.

El análisis de los artículos 93 y 94 en su conjunto, en lo que se refiere a la inscripción de los actos dispositivos a título oneroso que tengan por objeto bienes gananciales o presuntivamente gananciales, produce la impresión de que, por vía reglamentaria, se ha querido resolver un problema cuya solución no resulta expresamente del Código civil.

En efecto, el artículo 1.377 se limita a decir que «para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges» y a continuación exa-

(27) El precepto había sido criticado por incluir innecesariamente, según se decía, una norma que en realidad no era de derecho registral. Vid. en este sentido, ROCA SASTRE, *Ob. cit.*, IV-1.º, pág. 69, y SANZ, *Ob. cit.*, pág. 313.

mina la hipótesis de que uno de los esposos negare el consentimiento o estuviere impedido para prestarlo. En ambos casos, el acto podrá ser otorgado si el juez, previa información sumaria, lo autoriza cuando lo considere de interés para la familia (28). Nos interesa fijar nuestra atención sobre el caso de que haya disparidad de criterios en punto a la enajenación a título oneroso de un bien ganancial. En función de ese supuesto cabe formularse la siguiente pregunta. ¿Puede cualquiera de los dos cónyuges solicitar la autorización del juez o esta posibilidad debe quedar reservada sólo para uno de ellos? Si se quiere, la pregunta puede hacerse bajo otros términos. ¿Corresponde indistintamente a ambos cónyuges la facultad de tomar la iniciativa en orden a la realización de un acto dispositivo o, por el contrario, debe entenderse que tal facultad corresponde al uno o al otro según los casos?

La respuesta a estas interrogantes está estrechamente ligada con la naturaleza misma de la sociedad de gananciales. Si se entiende, con la doctrina todavía dominante, que la sociedad de gananciales da lugar «ab initio» a una situación de mancomunidad o comunidad en mano común sobre los bienes que ingresan en el patrimonio ganancial y si, además, se tiene en cuenta el principio de igualdad entre marido y mujer postulado por el artículo 1.328 del Código civil y del que es manifestación el principio de cogestión, parece que la contestación debe orientarse en el primer sentido. Cualquiera de los dos cónyuges, si el otro se opone, está legitimado para dirigirse al juez y solicitar su autorización para disponer de un bien común a título oneroso.

Ciertamente, esta regla general podría admitir excepciones en algunos supuestos. Con relación, por ejemplo, a las obras de arte de que sea autor uno de los cónyuges se ha discutido si pueden calificarse de privativas o de gananciales, pero aún dando por bueno que sean gananciales se estima que el derecho de autor es personalísimo (29) y ese dato excluye la iniciativa del otro cónyuge en cuanto a su enajenación, y hasta la posible decisión judicial aprobatoria, por lo que no sería de aplicar el párrafo segundo del artículo 1.377, de suerte que sólo cabría recurrir a la intervención judicial si se llegase a la situación prevista en el artículo 1.318-2, esto es, cuando el cónyuge en cuestión incumpliere su obligación de contribuir a las cargas de la familia (30).

(28) La autorización puede concederse para la realización de varios actos dispositivos. Excepcionalmente podrá el juez imponer las limitaciones o cauteles que estime necesarias.

(29) La duda sobre la naturaleza de este derecho estriba en si cabe incluirlo entre los derechos y bienes patrimoniales inherentes a la persona o no transmisibles «intervivos» a que se refiere el número 5 del artículo 1.346.

(30) Cfr. BLANQUER, *La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidades y excepciones*, cit., pág. 21. Es de observar que BLANQUER, a quien tal vez podría imputársele la paternidad de la construcción de la sociedad de gananciales como una comunidad económica y no jurídica, pues tal idea aparece apuntada en un trabajo anterior (*Reflexiones acerca de la influencia del régimen de gananciales en la capacidad y responsabilidad de cada cónyuge*, en la misma revista, julio-diciembre de 1981 págs. 7 y sigs.) ha rectificado implícitamente. En su segundo trabajo BLANQUER afirma que el nuevo artículo 1.344 del Código civil «recibiendo y asumiendo tendencias

Otra excepción podría ser la empresa mercantil, sobre cuyo carácter ganancial no cabe albergar ninguna duda cuando se cumplan los requisitos del artículo 1.347-5 del Código civil. La recta interpretación del artículo 6.º del Código de comercio una vez concordado con la reforma que ha experimentado el Código civil en 1981 (31) permite concluir que la facultad de disponer de los bienes adquiridos «a las resultas» del comercio corresponde al cónyuge comerciante, lo que significa, como mínimo, que la iniciativa en orden a la disposición le corresponde exclusivamente a él (32) e, igualmente, por lo que dice a la empresa misma si se estima, como he defendido en otra ocasión (33), que la ambigua expresión del artículo 6.º del Código de comercio hay que entenderla con cierta laxitud, de suerte que también el establecimiento mercantil puede considerarse, en cierto modo, como un bien adquirido en el ejercicio del comercio, por lo que debe quedar sujeto, en algunos aspectos al menos, al mismo régimen jurídico que el dispuesto para aquellos bienes. En último término, además, otorgar al cónyuge del comerciante la potestad de disponer de la empresa contra el parecer del empresario y previa autorización judicial equivaldría a facultarle implícitamente para impedir a su consorte ejercer el comercio, tema que desborda, pienso, el ámbito de aplicación del artículo 1.377 (34). Así, pues, entiendo que la titularidad del poder dispositivo

de la jurisprudencia, de la doctrina y de la práctica, afirma el nacimiento, constante el matrimonio, y mediante la sociedad de gananciales, de una comunidad actual entre el marido y mujer sobre las ganancias o beneficios obtenidos». Agrega, sin embargo, que «aun aceptando y acatando, como debe ser, la norma general de existencia de una comunidad, ni la sociedad de gananciales se reduce a una comunidad, ni la idea de comunidad es suficiente por sí sola para explicar el régimen de gananciales, sus problemas ni pueden resolverse mediante la aplicación analógica de conceptos de comunidad tipificados en el derecho para otras situaciones mediante la de sus normas particulares. Ni siquiera es tan claro y preciso el momento del comienzo de la comunidad». Me llevaría muy lejos y es tarea inapropiada para llevarla a cabo aquí, analizar detenidamente todas estas afirmaciones.

(31) El último inciso del artículo 1.365 del Código civil, después de reformado, parece dejar en vigor los artículos 6 y siguientes del Código mercantil. Se hace necesario, sin embargo, puntualizar, de una parte, el exacto significado y alcance de aquel precepto civil y, de otra, llevar a cabo una nada fácil labor de adaptación de la disciplina relativa al ejercicio del comercio por persona casada —particularmente si lo está bajo el régimen de la sociedad de gananciales— instaurada por la Ley de 2 de mayo de 1975 a la nueva normativa general atinente al régimen económico de la sociedad conyugal.

(32) GIMÉNEZ DUART (*Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 1981*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», núm. 548, págs. 132/133) cree que el cónyuge comerciante puede disponer de esos bienes sin consentimiento del consorte ni autorización judicial. Este criterio, quizá demasiado simplista, podría matizarse entendiendo que la libertad es completa a condición de que se disponga de los bienes para atender exigencias de la explotación mercantil o para ampliarla.

(33) *Estudios de Derecho Mercantil*, 2.ª ed., Madrid, 1977, I, pág. 89.

(34) Lo que sí podrá hacer el cónyuge del comerciante es pedir la disolución de la sociedad de gananciales al amparo del artículo 1.393-3 del Código civil si la mala gestión de su consorte pone en peligro sus derechos en la sociedad.

sobre la empresa corresponde al cónyuge empresario aunque, para ejercerlo, necesite el consentimiento del otro esposo o la autorización judicial. Mas la iniciativa en punto a la disposición radica únicamente en él (35).

Finalmente, hay que considerar aquellos bienes que integrados en una relación contractual son inseparables de ella. El artículo 1.385 del Código civil, según el cual los derechos de crédito, cualquiera que sea su naturaleza, serán ejercitados por aquel de los cónyuges a cuyo nombre aparezcan constituidos, tiene más enjundia de lo que a primera vista parece. El crédito, si el mismo deriva de un contrato, se encuentra inserto en la relación jurídica fundada en el negocio celebrado por uno de los cónyuges con otra persona. El precepto presupone, pues, que está constituido a nombre de uno de los esposos, lo que significa que el contrato de que se trate ha sido celebrado sólo por ese cónyuge, que será el que haya asumido el papel de parte contratante, ya que si ese papel lo hubiesen asumido ambos, el crédito figuraría a nombre de marido y mujer. El artículo 1.385 da por supuesto que las cosas no tienen que suceder así necesariamente, o lo que es igual, que la sociedad de gananciales no se interfiere en la capacidad de los cónyuges para celebrar, aisladamente, toda clase de contratos. Otro tema es que la eficacia de tales contratos, en tanto tengan naturaleza dispositiva, requieran el consentimiento del consorte o la autorización judicial (36). Ahora bien, según este planteamiento no sólo el crédito (no habría en realidad razón para ello) sino la titularidad de la relación contractual debe corresponder exclusivamente al cónyuge contratante, quien estará legitimado para ejercitar las acciones y facultades inherentes a dicha relación y las excepciones que estime pertinentes.

Esto no quiere decir que la propiedad del bien adquirido por efecto de un contrato celebrado sólo por uno de los cónyuges pertenezca por ese solo hecho al cónyuge contratante. Se hace necesario distinguir entre la titularidad o propiedad de los derechos o bienes adquiridos, que pueden ser comunes, y la relación jurídica contractual en la que sólo aparecerá legitimado para actuar como parte el cónyuge que realmente lo sea.

Sin embargo, y como se ha apuntado, existen casos en los que esta separación, que en principio es válida como regla general y fácil de establecer, resulta inviable. Así sucede cuando el bien adquirido

(35) Aunque se estime, lo que no deja de ser cuestionable, que el cónyuge comerciante puede disponer por sí de los bienes adquiridos con el ejercicio del comercio sin contar con el consentimiento de su consorte ni con autorización judicial, no parece que esta solución pueda extenderse a la empresa misma. Su equiparación a los bienes adquiridos «a las resultas» del comercio sólo puede ser relativa, tal como se apunta en el texto; no debe quedar sujeta al mismo tratamiento jurídico en todos los aspectos la fuente de donde proceden los ingresos obtenidos con el comercio y los bienes que se adquieran con esos ingresos

(36) BLANQUER ha insistido mucho sobre este particular. Cfr. su trabajo, *Reflexiones acerca de la influencia de la sociedad de gananciales en la capacidad de cada cónyuge*, cit., págs. 7 y sigs.

consiste precisamente en el derecho que dimana directamente de la relación contractual. Pensemos en el arrendamiento (37) y en el contrato de sociedad. La condición de socio recae exclusivamente en el cónyuge que constituye con otras personas la sociedad o que después se incorpora a ella. Consiguientemente, la facultad de disponer del derecho arrendaticio o de la participación en una sociedad colectiva, comanditaria, de responsabilidad limitada o anónima, debe corresponder exclusivamente al arrendatario o socio, lo que no significa, sin embargo, que la disposición pueda realizarla sin contar con su consorte y sin autorización judicial (38), pero sí que la iniciativa en cuanto a la disposición le corresponde en exclusiva.

Estas pueden ser las excepciones. Pero excepciones aparte, dentro de la que todavía es hoy doctrina dominante hay que convenir en que la facultad de recurrir al juez para otorgar un acto dispositivo sobre un bien ganancial cuando alguno de los dos cónyuges no quiere consentirlo compete indistintamente a cualquiera de los esposos.

La solución, por el contrario, tendrá que ser otra si se entiende, como se ha entendido (39), que la sociedad de gananciales sólo es una comunidad en sentido económico, de modo que la titularidad de los bienes en sí mismos (y no sólo de la relación contractual) pertenece únicamente al cónyuge que los ha adquirido, aunque sea a expensas de fondos gananciales, sin perjuicio de los derechos que el otro cónyuge ostenta sobre aquellos bienes precisamente en función de su ganancialidad. De acuerdo con esta manera de entender la sociedad de gananciales parece que la iniciativa en punto a la disposición debe reconocerse siempre y únicamente al cónyuge titular, aunque el acto dispositivo, para su plena eficacia, requiera el consentimiento del otro cónyuge o la autorización judicial.

Si el Reglamento se limitase a contraponer el supuesto de adquisición por ambos cónyuges al de adquisición efectuada por uno solo de ellos, es decir, si sólo se contemplaran las situaciones a que se refieren el número 1 del artículo 93 y el también número 1 del artículo 94, podría sostenerse, por lo menos a primera vista, que se había inclinado por la segunda solución. Es decir, habría asumido la tesis de que la iniciativa en cuanto a la facultad de disponer radica indistintamente en cualquiera de los cónyuges si efectivamente son cotitulares, o en el cónyuge adquirente cuando fue él solamente quien adquirió. Pero no puede aceptarse, en mi opinión, esta interpretación simplista de la normativa reglamentaria ni de su «ratio iuris».

En primer término, ello estaría en abierta contradicción con la

(37) Del que se hablará más adelante.

(38) Excepto si se trata de acciones que sean al propio tiempo títulos valores, pues entonces podrá disponer de ellas por sí solo conforme al artículo 1.384 del Código civil. No ocurriría lo mismo si la acción no fuese al mismo tiempo un título valor. La doctrina más autorizada entiende que el documento-acción no tiene carácter constitutivo, es decir, que la cualidad de socio se adquiere aunque el título o documento no exista. Vid. *Estudios*, cit., I, pág. 464.

(39) Vid., por ejemplo, el trabajo de GARRIDO CERDÁ citado anteriormente.

doctrina mantenida reiteradamente por la Dirección General en torno a la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales y su configuración como una comunidad en mano común. En segundo lugar, al haberse admitido una hipótesis intermedia (la adquisición por un cónyuge hecha para la sociedad de gananciales) en la que no obstante haber realizado la adquisición el marido o la mujer se permite que el acto dispositivo lo otorgue el otro (bien entendido con el consentimiento de su consorte o con autorización judicial) se está poniendo de relieve que el hecho de que un cónyuge figure como adquirente no es relevante a los efectos de conferirle, en exclusiva, la iniciativa en orden a la disposición, ni la legitimación para dirigirse al juez en demanda de autorización.

¿Cuáles pueden haber sido, pues, las razones que han llevado a los autores del Reglamento a prescribir que en el caso de la regla 1.º del artículo 94, el acto dispositivo tiene que ser otorgado necesariamente por el cónyuge adquirente?

A mi juicio, debió pensarse que si un cónyuge adquiere sin intervención de su consorte y sin hacer mención alguna de que adquiere con dinero ganancial o para la comunidad, es probable que adquiere con dinero propio. El silencio del cónyuge adquirente vendría a debilitar, aunque no a enervar, la presunción del artículo 1.361. Por eso esa presunción se respeta, porque el bien se inscribe con carácter ganancial, pero pierde parte de su eficacia al alterarse la solución civil.

¿Es satisfactoria esta presunta justificación del criterio reglamentario? A mi juicio, no. En rigor, la segunda variante de las tres que contemplan los artículos 93 y 94 (adquisición efectuada por un cónyuge para la sociedad de gananciales) es una fórmula de laboratorio que si ha llegado a cuajar en la realidad ha sido en los despachos notariales y justamente por el peso del propio Reglamento. Fuera del ámbito de la documentación notarial, las adquisiciones las realizan ambos cónyuges o, individualmente, el marido o la mujer y, en este segundo caso, no se preocupan de hacer constar que compran para la comunidad, aunque esta sea realmente su intención. Bajo esta perspectiva parece muy aventurado enervar aunque sólo sea parcialmente las consecuencias de la presunción de ganancialidad en función de una sospecha que muchas veces carecerá de base y que sólo puede tener fundamento en la medida en que, tratándose de escrituras públicas y puesto que relativamente a las mismas sí tiene virtualidad práctica la que he llamado fórmula de laboratorio, puede ser efectivamente más sospechoso que el cónyuge que adquiere, a pesar de estar advertido, insista en silenciar que compra para la comunidad o incluso manifieste que compra para él. Aún en ese caso, no se puede pasar por alto que los cónyuges estén separados de hecho, hipótesis en la que con toda probabilidad el cónyuge adquirente no querrá manifestar que adquiere para la sociedad de gananciales, si bien no está mal en ese supuesto, desde un punto de vista práctico, que la disposición tenga que emanar necesariamente del esposo que compró o adquirió y que figura como titular registral.

De todos modos y sea cualquiera la explicación que quiera darse

a lo dispuesto en el artículo 94-3, estimo que la solución no puede generalizarse. Por consiguiente, fuera de la órbita registral, es decir, cuando no se trate de inscribir actos dispositivo en el registro, creo que el problema debe resolverse, como se ha apuntado anteriormente, de acuerdo con la naturaleza que se postule para la sociedad de gananciales. Si se sigue la teoría todavía dominante que ve en la sociedad una comunidad en mano común (teoría a la que me adscribo) la iniciativa en cuanto a la disposición debe reconocerse (salvo que se esté en alguno de los casos excepcionales que antes fueron mencionados) indistintamente a cualquiera de los cónyuges; por el contrario, corresponderá al cónyuge adquirente si se piensa que la sociedad es sólo una comunidad económica y que la titularidad sobre los gananciales corresponde al esposo que los adquiere, aunque el ejercicio de esa titularidad venga limitado por los derechos de su consorte.

Respecto de los actos de administración propiamente dichos (40) no cabe duda de que el cónyuge que adquiere sin hacer la indicación de que lo hace para la sociedad de gananciales tiene la facultad de administrar los bienes que ha adquirido de esta forma conforme al artículo 1.384 del Código civil. Consecuentemente, el cónyuge titular registral podrá llevarlos a cabo sin el consentimiento de su consorte ni autorización judicial y prescindiendo de que tales actos sean o no inscribibles. Paradójicamente, el único acto susceptible de inscripción en el registro y que, al propio tiempo, puede ser considerado acto de administración, es decir, el arrendamiento, deberá llenar, si quiere inscribirse, los requisitos exigidos a los actos de disposición, pues el otorgamiento de un arrendamiento inscrito, según ya se ha visto, se asimila a los actos dispositivo. Ahora bien, la iniciativa en cuanto a la celebración del contrato de arrendamiento inscribible (siempre en el caso del artículo 94-1 del Reglamento) corresponde solamente al cónyuge titular registral, quien habrá de ser el que otorgue la escritura como arrendador, aunque deba contar con el consentimiento de su esposo o con autorización judicial.

Volviendo a los actos dispositivo es menester plantear un problema que en el derecho anterior dividió a la doctrina y que todavía hoy, después de reformado tanto el Código civil como el Reglamento hipotecario, podría suscitarse. Supuesto que se haya inscrito como ganancial o, para ser más exactos, como presuntivamente ganancial un bien que, sin embargo, es privativo; supuesto, asimismo, que ese bien se enajene con el consentimiento (erróneamente prestado) del cónyuge propietario o autorización judicial, y supuesto, por último, que posteriormente el acto sea impugnado por aquel cónyuge o por sus herederos, ¿podrá invocar el adquirente la protección dimanante del artículo 34 de la Ley Hipotecaria si reúne los requisitos exigidos por dicho artículo?

Antes de la reforma de 1981 se pensaba en el caso de que los

(40) En los que no encajan, a mi juicio y como ya se ha indicado, los comprendidos en el número 2 del artículo 94 y que, por supuesto, podrán ser otorgados unilateralmente por el cónyuge adquirente en el caso del art. 94-1.

bienes privativos de la mujer estuviesen inscritos con carácter ganancial y en la forma que prescribía el derogado artículo 95-1 del Reglamento. Por ejemplo, compró la mujer con dinero propio (contaba con licencia marital cuando ésta era necesaria, o sin ella cuando dejó de serlo) pero sin que hiciese constar en la escritura la procedencia del dinero (41). En tal caso, o en otro en que por cualquier circunstancia estuviese inscrito indebidamente como ganancial un bien propio de la mujer, se cuestionaba si la enajenación otorgada por el marido con consentimiento de la esposa (sólo imaginable si medió error por su parte) o autorización judicial, podía ser impugnada en perjuicio del adquirente.

En la actualidad el problema puede igualmente plantearse si uno de los cónyuges tiene en su poder dinero privativo del otro (42) y dispone indebidamente de él comprando un inmueble a su nombre que se inscribirá en la forma prescrita por el artículo 94-1 del Reglamento (por tanto, como presuntivamente ganancial) (43). El inmueble se vende posteriormente por el titular registral que ha obtenido (mediante engaño) el consentimiento de su cónyuge o autorización judicial (44).

Así las cosas, cabe entender que la inscripción sólo proclama una presunción (la de ganancialidad del bien inscrito presuntivamente con ese carácter (45) y, por consiguiente, si la presunción no es exacta (porque el bien efectivamente es privativo) el adquirente deberá sufrir las consecuencias, pues la presunción de ganancialidad por sí mis-

(41) Parece que el antiguo art. 95-1, a pesar de su tenor literal (el precepto exigía que no se hiciese «declaración alguna sobre la procedencia del precio o contraprestación») también era aplicable aunque el cónyuge adquirente manifestase que adquiriría con dinero propio si esta manifestación no venía corroborada por la confesión de su cónyuge. La inscripción, en efecto, si faltaba la confesión o la prueba de la privatividad, no podía practicarse al amparo de los números 2.º y 3.º del artículo, luego no cabía más opción que recurrir al párrafo primero. El inciso antes entrecomillado estaba pensado, entendía ROCA SASTRE, para el supuesto en que faltase la aseveración de privatividad (Vid. ROCA, *Ob. cit.*, IV, 1.º, pág. 39).

(42) O puede disponer de ese dinero porque tiene firma en una cuenta corriente cuyos fondos son exclusivamente privativos de su consorte. Cabe que, además, esté facultado por éste para manejarlos.

(43) También si manifiesta que compra para la sociedad de gananciales, conforme al artículo 93-4. No es verosímil —aunque no sea teóricamente imposible— que la adquisición se lleve a cabo concurriendo como adquirentes los dos cónyuges.

(44) Recuérdese que la autorización judicial puede concederse no sólo si el cónyuge se opone sino también cuando esté impedido para prestar el consentimiento. La doctrina entiende que el impedimento a que se refiere el artículo 1.377-2 engloba no sólo la incapacidad temporal para emitirlo, sino también la imposibilidad material, por causa de enfermedad física o mental o por causa de distanciamiento geográfico (Vid. Díez PICAZO, *Comentarios*, cit., II, pág. 1764). No es necesario, pues, que el cónyuge esté legalmente incapacitado. Cfr. también la inteligencia del término «impedido» en este amplio sentido, en LACRUZ, *Ob. cit.*, pág. 457.

(45) Lo que, en realidad, acontece no sólo en el caso del artículo 94-1, sino también en el del artículo 94-4, e incluso si han adquirido los dos cónyuges conjuntamente, por lo menos si no hicieron manifestación ninguna sobre la procedencia del dinero.

ma no engendra una situación de apariencia que pueda amparar la adquisición del tercero (46). A ello cabe oponer que el adquirente tiene la consideración de tercero hipotecario amparado por el artículo 34 de la Ley, como se ha dicho. Con relación al derecho anterior se había sostenido que «frente al tercer adquirente protegido por el artículo 34 de la Ley hipotecaria, solamente hay adquisición por éste de bienes inscritos como gananciales y este carácter ganancial de tales bienes ha de reputarse exacto, por efecto de la fe pública registral» (47).

A mi juicio y aunque el tema dista mucho de ser diáfano (48), me inclino por la solución favorable al adquirente. En definitiva, el mismo es tercero en relación al acto (la adquisición efectuada por el cónyuge que dispuso indebidamente de fondos privativos de su consorte provocando una apariencia de presunta ganancialidad) causante de la inexactitud registral. En la medida en que ésta no debe perjudicar a tercero (siempre, claro es, que reúna los requisitos que se exigen para gozar de la protección de la fe pública registral) parece que el adquirente debe ser mantenido en su adquisición. Resulta, posiblemente, demasiado sutil entender que el registro, en tanto sólo anuncia una presunción de ganancialidad, no puede reputarse inexacto porque ya está anunciando la posibilidad de su inexactitud, riesgo que debe correr el adquirente.

Como colofón de todo lo expuesto al estudiar los artículos 94 y 95 del Reglamento hipotecario y vistas las distintas consecuencias que comporta que la inscripción se practique a nombre de ambos cónyuges, al de uno de ellos pero indicando que adquiere para la sociedad de gananciales, o sin dicha indicación, es necesario encarecer a los notarios que al redactar las escrituras (especialmente de compraventa) presten atención especial a este tema. Ciertamente, en la mayor parte de los casos el contrato se habrá perfeccionado antes de que los interesados acudan a la notaría y aparecerá formalizado en un documento privado en el que por lo regular figuraran como adquirentes o el marido o la mujer sin más especificaciones, salvo que se haya extendido a nombre de ambos. En cualquiera de los dos primeros casos, el notario, antes de redactar la escritura, deberá hacer lo posible por averiguar si la forma en que se suscribió el documento fue deliberada o si, contrariamente, se produjo sin que el cónyuge firmante supiera los efectos derivados de su actuación unilateral. Si es así, el notario ha de intentar persuadir a las partes (generalmente el vendedor no pondrá inconvenientes porque la cuestión o no le afecta o si hay precio aplazado preferirá que figuren como compradores los dos esposos) para

(46) Creo que esta era la tesis defendida por LACRUZ —no demasiado claramente— al estudiar los antiguos preceptos del Reglamento hipotecario (Vid. LACRUZ, *El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963, pág. 465).

(47) Cfr. ROCA SASTRE, *Ob. últ. cit.*, pág. 47.

(48) La argumentación de ROCA me parece muy débil. El registro no puede, ni frente a tercero ni frente a nadie, garantizar que un bien es ganancial, sino sólo que se presume su ganancialidad. De acuerdo con la normativa reglamentaria vigente, este dato (ganancialidad presunta) resulta expresamente de la inscripción en el caso de adquisición por un cónyuge sin mencionar que adquiere para la sociedad de gananciales.

que en la escritura comparezcan con el carácter de adquirentes ambos cónyuges. Si no fuere factible, la escritura se redactará haciendo la indicación de que el cónyuge otorgante adquiere para la sociedad de gananciales, salvo, claro es, que no quiera hacer esa manifestación. En todo caso, el notario deberá ilustrar a las partes sobre las diferentes consecuencias que se siguen de formalizar la adquisición en alguna de las tres variantes previstas por el Reglamento. Sería inadmisibles que el matiz se pasase por alto y porque corre prisa o, lo que sería aún peor, porque no se tengan ideas claras sobre la trascendencia que puede tener como se otorgue la escritura, ésta la firmen, con el vendedor o transmitente, el marido o la mujer por sí solos, sobre todo sin que se manifieste que la adquisición se hace para la sociedad de gananciales.

B) Inscripción de bienes gananciales al margen o independientemente del principio de subrogación real

El número 1 del artículo 93 del Reglamento abarca tres hipótesis distintas. La primera ya ha sido estudiado. Se refiere a ella el precepto reglamentario, como hemos visto, cuando dice que se inscribirán a nombre de marido y mujer con carácter ganancial los bienes adquiridos a título oneroso y a costa del caudal común por ambos cónyuges para la comunidad. Pero, a continuación, el mismo número del artículo 93 dispone que también se inscribirán a nombre de marido y mujer los bienes adquiridos a título oneroso, «atribuyéndoles de común acuerdo tal condición (la de gananciales) o adquiriéndolos de forma conjunta y sin atribución de cuotas». Y aún después, el propio número 1 sigue diciendo que en «la misma forma se inscribirán los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad, siempre que la liberalidad fuese aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario». Está claro que el artículo 93-1 del Reglamento, al aludir a estas dos hipótesis se está refiriendo, en primer lugar, al artículo 1.355 del Código civil y, en segundo término, al 1.353 del mismo cuerpo legal. Examinemos, pues, los dos supuestos con separación.

a) Inscripción en el registro del acuerdo a que se refiere el artículo 1.355 del Código civil

Dice el artículo 1.355 del Código civil: «Podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga. Si la adquisición se hiciera en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes».

Dentro del artículo 1.355 —cuya interpretación plantea numerosos problemas que en parte no es procedente examinar aquí— cabe distinguir dos hipótesis diferentes según que el acuerdo de los cónyuges sea expreso o se trate del acuerdo presunto a que se refiere

el segundo párrafo del artículo. Las dos hipótesis tienen su reflejo en el artículo 93-1 del Reglamento. A la primera se alude cuando se dice «atribuyéndoles de común acuerdo tal condición» (la de bienes gananciales); a la segunda, al hacer referencia a la adquisición en forma conjunta y sin atribución de cuotas.

La función del artículo 1.355 según subraya la doctrina es doble: Por una parte, el acuerdo (sea expreso o tácito) puede servir para reforzar o fijar definitivamente la naturaleza ganancial de lo adquirido en supuestos en que la ganancialidad podría resultar dudosa. Por ejemplo, el Código civil no ha previsto (del supuesto nos ocuparemos después) el caso de adquisición con precio totalmente aplazado, al que no es aplicable directamente el artículo 1.356 que presupone el pago de un primer desembolso. Pues bien, parece que ante ese supuesto si compran marido y mujer y acuerdan atribuir al bien adquirido naturaleza ganancial o simplemente lo hacen conjuntamente y sin atribución de cuotas debe entenderse que la finca o derecho son efectivamente gananciales y deben inscribirse con ese carácter. En segundo lugar y al margen de esta primera posibilidad, la aplicación, probablemente fundamental, del artículo 1.355 hay que relacionarla con el juego de la subrogación real. Se pretende con el acuerdo atribuir carácter ganancial a un bien que ha sido adquirido a título oneroso pero, en todo o en parte, con dinero privativo. Se elimina, pues, tanto la regla general del artículo 1.346-3, como la más particular del artículo 1.354 que regula la adquisición con precio o contraprestación en parte ganancial y en parte privativo (49). Queda, pues, desplazado, en virtud del acuerdo entre los cónyuges y como tributo a la autonomía de la voluntad, el juego de la subrogación real (50).

Si el acuerdo es expreso en la escritura constará lógicamente que el bien se adquiere con dinero propio de uno o de los dos cónyuges (o en parte con dinero propio y en parte con dinero común) pero que, a pesar de ello, los esposos convienen en asignar al bien adquirido

(49) En esa hipótesis y cuando no sea aplicable el artículo 1.355, el bien adquirido pertenece proindiviso, según dispone el artículo 1.354, a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en las proporciones respectivas. En la escritura deberá expresarse la proporción que guarden entre sí las respectivas contraprestaciones y en esa misma proporción se fijará la adquisición en proindiviso. La inscripción se practicará inscribiendo la participación ganancial en la forma determinada por el artículo 93-1 (primera hipótesis) o en su caso conforme al 93-4, si se estima que puede uno sólo de los cónyuges comprar para la sociedad pagando el precio en parte con dinero privativo y en parte con dinero ganancial, y la participación privativa a nombre del cónyuge adquirente siempre que se esté en los supuestos contemplados por los números 2 ó 4 del artículo 95. Vid. sobre este artículo lo que se dirá más adelante.

(50) La opinión mayoritaria, a la que me sumo, estima que el artículo 1.355 puede aplicarse a todos los casos en que la calificación del bien, según el principio de subrogación real, sería favorable a su privatividad en todo o en parte. Se registra alguna opinión contraria en el sentido de que el artículo 1.355 en cuanto mediante él se trata de desplazar el principio aludido, sólo es aplicable en ciertas hipótesis excepcionales. Vid., en este sentido, RIBERA PONT, *La atribución de ganancialidad del artículo 1.355 del Código civil*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», núm. 559, págs. 1.417 y sigs.

naturaleza ganancial. No es necesario, según creo, acreditar que el dinero es privativo y, en todo caso, al haber acuerdo expreso entre los esposos en este sentido parece que tal acuerdo equivaldría a la confesión o reconocimiento a que se refiere el artículo 95-4 del Reglamento (51).

El artículo 1.355 da a entender que el acuerdo entre los cónyuges debe ser simultáneo a la adquisición y también este parece ser el criterio que se desprende del artículo 93-1 del Reglamento. Sin embargo, la doctrina, mayoritariamente, estima que el acuerdo puede ser posterior, es decir, recaer a pesar de que en el momento de la adquisición el bien haya quedado configurado como privativo. Quienes no opinan así, sostienen que para transformar lo inicialmente adquirido con carácter privativo en ganancial es preciso formalizar una transmisión por la vía ordinaria (compraventa, donación) del patrimonio ganancial al privativo (52). Es claro que esta solución no tropieza en el terreno registral con ningún obstáculo. Pero, a mi juicio, no es necesario recurrir a ese expediente pues, en definitiva, el acuerdo se aproxima en el fondo a una transmisión simplificada presuntamente onerosa (salvo pacto en contrario) en la que se sustituye el precio o contraprestación por el derecho al reembolso que acredita el cónyuge a costa de cuyo patrimonio se pagó el precio, conforme a lo que dispone el artículo 1.358 del Código civil. Pienso, pues, que a pesar de que el Reglamento no contempla expresamente esa posibilidad el acuerdo posterior a la adquisición podría y debería inscribirse.

El acuerdo entre los esposos puede ser, como se ha dicho, presunto. El artículo 93-1, en concordancia con lo establecido en el párrafo segundo del artículo 1.355, también toma en consideración esta segunda variante al prescribir que se inscribirán a nombre de marido y mujer los bienes adquiridos por ambos cónyuges conjuntamente y sin atribución de cuotas. Ahora bien, ¿cómo diferenciar este supuesto del contemplado en primer lugar por el artículo 93-1? En rigor, para que un bien tenga carácter presuntivamente ganancial, basta que lo adquieran conjuntamente ambos cónyuges, al margen de la hipótesis contemplada por el artículo 1.355 del Código civil (53), pues si nada

(51) No se plantearán los problemas que este precepto suscita en orden a los efectos de la confesión de los herederos forzosos del cónyuge confesante o frente a los acreedores de la comunidad como dice el artículo 1.324 precisamente porque aquí el bien, en lugar de adquirirse e inscribirse como privativo, se adquiere y se inscribe como ganancial. De las cuestiones que puede plantear la aplicación del artículo 1.355 relativamente a los acreedores y legitimarios del cónyuge a cuyas expensas se satisface el precio o contraprestación me he ocupado en el trabajo ya aludido *La autonomía de la voluntad, en el moderno derecho español sobre la familia*. Me remito a lo allí dicho sobre el particular, pues el tema no parece procedente examinarlo en un trabajo que ha de ceñirse a estudiar las repercusiones registrales del artículo 1.355.

(52) Tal es la tesis que defiende CASTILLO TAMARIT (*Aspectos parciales de la reforma del Código civil en tema de sociedad de gananciales*, en «Revista de Derecho Notarial», julio-diciembre de 1983, pág. 23).

(53) También si adquiere un cónyuge para la sociedad conyugal e incluso un cónyuge sin hacer ninguna manifestación sobre el particular conforme se vio en el apartado anterior

se dice en contrario el precio ha de presumirse común. Por eso —ya se insinuó algo de esto al principio— resulta un tanto excesivo que el Reglamento para inscribir con carácter ganancial un bien adquirido a título oneroso por los dos cónyuges exija expresamente que se adquiriera «a costa del caudal común», circunstancia que debe presumirse, y «para la comunidad», mención esta última innecesaria. Claro es, que diga lo que diga el Reglamento, si en una escritura en la que adquieren ambos cónyuges no se dice nada acerca de la índole ganancial del precio o contraprestación (54) ni se indica tampoco que adquieren para la comunidad, el título es inscribible y el bien deberá quedar inscrito como ganancial presunto. Solución a la que puede llegarse, como también se apuntó, al amparo del último inciso de la primera parte del artículo 93-1, aunque dicho inciso esté pensado para la hipótesis a que se refiere el párrafo segundo del artículo 1.355 del Código civil.

¿Cuándo nos encontraremos verdaderamente ante esa hipótesis? Siempre que el dinero o la contraprestación sean en todo o en parte privativos y nada se diga al respecto. No es impensable tampoco que los cónyuges, al adquirir conjuntamente y sin atribución de cuotas, manifiesten que el dinero es propiedad privativa de uno de ellos o de los dos. El supuesto encajaría, parece, en el segundo párrafo del artículo 1.355 si no se dice expresamente en la escritura que los esposos adquirentes acuerdan atribuir carácter ganancial a lo adquirido. Sin embargo, lo normal será en esa hipótesis que si tal es la intención de los cónyuges no sea necesario presumirla, sino que conste en el documento el acuerdo, caso en el cual el supuesto hace tránsito a la hipótesis del párrafo primero del artículo 1.355.

Cuando se trate de acuerdo presunto puro, es decir, cuando los cónyuges, aunque la adquisición se realice con fondos privativos nada digan sobre el particular, funcionará en favor de la naturaleza ganancial de lo adquirido e inscrito con ese carácter una doble presunción. En primer lugar, la del artículo 1.361, pues al no decirse nada sobre la procedencia del precio éste debe reputarse ganancial. Y una segunda derivada del propio artículo 1.355. Quiere decirse que aunque se probase, enervando por tanto la primera presunción o presunción general de ganancialidad, que el dinero con que se adquirió el bien en cuestión era privativo, a ello podrá oponerse la presunción fundada en la forma en que la adquisición tuvo lugar, segunda presunción que sólo podrá desvirtuarse (no se olvide que el artículo 1.355-2 se limita a sentar una presunción) demostrando que a pesar de haber adquirido en forma conjunta y sin atribución de cuotas, ello obedeció a razones especiales pero sin que en realidad quisieran los cónyuges que el objeto de la adquisición se integrara en el patrimonio común (55).

Por último, se ha suscitado la duda acerca de si la adquisición he-

(54) Y a no ser que la naturaleza ganancial de la misma sea patente, como ocurrirá en el caso de que tal contraprestación consista en un bien ganancial.

(55) Por ejemplo, si sólo se ha pretendido disimular el carácter privativo del bien objeto de la adquisición. Claro es que también el acuerdo expreso puede ser vinculante.

cha «por mitad» o por «partes iguales» obsta o no al acuerdo presunto. A favor de la respuesta afirmativa juega una supuesta analogía con lo dispuesto por el artículo 983-2, que no excluye para esos casos el derecho de acrecer. Sin embargo, como no se trata de un problema de acrecimiento, ni de interpretar la voluntad del testador, sino la de los cónyuges en el sentido de excluir la regla general, es decir, la subrogación real, parece más segura la interpretación restrictiva (56). Claro es que si la adquisición se efectúa en la forma dicha (esto es, por mitad o por partes iguales) y nada se dice sobre la procedencia del precio, las cuotas indivisas respectivas se inscribirán con el carácter de gananciales presuntos, mas si se dice y se prueba que el dinero invertido en la adquisición es privativo quedará claro que desde el principio cada mitad era privativa. Si la prueba es posterior deberá extenderse la nota marginal a que se refiere el artículo 95-6 del Reglamento.

b) *Inscripción en el registro de los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes*

La segunda parte del artículo 93-1 del Reglamento enlaza directamente con el artículo 1.353 del Código civil, cuyo texto reproduce de forma casi literal. En efecto, el artículo 1.353 del Código civil dice que «los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad, se entenderán gananciales, siempre que la liberalidad fuera aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario». Y, por su parte, el segundo párrafo del artículo 93-1 del Reglamento establece que se inscribirán en la misma forma, es decir, a nombre de marido y mujer, con carácter ganancial, «los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad, siempre que la liberalidad fuere aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario».

El Reglamento contempla, pues, la hipótesis en que se den todos y cada uno de los requisitos exigidos por la ley sustantiva para que los bienes tengan, en el caso del artículo 1.353, la consideración de gananciales, y, supuesto que la liberalidad se haya otorgado a favor de ambos cónyuges conjuntamente y haya sido aceptada por los dos esposos, es correcto que la inscripción se practique a nombre de marido y mujer con carácter ganancial, según dice el párrafo primero del precepto reglamentario.

Ahora bien, lo que el Reglamento no aclara es cuándo han de entenderse cumplidos algunos de los requisitos prescritos por el artículo 1.353 del Código civil, ni tampoco lo que acontece cuando falta alguno de aquellos requisitos. Obviamente, la solución de los proble-

(56) Coincide TORRALBA SORIANO, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, cit., II, pág. 1.637. En cambio, AVILA, plantea el problema pero no se inclina decididamente por ninguna solución. Vid. *Ob. cit.*, pág. 292.

mas que suscita la interpretación del artículo 1.353 del Código civil no es función de una norma meramente adjetiva como el Reglamento hipotecario, pero como en más de una ocasión los autores de los distintos Reglamentos o de sus modificaciones no han sido en este punto demasiado escrupulosos, llama un poco la atención que en esta oportunidad se hayan mostrado tan prudentes. Quizá ello se deba a que no es nada fácil resolver esos problemas.

El primero de ellos se ha suscitado al preguntarse los comentaristas si la expresión «por mitad» o «por partes iguales» implica designación de partes. Supuesta la respuesta afirmativa el artículo 1.353 no entraría en juego y, consiguientemente, habría que entender que se ha donado o dejado separadamente a cada cónyuge una mitad indivisa, la cual tendría, por consiguiente, carácter privativo. Si esta tesis fuese correcta no debería aplicarse el artículo 93-1 sino el 95-1 y lo procedente sería inscribir con el carácter de bienes privativos la mitad donada al marido y la otra mitad donada a la mujer. Si, por el contrario, se estima que aquellas expresiones no obstan para que la liberalidad se entienda hecha conjuntamente y sin designación de partes, la solución, desde el punto de vista registral, ha de ser precisamente la contraria; es decir, procederá inscribir en la forma ordenada por el artículo 93-1.

La doctrina, al enfrentarse con este problema, se encuentra dividida (57). Las dos posturas se centran en el artículo 983-2 del Código civil y mientras unos excluyen que el mismo pueda ser aplicado por analogía otros creen que la analogía es procedente. El artículo 983-2, como se recordará, dice que la frase «por mitad o por partes iguales u otras que aunque designen parte alícuota, no fijan ésta numéricamente o por señales que hagan a cada uno dueño de un cuerpo de bienes separado, no excluyen el derecho de acrecer».

En contra de la aplicación analógica del precepto transcrito se ha dicho: 1.º) Que el artículo 1.353 constituye una norma excepcional, pues en sede de sociedad de gananciales la regla general es que los bienes adquiridos a título gratuito son privativos, por lo que la excepción no puede ni debe ser interpretada extensivamente. Y como,

(57) En contra de la aplicación del artículo 1.353 cuando la liberalidad se haya hecho a ambos cónyuges por mitad o por partes iguales, se pronuncian RODRÍGUEZ LÓPEZ (*Reflexiones y problemas y prácticas inmobiliarias*, Madrid, 1981, ficha 52, pág. 273), y TORRALBA SORIANO (*Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, cit., II, págs. 1621 y sigs.). A favor de la tesis opuesta (el art. 1.353 se aplica aunque el donante o testador hayan dispuesto de los bienes en favor de ambos cónyuges en la forma dicha), GRMÉNEZ DUART (*Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981* en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», núm. 548, página 120), y MARTÍNEZ SANCHIZ (*Casos dudosos de bienes privativos y gananciales*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», 1983, págs. 386 y sigs.). LACRUZ es también de esta opinión aunque su criterio no es tan firme. «Si alguien —dice LACRUZ— deja la finca en su testamento a los cónyuges Silverio y Petronila por mitad, pienso que la expresión final no impide la acción del artículo 1.353, aunque ciertamente ello es discutible en esta cuestión de interpretación de voluntad, y aplicando una regla contraria al Derecho común».

en rigor, diga lo que diga el artículo 983-2, las frases por mitad o por partes iguales comportan designación de partes, no se cumple el requisito exigido por el precepto. 2.º) El artículo 983-2.º presupone que los beneficiarios de la disposición adquieren con carácter privativo y lo que decide es que jugará entre ellos el derecho de acrecer —que es cosa distinta— aunque el llamamiento se haya hecho utilizando la fórmula «por mitad» o «por partes iguales» (58).

Sin embargo, quizá sean más sólidos los argumentos de quienes mantienen la opinión contraria. En este sentido se ha puesto de relieve: que la razón de ser de la «ganancialidad» de la atribución está en el llamamiento conjunto o solidario; que la solidariedad es asimismo el fundamento objetivo del derecho de acrecer; luego si el propio legislador entiende que la conjunción no desaparece por el empleo de la frase por mitad o por partes iguales en el caso de acrecimiento no hay por qué interpretar de modo diferente la misma frase en el caso del artículo 1.353. No se trata tanto de acudir al criterio análogo como una mera interpretación coincidente (59).

Otro problema también importante relacionado con la interpretación del artículo 1.353 estriba en saber qué ocurre si uno de los cónyuges acepta la liberalidad y el otro no. Y también aquí se registran dos posiciones contrapuestas.

Para algunos, la falta de aceptación de un cónyuge no significa que la liberalidad quede sin efecto. Jugará el derecho de acrecer —partimos de la base de que el llamamiento tiene que ser conjunto— y el cónyuge aceptante adquirirá íntegramente lo donado en función de los artículos 983-2 y 637-2 del Código civil (60). Con arreglo a esta tesis, la liberalidad subsiste, pero el bien donado no será ganancial sino privativo y procederá inscribir la donación con arreglo a lo establecido por el artículo 95-1 del Reglamento (61).

(58) Cfr. TORRALBA SORIANO, *ob. y lug. últ. cit.*

(59) Vid. GIMÉNEZ DUART, *cit.*, pág. 120.

(60) El artículo 637-2 se refiere a las donaciones hechas conjuntamente a marido y mujer y dispone que para ese caso tendrá lugar el derecho de acrecer salvo que el donante hubiere dispuesto lo contrario. La norma resulta, por lo menos a primera vista, un tanto anómala porque el derecho de acrecer presupone la falta de aceptación del favorecido por premoriencia, incapacidad o repudiación. La incapacidad y la repudiación son hipótesis posibles; quiere decirse, que hecha la donación a dos esposos conjuntamente, uno de ellos renuncie, se niegue a aceptarla o sea incapaz. Más extraño es que el donante haga una donación a dos cónyuges en la ignorancia de que uno de ellos ha muerto. Con todo, la hipótesis es posible. Cabe tal vez la duda sobre si el acrecimiento de que trata aquí el Código es un acrecimiento impropio y se refiere más bien a la hipótesis de que habiéndose consumado la donación después falte uno de los donatarios. El acrecimiento en tal caso significaría que la porción del premuerto pasaría al otro donatario y no a sus herederos. Con todo, pienso que el artículo 637 hay que referirlo al derecho de acrecer en sentido estricto y por consiguiente que su actuación comporta la concurrencia de alguna de las hipótesis del artículo 982-2 del Código civil.

(61) MARTÍNEZ SANCHIZ (*Ob. cit.*, pág. 387) es partidario de esta primera opción. El autor distingue, además, según que la falta de aceptación sea definitiva (por ejemplo, si uno de los cónyuges ya ha fallecido) o transitoria,

Para otros comentaristas, la falta de aceptación de uno de los cónyuges (supuesto que el otro no puede aceptar para la sociedad conyugal) obsta a que la liberalidad surta sus efectos. No es que uno de los cónyuges adquiera la totalidad (en virtud del juego del derecho de acrecer) del bien donado o dejado en testamento con carácter privativo (62), sino que no tiene lugar la adquisición. Puesto que el donante o testador se han propuesto que el objeto de la liberalidad sea ganancial y dado que al faltar la aceptación de uno de los esposos tal finalidad no puede cumplirse, según se desprende del propio artículo 1.353, la conclusión más conforme con la voluntad del disponente es la ineficacia de la liberalidad. Solamente cuando existan indicios de que el disponente, aunque haya ordenado la liberalidad para que sea ganancial, habría preferido mantenerla en favor de uno de los cónyuges (con carácter privativo, pues) antes de que pierda su eficacia, la aceptación por uno de los consortes no impedirá que la liberalidad subsista adquiriendo los bienes el cónyuge aceptante con carácter privativo (63).

A mi juicio, la solución del problema ha de buscarse en función de la interpretación de la voluntad del donante o testador. El artículo 1.353 se limita, en rigor, a presumir su voluntad en el sentido de que quiere atribuir al objeto de su liberalidad carácter ganancial cuando la ordena en favor de los dos esposos conjuntamente y sin designación de partes. Pero no sienta ninguna presunción para el caso de que esta voluntad presunta se frustre porque falte la aceptación de alguno

cuando alguno de los esposos aún no se ha decidido a aceptar ni a repudiar la liberalidad. En el primer caso, la liberalidad ha quedado definitivamente consolidada en su totalidad en cabeza del cónyuge aceptante. En el segundo, el autor estima que, por de pronto, el esposo que aceptó ha adquirido en firme su parte pero ésta ha de reputarse provisionalmente privativa hasta que se sepa si recaerá o no la aceptación de su consorte. Si éste también acepta el bien sería ganancial. Registralmente, sin embargo, se tropezaría con una dificultad por la falta de flexibilidad del Reglamento. Parece que habría que extender una nota aplicando por analogía el artículo 95-6.º. Para el caso de donación, MARTÍNEZ SANCHIZ entiende que el donante, ante la falta de aceptación de uno de los esposos, puede revocar la donación por lo que a él respecta, pero quedando firme la liberalidad en favor del cónyuge aceptante, quien devendría definitivamente propietario de su cuota con carácter privativo. A mi juicio, no está demasiado claro que las cosas sean como MARTÍNEZ SANCHIZ pretende. Puede perfectamente sostenerse que la donación puede ser revocada no sólo por lo que mira a la «oferta de donación» hecha al cónyuge no aceptante, en virtud de lo dispuesto por el artículo 629 del Código civil, sino en su totalidad. Las mismas razones que alega para justificar que la donación hecha conjuntamente a favor de dos esposos debe concebirse como única y no como la simple suma de sendas donaciones de cuotas juegan en contra de la solución que mantiene en sede de revocación. Cuando la disposición es conjunta —dice MARTÍNEZ SANCHIZ— y sin especial designación, se atenúa visiblemente ese carácter personal de la donación (respecto a cada donatario en particular), hasta el punto de ser lícita la conclusión de que fue realizada a ambos esposos como si fueran uno —«seyendo uno»— y no a los dos separadamente.

(62) Tampoco su parte, para el supuesto estudiado por MARTÍNEZ SANCHIZ de falta de aceptación transitoria de uno de los cónyuges.

(63) Vid. TORRALBA SORIANO, *Ob. cit.*, pág. 1625.

de los cónyuges. Es claro que si se trata de donación, el donante (64) puede por sí mismo despejar la incógnita. Pero es igualmente obvio que esa posibilidad no existe si se trata de una liberalidad testamentaria. La solución habrá de venir por vía convencional (así, el cónyuge aceptante y los herederos del testador resuelven que la liberalidad quede sin efecto o, por el contrario, que la haga suya por entero o en parte, el cónyuge que aceptó) o por vía judicial, si no hay acuerdo. En consecuencia, hasta tanto se resuelva el problema en uno u otro sentido y por alguno de estos dos caminos, no podrá practicarse la inscripción en el registro.

Precisamente porque el artículo 1.353 se limita a sentar una presunción parece posible que el donante o testador dispongan expresamente que no obstante haber designación de partes (por ejemplo, se deja a uno de los cónyuges una tercera parte y al otro las dos terceras partes restantes) lo donado o dejado en testamento debe considerarse ganancial (65). La inscripción se practicará, por consiguiente, inscribiendo cada cuota parte a nombre de los dos cónyuges y en la forma prevista por el artículo 93-1 del Reglamento (66).

Por último, se ha suscitado la duda sobre el alcance que ha de darse a la expresión utilizada por el artículo 1.353, «bienes dejados en testamento». Este «dejados», se pregunta un autor (67), ¿equivale a legados o se hallarán también comprendidos todos los bienes que se adjudiquen a los dos cónyuges por haber sido instituidos herederos ambos, o al menos los que el testador haya ordenado que se adjudiquen conjuntamente? Parece que, en principio, la frase bienes dejados en testamento se refiere preferentemente a los que hayan sido objeto de un legado, pero tal vez no queden fuera del supuesto los que constituyan el objeto de una disposición particional conjunta ordenada por el testador. Lo que no cabe es aplicar el artículo 1.355 al caso de que los dos cónyuges hayan sido instituidos herederos sin más, conjuntamente y sin especial designación de partes.

Los actos de administración o de disposición sobre los bienes gananciales que tienen este carácter en virtud de lo dispuesto por los artículos 1.355 y 1.353 del Código y que conforme a lo establecido en el artículo 93-1 deben inscribirse a nombre de ambos cónyuges con carácter ganancial, se rigen por lo prescrito en los números 2 y 3 del

(64) Salvo que hubiere fallecido después de la aceptación de uno de los esposos y antes de que el otro se haya decidido a aceptar o rechazar la donación.

(65) Vid. en ese sentido MARTÍNEZ SANCHIZ, *Ob. cit.*, págs. 382/383.

(66) MARTÍNEZ SANCHIZ (*Ob. y lug. últ. cit.*) cree también posible que la liberalidad se otorgue tan sólo en favor de uno de los esposos más con la condición de que lo adquirido tenga carácter ganancial. Se pregunta si en ese caso será necesaria la aceptación del cónyuge no destinatario de la liberalidad y después de un estudio detenido del tema se inclina por la negativa. Por lo que a mi respecta, comparto en este punto las opiniones de MARTÍNEZ SANCHIZ, La inscripción habría de practicarse, parece, conforme a lo dispuesto en la regla 4.ª del artículo 93, pues aunque no se trata de una adquisición a título oneroso es claro que la realiza uno de los cónyuges para la sociedad de gananciales.

(67) AVILA *Ob. cit.*, pág. 292.

mismo precepto. Es decir, los actos de administración o de disposición a título oneroso deberán ser otorgados por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro o con autorización judicial. Los actos de disposición a título gratuito requieren siempre el consentimiento de los dos esposos. Me remito a lo que se expuso anteriormente al comentar estos dos párrafos del artículo 93.

C) *Inscripción de actos relativos a bienes gananciales en que no es, o no parece exigible, el consentimiento de los dos cónyuges o la autorización judicial subsidiaria*

En los párrafos anteriores se estudió el párrafo 2.º del artículo 94 del Reglamento que declara inscribibles una serie de actos otorgados tan sólo por el cónyuge que aparezca como titular registral y sin necesidad de que haya obtenido el consentimiento de su cónyuge ni la autorización judicial subsidiaria. Como se vio oportunamente, la interpretación literal del precepto y de los que con él guardan relación limitaban esa posibilidad a dos supuestos: que los bienes estén inscritos a nombre de uno de los cónyuges para la sociedad de gananciales (hipótesis del número 4 del artículo 93) y también únicamente a nombre de uno de los esposos pero sin ninguna otra mención o indicación (hipótesis del artículo 94-1). Apunté que tal vez fuera posible sostener —no obstante contradecir esta interpretación el tener literal de los preceptos citados— que aún estando inscritos los bienes a nombre de los dos cónyuges, tales actos (es decir, los enunciados en el artículo 94-2), pudieran también inscribirse aunque hubieran sido otorgados únicamente por uno de los dos cónyuges.

Pero no se trata ahora de volver sobre ese tema. Bajo este epígrafe hay que examinar toda una serie de supuestos en los que habida cuenta de la naturaleza del acto o de las condiciones en que se realiza parece superfluo, o lo es efectivamente, que para su otorgamiento y consiguiente inscripción sea preciso el consentimiento de los dos cónyuges o el de uno de ellos y la autorización judicial supletoria. En cierto modo, el problema guarda alguna relación con el que planteaba la interpretación del antiguo artículo 1.413 respecto de ciertos actos en los que no parecía exigible, o al menos era dudoso que lo fuese, el consentimiento uxorio. Conviene advertir, sin embargo, que las soluciones que entonces se defendieron no son transferibles sin más al problema tal como ahora hay que plantearlo. Entonces y no obstante ser necesario el consentimiento de la mujer para que el marido pudiera otorgar actos de disposición sobre bienes inmuebles o establecimientos mercantiles, el marido seguía ostentando la administración en exclusiva de los bienes gananciales, de suerte que podía, sin el consentimiento de su esposa, administrarlos, obligarlos e incluso disponer de ellos salvo que la disposición recayera sobre un inmueble o un establecimiento mercantil. Ahora, la normativa aplicable a la administración «latu sensu» de la sociedad de gananciales ha experimentado un giro copernicano. El principio de supremacía del marido ha sido sustituido por el de igualdad de derechos; en sede de sociedad de gananciales.

ciales la regla general es la cogestión, y las excepciones a ese principio, aunque bastante numerosas, se establecen objetivamente, es decir, entran en juego independientemente de que el cónyuge favorecido por la excepción (para decirlo de algún modo) sea el marido o la mujer. Este cambio radical de planteamiento repercute, como se verá, en el tema que ahora nos ocupa (68).

El Reglamento hipotecario, lo mismo antes de la reforma de 1982 que después, sólo se ha ocupado (en el artículo 178) de un caso concreto: cancelación de hipotecas por pago. Pero es claro que lo mismo dentro de la disciplina de la sociedad de gananciales anterior a la Ley de 13 de mayo de 1981 (y posterior a la Ley de 24 de abril de 1958 que modificó el artículo 1.413), como a la vista de la normativa vigente, son detectables otros muchos supuestos. Así, constituir (hipoteca o condición resolutoria) en garantía del precio aplazado de una compraventa o consentir voluntariamente el ejercicio de un derecho de adquisición preferente u otras enajenaciones que tengan carácter forzoso. Procede que nos ocupemos de estas hipótesis con separación y, en la medida de lo posible, con algún detenimiento.

a) *Cancelación de hipotecas*

El número 5 del artículo 178 del Reglamento hipotecario dice: «basta el consentimiento del cónyuge a cuyo nombre aparezca constituido el crédito para la cancelación por pago de la hipoteca que lo garantice, aun cuando conste inscrita para la sociedad conyugal de aquél».

El precepto reglamentario encuentra su fundamento sustantivo en el artículo 1.385-1 del Código civil, según el cual «los derechos de crédito, cualquiera que sea su naturaleza, serán ejercitados por aquel de los cónyuges a cuyo nombre aparezcan constituidos».

El ejercicio del derecho de crédito presupone la reclamación judicial o extrajudicial del mismo y, desde luego, la facultad de cobrarlo. Consecuentemente, si el cónyuge a cuyo nombre está constituido el crédito puede percibir su importe, hecho que comporta no sólo la extinción del crédito en sí, sino también de las garantías que se hubieren constituido para garantizarlo y, por consiguiente, la extinción de la hipoteca si se trata de un crédito hipotecario, es lógico que la escritura de cancelación puede ser otorgada unilateralmente por el cónyuge en cuestión. Esta fue la idea fundamental que inspiró a quienes defendimos, en trance de interpretar el antiguo artículo 1.413, que el marido podía cancelar en ese caso (extinción por pago del crédito hipotecario) sin necesidad del consentimiento de su mujer o de la autorización judicial subsidiaria, tesis acogida por el Reglamento en su versión anterior. El artículo 178, en su último párrafo, decía que

(68) Habida cuenta de lo que se dice en el texto debo advertir, en congruencia con ello, que muchas de las soluciones que mantuve en mi trabajo *El nuevo artículo 1.413 del Código civil* (véanse las págs. 125 y sigs. de la separata) no pueden trasponerse a la situación creada por la reforma de 1981.

«bastará el consentimiento del marido para la cancelación, por pago, de hipotecas inscritas a su nombre, que garanticen créditos gananciales».

El artículo 178-5 del Reglamento hipotecario —y en este punto concuerda con el artículo 1.385 del Código civil se refiere a los créditos constituidos a nombre de uno de los cónyuges. La hipótesis es perfectamente posible. Como ya se ha dicho la sociedad de gananciales no se interfiere, aunque esté regida por el principio de cogestión, en la capacidad de cada cónyuge para celebrar aisladamente toda clase de contratos; lo que acontece es que cuando esos contratos afectan a los bienes gananciales es menester contar con el consentimiento del otro cónyuge o con autorización judicial, salvo en los casos exceptuados. Justamente uno de ellos es la disposición del dinero que se encuentre en poder de uno de los esposos, conforme previene el artículo 1.384 del Código civil (69). Por consiguiente, es posible que un cónyuge, sin contar con el otro, preste dinero ganancial con garantía hipotecaria, por ejemplo. El crédito será, obviamente, ganancial, pero «aparecerá constituido», como dice el artículo 1.385 del Código civil, a nombre del marido o de la mujer. Otra hipótesis imaginable sería esta: El marido vende con consentimiento de su mujer un bien ganancial con precio aplazado que se garantiza con hipoteca o condición resolutoria (70). En ese caso, como se explicó anteriormente, el vendedor es el marido (y no el marido y la mujer) y, consecuentemente es él quien asume frente al comprador el papel de acreedor.

A tenor, pues, de lo expuesto y de acuerdo con lo que da a entender el artículo 178-5 del Reglamento hipotecario, el mismo se refiere a dos de las tres hipótesis que contemplan los artículos 93 y 94 del propio Reglamento. Que el crédito esté inscrito a nombre del marido o de la mujer sin indicación alguna de que dicho crédito se constituyó para la sociedad conyugal o que esté inscrito también a nombre de uno de los cónyuges pero para la sociedad de gananciales; «aun cuando conste inscrito para la sociedad conyugal de aquél», como dice el último inciso del artículo 178-5, con expresión un tanto equívoca y sobre todo incorrecta al hablar de sociedad conyugal y no de sociedad de gananciales como hace, en cambio, el artículo 93-4. De todos modos, parece claro que, no obstante su mayor imprecisión, el artículo 178-5 también ha querido referirse aquí a la hipótesis del artículo 93-4 (71). En cualquiera de los dos casos, por consiguiente, basta que otorgue la cancelación el cónyuge que figura como titular registral; aquél, en suma, a cuyo nombre aparezca constituido el crédito como dice el artículo 175-8, copiando el artículo 1.385 del Código civil.

(69) La fórmula del artículo 1.384 referida al dinero no debe entenderse tan sólo en el sentido del que materialmente se halle en poder de un cónyuge, sino también el que exista en una cuenta corriente abierta a su nombre o incluso en una cuenta indistinta. Vid. sobre el tema mi trabajo *La autonomía de la voluntad...*, cit., pág. 101.

(70) Parece evidente que el artículo 178-5 del Reglamento puede aplicarse analógicamente a la cancelación de esta garantía.

(71) Se estará en esta hipótesis, por ejemplo, en el caso de que uno de los cónyuges adquiera un crédito hipotecario para la sociedad de gananciales.

Pero, como sabemos, el artículo 93, en su apartado primero, se refiere al caso de que los bienes (en este caso el crédito) estén inscritos a nombre de ambos cónyuges con carácter ganancial. Imaginemos que el préstamo lo han hecho marido y mujer o que la venta ha sido otorgada asumiendo los dos esposos el papel de vendedores, para remitirme a los mismos supuestos a que antes aludí, aunque con esta notable variante en cuanto a la forma de llevar a cabo la operación. En estos supuestos o en otros semejantes, el crédito hipotecario aparecerá constituido e inscrito a nombre de los dos esposos. ¿Será posible, a pesar de esta circunstancia, que la cancelación por pago pueda ser otorgada unilateralmente por cualquiera de los dos cónyuges indistintamente?

En la legalidad anterior, el problema se planteaba siempre. El artículo 178 en su párrafo final decía, como se ha recordado, que bastaba el consentimiento *del marido* para cancelar por pago las hipotecas inscritas a su nombre. Mas acontecía que conforme a la regla 1.ª del antiguo artículo 95 los créditos hipotecarios gananciales, constituidos después de la reforma de 1959, figuraban inscritos a nombre de ambos cónyuges (y, por tanto, no sólo a nombre del marido) y para la sociedad conyugal. Por eso se llegó a sostener (72) que el antiguo artículo 178 era, en este punto, una norma transitoria y se refería sólo a los créditos hipotecarios que se hubiesen inscritos con anterioridad a la reforma de 1959 y que, en la inmensa mayoría de los casos, estaban inscritos solamente a nombre del marido. Sin embargo, fue una opinión minoritaria y que no prevaleció. Más concretamente, fue rechazada por la Dirección General de los Registros en sus resoluciones de 23 de mayo de 1964, de 3 y 8 de junio del mismo año y 23 de febrero de 1966. Estas resoluciones, no siempre diáfanas en su razonamiento, concluían afirmando que no obstante estar inscrito el crédito hipotecario ganancial a nombre de ambos cónyuges, conforme al número 1 del artículo 95 del Reglamento (ya reformado), y de que, como regla general, los actos dispositivos sobre bienes o derechos así inscritos precisaban, para su inscripción, el consentimiento uxorio o la autorización judicial, según resultaba del primer párrafo del artículo 96, la cancelación podía otorgarla el marido sin necesidad de cumplir aquellos requisitos (73).

¿Continúa vigente esa doctrina de la Dirección después de reformado nuevamente el Reglamento de 1982 y sobre todo tras la reforma que ha experimentado en 1981 el Código civil? A mi juicio, la respuesta debe ser negativa. En el fondo, la razón que justificaba el criterio del Centro Directivo y de quienes compartíamos su punto de vista se basaba en una consideración de orden sustantivo. Se estimaba

(72) Vid. LA RICA, *La mujer casada y la cancelación de créditos hipotecarios gananciales*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1965).

(73) También la doctrina dominante, no obstante criticar la forma de producirse el antiguo artículo 178, llegaba a esta conclusión. Vid. SANZ (Ob. cit., pág. 338), ROCA SASTRE (Ob. últ. cit., págs. 77 y sigs.). Por mi parte, defendí igualmente esta misma opinión que razoné extensamente para desmontar las teorías contrarias. Vid. *El nuevo artículo 1.413 cit.*, págs. 161 y sigs.

que el marido estaba facultado en su calidad de administrador de la sociedad de gananciales para cobrar los créditos que tuvieran esta naturaleza, fuesen hipotecarios o no y, consiguientemente, al haber quedado extinguida la hipoteca en virtud de un pago hecho a quien estaba legitimado para recibirlo, la hipoteca, dado su carácter accesorio, había quedado también extinguida; debía bastar, para poner en armonía el registro con la realidad, facilitar la cancelación y permitir que la misma fuese otorgada solamente por el marido sin necesidad de que consintiera la mujer ni de que, en defecto de ese consentimiento, lo autorizara el juez.

Mas, en la actualidad, este argumento, de indudable consistencia entonces, no se puede trasponer a la situación creada por virtud de la Ley de 13 de mayo de 1981. Cualesquiera que sea la teoría que se profese sobre la naturaleza del pago visto desde la óptica del deudor, parece que para el acreedor es un acto de administración. Ahora bien, así como antes el marido era el administrador único, salvo casos excepcionales, de la sociedad de gananciales, y por eso podía cumplir por sí solo ese acto de administración en que el cobro consiste, ya no puede decirse lo mismo ahora por cuanto la administración ha pasado a ser una potestad o facultad conjunta de marido y mujer. Los actos de administración han de ser cumplidos por ambos cónyuges, salvo norma expresa en contrario. Esta norma es, en nuestro caso, el artículo 1.385 en el que, como se ha visto, sólo se legitima para ejercitar el crédito y, por consiguiente, para llevar a cabo uno de los actos más típicos de ese ejercicio, como es cobrar su importe, a uno solo de los cónyuges cuando el crédito aparezca constituido a su nombre y no, por consiguiente, cuando el crédito esté constituido a nombre de los dos (74). Consecuentemente, si el crédito está constituido a nombre de ambos cónyuges el pago hecho a uno de ellos no sería «prima facie» un pago válido salvo ratificación expresa o tácita del otro esposo); no basta, pues, que el marido o la mujer manifiesten que han cobrado, ni siquiera que declaren haberlo hecho los dos juntos si esa circunstan-

(74) En rigor, un crédito ganancial del que sean titulares ambos esposos es, de acuerdo con la terminología de DÍEZ PICAZO, un crédito mancomunado en sentido estricto, categoría que este autor contraponen a los créditos parciarios (es decir, a aquellos a que se refieren los artículos 1.137 y 1.138 del Código civil) y a los solidarios. El crédito con pluralidad de acreedores es mancomunado o en mano común cuando pertenece a la colectividad o grupo de acreedores y ha de ser ejercitado consorcialmente por la colectividad o grupo. Solamente todos los acreedores juntos, en mano común, son acreedores de la totalidad de la prestación. El cobro en estos créditos, dice DÍEZ PICAZO, han de hacerlo todos los acreedores y el deudor sólo se liberará pagando a todos ellos. Como uno de los casos en que el crédito tiene carácter mancomunado o en mano común, el autor incluye el que se integra en un patrimonio colectivo atribuido a varias personas (Vid. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Madrid, 970, I, págs. 407 y sigs.). Creo que es este justamente nuestro caso. No se excluye, claro es, que el crédito pueda haberse constituido a favor de ambos cónyuges con carácter solidario, caso en el cual la naturaleza misma del crédito comportaría la potestad de que cualquiera de los cónyuges lo cobrase y la posibilidad por tanto de otorgar por sí solo la escritura cancelatoria.

cia no se justifica más que por medio de la propia declaración. Todo ello lleva a la conclusión de que si el marido y la mujer aparecen como acreedores, la escritura de cancelación deberá ser otorgada por ambos, por uno de ellos con el consentimiento del otro o con autorización judicial. En fin, el artículo 178-5 del Reglamento confirma este punto de vista al incluir solamente en su normativa los créditos que aparezcan constituidos a nombre de uno de los cónyuges. La ambigua frase «aun cuando conste inscrita (la hipoteca) para la sociedad conyugal de aquél», aunque imprecisa, debe referirse, como ya dije, a la hipoteca del artículo 93-4 del Reglamento.

Todavía, para concluir con la materia relativa a los créditos hipotecarios, es menester tocar dos cuestiones.

La primera es esta. Supuesto que el crédito aparezca constituido a nombre de uno de los cónyuges, ¿es posible que ese cónyuge pueda ceder el crédito hipotecario sin el consentimiento de su consorte ni autorización judicial? Con anterioridad a la Ley de 13 de mayo de 1981 se había discutido si esa cesión era o no factible y no existía unanimidad (75). La solución, en el derecho vigente, depende de la interpretación que se dé al artículo 1.385 del Código civil. Se ha defendido que este artículo confiere, además de otras, la facultad de disponer del crédito, y así viene a sostenerse que el cónyuge que sea acreedor según el título constitutivo de la relación obligatoria podrá ceder el crédito, novarlo o condonarlo (76).

No estoy completamente de acuerdo. El fundamento técnico del artículo 1.385 descansa en el dato de que el cónyuge acreedor es quien únicamente asume la posición de parte en la relación obligatoria (y no él y su consorte, salvo que el crédito se hubiere constituido a nombre de ambos) y obedece al designio de que la condición ganancial del crédito no se interfiera, perturbándolas, en las relaciones entre acreedor y deudor. El acreedor podrá, indudablemente, reclamar judicial y extrajudicialmente el crédito, cobrarlo (y por eso el pago hecho al cónyuge acreedor será liberatorio) realizar toda clase de actos conservativos y de aseguramiento (por ejemplo, la intimación en mora o la solicitud de embargos preventivos), ejercitar la acción subrogatoria o pauliana, e incluso compensar el crédito (recuérdese que según la doctrina hoy dominante la compensación no opera «ipso iure») (77) y hasta novarlo o condonarlo, por más que, dada la trascendencia de estos dos últimos actos (relativamente a la novación si no es meramente modificativa y comporta la extinción de las garantías), es dudoso que el artículo 1.385 faculte para tanto. No se olvide que, en última

(75) Vid. en contra ROCA SASTRE (*Ob. cit.*, pág. 80). Por mi parte, me incliné por la afirmativa. Me fundé en el carácter accesorio de la hipoteca y en el hecho de que la facultad de disponer del crédito correspondía al marido. La argumentación, como se expone en el texto, ha perdido validez en la actualidad.

(76) Cfr. DÍEZ PICAZO, *Comentarios*, cit., II, pág. 1773.

(77) Vid. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, cit., I, págs. 649/650.

instancia, el artículo 1.385 viene a excepcionar el principio de co-gestión, lo que apunta más bien hacia su interpretación restrictiva.

Pero respecto de la cesión, estimo que hay que inclinarse francamente por la solución negativa. La cesión del crédito no es un acto en el que deba intervenir el deudor (al que sólo hace falta notificarle la cesión como regla general) y, por ello, estimo que incluir la cesión dentro de los actos de ejercicio del derecho de crédito a que se refiere el artículo 1.385 del Código civil excede de la «ratio iuris» del precepto (78).

¿Cabe —y esta es la segunda cuestión a considerar— que el cónyuge a cuyo favor aparezca constituido el crédito hipotecario cancele la hipoteca, aunque no se haya pagado el crédito, que quedaría, pues, subsistente? A favor, sólo puede aducirse que si el fundamento último del artículo 1.385 del Código civil consiste en el hecho de que el cónyuge acreedor es quien ha asumido la posición de parte en la relación obligatoria y, en consecuencia, está legitimado para actuar como tal frente al deudor sin contar con el consentimiento del otro cónyuge o autorización judicial, y dado que la hipoteca es accesoría del crédito, de suerte que la aplicación del artículo 1.385 es referible al complejo crédito hipotecario, no hay por qué impedir al cónyuge acreedor para que, de acuerdo con el deudor, lo modifique, eliminando la garantía hipotecaria, cosa que seguramente sólo ocurrirá si esa garantía se sustituye por otra o si a cambio de liberar la finca hipotecada se obtiene alguna compensación.

Sin embargo, fuerza es reconocer que hay razones muy poderosas que abonan la solución contraria. En primer lugar, el artículo 178-5 del Reglamento se contenta con el consentimiento del cónyuge a cuyo nombre aparezca constituido el crédito sólo en el caso de cancelación por pago de la hipoteca que lo garantice, de donde se sigue, parece que ineludiblemente, que cualquier otro supuesto cancelatorio escapa a la previsión del precepto y a lo que el mismo autoriza. En segundo término, puede aducirse que la cancelación de la hipoteca por causas distintas del pago es un acto que afecta a la hipoteca y no al crédito (según la doctrina dominante, la hipoteca, no obstante su accesoriedad, es un derecho real distinto del crédito) y no está comprendido, por consiguiente, entre los actos a que se refiere el artículo 1.385 del Código civil. Aunque se deseche este argumento, resulta quizá demasiado fuerte que el cónyuge acreedor pueda realizar por sí solo un acto que, en principio, puede comportar un perjuicio para la comunidad ganancial. Por último y como hemos recordado anteriormente al pensar en la condonación o en la novación extintiva, no puede echarse en olvido que el artículo 1.385 constituye una excepción al principio de co-gestión por lo que, en la duda, es más prudente inclinarse por interpretarlo restrictivamente.

(78) No cabe tampoco —la razón sería en esencia la misma— que el cónyuge acreedor por sí solo constituya subhipoteca o consienta la posposición de su crédito hipotecario. No habría inconveniente, en cambio, pues no hay en ello perjuicio alguno para los intereses de la sociedad de gananciales, en que anteponga la hipoteca a otra preferente.

Enfocando el problema bajo una perspectiva pragmática podría posiblemente defenderse una solución intermedia. Si la cancelación de la hipoteca viene acompañada por la constitución de otras garantías suficientes (hipotecarias o no) procederá dar luz verde a la cancelación. No así cuando tales garantías no se constituyen, y sin que se vislumbre tampoco una contrapartida suficiente.

Mas es claro que esta solución intermedia no resuelve el problema en el terreno puramente registral, pues el registrador carecerá de elementos de juicio para calibrar si las garantías sustitutorias o las compensaciones son suficientes (apreciaciones que, por otra parte, escapan a las competencias que la atribuye su función calificadora), pero puede ser un factor decisivo para obtener la autorización judicial si el cónyuge del acreedor se niega a consentir o está impedido para prestar su consentimiento.

b) *Constitución de gravámenes en el acto adquisitivo de un bien ganancial sobre el bien adquirido*

Es frecuente que, con ocasión de adquirir un bien inmueble, casi siempre por medio de una compraventa, el adquirente o comprador constituya en provecho del transmitente o vendedor, un gravamen sobre la cosa que adquiere o que compra. Las dos hipótesis más habituales, aunque no quepa descartar otras (79), son la constitución de hipoteca en garantía del precio aplazado o la estipulación del pacto comisorio del artículo 1.504 del Código civil, es decir, someter la operación a condición resolutoria expresa para el caso de impago del precio aplazado.

Supuesto que el comprador o compradora estén sujetos al régimen de la sociedad legal de gananciales y el bien adquirido haya de tener, dada la procedencia del dinero con que se paga el primer plazo (80), carácter ganancial o presuntivamente ganancial, se pregunta si el cónyuge comprador, sin contar con el otro o sin la autorización judicial subsidiaria, puede constituir hipoteca o condición resolutoria sobre el bien objeto de la adquisición en garantía de la parte de precio que queda aplazada.

El problema se había planteado antes de la reforma en relación con el marido. ¿Podría éste, por sí solo, y al comprar con precio aplazado —la compra en sí misma no planteaba ninguna dificultad pues el marido podía hacerlo en vista de sus potestades como administrador de la sociedad legal— hipotecar el bien comprado o someter la compraventa a condición resolutoria expresa? La doctrina se había inclinado por la afirmativa, aunque con alguna excepción (81). Por la afir-

(79) Así, constitución de una servidumbre en beneficio de una finca del vendedor, o consentir que éste se reserve el derecho a recuperar lo vendido, en el caso, por ejemplo, de venta con pacto de retro.

(80) Cfr. el artículo 1.357 del Código civil. Sobre el carácter privativo o ganancial de la finca comprada con aplazamiento total del precio ver lo que se dirá más adelante.

(81) Así, SANZ (*Ob. cit.*, pág. 340). A favor habíamos expresado nuestra opinión ROCA SASTRE (*Ob. cit.*, pág. 80) y el autor de estas notas. (Cfr. *El nuevo artículo 1.413 del Código civil*, págs. 150-151).

mativa se había pronunciado también la Dirección General de los Registros en su resolución de 18 de abril de 1968. Se dijo en esa resolución que «así como en el supuesto de una hipoteca que ha de recaer sobre finca presuntivamente ganancial, se está ante un acto independiente, si bien accesorio por serlo en garantía de una obligación contraída, en que el marido no puede por sí solo constituirla de acuerdo con el artículo 1.413 del Código civil, cuando se trata de una compraventa con pacto de hipoteca, falta aquel carácter de independencia y, en consecuencia, no puede escindirse en los dos negocios que lo forman y aplicar a cada uno las normas propias del contrato tipo, sino que, por el contrario, la causa compleja que le sirve de base ha absorbido las concurrentes y determina la primacía de la compraventa, por lo que el marido, al igual que en el caso de compra de finca hipotecada y como administrador de la sociedad conyugal, podrá conforme al artículo 1.412 del Código civil, adquirir bienes para la sociedad conyugal, hipotecándolos en forma simultánea y conexa, sin necesidad de obtener el consentimiento de su mujer».

Años más tarde, la Dirección General volvió a dar su visto bueno a la constitución de este tipo de gravámenes. Aludo a la resolución de 4 de marzo de 1978. En realidad, el problema que se planteaba en el caso que fue objeto del recurso era si la mujer casada bajo régimen de gananciales podía comprar para ésta no sólo mediante precio pagado de presente (o ya recibido en su totalidad por el vendedor con anterioridad al otorgamiento de la escritura) sino también con precio aplazado y sin contar con el consentimiento de su marido. El Centro Directivo entiende que la compraventa es intachable, y como en la que fue objeto del recurso las cantidades aplazadas se habían garantizado en los términos del artículo 1.504 del Código civil (esto es, mediante condición resolutoria expresa), es claro que, al aprobarse la escritura y admitirse su inscripción, hubo un pronunciamiento implícito sobre el tema en sentido afirmativo, aunque no fuera este el objeto de controversia, sino si la mujer podía o no comprar con precio aplazado y para la sociedad de gananciales.

La compra por parte de uno de los cónyuges de un bien con dinero ganancial o presuntivamente ganancial quedando una parte del precio aplazado (82) es objeto, después de la reforma de 13 de mayo de 1981 de especial atención. Se refiere específicamente al supuesto, además del artículo 1.356 que se comentará después, el artículo 1.370 del Código civil, que dice así: «Por el precio aplazado del bien ganancial adquirido por un cónyuge sin el consentimiento del otro responderá siempre el bien adquirido, sin perjuicio de la responsabilidad de otros bienes según las reglas de este Código».

(82) No parece que el artículo 1.370 incluya el caso de compra en la que la totalidad del precio se aplaze, pues en relación con este supuesto —que luego será examinado— el Código no se pronuncia sobre si el objeto de la adquisición es o no ganancial. Para que lo sea —y el artículo 1.370 está dictado en función de que efectivamente el bien adquirido tenga ese carácter— es menester que se haya satisfecho una primera entrega con dinero ganancial o presuntamente ganancial conforme al artículo 1.356.

La interpretación del artículo 1.370 plantea un problema de difícil solución, porque después de decretar la responsabilidad concreta del bien adquirido se remite, ambiguamente, a la responsabilidad de otros bienes según las reglas del Código. ¿Cuáles son esos otros bienes? No sería propio que estudiáramos aquí con detenimiento este problema que, en rigor, es ajeno a la cuestión a que se refiere este epígrafe. Algo habrá que decir, sin embargo, sobre ello (83). Está, por supuesto, fuera de duda que del precio aplazado responderá el patrimonio personal del cónyuge deudor y también directamente el patrimonio común cuando se trate de una compra que constituya un acto de los que permiten a cada cónyuge, no obstante haberlo realizado unilateralmente, comprometer todo el patrimonio ganancial (84). Fuera de esta hipótesis, los pareceres en orden a la posible responsabilidad de los restantes bienes gananciales están divididos. Quienes piensan que basta la aquiescencia tácita del cónyuge no comprador (85), mientras que otros, con fundamento en el artículo 1.367, estiman que el consentimiento o ratificación han de ser expresos. Este discutible criterio es el que mejor se acomoda a la letra del Código civil, mas, en todo caso, es de tener en cuenta el artículo 1.373, que debe considerarse aplicable, pues, en último término, se trata de una deuda propia del cónyuge comprador (86).

Tal vez el problema —referido a la compraventa de inmuebles— no tenga demasiada trascendencia práctica —lo que no quiere decir que sea puramente teórico— porque lo normal es que el vendedor exija en la mayor parte de los casos que las sumas aplazadas se garanticen con hipoteca o condición resolutoria, lo que nos retrotrae al tema en que se centra ahora nuestra atención (87) y que, a mi entender, debe resolverse lo mismo que antes de la reforma, es decir, permitiendo que el cónyuge comprador, sin necesidad de que intervenga su consorte, pueda por sí solo constituir la garantía.

A los argumentos aducido por la resolución de 18 de abril de 1968 pueden añadirse otros. La constitución de la hipoteca o de la condición resolutoria, aunque teóricamente se pueda distinguir de la

(83) En el anteproyecto redactado por la Comisión de Código la solución era clara; respondían, además del bien adquirido, los bienes privativos del cónyuge comprador o todos los gananciales si la compra se hubiere realizado para atender a las necesidades ordinarias de la familia conforme al que todavía era entonces el artículo 66. El primer Proyecto presentado a las Cortes seguía esta orientación, abandonada por el segundo Proyecto, que coincide sustancialmente con el que ha llegado a ser norma definitiva.

(84) Así, en los casos de los números 1 y 2 del artículo 1.365 o en el del 1.368.

(85) Así, si no rechaza la compra. De rechazarla ello no afectaría a su validez, a mi juicio, ni al carácter ganancial del bien.

(86) Para mi, lo son todas aquellas que, contraídas por uno de los cónyuges, no desatan la responsabilidad directa e incondicionada de los bienes comunes.

(87) Una exposición muy completa sobre los distintos pareceres que ha suscitado la interpretación del artículo 1.370 puede verse en TORRALBA SORIANO, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, cit., II, págs. 1720 y sigs.

adquisición, es una condición de la misma y se establece simultáneamente a ella. Prácticamente, es igual que el gravamen se constituya en la adquisición, con la que en realidad forma un todo, o que haya sido impuesta con anterioridad.

Como se ha dicho (88) viene a ser lo mismo adquirir una finca ya hipotecada que adquirirla hipotecándola en garantía del precio aplazado. La finca, en rigor, ingresa en el patrimonio ganancial «cum onere», pues, aunque cronológicamente puedan distinguirse dos momentos distintos, en la práctica se refunden en uno solo, pues la compra no hubiera podido realizarse si a renglón seguido no se hubiese constituido la garantía.

c) *Acceder al ejercicio de un derecho de adquisición preferente*

El derecho español conoce un número bastante elevado de estos derechos. No sería procedente abordar aquí el estudio pormenorizado de todas y cada una de las figuras jurídicas que pueden encuadrarse dentro de la rúbrica genérica «derechos de adquisición preferente», ni cabe tampoco entretenerse más que lo estrictamente indispensable a nuestros fines, en el estudio de la naturaleza jurídica de tales derechos, problemas que no puede resolverse con criterios unitarios válidos para todos y que, por otra parte, han dado lugar a vivas discusiones doctrinales (89).

Sin embargo y para facilitar la comprensión de la materia desde nuestra especial perspectiva, parece conveniente partir de una doble clasificación. De un lado, habrá que separar los derechos de adquisición de origen convencional o de origen legal. De otro, los derechos de adquisición pueden dividirse en tres grupos o categorías en atención tanto a su contenido en concreto como a los supuestos a circunstancias de que depende su nacimiento o ejercicio. De acuerdo con este criterio, los derechos de adquisición preferente pueden ser: derechos de recuperación; derechos de adquisición sobre bienes que van a ser o han sido objeto de una enajenación; y derechos de adquisición puros porque ni son de signo recuperatorio ni es una enajenación concertada o convenida lo que permite su ejercicio.

(88) Vid. KIPP en el *Tratado de Derecho civil de ENNECERUS*, IV, 1.º, página 442.

(89) Ni siquiera es pacífica la denominación. Para PUIG BRUTAU, por ejemplo, el derecho de opción no es un derecho de adquisición preferente, porque la iniciativa en orden a la celebración del contrato que en su caso determinará la adquisición de la propiedad de una cosa corresponde al titular del derecho, mientras que en los derechos de adquisición preferente propiamente dichos el titular ha de esperar a que el propietario de los bienes afectados decida enajenarlos (Vid. *Fundamentos de Derecho civil*, 2.ª ed., Barcelona, 1982, tomo II, vol. 2.º, pág. 53). La distinción es sutil aunque terminológicamente puede considerarse válida. Consiguientemente y de seguir este criterio, debería hablarse, si se quiere utilizar una denominación omnicompreensiva, de derechos de adquisición a secas. Con todo, si el derecho pide hacerse efectivo frente a terceros, y aun en los casos a que se refiere PUIG BRUTA, no sería tal vez impropio seguir empleando la expresión «derechos de adquisición preferente» que, por lo demás, es la que comúnmente se utiliza.

Sin pretensiones exhaustivas vamos a exponer los casos más significativos de derechos de adquisición según quepa adscribirlos al primero, al segundo o al tercero de los grupos de esa clasificación triembre.

Como derecho recuperatorio típico cabe citar ante todo el retracto convencional. Puede añadirse el que otorga el artículo 163 de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana (90). Se refiere al caso de parcelas de terreno que hayan sido objeto de venta forzosa, si el adquirente no cumpliere sus obligaciones en orden a la edificación, extremo que debe constatarse por medio de declaración del Ayuntamiento, que actuará a instancias de cualquier interesado o de oficio. En el plazo de dos meses a contar de la declaración, el propietario expropiado podrá ejercitar el que la Ley llama derecho de reversión frente al adquirente si se comprometiere a iniciar o seguir la construcción en el plazo de seis meses desde que tomare posesión. Deberá pagar, como precio de la reversión, el 75 por 100 del precio satisfecho por la adquisición, incrementado con el valor de las construcciones aprovechables. El primero de estos derechos, es decir, el nacido de la venta con pacto de retro es de origen voluntario, mientras que el segundo se funda directamente en la ley.

En el segundo grupo hemos incluido aquellos derechos que pueden ejercitarse cuando el bien de que se trate va a ser enajenado a un tercero. Cabe distinguir también derechos de origen voluntario y de origen legal. En el primer caso, se encuentra el derecho de tanteo convencional, es decir, el que voluntariamente concede el dueño a determinada persona y por el cual se compromete, en el caso de que se proponga enajenar un inmueble, a ofrecerlo en determinadas condiciones (91) al que será titular del tanteo. Este derecho, según se desprende de la doctrina de la Dirección General de los Registros (92) sólo tiene un alcance meramente obligacional, de suerte que si el concedente incumpliere sus compromisos y enajenase la cosa a un tercero, el concesionario del derecho de tanto sólo podría reclamar una indemnización de daños y perjuicios (93). Tienen su origen en la ley, por el contrario, los tanteos y retractos legales sobre los que conviene decir algunas palabras no tanto para enumerarlos (ya se ha dicho que el estudio individualizado de cada derecho de adquisición parece innecesario) como para señalar en qué forma están articulados, extremo que varía según los casos.

Teóricamente, la actuación de estos derechos debería tener lugar en

(90) Recuérdese también el derecho de reversión otorgado con carácter general en los artículos 54 y 55 de la Ley de expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954.

(91) También cabe que estas condiciones sean las que se establezcan en el momento en que el dueño decida la enajenación.

(92) Las resoluciones de 4 de enero de 1927 y de 19 de diciembre de 1974 son contrarias a conceder eficacia real al tanteo voluntario. En cambio, siguió el criterio opuesto la resolución de 20 de septiembre de 1966.

(93) Contrariamente y con mejor criterio, la Compilación del Derecho civil especial de Navarra (Ley 460) prevé que el derecho de tanteo voluntario tendrá carácter real cuando así se establezca.

dos fases. Primeramente se impondría al propietario que se dispone a transmitir un bien de su propiedad la obligación de notificar su propósito de enajenar, las condiciones de la enajenación y la identidad del posible adquirente, en su caso, al titular del derecho de adquisición, el cual dispondría de un plazo para ejercitarlo en esa primera fase. Si la notificación no tiene lugar, sí, a pesar de haberla realizado, la enajenación en favor de un tercero se lleva a cabo antes de que transcurra el plazo establecido por la ley, o en condiciones distintas de las ofertadas, aquél, es decir el titular del derecho de adquisición, podrá ejercitarlo frente al adquirente y eventualmente frente a otros adquirentes posteriores.

Sin embargo, la organización de los llamados por nuestro derecho positivo tanteos y retractos legales no responde a ese esquema teórico.

Para empezar, dentro del nutrido grupo que constituyen los retractos legales en algunos no se establece el posible ejercicio del derecho en dos fases o momentos distintos. En el retracto de comuneros y en el de colindantes se prescinde de la primera fase. El derecho del titular del retracto sólo es ejercitable a partir de que el negocio traslativo (venta o dación en pago) ha tenido lugar, y el retracto consiste precisamente en que el retrayente se subroga en lugar del comprador o del acreedor, según resulta del artículo 1.521 del Código civil.

Otras veces, aunque se distinguen las dos fases (que impropiamente se conciben como el resultado del posible ejercicio de dos derechos distintos —tanteo y retracto— aunque íntimamente relacionados entre sí) es posible que el retracto pueda ser ejercitado aunque el transmitente haya hecho la preceptiva oferta al titular del derecho y haya transcurrido el plazo legal para el ejercicio del tanteo. Tampoco es necesario que las condiciones de la transmisión sean diferentes de las notificadas. Cuando esto acontece, en rigor, se dislocan lo que llamamos dos fases del derecho para dar lugar a dos derechos que aquí sí son distintos, de suerte que puede ejercitarse el retracto aunque no se haya ejercitado el tanteo no obstante haber existido la oportunidad de hacerlo. Esto acontece en el retracto enfiteúutico (cfr. arts. 1.636 a 1.642 del Código civil (94)).

Dentro de los tanteos y retractos legales es dable distinguir según la índole de las transmisiones que otorgan la oportunidad de su ejercicio. Los hay que sólo entran en juego en hipótesis tasadas, concretamente la venta y la dación en pago, cual es el caso de los retractos de comuneros, de colindantes y el reconocido al inquilino de vivienda y local de negocio por los artículos 47 y siguientes de la Ley de Arrendamientos Urbanos (95). Inversamente, la propia ley estima posible

(94) Sin embargo, si la enajenación se hubiere realizado sin el previo aviso previsto por el artículo 1.637, el plazo para el ejercicio del retracto es de un año desde que la enajenación se inscriba en el Registro de la Propiedad. En cambio, el ejercicio del retracto cuando no se haya hecho uso voluntariamente del tanteo sólo es factible dentro de los nueve días siguientes al otorgamiento de la escritura de venta, contándose estos nueve días, según los casos, conforme a lo dispuesto por el artículo 1.638.

(95) En trance de interpretar el artículo 1.521 del Código civil el Tribunal Supremo entendió que el retracto podía ejercitarse si la enajenación de la

que el derecho de adquisición se haga efectivo ante un número más amplio de transmisiones onerosas, e incluso aunque se trate de donaciones. Este ha sido el criterio recogido desde hace bastantes años por la legislación especial de arrendamientos rústicos. En la actualidad, la Ley vigente de 31 de diciembre de 1980 distingue, de un lado, la compraventa y de otra cualquier otra enajenación intervivos de la finca rústica arrendada (donación, aportación a sociedad, permuta, adjudicación en pago o cualquier otro contrato distinto de la compraventa). Para el primer caso, habla de derechos de tanteo y retracto; para los demás, de derecho de adquisición preferente (96).

Desde nuestro punto de vista es importante hacer constar que cae fuera del ámbito de nuestro estudio el caso de aportación a sociedad, pues estamos admitiendo por hipótesis que el derecho de adquisición preferente (cualquiera que sea su índole o naturaleza) se ejercita contra cónyuges casados bajo el régimen de gananciales y, por consiguiente, en los casos de tanteo y retracto, cuando los dos o alguno de ellos han sido los adquirentes. No debe prescindirse, en cambio, del retracto en caso de donación, si bien, y como regla general, el retracto habrá de ejercitarse exclusivamente contra el cónyuge donatario, salvo que se estuviese en el caso especial del artículo 1.353 del Código civil.

Volviendo a nuestra clasificación trimembre, la tercera categoría está constituida por los que he denominado derechos de adquisición puros. No se trata de recuperar una cosa que nos perteneció ni tampoco de adquirir lo que se ha transmitido o se va a transmitir a otro, sino simplemente de exigir del propietario la transmisión del bien de que se trate. Entran dentro de este grupo (tampoco pretendo que sean los únicos casos pero probablemente sí los más característicos) el

finca tenía lugar mediante la constitución de un censo reservativo (Vid. sentencia de 11 de junio de 1902). Por el contrario, lo negó ante un contrato de cesión a cambio de la obligación de pagar una renta vitalicia. (Cfr. sentencia de 9 de diciembre de 1964). En esta sentencia se destaca que lo importante —desde la perspectiva del artículo 1.521— es la «posibilidad de subrogación». No se advierte que la subrogación no es referible a la dación en pago, pues evidentemente el que retrae no se subroga en lugar del retraído más que como adquirente (cosa que acontece en cualquier retracto) y que, contrariamente, en la compraventa con precio aplazado existe verdadera subrogación sin que, pese a los problemas que ello comporta, el Alto Tribunal haya estimado que el aplazamiento del precio obste al ejercicio del retracto. (Cfr. sentencia de 11 de diciembre de 1944). Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que en el caso objeto del recurso, el precio aplazado estaba garantizado con hipoteca sobre la propia finca vendida, por lo que era menos violento imponer el vendedor-acreedor un comprador-deudor diferente. La solución hubiera sido —prácticamente al menos— mucho más discutible, de no haber mediado la garantía hipotecaria del precio aplazado. A mi juicio, si el precio aplazado no ha sido garantizado o si las garantías se extinguiesen con la subrogación, no debiera admitirse el retracto más que si el retrayente paga el total del precio al contado, reembolsando al comprador las cantidades que satisfizo y al vendedor las que quedaron pendientes de pago. Vid. sobre el tema el trabajo de FIGA FAURA, *El retracto legal en la compraventa de inmuebles con precio aplazado*, en «Revista de Derecho Privado», 1948, págs. 880 y sigs.

(96) Vid. arts. 86 y sigs. de la Ley.

derecho de opción, derecho de origen voluntario, y el que la Ley de arrendamientos rústicos llama la adquisición forzosa y regula en sus artículos 98 y siguientes, derecho, este último, de origen legal.

Cambiando de perspectiva, cabe formular, al enfrentarse con los derechos de adquisición, una clasificación centrada en el dato relativo a la eficacia del derecho cuandose ejercita. No me refiero ahora al problema de si el derecho en cuestión puede ejercitarse o no contra tercero (97), sino a otro diferente. El ejercicio del derecho de adquisición acompañado de la entrega o consignación de las cantidades que deban ser satisfechas ¿comporta que, sin más, el titular ha adquirido la propiedad de la cosa a que el derecho se refiere o, por el contrario, es necesario que el sujeto pasivo del derecho proceda a transferir la propiedad al que ostenta y ha ejercitado el derecho de adquisición? La distinción tiene importancia porque en el primer supuesto la escritura pública (necesaria para que el ejercicio extrajudicial del derecho de adquisición se refleje en el registro) sólo reconocerá una adquisición que ya tuvo lugar en el momento mismo de ejercitarse el derecho, mientras que, en el segundo, se tratará de dar cumplimiento a una obligación que pesa sobre el sujeto pasivo de formalizar un contrato traslativo que el ejercicio del derecho de adquisición ha perfeccionado. Desde el punto de vista del ejercicio judicial del derecho, parece que, en el primer caso, la sentencia declarando haber lugar al derecho ejercitado debería ser título bastante para obtener la inscripción, mientras que, en el segundo, el otorgamiento de escrituras sería necesario, aunque compareciese como otorgante el juez en caso de negarse el demandado vencido en el juicio.

Ocurre, sin embargo, que no es nada fácil concretar cuál es, en este sentido, el alcance de los derechos de adquisición preferente al menos en muchos casos.

Así, tratándose del ejercicio del derecho de retracto convencional y aceptando la construcción dominante en la doctrina española que ve en la compraventa con pacto de retro un contrato sujeto a condición resolutoria, debiera llegarse a la conclusión de que, cumplida la condición, es decir, ejercitado en tiempo y forma el derecho del vendedor, la compraventa quedará automáticamente resuelta pasando con igual automatismo la propiedad de la cosa vendida otra vez al vendedor. En este sentido se ha dicho (98) que el ejercicio del derecho de retracto dentro de plazo y cumpliendo los requisitos del artículo 1.518 provoca la resolución del derecho del comprador y el reingreso o recuperación de la cosa vendida, de modo que esta recuperación del derecho del comprador convierten en simplemente posesoria la situación de aquél (99).

(97) Quién sea este «tercero» varía según el derecho de que se trate. Así, por ejemplo, en el retracto convencional, el que haya adquirido *inter vivos* del comprador (cfr. art. 1.510 del Código civil); en los retractos legales la persona a quien el retraído hubiera transmitido la cosa (en los supuestos de retracto de comuneros o de colindantes) o la que hubiese adquirido del transmitente que no respetó el tanteo, o quien traiga causa del mismo.

(98) Cfr. PUIG BRUTAU, *Ob. cit.*, pág. 215.

(99) Sin embargo, la sentencia de 20 de noviembre de 1946 estima que no basta la consignación del precio en tiempo y forma por el vendedor, acogida

Por lo que atañe a los retractos legales y en tanto se distingan las dos fases de que antes se trató, puede pensarse que la notificación hecha al titular del derecho de tanteo equivale a una oferta que, de ser aceptada, perfecciona el contrato transmisivo, lo que hará preciso la entrega de la cosa para que la propiedad de aquella se entienda transmitida. El otorgamiento de la escritura equivale a la formalización del contrato que transferirá el dominio merced a la tradición instrumental si concurren los demás requisitos que precisa esta forma especial de tradición (100). Relativamente al retracto, su ejercicio determina bien la subrogación en lugar del adquirente cuando tal ejercicio se traduzca en una efectiva subrogación, bien la adquisición directa del bien objeto

favorablemente en la sentencia en que se declare haber lugar al retracto, para que la cosa vendida vuelva de nuevo a la propiedad del vendedor. Se precisa, según el indicado pronunciamiento jurisprudencial, que el comprador otorgue escritura de retroventa a favor del vendedor, extremo al que la sentencia debe condenar si declara haber lugar al retracto, con lo cual parece exigirse una nueva transmisión en sentido inverso (una nueva declaración de voluntad, en suma, aunque el juez pueda suplir la del vencido en el juicio) para la eficacia recuperatoria del derecho de retracto convencional. El Supremo invocó entre otras razones que el pacto de retro y el ejercicio del derecho de retracto no están comprendidos entre los modos de adquirir la propiedad a que se refiere el artículo 609 del Código civil. El argumento no parece muy sólido sobre todo si se acepta que el pacto de retro implica someter la compraventa y la transmisión de la propiedad que es su consecuencia a una condición resolutoria, tal como se indica en el texto.

(100) La jurisprudencia construye el tanteo en la forma que se indica en el texto. Insistentemente se dice que el ofrecimiento de venta del inmueble al titular del tanteo y la manifestación de éste de su deseo de adquirirlo originan el concurso de voluntades que para la celebración de los contratos exige el artículo 1.262 del Código civil y es obligatorio para quienes lo celebran. (Vid., por ejemplo, las sentencias de 5 de diciembre de 1950, 21 de octubre de 1961 y 22 de diciembre de 1969). Sin embargo y excepción hecha de la citada sentencia de 21 de octubre de 1961, en las demás y en otras que también se pronuncian en tal sentido (así las de 23 de diciembre de 1950 y de 20 de octubre de 19, por ejemplo) se exige al titular del tanteo que pague el precio o lo consigne dentro del plazo de que dispone para ejercitar su derecho porque de no hacerlo lo pierde y, por consiguiente, no podrá ejercitarlo ni exigir judicialmente que se le transmita la cosa y se otorgue escritura a su favor. La entrega del precio o su consignación constituyen —al decir de la sentencia de 22 de diciembre de 1969 que, como se ha dicho, sigue la concepción «contractualista» del tanteo legal— una medida cautelar inseparable del derecho de adquisición por encaminarse a garantizar el cumplimiento de la obligación que se pretende contraer y evita los perniciosos efectos que en otro caso podrían originarse al propietario». De todos modos, la tesis que he denominado contractualista tiene su importancia. Así, la sentencia de 5 de diciembre de 1950 puntualiza que una vez aceptada por el titular del tanteo la oferta que por medio de la notificación le ha hecho el sujeto pasivo (en el caso el arrendatario, se trataba del traspaso de un local de negocio) tal oferta no puede ser revocada porque los contratos no pueden quedar en su cumplimiento al arbitrio de una de las partes por prohibirlo el artículo 1.256 del Código civil. Con todo y siempre dentro de esa línea de pensamiento, cabe preguntarse si antes de que el titular del tanteo acepte es posible revocar la oferta. Si la respuesta fuese afirmativa el propietario no podrá transmitir la cosa a otra persona. Si quiere hacerlo, tendrá que repetir la notificación y se abrirá un nuevo plazo.

del retracto. La entrega o consignación de las cantidades pertinentes es requisito necesario, según la jurisprudencia, para que se opere la adquisición por el retrayente. Al efecto se distingue entre el ejercicio extrajudicial del retracto (que exige la entrega efectiva) (101) y el judicial, que no requiere la entrega sino sólo la consignación del precio si fuese conocido (o constitución de fianza en orden a su consignación luego que lo sea), expresándose además en la demanda que se contrae la obligación de reembolsar los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta, así como los necesarios y útiles efectuados en la cosa vendida (102).

El derecho de opción, según estima la doctrina dominante, consiste en la facultad concedida al optante de decidir, dentro de un plazo determinado, sobre la eficacia de un contrato del que ya se han concretado sus elementos esenciales, de suerte que ejercitada la opción el contrato a que se refiere entra en su fase de ejecución o consumación (103). Por consiguiente, en la opción de compra el ejercicio de su derecho por parte del optante otorga eficacia definitiva a la compraventa, pero la transmisión del dominio de la cosa vendida requiere su entrega, que puede realizarse, como ya se ha indicado antes, en forma instrumental.

Esta disgresión sobre la naturaleza y características de los derechos de adquisición, aunque muy concentrada, quizá haya resultado larga; ha parecido, sin embargo, indispensable para resolver los problemas que se abordan específicamente en este epígrafe y que son concretamente dos. Supuesto el ejercicio extrajudicial de un derecho de adquisición ¿es necesario, en particular para otorgar la escritura que constituirá el título inscribible en el registro, el consentimiento de los dos cónyuges o bastará solamente el de uno de ellos y en ese caso cuál deberá ser el que consienta? En el supuesto de ejercicio judicial del derecho, ¿se precisa que la demanda se dirija contra los dos esposos o sólo contra el marido o la mujer? Esta segunda cuestión tiene importancia registral, al menos desde el punto de vista de la anotación preventiva de las demandas, porque son anotables aquéllas por las que se ejercite un derecho de adquisición. Relativamente a la demanda entablada para hacer efectivo un derecho de retracto legal, la resolución de 29 de octubre de 1946 se inclinó expresamente por la afirma-

(101) Salvo que otra cosa convinieren los interesados, naturalmente.

(102) Sobre la distinción a que se alude en el texto, vid. CASTÁN, Ob. anteriormente cit., pág. 181 y la sentencia de 21 de junio de 1926.

(103) Esta manera de concebir el contrato de opción o el contrato con cláusula de opción como también se le denomina viene a identificarlo con la promesa o precontrato unilateral siempre que se rechace la construcción tradicional de esta institución a tenor de la cual del precontrato sólo deriva una obligación de contratar. Sobre la controversia en torno a la naturaleza del precontrato que en nuestra doctrina inicia ALGUER (*Para la crítica del concepto de precontrato*, en «Revista de Derecho Privado», 1935, págs. 321 y sigs.), vid., en especial, DE CASTRO (*La promesa de contrato, algunas notas para su estudio*, en «Anuario de Derecho Civil», 1950, IV, págs. 1143 y sigs.), DÍEZ PICAZO (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, cit., págs. 205 y sigs.) y PUIG BRUTAU (*Ob. cit.*, págs. 14 y sigs.).

tiva. Pero es que, además, debe aplicarse la doctrina muy elástica de la Dirección General que autoriza la anotación preventiva de todas aquellas demandas interpuestas con la finalidad de ejercitar acciones enderezadas a obtener una modificación jurídico real (104).

El primero de los dos problemas explicados, es decir, si ejercitado el derecho de adquisición se precisa o no que consientan ambos cónyuges, ha de abordarse distinguiendo según cual sea la índole del derecho que se ejercite. En primer lugar, hay que tomar en consideración aquellos derechos cuyo ejercicio comporta la perfección o la eficacia del contrato transmisivo.

Centremos nuestra atención primeramente sobre el contrato de opción o con cláusula de opción. Según la opinión unánime de la doctrina la capacidad exigible para celebrar este contrato es la que se necesita para otorgar el contrato a que la opción se refiere y que en realidad está ya concertado en principio al pactarse la opción aunque su eficacia dependa de la declaración afirmativa del optante (105). Consiguientemente, si el concedente de una opción de compra es persona casada bajo el régimen de gananciales y la opción tiene por objeto un bien ganancial, no podrá concederla él solo sino que tendrá que contar con el consentimiento de su cónyuge o autorización judicial.

Ahora bien, si al conceder la opción se han cumplido aquellos requisitos parece que llegado el momento del otorgamiento de la escritura definitiva ésta podrá ser otorgada por cualquiera de los dos esposos. Sin embargo, afinando más, habrá que distinguir, según que la opción haya sido concedida conjuntamente por los dos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro. En el primer caso, deberán concurrir marido y mujer a la formalización del contrato en tanto en ese momento ha de pagarse el precio de la venta o al menos parte de él, según las condiciones convenidas al estipular la opción, y al ser el cobro un acto de administración deben concurrir para recibir el dinero los dos cónyuges, de acuerdo con los principios generales sobre la administración de la sociedad. En cambio, si la opción fue concedida por uno de los esposos con el consentimiento de su consorte, éste ha permitido al primero asumir el papel de parte contratante y por ello ha de reputársele legitimado (conforme a la interpretación que se ha apuntado anteriormente del artículo 1.385 del Código civil) para percibir el precio. Bastará, pues, que la escritura sea otorgada por el concedente aunque su inscripción requiera acreditar fehacientemente que el otorgante, al conceder la opción, había obtenido la aquiescencia del otro cónyuge (106).

(104) Vid. por todas las resolución de 29 de marzo de 1954.

(105) Vid. en el sentido del texto, ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho privado*, Madrid, 1948, I, págs. 359; MEZQUITA DEL CACHO, *El pacto de opción*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1951, núm. 273, pág. 190; CASTÁN, *Ob. cit.*, pág. 52, y Díez PICAZO, *Fundamentos...*, cit., I, pág. 214.

(106) A tal fin bastará presentar la escritura pública en la que se haya formalizado la opción, si tal escritura existe —la opción puede haberse concedido en documento privado— y siempre que en ella hayan intervenido

El ejercicio del tanteo implica la perfección de un contrato entre la persona obligada a practicar la notificación y el titular del derecho de adquisición. Aunque este derecho constituya, en rigor, la primera fase del total derecho de adquisición, en nuestras leyes, como se ha visto, aparece teóricamente diferenciado y se le conoce con el nombre de tanteo. El tanteo tiene su fundamento en la propia ley que se lo concede a determinadas personas (las mismas que, en su caso, serán titulares del retracto), pero eso no obsta a que, de hecho, el nacimiento del derecho arranque de una decisión que libremente adopta el propietario (107), quien desea desprenderse del inmueble que ofrece al titular del derecho de tanteo. Esto es así tanto si la notificación procede aunque todavía no se haya convenido la transmisión de la finca con un tercero (108), como si existe ya un precontrato o contrato sujeto a condición suspensiva. Ciertamente, la notificación es preceptiva pero se hace porque el propietario quiere enajenar el bien que le pertenece.

En consecuencia, estimo que la notificación deberá hacerse —en tanto comporta la posibilidad de una enajenación del inmueble caso de que el titular del tanteo ejercite su derecho— por los dos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro. El otorgamiento de la escritura admite las mismas variantes que el de aquélla en que se formalice el contrato con pacto de opción y por las mismas razones que han quedado expuestas.

Pasemos ahora el retracto. Si se trata del retracto convencional parece que ejercitado el derecho por el retrayente, la escritura —si hay acuerdo y no se precisa acudir a los Tribunales— podrá otorgarla por sí solo el cónyuge comprador. Si compraron ambos cónyuges la

para prestar su consentimiento los dos esposos. Obviamente, si la opción se concedió con autorización judicial, la escritura que solemnice la venta será otorgada solamente por el cónyuge que solicitó y obtuvo la autorización.

(107) Por eso lo que se dice en el texto para el tanteo legal es igualmente aplicable al tanteo voluntario.

(108) Hipótesis que admite el Código civil para el tanteo enfiteúutico, según resulta implícitamente del artículo 1.637-1 en el que se habla del precio definitivo que se le ofrezca (al «condueño» que quiere disponer de su derecho) «o en que pretende enajenar su dominio». Tampoco respecto del derecho de tanteo que la Ley de arrendamientos urbanos otorga al arrendador en caso de traspaso de local de negocio está claro si el legislador parte o no de la hipótesis de un traspaso ya concertado aunque sujeto a la condición suspensiva de no ejercicio del tanteo. Parece que las dos hipótesis son posibles. Vid., de un lado, el núm. 4 del art. 32 que alude al «precio convenido» y, de otro, el art. 35-1 que se refiere sólo al precio «que se le hubiere ofrecido» y que, además, dice en su núm. 2.º, que hasta que transcurra el plazo para el ejercicio del tanteo no podrá el arrendatario concertar el traspaso con un tercero. El art. 87 de la Ley de Arrendamientos rústicos establece que el arrendador notificará al arrendatario su «propósito de enajenar», lo que parece dar a entender que aún no se ha celebrado —ni siquiera bajo condición— el contrato de que se trate, si bien agrega que entre los extremos que deben notificarse figura «el nombre y circunstancia del adquirente». Y en términos parecidos se produce el artículo 47 de la Ley de Arrendamientos urbanos respecto a la notificación que ha de hacer al inquilino el propietario que se proponga «vender o ceder solutoriamente» la vivienda o local de negocio arrendado.

finca figurará inscrita a nombre de los dos conforme al artículo 93-1 del Reglamento y la escritura de retroventa tendrá que ser otorgada también por ambos, entre otras razones porque el cobro de las cantidades que el vendedor ha de entregar para ejercitar su derecho constituye un acto de administración que debe en ese caso consumarse con la intervención de los dos esposos. En cambio, si la compra la efectuó tan sólo uno de los cónyuges, bien para la sociedad de gananciales (hipótesis del artículo 93-4 del Reglamento), bien sin decir nada sobre el particular (hipótesis del artículo 94-1 del mismo Reglamento) parece que la escritura podrá otorgarla por sí solo el cónyuge comprador sin necesidad de que el acto sea consentido por su consorte ya que, de una parte, el ejercicio de su derecho por el vendedor comporta la readquisición de la finca sin necesidad de una declaración de voluntad de transmitir o de retrovender del comprador, quien sólo se limita a reconocer que la propiedad vuelve al vendedor y a cobrar las cantidades pertinentes, cobro que es un acto de administración para el que está legitimado conforme al artículo 1.384 del Código civil (109).

El planteamiento es más complejo si la escritura tiene por objeto la formalización del ejercicio extrajudicial de un retracto legal, bien porque la ley no haya previsto la necesidad de una notificación previa que abra el paso al tanteo (casos, como sabemos, del retracto de comuneros y el de colindantes) bien porque se haya prescindido de hacerla, o se pueda ejercitar el retracto aunque se haya hecho, pero ante la declaración del titular del retracto en el sentido de ejercitarlo el adquirente se pliegue a su voluntad para evitar un pleito que juzga inútil y perdido de antemano.

En términos de principio estimo que para acceder al ejercicio del retracto y otorgar la pertinente escritura no hace falta que consientan los dos cónyuges. Como en el caso del retracto convencional, la aceptación voluntaria del derecho del retrayente que ejercita su derecho no es más que el reconocimiento de que el titular del retracto legal ha ocupado el lugar del adquirente (cuando el retracto se opera mediante un proceso de subrogación) o que adquiere, al ejercitar el retracto, la cosa o el derecho retraídos (110). Habrá que hacer, sin embargo, las distinciones que se indicaron al tratar del retracto convencional en atención a que también el ejercicio del retracto legal com-

(109) Como se vio anteriormente (supra epígrafe II-A-b), cuando la finca esté inscrita a nombre de uno de los cónyuges para la sociedad de gananciales la interpretación reglamentaria del artículo 1.384 del Código civil es harto discutible. Sin embargo y como también se dijo, desde el punto de vista estrictamente registral, es claro que debe prevalecer dicha interpretación. Independientemente de ello, y aunque prosperase la tesis de la sentencia de 20 de noviembre de 1946, a tenor de la cual parece necesaria una nueva transmisión en sentido estricto, tal transmisión, ejercitado el retracto, constituiría un acto debido y, por consiguiente, también el consentimiento del cónyuge del comprador debe reputarse innecesario.

(110) En último término y de aplicar la doctrina de la sentencia de 20 de noviembre de 1946 al retracto legal, la transmisión en favor del retrayente sería un acto debido que no exigiría el consentimiento de los dos cónyuges.

porta la realización de unos pagos por parte del retrayente y de esta suerte parece, conforme antes él indicó, que la escritura deberá ser otorgada por los dos cónyuges si la finca está inscrita a nombre de ambos, o por el que resulte titular registral conforme a los artículos 93-4 y 94-1 del Reglamento hipotecario.

Esta solución, sin embargo, solamente es aceptable cuando el retracto se ejercita precisamente por el precio que figura en la escritura en la que se formalizó la transmisión que ha posibilitado el ejercicio del derecho del retrayente. Pero si la cantidad que se abona como precio o valor de la cosa retraída es distinta de la que se hizo constar en aquella escritura, o si en ella no se valoró el objeto a que el retracto se refiere, la cuestión reviste una mayor complejidad. Recuérdese que si se trata, por ejemplo, del retracto arrendaticio rústico y del contrato no resulta el valor de la finca transmitida habrá que pagar el precio justo, «determinado en vía civil, conforme a las normas de valoración que establece la legislación de expropiación forzosa» (111).

Si en la transmisión se fijó un precio o valor, pero la escritura, accediendo al retracto, se otorga por una cantidad diferente, parece que en el fondo lo que hay es un acuerdo transaccional que obedecerá probablemente a discrepancias en orden a la veracidad y realidad del precio o valor que se hizo constar en el contrato o acto traslativo (112). Cuando al otorgarse la transmisión no se ha hecho constar el valor de lo transmitido (caso contemplado, como se ha dicho, por la legislación de arrendamientos rústicos) o habrá que acudir al ejercicio judicial del retracto y en el proceso el precio a pagar se fijará conforme a las normas de la legislación sobre expropiación forzosa o, si se quiere evitar el pleito, será necesario que los interesados se pongan de acuerdo sobre cuál sea el «precio justo» (113).

Consecuentemente, tanto en el caso de posible simulación en el precio o valor como en el de determinación convencional del justo precio (es decir, en los dos tipos de supuestos de que se acaba de hacer mención) no puede decirse que el sujeto pasivo del retracto se limita, sin más, a acceder a la pretensión del retrayente. Por el contrario, la adquisición de la propiedad por el titular del retracto, aunque encuentre su fundamento en el derecho que le asiste, es fruto de una

(111) También el arrendatario que ejercita el derecho de acceso a la propiedad deberá pagar «al contado y en metálico» el justo precio de la cosa, determinado en vía civil conforme a las antes indicadas normas de valoración.

(112) Obsérvese que el artículo 52 de la Ley de Arrendamiento Urbanos alude al posible ejercicio de la acción de simulación. La Compilación navarra prevé el caso de impugnación del precio (se entiende, por el titular del retracto) y dispone para ese supuesto que el plazo para el ejercicio del derecho de retracto se suspenderá hasta que se decida sobre la impugnación. Es, como dice Prieto Castro, una inteligente previsión y un ejemplo de prejudicialidad civil en proceso civil. Vid. PRIETO CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, 2.ª ed., Pamplona, 1985, II, pág. 75.

(113) Recuérdese que según el art. 24 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 la Administración y el particular expropiado podrán convenir la adquisición de los bienes o derechos que son objeto de expropiación libremente y de mutuo acuerdo.

negociación en cuanto a la cantidad que aquél debe satisfacer como precio o valor de la cosa retraída. No sería exacto decir que la transmisión a favor del retrayente se consuma de modo automático (114), sino que obedece a un acuerdo entre ambas partes a la que no debe permanecer ajeno ninguno de los cónyuges. Parece, pues, más prudente en estos casos atenerse a las normas generales que señalan los requisitos que han de cumplir los actos dispositivos voluntarios; es decir, habrá que estar, pienso, a lo establecido por el artículo 1.377 del Código civil en relación con los artículos 93-2, 93-4 y 94-3 del Reglamento hipotecario.

Aceptado este planteamiento, podría acaso objetarse que si estamos haciendo depender la solución (en orden a la posibilidad de que la escritura de retracto sea otorgada por uno sólo de los cónyuges) de que se abone por el retrayente una cantidad determinada «a priori» (precisamente el precio o valor que conste en la escritura de transmisión) se está pasando por alto que no sólo es ese precio o valor, lo que, en su caso, debe abonarse al retraído sino también, conforme a los artículos 1.518 y 1.525 del Código civil (115), los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta o transmisión más los necesarios y útiles hechos en la cosa objeto de retracto (116). El problema es igualmente transferible al retracto convencional, pues es justamente al tratar de este retracto cuando la ley explicita que han de reembolsarse al comprador (sujeto pasivo del retracto) los conceptos de que se ha hecho mención. ¿Podrá el cónyuge comprador o a cuyo nombre figure la cosa acceder por sí solo al retracto, señalando de acuerdo con el retrayente las cantidades que percibirá por aquellos conceptos, sin contar con su consorte? De ser la respuesta negativa sólo cuando de hecho no procedan esos reembolsos suplementarios, se podría sostener que cabe el otorgamiento individual de la escritura de retroventa o de aquélla en la que se acceda al ejercicio del retracto legal. Porque, evidentemente, es posible que dichos reembolsos no procedan, bien porque todavía no se hayan pagado los gastos que determine la transmisión fuente del retracto (gastos que, en su caso, serán satisfechos por el retrayente), bien porque el dueño de la cosa retraída no haya tenido que sufragar los gastos ocasionados por aquélla, hipótesis, esta última, muy poco probable si se trata de retracto convencional, pero sin duda más frecuente en el caso de retracto legal habida cuenta de que el plazo para el ejercicio del retracto, y al cual hay que referir, claro es, los gastos reembolsables, suele ser breve.

(114) Tampoco sería el mero cumplimiento de un acto debido.

(115) PRIETO CASTRO (*Ob. cit.*, pág. 86) generaliza la aplicación de esos artículos cuando se ocupa de las cantidades que deben consignarse como requisito de la admisibilidad de cualquier demanda de retracto.

(116) La cuestión no se plantea si se trata del acceso a la propiedad de una finca rústica. El ejercicio del derecho de reversión a que se refiere el artículo 163 de la Ley del Suelo exige abonar, además del 75 por 100 del precio satisfecho por la expropiación, el valor de las construcciones aprovechables si las hubiere (se entiende, las que hubiese edificado el expropiante después de la expropiación).

Sin embargo, no es lo mismo, parece, que el precio de la cosa o su valor se fijen por vía transaccional o convencional que la determinación de unos gastos que, lógicamente, y para que el retrayente tenga que desembolsarlos, habrán de ser previamente justificados por el retraído con lo cual, y en principio, la concreción de esos gastos no habrá tenido lugar convencionalmente sino en función de datos objetivos.

Esto parece muy claro respecto de los gastos del contrato o de los pagos legítimos hechos para la venta, que ya estarán determinados en el momento de otorgarse la escritura a favor del retrayente o de ser terminados después por los organismos administrativos competentes cuando se trate de gastos fiscales (117).

El tema es quizá más complejo si lo que hay que reembolsar son los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa objeto del retracto. Teóricamente, estos gastos son susceptibles también de determinación objetiva, mas para ello es necesario aportar la prueba de que efectivamente se realizaron, así como su cuantía. Y no siempre será posible presentar tales pruebas o las considerará el retrayente suficientemente concluyentes. Es pensable, en tales casos, que las posibles diferencias se zanjen mediante una negociación de la que resulte que el retrayente pague más de lo que ofreció en un principio, pero menos de lo que reclama el retraído. ¿Podrá en tales casos zanjar la cuestión sin contar con su consorte, el cónyuge que, por lo demás, aparece legitimado para otorgar por sí solo la escritura?

Creo que la contestación debe ser afirmativa en el caso de retracto convencional. En la medida en que sólo figure como comprador, en la compraventa con pacto de retro, uno de los cónyuges (incluso aunque haya adquirido para la sociedad de gananciales conforme al artículo 93-4 del Reglamento) es él quien ha asumido el papel de parte contratante y, por tanto y congruentemente con lo que antes se expuso sobre el particular (118) debe reputársele legitimado para resolver por sí mismo juntamente con la contraparte (en este caso el vendedor a retro) todas las incidencias derivadas de la relación jurídica contractual, incluida, naturalmente, las que se refieran a su resolución o extinción.

Esta forma de enfocar el problema no es válida, sin embargo, relativamente al retracto legal, pues evidentemente retrayente y retraído no son partes de un contrato celebrado entre ellos (119). La solución tiene que entroncar, en mi opinión, con las facultades que ostenta como administrador el cónyuge a cuyo nombre figuren los bienes (120).

(117) En tal supuesto, y como se ha dicho ya, tales gastos serán satisfechos directamente por el titular del retracto y no procede su reembolso.

(118) Vid. supra, epígrafe II, A-c.

(119) Si el derecho de adquisición preferente se ejercitó en su primera fase —tanteo— sí se entabla, parece, esa relación contractual, pero ya se ha dicho que en ese caso la oferta deben hacerla ambos cónyuges o él uno con el consentimiento del otro.

(120) Reitero que, desde el punto de vista puramente civil, es sumamente cuestionable que la facultad de administrar radique en el cónyuge adquirente si este adquirió para la sociedad de gananciales. Sin embargo hay que convenir que en tanto se trate de calificar una escritura, habrá que estar al criterio interpretativo del Reglamento que, equivocado o no, es en este punto claro.

Incuestionablemente, el cónyuge administrador está legitimado para disponer que se hagan en la cosa los gastos necesarios. Son estos los precisos para atender a la conservación de la cosa y mantenerla dentro de su nivel normal de productividad (121). Más cuestionable es que también pueda invertir dinero en gastos útiles, acaso porque este concepto es más elástico y difuso que el de gasto necesario. Gastos útiles son los que tiendan a mejorar la cosa, ora en orden a su utilización, ora en orden a su rentabilidad o ambas cosas, siempre que no se altere su identidad (122).

A mi entender, la administración para la que el artículo 1.384 faculta al cónyuge a cuyo nombre figuren los bienes debe ser entendida en sentido amplio (123). Así lo demuestra el artículo 1.362 del Código civil que pone a cargo de la sociedad de gananciales sólo los gastos determinados por la administración «ordinaria» de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges, de donde parece deducirse que cuando se trate de administrar bienes comunes son de cargo de la sociedad todos aquellos conceptos que encajen dentro de la administración, entendida latamente. Si se relacionan los resultados a que lleva en este punto la interpretación del artículo 1.362 con el artículo 1.365-1 (124) no es difícil llegar a esta conclusión.

En consideración a lo expuesto, estimo que la fijación o concreción de los gastos necesarios o útiles realizados en el bien objeto del retracto es algo que entra dentro de las facultades del cónyuge administrador y, en tal sentido, su declaración en la escritura de que aquellos gastos le han sido reintegrados por el retrayente ha de reputarse «prima fa-

(121) Los civilistas españoles se preguntan que es lo que ha de entenderse por gastos necesarios (o útiles) con ocasión de comentar los artículos 453 y sigs. del Código civil. Gastos necesarios, dice HERNÁNDEZ GIL (Vid. *La posesión*, Madrid, 1980, pág. 373), son los dispendios realizados para la conservación de la cosa que tengan la categoría de imprescindibles. Es decir, que de no haberlos llevado a cabo, la cosa habría dejado de existir o desmerecido.

(122) Para HERNÁNDEZ GIL (*Ob. cit.*, pág. 376), gastos útiles son los que sin ser estrictamente necesarios no llegan a los de puro lujo. Son los que aportan algunas ventajas a la cosa revalorizándola. El Código civil concibe como gastos útiles las mejoras en la cosa que procedan de la acción del hombre. El concepto de gastos útiles, dice DÍEZ PICAZO, siguiendo a MARÍN PÉREZ, se relaciona con el de mejora introducida en la cosa por la acción del hombre. Constituyen nuevas inversiones de capital, por ejemplo, nuevas plantaciones, electrificación, obras de riego, nuevos servicios de la finca, etcétera. (Cfr. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, Madrid, 1978, pág. 573). A mi juicio, no se insiste suficientemente en lo que constituye el límite del gasto útil o, si se quiere, de la mejora. A saber, que no se cambie la identidad la cosa. Por eso no creo que en trance de ejercitar el derecho de reversión regulado por la Ley del Suelo y si el expropiante —sujeto pasivo de la reversión— ha realizado edificaciones pueda por sí mismo acceder a la reversión planteada, valorando unilateralmente tales edificaciones.

(123) Aunque no alcance a los actos de administración extraordinaria, concepto difícil de precisar, pues muchas veces comportará la realización de actos que, para mí, son de riguroso dominio.

(124) Según el cual los bienes gananciales responderán directamente de las obligaciones contraídas por un cónyuge en el ejercicio de la gestión de los gananciales que por ley o por capítulos le corresponda.

cie» suficiente y la escritura otorgada sólo por él, en unión del titular del retracto, debe reputarse inscribible, si cumple los requisitos antes mencionados.

El segundo problema a que nos referíamos al comienzo concierne a una cuestión de derecho procesal. La demanda, en caso de ejercicio judicial del derecho de adquisición preferente ¿debe dirigirse contra los dos cónyuges o bastará demandar a uno solo de ellos? El tema afecta al registro de la propiedad en tanto que, como antes se dijo, la demanda interpuesta para ejercitar un derecho de adquisición es susceptible de ser anotada preventivamente.

Si se trata del derecho de opción y para el supuesto de que no se quiera formalizar la escritura a favor del optante si éste ejercita la facultad que se le ha concedido, creo que la solución depende de cómo se haya concertado la opción. Si ésta ha sido concedida por los dos esposos la demanda deberá dirigirse contra ambos; por el contrario, si la opción se contrató por uno de los esposos con el consentimiento del otro (125) como sólo uno de los cónyuges actuó en rigor como concedente y, consiguientemente, como parte en el contrato, debe bastar que la demanda se entable contra él.

Cuando se trate de ejercitar judicialmente el derecho de tanteo hay que hacer una distinción similar. Es decir, si la notificación la hicieron ambos cónyuges la demanda tendrá que dirigirse contra su marido y mujer. En cambio, si la notificación partió de uno sólo de los cónyuges, quien realizó la notificación con el consentimiento de su consorte, bastará demandar al primero. La concepción «contractualista» del tanteo a la que, como se vio, responde la jurisprudencia del Tribunal Supremo (126) nos lleva a considerar la notificación como una oferta que se hace al titular del tanteo, y sin perjuicio de que éste deba consignar el importe del precio dentro de plazo para el ejercicio eficaz de su derecho, hay que estar a los términos en que se haya formulado tal oferta según lo que acaba de decirse (127).

(125) También, naturalmente, si el contrato con pacto de opción se otorgó por uno de los cónyuges con autorización judicial.

(126) Vid. supra, nota 100.

(127) ¿Quéid en el caso de que la notificación proceda solamente del marido o de la mujer? A mi juicio, el titular del tanteo podrá contestar diciendo que la notificación (oferta) no es aceptable porque la misma ha de ser hecha por los dos esposos o por uno con el consentimiento del otro. Si no formula ninguna protesta en este sentido y, ante la resistencia pasiva del propietario, entabla la acción correspondiente, la demanda debe dirigirse contra los dos cónyuges. La jurisprudencia, en trance de interpretar el alcance del consentimiento uxorio regulado por el antiguo artículo 1.413, entendió que el marido no podía impugnar el contrato celebrado sin el consentimiento de su mujer o sin autorización judicial (vid., en particular, las sentencias de 21 de abril de 1964 y 6 de mayo de 1969), pero no es lo mismo que se le condene a ejecutarlo a pesar de que se patentice que el negocio en cuestión no reviste los requisitos legales condicionantes de su validez, «Mutatis mutandi» es posible sostener que el cónyuge que, unilateralmente, ha hecho la notificación queda vinculado si el titular del tanteo paga o consigna y no podrá por consiguiente impugnar el contrato fundándose en que no había obtenido el consentimiento de su consorte o autori-

Veamos ahora qué es lo que debe hacer en caso de ejercicio judicial del retracto.

Si se trata del retracto convencional parece que la demanda deberá dirigirse exclusivamente contra el cónyuge que figure como comprador salvo, claro está, que hayan comprado los dos pues entonces la demanda deberá entablarse contra marido y mujer. La innecesidad de demandar a los dos en caso de que sólo hubiere comprado a retro uno de ellos viene dada, a mi juicio, por dos factores: en primer término, sólo el cónyuge comprador tiene la condición de parte en el contrato de compraventa con pacto de retro y, por lo tanto, la relación contractual intercede solamente entre él y el vendedor; en segundo lugar, el ejercicio del retracto, si se comprueba en el proceso que se cumplen los requisitos necesarios para que prospere la pretensión del actor, comporta la recuperación por parte de éste de la propiedad del objeto vendido sin necesidad de una retransmisión (128).

Cuando se ejercite la acción dimanante de un retracto legal parece que debe procederse en la misma forma que la señalada para el planteamiento del proceso en el que se haga valer el retracto convencional. También el retracto legal produce la subrogación en lugar del adquirente, o la adquisición de la cosa transmitida, sin que se precise una declaración de voluntad del que figura como adquirente en el acto que da lugar al retracto. En términos generales, la demanda debe entablarse contra el comprador y en su caso contra los posteriores adquirentes (129). Por consiguiente, si sólo ha comprado uno de los cónyuges lo correcto es demandarle únicamente a él, incluso aunque haya manifestado que compraba para la sociedad de gananciales según la fórmula intermedia arbitrada por el artículo 93.4 del Reglamento. Porque también en ese supuesto el único comprador, rigurosamente hablando, es el cónyuge que otorga la escritura quien ni representa a la sociedad, pues ésta carece de personalidad jurídica, ni tampoco a su consorte porque actúa en su propio nombre y sin invocar la representación de aquél (130). Contrariamente, si compraron ambos cónyuges la demanda deberá entablarse contra los dos (131).

zación judicial, pero de ahí no se sigue que pueda consumarse el tanteo si no consienten ambos esposos, lo que conduce a la conclusión de que en caso de ejercicio judicial del derecho deben ser demandados los dos.

(128) De aceptar la tesis de la sentencia de 20 de noviembre de 1956 (vid. supra nota 99), de suerte que se estimara necesaria una transmisión en sentido inverso, se trataría de cumplir un acto debido y por ello es igualmente innecesario demandar también al cónyuge del comprador.

(129) Vid. PRIETO CASTRO, *Ob. cit.*, t. II, pág. 86. El primer comprador y los posteriores adquirentes, en su caso, son litisconsortes pasivos necesarios, al decir de aquel autor.

(130) La escritura de compra se inscribe sin que se acredite la inexistente representación, y del precio aplazado, si lo hubiere, sólo responden, en principio, los bienes del cónyuge comprador. El supuesto hay que reducirlo a la hipótesis del artículo 1.370 del Código civil, es decir, el que se da cuando compra uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro.

(131) También será necesario demandar al marido y a la mujer cuando sea preciso acudir a los Tribunales para ejercitar el derecho de acceso a la propiedad sancionado por la Ley de Arrendamientos Rústicos o el derecho

Para terminar, creo oportuno formular una observación de tipo práctico. Las soluciones que he defendido para los casos en que, a mi juicio, es improcedente o por lo menos innecesario demandar a los dos cónyuges, tal vez choquen con el criterio que se desprende del artículo 144 del Reglamento, que aunque se ocupa de materia distinta se orienta en el sentido de que si el contenido de la demanda afecta a bienes comunes, aquélla debe dirigirse contra los dos esposos (132). Por eso y si se quiere anotar preventivamente en el registro, la demanda por la que se ejercite judicialmente un derecho de adquisición preferente tal vez sea aconsejable, para evitar posibles complicaciones, que el titular de aquel derecho demande en todos los casos tanto al marido como a la mujer.

d) *Otras transmisiones forzosas*

Dentro de este epígrafe caben dos grandes tipos de supuestos. Por una parte, las transmisiones que son consecuencia de un procedimiento de ejecución de sentencia o de un proceso sumario ejecutivo (133) dentro de los cuales el de contenido más amplio es el llamado juicio ejecutivo, regulado en los artículos 1.429 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La ejecución, sea de la sentencia dictada en un juicio declarativo, o de la sentencia de remate (en el juicio ejecutivo), constituye una variante de los procesos de ejecución que se han denominado expropiatorios, porque con ellos se priva al ejecutado de un bien de su pertenencia para convertirlo en dinero, que será entregado al ejecutado (134).

Al lado de esta expropiación digamos procesal existe la que podría denominarse expropiación administrativa o expropiación en sentido estricto, que es la que se consume por decisión de los órganos administrativos en función de un interés público o social y a la que normalmente se hace referencia cuando se habla genéricamente de expropiación forzosa.

Pues bien, de la primera de estas expropiaciones (expropiación procesal) no vamos a ocuparnos en este apartado pues al girar este trabajo en torno a la interpretación de los preceptos del Reglamento hi-

de reversión regulado por la Ley del Suelo. Supuesto que los cónyuges son propietarios en mano común real o presuntivamente y en tanto la legitimación pasiva no se hace depender en ninguna parte de cuál de los esposos sea el titular registral, hay que estar exclusivamente al dato de la pertenencia (real o presunta) de los bienes gananciales o que presuntamente tienen este carácter. Procesalmente se estará, parece, ante un caso de litis consorcio pasivo necesario.

(132) El artículo 144 del Reglamento, así como la interpretación que del precepto, apunta la Dirección General, se examinará después en el epígrafe IV.

(133) Para utilizar la terminología del profesor PRIETO CASTRO (*Ob. cit.*, págs. 89 y sigs.).

(134) Así denomina a esta variante de la ejecución GUASP (*Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1968, II, págs. 193 y sigs.). En particular, respecto de la ejecución expropiativa que, a juicio del autor, constituye el proceso de ejecución común u ordinario, vid. *ob. cit.*, págs. 199 y sigs.

potecario que conciernen a la inscripción de los bienes gananciales y a la de los actos inscribibles relativos a los mismos (o a los bienes privativos siempre supuesto que el matrimonio se rija por el régimen legal) parece que el tema deberá tratarse en el epígrafe IV, relativo a las anotaciones preventivas de embargo y más concretamente al comentar la regla 3 del vigente artículo 144.

Respecto de la expropiación forzosa propiamente dicha, conviene previamente advertir que junto a la Ley General sobre la materia, que es todavía la de 16 de diciembre de 1954, completada por su Reglamento de 26 de abril de 1957, existen otras disposiciones que se refieren a supuestos especiales de expropiación. Aunque muchas de ellas pueden referirse a bienes inmuebles sería absolutamente imposible hacer aquí una mención pormenorizada de tales disposiciones y de las particularidades que en cada caso presentan. De todos modos y sin perjuicio de hacer alguna referencia concreta a alguna disposición especial (en particular a las expropiaciones reguladas por la legislación sobre el régimen del suelo y ordenación urbana), estimo que los problemas básicos que desde nuestro punto de vista interesan no difieren grandemente de unos casos a otros.

Ante todo, se debe recordar que el reflejo de la expropiación forzosa en el registro de la propiedad constituye el objeto del artículo 32 del reglamento, artículo que no ha sido modificado por la reforma de 1982 ni por las posteriores y que conserva la redacción que le dio el Decreto de 17 de marzo de 1959. De los diferentes párrafos de que consta el precepto, el que sin duda reviste mayor importancia para nosotros es el segundo. Dice el número 2 del artículo 32: «Para que los títulos de expropiación puedan inscribirse si se trata de fincas o derechos inscritos, el expediente deberá entenderse con el titular registral o quien justifique ser su causahabiente, por sí o debidamente representado, en la forma prevenida por la legislación especial, sin perjuicio de la intervención de otros interesados si los hubiere». El precepto guarda relación con lo dispuesto en el artículo 3-2 de la Ley de Expropiación forzosa según el cual, salvo prueba en contrario, la Administración expropiante considerará propietario o titular a quien con este carácter conste en registros públicos que produzcan presunción de titularidad que sólo pueda ser destruida judicialmente.

La aplicación de estos preceptos a la situación anterior a la Ley de 13 de mayo de 1981 y al Real Decreto de 12 de noviembre de 1982, había suscitado problemas cuando la expropiación se refería a bienes inmuebles gananciales inscritos con ese carácter en el Registro de la Propiedad. Dado que según el antiguo artículo 95-1 del Reglamento los bienes gananciales o presuntivamente gananciales debían de inscribirse a nombre de ambos cónyuges y para la sociedad conyugal parecía, a tenor de lo dispuesto por el artículo 32 y visto que los dos cónyuges podían reputarse con pleno fundamento titulares registrales, que el expediente debía de seguirse contra ambos. Sin embargo, la doctrina más autorizada sostenía que, en principio, bastaba que el expediente se entendiera con el marido en su calidad de administrador de la so-

ciudad de gananciales (era también el llamado a percibir en su día la indemnización) y sólo se cuestionaba si el consentimiento de la mujer era necesario cuando la expropiación se consumaba mediante acuerdo sobre el precio entre el expropiado y la Administración o la entidad expropiante (135).

Si se traspone lo establecido por el artículo 32-2.º del Reglamento a lo que ahora disponen sus artículos 93 y 94 habrá que concluir que para la inscripción de los títulos de expropiación será preciso que el expediente se haya entendido con los dos cónyuges cuando la inscripción se haya practicado a nombre de ambos conforme al número 1.º del artículo 93. No hay duda de que en ese caso los dos esposos son titulares registrales. Por la misma razón es también claro que basta que el expediente se entienda con el cónyuge que figure como titular inscrito si la inscripción se extendió a nombre de uno de los dos esposos por aplicación del artículo 94-1, es decir, cuando el esposo adquirente no manifestó nada en orden a si adquiriría o no para la sociedad de gananciales. En cambio, puede suscitar alguna duda el caso de que la inscripción se haya practicado en virtud de un título adquisitivo (generalmente una compraventa) en la que el cónyuge adquirente haya manifestado que adquiere para la sociedad de gananciales (hipótesis del artículo 93-4). Aunque la cuestión no sea totalmente diáfana estimo que también en este caso el único titular registral es el esposo que realizó la adquisición. Ni la sociedad de gananciales, que carece de personalidad jurídica, puede ser titular registral ni tampoco el consorte del adquirente que no figura como tal en la inscripción, ya que ésta sólo reflejará la declaración del cónyuge que realizó la adquisición. Al menos hay que inclinarse por esta solución si el tema se enfoca desde la perspectiva del Reglamento cuyo criterio en este punto es, evidentemente, decisivo. Y desde esa perspectiva parece claro que el consorte del adquirente no es titular registral. Recuérdense las diferentes consecuencias que se siguen, a tenor del propio artículo 93, según que la inscripción se haya practicado a nombre de los dos esposos o solamente al de uno de ellos, aun con la manifestación de que se adquiere para la sociedad de gananciales.

Con todo, que el expediente deba seguirse solamente contra uno de los cónyuges (cuando la inscripción aparezca practicada en los términos previstos por los artículos 93-4 y 94-1 del Reglamento) no quiere decir que se pueda hacer siempre caso omiso del otro, de suerte que su intervención resulte innecesaria en todo caso.

Si la expropiación se consuma o, para ser más exactos, si el justo

(135) Vid. en este sentido ROCA SASTRE (*Derecho hipotecario*, cit., pág. 81), LACRUZ (*El matrimonio y su economía*, cit., pág. 535) y yo mismo (*El nuevo artículo 1.413*, cit., págs. 140 y sigs). Los dos primeros autores, en particular el primero, creían que no podía prescindirse del consentimiento uxorio siempre que la expropiación tuviese lugar de conformidad con el artículo 24 de la Ley (convenio amistoso), pero admitían que el marido, por sí, podía aceptar la valoración expropiatoria formulada por la Administración en su hoja de aprecio. Por mi parte, sostuve la innecesidad de que la mujer interviniese en cualquier caso, criterio que hoy, al revisarlo, me parece exagerado.

precio se determina mediante acuerdo entre la Administración o la entidad expropiante y el expropiado, conforme a lo previsto en el artículo 24 de la Ley de Expropiación forzosa, según el cual, la Administración y el particular «podrán convenir la adquisición de los bienes o derechos que son objeto de aquélla libremente y por mutuo acuerdo, en cuyo caso una vez convenidos los términos de la adquisición amistosa, se dará por concluido el expediente iniciado» no creo que pueda prescindirse del consentimiento de los dos esposos (o de la autorización judicial supletoria en su caso) porque si bien es cierto que la propiedad del bien expropiado se perderá tanto si hay acuerdo como si no lo hay las condiciones en que aquel hecho va a cumplirse son fruto de una negociación y de un acuerdo al que se llega «libremente» (136). En cierto modo, son aplicables a este supuesto los argumentos que antes se expusieron cuando al estudiar el ejercicio extrajudicial del retracto legal llegábamos a la conclusión de que si la escritura a favor del retrayente se otorgaba por un precio distinto al que se hizo figurar en la transmisión que dio lugar al retracto, o si en el acto o contrato transmisorio no constaba precio ni valor, no podía por sí solo uno de los cónyuges acceder al ejercicio del retracto (137).

El artículo 29 de la Ley General sobre Expropiación Forzosa establece que la Administración requerirá a los propietarios para que en el plazo de veinte días presenten hoja de aprecio en la que concreten el valor en que estimen el objeto que se expropia. La valoración tendrá que ser motivada y en la hoja de aprecio podrá formular el propietario cuantas alegaciones estime oportunas. La valoración de los propietarios debe ser aceptada o rechazada por la Administración en igual plazo de veinte días. En el primer caso, se entenderá determinado definitivamente el justo precio y la Administración procederá al pago del mismo, y, en el segundo, la Administración extenderá su propia hoja de aprecio. ¿Puede el cónyuge titular registral formular por sí y ante sí la hoja de valoración sin contar con el consentimiento de su consorte o en su caso con autorización judicial? La respuesta es dudosa. Por una parte es bien cierto que en tanto la Administración puede aceptar la estimación del propietario se habrá llegado a un acuerdo por iniciativa del dueño que viene a equivaler a una oferta de contrato y no parece que el cónyuge titular pueda, el solo, y sin cumplir ningún requisito, fijar el precio que desea obtener por la cosa. Más, por otra parte, si el expediente ha de entenderse únicamente con

(136) Tiene, como dice LACRUZ (*ob. y lug. últ. cit.*), un cierto aspecto transaccional.

(137) En las expropiaciones reguladas por la legislación sobre el régimen del suelo y ordenación urbana (así, las que son consecuencia de la ejecución de un plan de ordenación, artículos 134 y siguientes del texto refundido aprobado por Real Decreto de 9 de abril de 1976 o las expropiaciones de solares en situación de edificación forzosa e inscritos en el registro correspondiente) no se ha previsto que el precio pueda establecerse de común acuerdo. Quizá ello se deba a que aquella legislación parte de una premisa: los bienes expropiados han de ser siempre objeto de una valoración previa efectuada por los organismos administrativos con las pautas y criterios que en la propia legislación se especifican.

el titular registral parece que éste es quien en principio está facultado para cumplir todos los trámites del expediente salvo en el especialísimo caso a que se refiere el artículo 24 de la Ley que ya ha sido estudiado. En trance de elegir yo me inclinaría por la primera solución.

La Administración, como se ha visto, puede rechazar la valoración del propietario y formular la suya (138). Ante esta nueva hoja el propietario, en el plazo de diez días, sólo puede hacer una de estas dos cosas, aceptar lisa y llanamente la valoración administrativa o rechazarla, aunque podrá formular las alegaciones que estime pertinentes empleando los métodos valorativos que estime más adecuados para justificar su propia valoración, mas si, en definitiva, la rechaza, será el jurado provincial de expropiación quien tendrá que valorar. La resolución del jurado agota la vía administrativa y contra ella sólo cabe el recurso contencioso administrativa (artículo 35-2 de la Ley).

La cuestión, si se llega a esta fase del expediente, sería esta: ¿Podrá el cónyuge titular registral aceptar por sí solo la estimación administrativa o rechazarla? Aquí creo que hay que inclinarse por la afirmativa. La iniciativa pasa a la Administración, no existe ya posibilidad de negociación y el particular sólo puede aceptar lisa y llanamente la estimación hecha titular por los órganos administrativas o rechazarla. Estimo que el cónyuge registral, en la medida en que por serlo es también administrador de la cosa expropiada objeto del expediente, está facultado por sí mismo para acogerse a aquella de las dos opciones que considere más interesante. Podrá aceptar la valoración hecha por la Administración para de este modo conjurar los riesgos y evitar las dilaciones que conlleva remitir la solución al jurado o, contrariamente, someterse al criterio de aquél si cree que tiene base suficiente para obtener un justiprecio más sustancioso que el que resulte de la estimación administrativa (139).

III

INSCRIPCION DE LOS BIENES PRIVATIVOS Y DE LOS ACTOS CONCERNIENTES A ELLOS

Se ocupa de la inscripción de los bienes privativos, así como de los actos que tengan por objeto tales bienes, el artículo 95 del Reglamento hipotecario. El análisis de este precepto exige distinguir tres grandes supuestos: Inscripción de bienes privativos que tengan este carácter legalmente, según dice con expresión poco feliz el número 1.º del artículo; inscripción de bienes privativos que tengan este carácter en virtud del principio de subrogación real; e inscripción de los lla-

(138) Este es, parece, el punto de partida en las expropiaciones a que se refiere la legislación sobre el régimen del suelo.

(139) Esta era también la opinión de ROCA SASTRE, para el derecho anterior. Roca daba por bueno que el marido, por sí, aceptase la valoración expropiatoria formulada por la Administración en su hoja de aprecio. Vid. Roca SASTRE, *Ob. cit.*, pág. 81.

madós bienes privativos confesados. En realidad, también en este tercer supuesto juega el principio subrogatorio, más su especialidad, y el hecho de que el valor de la confesión del cónyuge que tiene por objeto reconocer que un bien o el precio con que se adquiere es propiedad privativa del otro, haya suscitado desde hace años una encendida polémica, postulan un estudio del tema relativamente autónomo. Por otra parte, la inscripción de los actos concernientes a estos bienes no ofrece mayor dificultad si se exceptúa la enajenación de bienes privativos confesados en algún caso.

Para los demás, vale lo dispuesto por el número 3 del artículo 95, según el cual los actos inscribibles relativos a esos bienes (el precepto alude a los que lo sean «legalmente» o a aquellos en que se ha demostrado, mediante prueba documental pública, el carácter privativo del precio o contraprestación) se llevarán a cabo por el cónyuge adquirente aun antes de proceder a la liquidación de la sociedad. Lo que quiere decir, aunque sea mediante un rodeo, que la liquidación de la sociedad de gananciales no impide al cónyuge titular o, en su caso, a sus herederos, disponer del bien inscrito como privativo, a pesar de que la sociedad de gananciales, ya disuelta, no se haya liquidado o se halle en curso de liquidación.

A) *Inscripción de bienes privativos que tienen ese carácter, abstracción hecha del principio de subrogación real*

A ellos se refiere el número 1 del artículo 95 cuando impropia-mente nos habla de los bienes adquiridos «durante la sociedad de gananciales que legalmente tengan tal carácter» (es decir, el de bienes privativos). Sin duda, la norma reglamentaria está pensando en aquellos bienes inmuebles que son privativos independientemente de la naturaleza privativa o ganancial del precio o contraprestación. Espigando en el artículo 1.346 del Código civil podemos concluir que se encuentran en ese caso los bienes a que se refieren los números 2 y 4 de dicho artículo, esto es, los adquiridos a título lucrativo o por derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges. Mas antes de entrar en el examen de estos dos supuestos concretos conviene formular algunas indicaciones previas.

Ante todo, que son también privativos según el número 1 del artículo 1.346 los bienes y derechos que pertenecieran a alguno de los cónyuges antes de empezar la sociedad. El artículo 95 del Reglamento no se refiere expresamente a estos bienes y el silencio reglamentario tiene explicación, hasta cierto punto, porque como estos bienes se suponen inscritos antes de que haya comenzado a regir la sociedad, la propia inscripción de la que resulte aquel dato estará poniendo de relieve, sin más, que se trata de bienes privativos y no parece, pues, necesario que se haga en este sentido ninguna mención especial.

Sin embargo, hay que pensar en un caso particular que se da con frecuencia en la práctica y que seguirá seguramente dándose debido a razones de índole fiscal. Me refiero a la elevación a públicos de documentos privados. Es posible que en el momento de otorgarse la es-

critura el comprador o adquirente esté ya casado (bajo el régimen legal) a pesar de que cuando realmente compró —y otorgó el documento privado consiguiente— fuese soltero, viudo o divorciado. Parece que en estos supuestos la inscripción debe pronunciarse sobre la naturaleza del bien y no debe limitarse a relacionar el título. Si el documento privado es de fecha fehaciente conforme al artículo 1.227 del Código civil (aludo, claro es, a la fecha que conste en el documento y no a la de la escritura pública que lo acoge) estimo que el bien debe inscribirse haciendo constar que tiene carácter privativo (140).

Otro tema que puede resultar interesante sería el siguiente. Según el número 8.º del artículo 1.346 son privativos «los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando éstos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común». La norma contiene una regla general y una excepción. La regla general, formulada al principio, establece que los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión que ejerza uno de los cónyuges son privativos a pesar de que hayan sido adquiridos con fondos gananciales (luego se exceptiona el principio de subrogación real) sin perjuicio de que la sociedad (como dice con tecnicismo incorrecto el último párrafo del artículo que se comenta) sea acreedora del cónyuge propietario por el valor satisfecho. La excepción consiste en volver a lo que en sede de gananciales constituye la regla general (aunque ello pueda parecer una paradoja), es decir, serán gananciales los bienes adquiridos a costa del caudal común cuando los «instrumentos» de que se trate formen parte de un establecimiento o explotación que también sea común (141). Pues bienfi a la vista de

(140) No será necesario que en la inscripción se haga constar que la adquisición es privativa si se presenta una escritura pública, de fecha anterior al comienzo de la sociedad, porque entonces el propio título inscribible indicará la fecha en que se adquirió el inmueble y el estado civil del adquirente sin que, como puede ocurrir en el caso que se estudia en el texto, exista discrepancia —aunque en realidad no haya contradicción— entre los datos que refleja la escritura y los del documento privado que merced a ella deviene público.

(141) Sin duda la excepción alude al supuesto de empresa o establecimiento comercial que sea común conforme al artículo 1.347-5. Se ha discutido si también deben reputarse gananciales los instrumentos necesarios para el ejercicio de una profesión (distinta de la que consiste en la explotación de una empresa mercantil) que desempeñen los dos cónyuges en colaboración. Por ejemplo, la mujer colabora en la consulta de su marido médico o en el bufete de su esposo abogado. Por la afirmativa se ha pronunciado MARTÍNEZ CALCERRADA (*El nuevo Derecho de Familia*, Madrid, 1981, II, pág. 200) y VÁZQUEZ IRUZUBIETA (*Régimen económico del matrimonio*, 1982, pág. 221). En contra, GIMÉNEZ DUART (*Ob. cit.*, pág. 129), al menos para las profesiones colegiadas, y TORRALBA SORIANO (*Comentarios...*, cit., II, pág. 1062). Mi opinión, aun reconociendo que el tema dista mucho de ser claro, se inclina más bien en el primer sentido. Frente a la literalidad del artículo 1.347-8, cuando se refiere a «un establecimiento o explotación de carácter común», deben prevalecer dos consideraciones: En primer lugar, el carácter excepcional de la norma frente a la regla general (la ganancialidad o privatividad de los bienes se determina conforme al principio de subrogación real) lo que aconseja su interpretación restrictiva, o lo que es lo mismo, debe restringirse el ámbito de aplicación de lo dispuesto por la frase que abre el párrafo 8.º

lo que dispone el primer inciso del artículo 1.346-1, ¿sería posible incluir entre los «instrumentos» necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio el local (sea un local comercial en sentido estricto o una oficina) en que la una o el otro se ejerzan aunque dicho local haya sido comprado con dinero ganancial? Si se contestase afirmativamente parece que en la escritura que formalice la adquisición debería explicitarse el destino que va a recibir el local que se adquiere con objeto de que el mismo se inscribiese con carácter privativo (142).

El problema, si sólo se contase para resolverlo con el artículo 1.346-8, no tendría solución fácil, pues aunque es verdad, y así viene a entenderlo implícitamente la doctrina al ejemplificar, que la palabra «instrumentos» parece hacer referencia a bienes muebles (que, naturalmente, pueden ser de muy diversa naturaleza y condición) no excluye los inmuebles, o por lo menos no los excluye terminantemente. La exclusión, sin embargo, resulta implícita, pero creo que claramente del artículo 1.406 que regula las llamadas adjudicaciones preferenciales. Tales atribuciones no son un «legado legal» (hasta donde sea lícito utilizar esta expresión) ni atribuciones gratuitas (143), sino adjudicaciones que se hacen al cónyuge que tiene derecho a solicitarlas a cuenta de su haber, e imputándolas en él, como nos dice el párrafo primero del artículo 1.406. Luego esto presupone que tales bienes, aunque puedan ser objeto de una adjudicación preferente, forman parte del activo común partible, lo que a su vez comporta que se trata de bienes gananciales. Entre los bienes que pueden ser objeto de una adjudicación preferencial figura, según el número 3.º del artículo 1.406, el local donde alguno de los dos cónyuges hubiere venido ejerciendo su profesión. Consiguientemente, el local ha de reputarse ganancial, siempre, naturalmente, que haya sido adquirido a expensas de fondos gananciales (de lo contrario sería privativo, lo que haría innecesaria su adjudicación) de donde se deduce que no cabe incluirlo entre los instru-

del artículo 1.346; en segundo término, no se ven razones suficientes (el de la colegiación a que recurre GIMÉNEZ DUART parece fuera de lugar) para dispensar un trato distinto a los instrumentos incorporados a una empresa mercantil común (y ello aunque uno solo de los cónyuges sea quien asuma la explotación de la empresa y sea, por tanto, el comerciante) que a los utilizados por dos cónyuges que trabajan juntos, aunque su tarea no constituya dedicación al ejercicio del comercio.

(142) Si el local se adquirió antes de ponerlo al servicio de la profesión u oficio de uno de los cónyuges sería necesario, parece, para inscribirlo como privativo, el acuerdo de ambos esposos si se estima que el artículo 1.355 del Código civil puede interpretarse admitiendo que también es posible otorgar por acuerdo carácter privativo a un bien adquirido a expensas del patrimonio común. Es claro que de aceptar la tesis que se indica en el texto tal acuerdo no debiera ser necesario, porque el local debería convertirse «*ipso iure*» en privativo. Sin embargo, como no parece que el Código admita que los bienes, sean comunes o privativos, muden de naturaleza si no es merced a un acuerdo de los cónyuges y como, por otra parte, no se ven términos hábiles para que la transformación (de ganancial en privativo) se refleje en el registro (a no ser que se considerase aplicable a la inversa el párrafo 6.º del artículo 95) el único medio para que la mutación trascendiese al registro sería, como se ha dicho, el acuerdo de los cónyuges.

(143) Vid. en este sentido, DÍEZ PICAZO, *Comentarios...*, cit., II, pág. 1081.

mentos necesarios a que se refiere el artículo 1.346-8, a los que el precepto atribuye naturaleza privativa aunque se hayan adquirido con dinero ganancial.

Hechas estas observaciones previas pasemos a examinar cuáles son los bienes que encajan claramente dentro de la previsión del número 1 del artículo 95 del Reglamento.

a) *Bienes adquiridos por alguno de los cónyuges a título lucrativo*

Se refiere a ellos el artículo 1.346-2 del Código civil. Tienen, pues, carácter privativo los bienes que adquiera cualquiera de los cónyuges por donación, herencia o legado. La excepción —no obstante tratarse de bienes adquiridos a título lucrativo tienen carácter ganancial— se encuentra en el artículo 1.353 que ya fue estudiado anteriormente. Por lo tanto y salvo en la hipótesis especial que contempla ese artículo y siempre que concurran los requisitos que en él se establecen, los bienes adquiridos a título lucrativo se inscribirán con carácter privativo, según se desprende del número 1 del artículo 95 del Reglamento, que obliga a constatar, innecesariamente, un dato (la privatividad de los bienes adquiridos gratuitamente) que resulta directamente del título adquisitivo.

b) *Bienes adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges*

Dice el número 4.º del artículo 1.346 que son bienes privativos los adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges. El precepto tiene su antecedente en el antiguo artículo 1.396-3., según el cual eran bienes propios los adquiridos por derecho de retracto o de permuta con otros bienes, pertenecientes a uno solo de los cónyuges.

La nueva norma es, a mi juicio, más perfecta que la antigua —aunque deje sin solución expresa algunos de los problemas que planteaba—, pues en la derogada se involucraban dos supuestos distintos en cuanto al fundamento del carácter privativo de los bienes. Cuando éstos han sido adquiridos por permuta es obvio que la adquisición tiene carácter privativo cuando el bien que se da a cambio del que se adquiere es también privativo. En cambio, la subrogación real no juega sino que, por el contrario, su actuación resulta desplazada cuando se trata de bienes adquiridos merced al ejercicio del derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges. No cabe imaginar que, en el retracto, los bienes objeto del mismo se adquieren en lugar del derecho que hace posible su adquisición (144) y, en cambio, los bienes adquiridos al ejercitar el retracto se hacen privativos aunque el importe del

(144) Por eso discrepo de quienes de algún modo ligan el supuesto al juego de la subrogación real. Vid. en este sentido GIMÉNEZ DUART (*Ob. cit.*, pág. 122). Más correcta es la postura de LACRUZ (*Ob. cit.*, pág. 368), quien asevera que nos hallamos aquí ante un supuesto distinto de la subrogación real ordinaria y relacionado con el principio de accesión.

precio se satisfaga con fondos comunes, sin perjuicio de que la comunidad deba ser reembolsada de las cantidades que para ejercitar el retracto se hubieren hecho efectivas a su costa. Luego no se respeta sino que se excepciona el principio de subrogación real (145).

Para que los bienes adquiridos por retracto sean privativos es menester que el retracto «pertenezca» a uno de los cónyuges. La expresión es incorrecta, al menos referida a los retractos legales. Lo que se ha querido decir es que la propiedad del bien o la titularidad del derecho en que el retracto encuentra su fundamento ha de pertenecer privativamente a uno de los cónyuges (146). Pero justamente al profundizar sobre la necesaria concurrencia de este requisito es cuando empiezan a asomar las dificultades.

No se discute que la norma que comentamos (lo mismo acontecía con la que era su precedente) es aplicable tanto al retracto convencional (en el caso naturalmente de que el bien vendido con pacto de retro fuera privativo) como al legal. Pero respecto de este se ha puesto en tela de juicio si los derechos de tanteo y de retracto conferidos al inquilino de vivienda o arrendatario de local de negocio o al titular de un arrendamiento rústico, en el supuesto de ser ejercitados y siempre, claro es, que el precio se satisfaga a expensas de bienes comunes, es, a pesar de todo, privativo o, por el contrario, ha de reputarse siempre ganancial (147).

Contra la conceptualización como privativos de los bienes adquiridos en virtud de un derecho de retracto arrendaticio se han esgrimido argumentos de diferente naturaleza. Así, se ha dicho que los antiguos artículos 1.337-2 y 1.396 del Código civil se referían únicamente a los retractos legales contemplados por aquel cuerpo legal al tiempo de su promulgación, de suerte que no podían aplicarse extensivamente ni, por tanto, podían entrar en juego cuando se tratase de ejercitar otros retractos legales aparecidos posteriormente. Se aducía no sólo este argumento puramente histórico, sino además otro de índole finalista o teleológica, ligada a la «ratio iuris» de los retractos contemplados por el Código. La razón a que obedecía el retracto enfiteútico consiste en eliminar la división del dominio en directo y útil, la del de comuneros en eliminar la indivisión o por lo menos reducir el número de partícipes, y la del de colindantes combatir el minifundio. Pues bien, se decía, si ejercitado el retracto, en cualquiera de esos casos y supuestos que los fondos hubieran sido satisfechos a expensas de los bienes

(145) Lo mismo acontece, sólo que al revés, cuando se trata de bienes adquiridos en virtud de un derecho de retracto de carácter ganancial, pues entonces y según preceptúa el número 4.º del artículo 1.347, los bienes adquiridos merced al retracto son gananciales, aunque lo fueran con bienes privativos, en cuyo caso la sociedad será deudora del cónyuge —dice el número 4 del artículo 1.347— por el valor satisfecho.

(146) Como dice BLANQUER, es la situación precedente de la que nace el retracto la determinante de la calificación del bien adquirido en el ejercicio de dicho retracto. Vid. BLANQUER, *La idea de comunidad...*, cit., pág. 35.

(147) En contra del carácter privativo de la adquisición ver, antes de la reforma, SANZ (*Ob. cit.*, págs. 304 y sigs.) y ROCA SASTRE (*Ob. cit.*, IV-1, página 61); y después de ella GIMÉNEZ DUART (*Ob. cit.*, págs. 122 y sigs.).

gananciales el bien retraído se hiciese también ganancial, subsistiría la división del dominio, pues el directo o el útil objeto del retracto pasarían a pertenecer a la comunidad conyugal y lo mismo sucedería «mutatis mutandi» con el retracto de comuneros y con el de colindantes, aunque en este último caso se convenía que la razón era menos clara. Para que los expresados retractos cumplieran su finalidad era menester que ejercitado el retracto el objeto retraído, no obstante ser ganancial el dinero aportado para su ejercicio, se hiciese privativo (148).

Aunque a primera vista esta argumentación impresiona no parece, sin embargo, decisiva. En primera lugar, aunque es evidente que el legislador de 1889 sólo pudo tener presentes los retractos que entonces regulaba el propio Código y, consiguientemente, no pudo pensar en el retracto arrendaticio, entonces inexistente, no puede decirse lo mismo del legislador de 1981 al que tales retractos no pudieron, obviamente, pasarle desapercibidos, por lo que si hubiera querido excluir que su ejercicio diera lugar a una adquisición privativa pudo y debió decirlo. En vez de ello el artículo 1.346-4 se produce en términos generales, lo que denota que incluyó en su previsión todos los retractos con tal que pudieran reputarse pertenecientes a uno solo de los cónyuges.

En segundo lugar, no está suficientemente justificado que exista una relación de causa efecto entre la «ratio» de los diferentes retractos y el hecho de que lo adquirido mediante su ejercicio sea en todo caso privativo. De ser así, no tendría explicación que sea propia del cónyuge titular del retracto convencional la cosa vendida con pacto de retro si aquel derecho se ejercita. Y tampoco en el retracto de comuneros ni en el de colindantes, sobre todo, tiene clara explicación que se reputen privativos la cuota o fundo retraídos para evitar una indivisión entre el otro u otros comuneros y la sociedad de gananciales, o que la nueva finca compuesta por la integración de la privativa con la retraída pase también a una situación de indivisión, porque, en todo caso, no es lo mismo una comunidad entre los cónyuges que una comunidad entre extraños o una comunidad entre los cónyuges y uno o más extraños (nótese que si los copropietarios son varios el retracto ejercitado sobre una de las cuotas no elimina la indivisión), ni tampoco es igual que una finca pase a integrarse en el patrimonio ganancial en lugar de en el privativo del cónyuge titular del predio colindante, a que la finca cuya cabida sea inferior a una hectárea pase a un tercero.

A mi juicio, la razón a que obedece que lo adquirido en virtud de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges se haga privativo de ese cónyuge, a pesar de que el dinero invertido en el ejercicio del retracto sea privativo, obedece, sobre todo al reformarse el Código en 1981, a una consideración más sencilla. El derecho de retracto se considera inherente o integrante del derecho base que posibilita su ejercicio. Así lo demuestra no sólo que el artículo 1.346-4 se refiere a todos los retractos en general sin haberse concretado sólo a algunos, sin también el artículo 1.352 que se refiere a un derecho distinto pero

(148) Cfr. Roca, *Ob. y lug. cits. en nota precedente.*

que también es consecuencia del básico o primordial. Según el artículo 1.352 —que termina con la polémica suscitada en torno al tema y rectifica una, a mi juicio, equivocada jurisprudencia del Tribunal Supremo— las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos serán también privativos. Finalmente, la tesis que entronca la «ratio» del retracto con la «ratio» del artículo 1.346-4 debería llevar a la conclusión, a mi juicio carente de base legal, de que, prescindiendo del retracto, la cuota vendida voluntariamente al comunero o la finca transmitida, también voluntariamente, al propietario colindante serían privativas aunque se hubieran satisfecho a costa de bienes comunes, lo que no parece admisible pues, en principio, las desviaciones al juego de la subrogación real (y salvo que medie acuerdo entre los cónyuges desplazando aquel principio) deben interpretarse restrictivamente.

Aparte de esta razón de tipo general se esgrimen otras más concretas siempre dirigidas a intentar probar que lo adquirido en virtud de un retracto arrendaticio es siempre ganancial.

Se ha dicho que «en el supuesto de retracto arrendaticio rústico o urbano, de local de negocio, si la explotación o empresa tienen carácter común, atribuir carácter privativo a la adquisición (en base a que el contrato de arrendamiento fue suscrito por uno solo de los cónyuges en estado de soltería), resulta ilógico si se piensa que la sede física no deja de ser una pertenencia del establecimiento o explotación común» (149).

Estas aseveraciones no son, en mi opinión, demasiado clarificadoras, ni, en último término, exactas. Parece presuponerse que se trate de una empresa común. Pero evidentemente es posible que la empresa (mercantil o agrícola) no tenga ese carácter sino que, por el contrario, sea privativa. Esto acontecerá siempre que la empresa exista antes de la vigencia de la sociedad de gananciales, como resulta con toda evidencia de los artículos 1.346-1 y 1.347-5 («sensu contrario») del Código civil. Luego parece fuera de toda duda que en esos casos los derechos de adquisición preferente ínsitos en el derecho arrendaticio (ya se trate del alquiler de un local de negocio, ya del arrendamiento de una finca rústica) en la medida que el arrendamiento sea privativo también tienen ese carácter y la razón aducida para atribuir carácter ganancial al local o la finca retraídas cae por su base. Puede acontecer, desde luego, que el arrendamiento se haya concertado después de regir la sociedad de gananciales. Pero justamente para ese supuesto se puede defender la naturaleza ganancial del arriendo tanto del local como de la finca rústica. Si el retracto se ejercita, la cosa arrendada será, pues, ganancial, más ello será debido a que el derecho arrendaticio, fuente del retracto, tiene ese carácter y no a que la finca rústica objeto del arrendamiento o el local de negocio en que se halle instalada la empresa, sean una «pertenencia» de la explotación o del establecimiento mercantil, expresión impropia que, referida a la empresa mercantil y

(149) Cfr. GIMÉNEZ DUART, *Ob. cit.*, pág. 124.

rechazadas las teorías que pretenden construirlas como objeto autónomo de derechos, carece de significado técnico preciso (150).

Relativamente a la vivienda familiar, se ha puesto de relieve que su arrendamiento carece de valor económico y que la protección que se le dispensa responde al interés de la familia (151). Tampoco esto es rigurosamente cierto. En primer lugar, no es verdad que el arriendo carezca de valor económico. Basta pensar en el supuesto de que el inquilino llegue a un acuerdo con el arrendador al objeto de renunciar al derecho de prórroga forzosa mediante una indemnización que muchas veces será sustanciosa. En segundo término, no todo arrendamiento sujeto a la legislación especial de alquileres, aunque tenga por objeto una vivienda, es el de la vivienda habitual a que se refiere el artículo 1.320 del Código civil. Finalmente, los intereses del cónyuge del arrendatario aunque éste ejercite el derecho de retracto y en su virtud pase a ser propietario de la vivienda familiar (supuesto, claro es, que el arrendamiento sea privativo) están protegidos en todo caso por lo dispuesto en aquel precepto (152).

(150) ¿Cabe que una empresa privativa —porque ha sido adquirida, por ejemplo, con fondos privativos— se instale en un local ganancial? A mi juicio, la respuesta debe ser afirmativa. Obviamente, toda empresa necesita una base física en que asentarse, pero no está dicho que el local o locales en que la empresa se ubique (y no es lícito confundir la empresa con el local o locales que le sirven de soporte territorial) tenga que ser propiedad del empresario o que sobre ellos ostente un derecho arrendaticio. Esto será, por supuesto, lo más frecuente, pero nada excluye que la actividad empresarial se desempeñe en un local cuyo goce se ha cedido gratuitamente. Esto es lo que acontecerá normalmente si la empresa fundada por un cónyuge a sus expensas se explota en un local ganancial, ya se trate de un local en propiedad o de un local arrendado. Esta circunstancia no convertiría la empresa en ganancial.

(151) Cfr. SANZ, *Ob. cit.*, pág. 305, opinión que recoge GIMÉNEZ DUART. *Ob. y lug. últ. cits.*

(152) GIMÉNEZ DUART (*Ob. y lug. últ. cits.*) aduce, además, que en los supuestos de separación, nulidad y divorcio, el juez goza de plenas facultades para determinar cuál de los dos esposos debe continuar utilizando la vivienda familiar, independientemente de la titularidad dominical o arrendaticia de la misma. Ahora bien, yo no acabo de ver qué relación guarda una cosa con la otra. Que el juez ordene que el cónyuge no arrendatario continúe en la vivienda familiar podrá constituir una anomalía dentro del desarrollo normal de la relación arrendaticia (anomalía relativa, porque el hecho de que sea solo uno de los cónyuges con el que se contrató el arriendo no excluye, claro está, que con él convivan sus familiares e incluso que, en las hipótesis límite a que se refiere GIMÉNEZ DUART, que sean sólo ellos quienes continúen habitando la vivienda) pero, en todo caso, las previsiones y disposiciones judiciales nada tienen que ver ni con la titularidad del derecho arrendaticio ni con los derechos de tanteo y de retracto que le son inherentes. Aunque el cónyuge expulsado del hogar los ejercitare, el otro cónyuge y los hijos podrían seguir usando la vivienda, tal como ocurriría si la misma fuera propiedad del primero por causa distinta al ejercicio del derecho de retracto.

GIMÉNEZ DUART invoca, asimismo, los artículos 1.320, 1.357-2 y 1.406 del Código civil. La cita, a mi juicio, es improcedente porque no prueba lo que el autor pretende. El artículo 1.320 no se opone, según se ha puesto ya de relieve, a que el derecho arrendaticio (privativo) sobre la vivienda habitual se transforme en derecho de dominio merced al retracto, pues la protección

Respecto del retracto arrendaticio sobre fincas rústicas se ha alegado (153) que «si la beneficiaria de los rendimientos económicos del arrendamiento era la sociedad de gananciales, parece que, en principio, ella debe ser la adquirente de la propiedad». El argumento no tiene, a mi modo de ver, mucha consistencia. Por una parte, aunque el arrendatario adquiera en propiedad privativa la finca objeto del arriendo, si ejercita el retracto, no por eso los rendimientos de la explotación agrícola dejarán de ser gananciales. Por otra, apurando el razonamiento, podría llegarse a la absurda conclusión de que dado que los frutos de los bienes son siempre gananciales, aquellos bienes también deberían, asimismo, hacerse comunes.

Se ha dicho también (154) que en el retracto arrendaticio se concede un derecho de adquisición nuevo (sic) que va a dar lugar a la adquisición de un derecho de dominio que de algún modo es «extensión» del derecho anteriormente existente. La verdad es que no acierto a ver qué influencia pueda tener este dato sobre la naturaleza privativa o ganancial de la cosa que se adquiere merced al ejercicio del retracto. Que no haya extensión de un derecho que previamente reside en el patrimonio del titular del retracto sino adquisición de un derecho completamente nuevo es algo que, en rigor, ocurre siempre que se ejercita un retracto. En algunos esto es totalmente indiscutible. Así, en el de colindantes se adquiere «ex novo» una finca que antes no pertenecía al retrayente y en modo alguno cabe imaginar que el derecho de dominio que se adquiere sobre la parcela de cabida inferior a una hectárea, objeto del retracto, es una extensión o prolongación del derecho de propiedad que ya se tenía sobre la tierra colindante. Una cosa es que el derecho de retracto en sí mismo sea un derecho inherente a la propiedad de una cosa o a la titularidad de un derecho y otra que lo adquirido sea extensión del derecho base.

En conclusión, pues, estimo que los retractos arrendaticios no constituyen una excepción a lo dispuesto por el artículo 1.346-4 del Código civil. Eso no quiere decir que sea fácil discernir cuando la cosa adquirida merced al retracto se hace privativa o ganancial porque tampoco lo es puntualizar cuándo el derecho arrendaticio tiene una u otra naturaleza. La dificultad es tanto mayor cuanto que, como se ha

que se dispensa al cónyuge es independiente de la naturaleza del derecho que faculta para ocupar esa vivienda. El artículo 1.357-2 se limita a establecer una excepción a lo dispuesto en el párrafo primero, de modo que si la vivienda la adquirió uno de los cónyuges con precio aplazado antes de casarse y parte del precio se paga después con dinero ganancial, dicha vivienda, en lugar de pertenecer exclusivamente al cónyuge comprador, pertenecerá proindiviso a éste y a la sociedad de gananciales, conforme al artículo 1.354, al que se remite el 1.357-2. Por último, el trato especial que el artículo 1.406 otorga a la vivienda familiar es ajeno a nuestro problema. El precepto presupone que la vivienda pertenece a la comunidad (por eso se incluye en el haber líquido partible), pues si fuese arrendada habría que aplicar las disposiciones pertinentes de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en particular si la sociedad se disuelve por muerte de uno de los cónyuges.

(153) Vid. SANZ, *Ob. cit.*, pág. 305.

(154) Ver igualmente SANZ (*Ob. y lug. últ. cit.*).

subrayado con acierto (155), un tema no resuelto por el Código civil es el de la naturaleza de los arriendos, en particular el de inmuebles. Los artículos 1.346 y 1.347 están redactados pensando en cosas o derechos sobre ellas; a lo más en derechos de crédito, pero no en posiciones contractuales mixtas de obligación y derecho, como la del arrendatario obligado a pagar la renta.

Ante todo, parece que si el contrato de arrendamiento se celebró por uno de los cónyuges antes de casarse (o antes de comenzar la sociedad) el derecho arrendaticio debe reputarse privativo de ese cónyuge, e igualmente si lo adquirió a título lucrativo (por ejemplo, en el caso de cesión de vivienda a que se refieren los artículos 23 y sigs. de la Ley de Arrendamientos Urbanos) o en los eventos de subrogación o sucesión mortis causa en el arriendo (156). Pero excepción hecha de esos supuestos y, en particular, si el contrato de arrendamiento se concertó durante la vigencia de la sociedad de gananciales, dilucidar si el derecho arrendaticio es privativo o ganancial o en qué casos asume uno u otro carácter, constituye una tarea sumamente ardua, salvo que el contrato lo hayan concertado conjuntamente el marido y la mujer, pues entonces parece claro que el arrendamiento será ganancial. No obstante, en la práctica, los arrendamientos suele otorgarlos con el arrendador, solamente uno de los cónyuges (157).

¿Qué calificación debe ser atribuida a estos arrendamientos concertados durante el matrimonio por uno solo de los cónyuges? Una interpretación, a mi modo de ver superficial, de algunas sentencias del Tribunal Supremo, podría llevar a la conclusión, mediante un proceso de generalización exageradamente simplista, de que el derecho arrendaticio derivado de esos arriendos es siempre privativo. En efecto, el Alto Tribunal tiene dicho que, no obstante haberse celebrado el arrendamiento constante el matrimonio, el cónyuge del esposo contratante no es coarrendatario. Se pronuncian en ese sentido las sentencias de 24 de febrero de 1956, 21 de marzo de 1957 y de 11 y 13 de diciembre de 1971. En las cuatro se niega que los herederos del cónyuge del arrendatario tengan derecho a subrogarse en el arrendamiento de

(155) Vid. LACRUZ, *Derecho de familia*, cit., pág. 420.

(156) Se ha objetado, sin embargo, que si se trata de arrendamientos sujetos a prórroga forzosa y si la prórroga se ejercita durante el matrimonio, «el derecho se separa mucho del primitivamente pactado o adquirido y pasa, casi por completo, a ser un derecho adquirido durante el matrimonio y a tener carácter ganancial». (Cfr. SANZ, *Ob. cit.*, pág. 306). A mi juicio, esta apreciación es inexacta. El derecho a la prórroga legal integra el contenido del derecho arrendaticio (siempre que se trate de un derecho que goce de aquel beneficio) y, por consiguiente, no cabe sostener que el derecho del arrendatario —originariamente privativo— ha dejado de serlo para convertirse en ganancial.

(157) Téngase en cuenta, además, que tratándose de arrendamientos de fincas rústicas el arrendatario debe ser un profesional de la agricultura, según establece el artículo 14 de la Ley de Arrendamientos Rústicos (el artículo 15 especifica cuáles son las personas o entidades que tienen ese carácter), condición que concurrirá generalmente en uno de los cónyuges y no en los dos, aunque tampoco quepa descartar esa hipótesis sobre todo si se trata de familias campesinas modestas.

un local de negocio y ello precisamente porque no suceden al titular del derecho arrendaticio (es decir, al cónyuge que celebró el arriendo), sino a su consorte que es extraño a la relación de arrendamiento y no tiene, por tanto, y como ya se ha indicado, la condición de coarrendatario (158).

(158) La sentencia de 24 de febrero de 1956 negó a dos hermanas de la esposa del arrendatario, que había continuado en el local porque era su única heredera, el derecho a suceder en el arriendo. Las hermanas, que a su vez eran herederas de la mujer del arrendatario, entendieron que su causante no había sucedido en el arriendo porque, al ser éste ganancial, aquélla había sido «ab initio» arrendataria juntamente con su marido. Consecuentemente, invocaron el artículo 73 de la Ley de 1946 (recuérdese que ese precepto sólo autorizaba una subrogación en favor del heredero o socio). El Tribunal Supremo rechaza este planteamiento. La sentencia nos dice que «a la mujer, miembro de la especial sociedad de gananciales, carente de propia personalidad, igual que al socio de cualquier sociedad contractual de ganancias, en las que sólo se ponen en común y reparten éstas..., ninguna participación le corresponde en la titularidad de los medios o instrumentos utilizados por cada socio para producirlas o lograrlas, la cual (la titularidad), pese al vínculo social, continúa perteneciendo privativamente a quien la tenía o la tenga individualmente —actividad personal o trabajo, bienes propios parafernales dotales de la mujer y capital del marido en caso de sociedad matrimonial— y menos en la constituida por contratos de suyo personales, cual el de arrendamiento, que, al generar como todos los conmutativos y bilaterales, una deuda inseparable del crédito de cada uno de los contratantes, intransmisible sin el consentimiento del acreedor, deudor de la correspondiente contraprestación, no puede, sin dicho consentimiento, ser transmitida por acto privado *intervivos* ni *mortis causa*, ni liga a los que en su celebración no intervinieron como partes, como no intervino la mujer de quien, en concepto de arrendatario, lo suscribió, a la cual no puede estimársele contratante o coarrendataria». En esta circunstancia, fundada en el hecho de que es imposible desligar el bien adquirido como consecuencia del contrato de la relación contractual, radica la única razón válida que justifica la solución adoptada por el Tribunal Supremo en esta ocasión. Las demás afirmaciones que se han transcrito, aun haciendo caso omiso de la poco afortunada redacción del considerando que las formula, son innecesarias (constituyen, por tanto «obiter dicta») y, además, inexacta. Así, la sentencia parece olvidarse de que entre los medios o instrumentos utilizados por cada socio para obtener ganancias se cuentan también esas mismas ganancias en cuanto pasan a formar parte del patrimonio común, cuya existencia parece desconocer el Tribunal Supremo en esta ocasión, acaso por confundir gananciales con ganancias, equívoco en el que incurrir, más o menos conscientemente, los que niegan que la sociedad de gananciales sea una verdadera comunidad. Porque gananciales (en presente) son los bienes enumerados por el artículo 1.347 del Código civil o a los que se atribuye esa condición en otros preceptos, mientras que las ganancias constituyen un concepto económico sólo determinable cuando la sociedad se disuelve. No es de recibo tampoco aseverar, aunque sea de pasada, que en todos los contratos conmutativos y bilaterales, no hay más titularidad que la del cónyuge contratante, olvidando, como se ha puesto de relieve en diferentes pasajes de este trabajo, que una cosa es la titularidad de la relación contractual y otra la propiedad de los bienes o derechos adquiridos como consecuencia de un contrato (aunque sea conmutativo y bilateral, como la compraventa, por ejemplo), distinción que se borra hasta cierto punto en ciertos supuestos especiales como el arrendamiento o la sociedad.

La sentencia de 23 de marzo de 1957 versó sobre un caso parecido. El causante había adquirido un local de negocio por traspaso y fallecida también su mujer los herederos de la misma sostuvieron que el arrendamiento

Las conclusiones del Tribunal Supremo son correctas (159) por dos razones. En primer lugar, porque efectivamente la titularidad de la relación contractual la ostenta solamente el cónyuge contratante (cualquiera que sea el contrato que se celebre y no sólo el de arrendamiento), lo que no obsta a que pueda distinguirse la propiedad o titularidad del bien o derecho adquirido y la condición de parte en el contrato. Acontece, como se significó más atrás (160), que en ciertos supuestos el derecho que se adquiere está tan íntimamente ligado a la relación contractual que es inescindible de la misma. Esto ocurre cabalmente en el arrendamiento. En segundo término, el arrendamiento regido por las leyes especiales, al menos, está sujeto a un régimen también especial respecto de la sucesión mortis causa del derecho arrendaticio, régimen que debe ser necesariamente respetado y en el que no puede interferirse para desvirtuarlo la calificación que, desde el punto de vista de las relaciones entre el arrendatario y su cónyuge, merezca aquel derecho.

Estas dos razones postulan que, de cara al arrendador, no haya más arrendatario que el cónyuge con quien contrató. Mas fuera de las relaciones entre arrendador y arrendatario y si el tema se desplaza al de las relaciones de los cónyuges entre sí, no hay motivos suficientes para negar que el derecho arrendaticio sea, o pueda ser, ganancial. Sólo ignorando cuál es el fundamento de que se niegue al cónyuge del arrendatario la condición de tal, y en virtud de una simplificación a

correspondía a la sociedad de gananciales constituida por el arrendatario y su mujer, por lo que no podía admitirse que la mujer, muerto el marido, fuera arrendataria por ningún título de sucesión, sino por su propio derecho y por lo tanto su herederos, como primeros sucesores de la misma, tenían derecho a advenir arrendatarios. El Tribunal Supremo, después de señalar que esta alegación supone introducir una cuestión nueva, dice que aun dando por probadas las afirmaciones del recurrente «ello ninguna influencia podría tener en la cuestión que se discute, toda vez que el contrato de arrendamiento se celebró entre el arrendador y D. como arrendatario y tal título es el único que puede regir las relaciones entre los que lo celebraron sin que sus relaciones económicas conyugales puedan afectarlas, ya que en cuanto a las mismas cada parte tiene respecto de la otra la condición de tercero».

Las sentencias de 11 de diciembre de 1971 y de 13 de diciembre de 1971 no aceptan que el hijo de la esposa del arrendatario pueda invocar los derechos a la sucesión en el arriendo viviendo el arrendatario. En el caso de que se ocupó la primera de las dos sentencias citadas, al quedarse viudo el arrendatario, se adjudicó a un hijo adoptivo del matrimonio el negocio ubicado en un local arrendado juntamente con dicho local, y en el contemplado por la segunda, el arrendatario cedió al heredero de su esposa, que supuestamente había sucedido en la participación de ésta, la que a él le correspondía. La pretensión de los subrogados se fundó en el hecho de que al haberse celebrado el arrendamiento constante el matrimonio el derecho arrendaticio era ganancial y correspondía al marido contratante y a la mujer, coarrendataria. El Supremo niega que la esposa del arrendador, que no es parte en la relación arrendaticia, sea efectivamente cotitular con su marido del derecho de arrendamiento.

(159) No en cambio su fundamentación que sólo es aceptable en parte como se ha puesto de relieve en la nota anterior.

(160) Ya se ha advertido en la nota en que se comenta la sentencia de 24 de febrero de 1956, pero no importa repetirlo.

todas luces improcedente, podría concluirse que el derecho arrendaticio dimanante de un contrato de arrendamiento celebrado por uno solo de los cónyuges es siempre un derecho privativo de ese cónyuge.

La conceptualización del derecho arrendaticio como ganancial, y sin perjuicio de que frente al arrendador no haya más arrendatario que el esposo que con él concertó el arrendamiento, es rica en consecuencias prácticas: Así, cuando el derecho arrendaticio puede ser cedido a título oneroso (por ejemplo, el derecho arrendaticio sobre locales de negocio) el precio que se obtenga por la cesión será ganancial. Lo mismo sucederá con las indemnizaciones o compensaciones que se abonen al inquilino o arrendatario no sólo en los casos en que proceda legalmente denegarle la prórroga forzosa, sino también cuando se llegue a un acuerdo negociado en virtud del cual el arrendatario se comprometa a dejar libre y a disposición del arrendador la cosa arrendada antes del plazo contractual o renunciando al derecho que la ley le concede a prorrogarlo (161). En los casos en que se permita la cesión (sea onerosa o gratuita) creo que el arrendatario tendrá que contar con el consentimiento de su cónyuge o autorización judicial, pues las limitaciones que pudieren afectar al titular del derecho arrendaticio para disponer del mismo es cuestión ajena a sus relaciones con el arrendador (162). Por último, y justamente ante el tema que ha dado lugar a esta disgresión, es decir, el relativo al carácter privativo o ganancial de los bienes arrendados en ejercicio de los derechos de tanteo y retracto que conceden al arrendatario las leyes especiales, es fundamental que el derecho arrendaticio se considere ganancial. En tanto lo sea, tendrá ese carácter el bien adquirido al ejercitar el consiguiente derecho de adquisición preferente (163).

(161) Como dicen Díez PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho civil*, Madrid, 4.ª ed., 1983, vol. II, pág. 432) la renuncia prohibida por la Ley de Arrendamientos Urbanos (vid. art. 6.º) es la renuncia en el contrato de arrendamiento. La Ley no permite estipulaciones por las cuales el arrendatario no adquiera los derechos que como contenido de la relación jurídica se incorporen a su patrimonio. Pero no prohíbe que se renuncie al ejercicio de los mismos una vez que se dan los supuestos de hecho para ello. No es lo mismo renunciar en el contrato al beneficio de la prórroga legal, que comprometerse con el arrendador, estando ya el contrato bajo aquella prórroga, a dejar libre la vivienda o local de negocio en una fecha determinada. Lo primero es ilegal; lo segundo, válido y permitido. Esta es también relativamente a la prórroga forzosa la doctrina del Tribunal Supremo reiterada en numerosas sentencias. Vid. por, ejemplo, las de 4 de marzo de 1955, 18 de noviembre de 1957, 26 de enero de 1966, 28 de junio del mismo año, 31 de octubre de 1968 y 18 de junio de 1969.

(162) En cambio, tal vez se pueda defender que el cónyuge arrendatario —porque aquí sí se trata de un extremo que afecta directamente a la relación arrendador-arrendatario— podrá por sí solo renunciar al contrato, excepción hecha de que objeto del mismo sea la vivienda familiar y percibir la indemnización que se le abone en su caso, lo que no obsta para que las cantidades que en tal concepto perciba pasen a engrosar el patrimonio común. Con todo, la solución afirmativa no es totalmente segura.

(163) También es discutible si la renuncia a ejercitar ese derecho, llegada la ocasión, puede otorgarla por sí solo el cónyuge arrendatario. En favor de la respuesta afirmativa cabe alegar, asimismo, que esa renuncia trasciende igualmente —aunque quizá con menos claridad aquí que si se

Con esto llegamos, pues, al meollo de la cuestión. Supuesta la posible ganancialidad del derecho arrendaticio dentro de los condicionamientos y limitaciones que se han expuesto, ¿cuándo puede decirse que el derecho arrendaticio derivado de un contrato celebrado por uno solo de los cónyuges durante el matrimonio tiene carácter privativo o carácter ganancial?

Hasta donde se me alcanza la doctrina no ha prestado mucha atención a este problema. Se ha apuntado un criterio que parece subordinar la solución al destino que se dé a los bienes arrendados. Así, se ha dicho (164) que «habrá que examinar si se trata de arriendos que son consecuencia de actividades propias y puramente personales, como el local para el ejercicio de la profesión, cuyo derecho de inquilinato sin duda es privativo, o bien de actividades emprendidas a costa de los bienes comunes, como el arrendamiento de un local para la empresa que se inicia constante el matrimonio. Consorcial debe ser también el arriendo de la vivienda familiar, y de la finca rústica que trabaja la familia, ambos celebrados durante la sociedad de gananciales».

A mi modo de ver, este criterio no sólo carece de apoyo en el derecho positivo sino que, incluso, prescindiendo de este factor, sin duda decisivo, tampoco se justifica suficientemente en atención a otras razones. No se acaba de comprender porqué el arrendamiento de un local, para que en él uno de los cónyuges ejerza su profesión, deba reputarse privativo y que, en cambio, se considere ganancial el de otro local para una empresa que se inicia constante el matrimonio, siendo así que en este último caso cabe que la empresa sea privativa (si se funda a expensas de bienes privativos según se desprende «sensu contrario» del artículo 1.347-5 del Código civil) y, en ambos supuestos, los rendimientos que se obtengan mediante la explotación del negocio o el ejercicio de la profesión serán gananciales. Tampoco se advierte cuál pueda ser el motivo que mueve a calificar de «consorcial» el arriendo de la vivienda familiar celebrado durante el matrimonio, ya que dicha vivienda puede instalarse en la que pertenezca en propiedad o en arrendamiento a uno de los cónyuges, como demuestra el artículo 1.320. Finalmente, que los rendimientos obtenidos mediante el arrendamiento de una finca rústica sean gananciales no justifica, obviamente, que por ello el derecho arrendaticio consiguiente sea necesariamente ganancial, incluso aunque en las labores del campo colaboren con el arrendatario sus familiares.

En realidad, y como ya se ha recordado, el Código civil no se ha pronunciado sobre la naturaleza privativa o ganancial del derecho arrendaticio. Admitido que éste puede ser privativo o ganancial, siempre que se trate de arrendamientos celebrados por uno de los cónyuges durante la vigencia de la sociedad, parece que el único medio es recurrir a los principios generales. Y el único principio que aquí cabe

trata de renunciar al contrato— a la relación que liga al propietario o arrendador con el inquilino o arrendatario. Por supuesto, si se trata de vivienda familiar, la renuncia tendrá que ser consentida por el cónyuge. Cfr. artículo 1.320 del Código civil.

(164) Vid. LACRUZ, *Ob. cit.*, pág. 420.

invocar es justamente el que atiende al juego de la subrogación real. Mas, ¿cómo aplicar ese principio cuando se trata del derecho arrendaticio?

A primera vista, es por lo menos tentador pensar en el artículo 1.356 del Código civil para aplicarlo analógicamente. Dice el precepto que los bienes adquiridos por uno de los cónyuges, constante la sociedad, por precio aplazado, tendrán naturaleza ganancial si el primer desembolso tuviera tal carácter, aunque los plazos restantes se satisfagan con dinero privativo. Si el primer desembolso tuviere carácter privativo, el bien será de esta naturaleza. Luego la analogía permitiría solventar el problema atribuyendo naturaleza ganancial o privativa al derecho arrendaticio según que la primera renta satisfecha tuviera uno u otro carácter (165).

Creo, no obstante, que la analogía es más bien engañosa. Porque el derecho arrendaticio está inserto y forma parte de una relación jurídica nacida del contrato de arrendamiento desde que nace hasta que muere; en la compraventa, por el contrario, el efecto cardinal para el comprador, o sea, la adquisición de la cosa comprada, persiste aún después de que la relación jurídica contractual que liga al vendedor con el comprador ha agotado su ciclo vital, es decir, una vez que el precio ha sido totalmente satisfecho y no cabe ejercitar (porque no se dan sus presupuestos o porque han prescrito) las demás acciones derivadas del contrato.

Habría que pensar, por consiguiente, en otra manera, también lícita a mi juicio, de entender el principio de subrogación real. Podría sostenerse que el arrendamiento otorgado por uno de los esposos vigente la sociedad será ganancial siempre que la obligación de pagar la renta puede hacerse efectiva directa e incondicionalmente sobre los bienes gananciales y sea, además, carga de la sociedad. Ciertamente, procediendo de este modo la solución del problema se desplaza hacia otro cuya solución tampoco es diáfana, porque el Código civil, ni siquiera después de reformado, distingue con nitidez lo que son cargas de la sociedad de gananciales y lo que constituyen obligaciones de las que responde frente a los acreedores el patrimonio común (166).

De acuerdo con este criterio cabría, no sin alguna reserva, atribuir carácter ganancial al derecho arrendaticio cuando uno de los esposos,

(165) Por supuesto y sin perjuicio de lo que se dice en el texto a continuación, si toda la renta se satisface de una vez al concertar el contrato, la naturaleza ganancial o privativa del arriendo dependerá de la procedencia de la contraprestación, al menos si se trata de arriendos que no están sujetos a la prórroga legal. No se trataría aquí de aplicar por analogía el artículo 1.356 sino directamente el principio de subrogación real, que en este caso no admite matizaciones.

(166) Además y como dice LACRUZ, el Código civil, por exigencias de la seguridad del tráfico, grava a veces el patrimonio consorcial frente a terceros con deudas que no constituyen carga de la sociedad. Por tanto, entre las deudas que gravan el patrimonio común, hay que distinguir dos clases: las que definitivamente deben quedar de cargo del mismo y las que, en la relación entre cónyuges, han de ser abonadas exclusivamente por uno de ellos. (Vid. LACRUZ, *Derecho de familia*, cit., pág. 422).

constante la sociedad, haya arrendado un local u oficina para ejercer en ellos su profesión u oficio; el arrendamiento de una finca rústica por parte de un profesional de la agricultura (167); aquél que tenga por objeto un local de negocio para ejercer una actividad mercantil; o el arrendamiento de la vivienda familiar.

En los dos primeros casos, la obligación de pagar la renta puede considerarse contraída en el ejercicio ordinario de una profesión, arte u oficio, y el supuesto encajaría en la previsión del artículo 1.365-2 del Código civil. En el tercero (arrendamiento de un local de negocio que se adscribe a una empresa mercantil) parece que la obligación de pagar la renta es una más de las que se contraen en el ejercicio del comercio, puesto que el local se pone al servicio de la actividad mercantil del cónyuge comerciante, actividad que se ejerce por medio del local y, si esto es así, del pago de las rentas responderán los bienes comunes, o por lo menos aquéllos adquiridos a las resultas del ejercicio del comercio, siendo indiferente, relativamente a esa responsabilidad, que se trate de una empresa privativa o ganancial (168).

Por último, el arrendamiento de la vivienda familiar, celebrado asimismo por uno de los cónyuges cuando ya rige el sistema legal, es decir, la sociedad de gananciales, puede considerarse comprendido, aunque no sin una cierta dosis de buena voluntad, en el artículo 1.319 del Código civil (al que igualmente se remite el 1.365), pues una necesidad no sólo ordinaria sino primaria de la familia es tener un hogar donde cobijarse, y aunque el artículo 1.319 no es precisamente un modelo de claridad (particularmente en lo que atañe a cuál de los cónyuges está legitimado para llevar a cabo los actos a que se refiere) parece que no debe haber problemas en este caso si el cónyuge no arrendatario accede a instalarse en la vivienda alquilada por el otro.

(167) Recuérdese que según la Ley de 31 de diciembre de 1980 sólo pueden ser arrendatarios de fincas rústicas sujetos a dicha Ley los profesionales de la agricultura.

(168) Cfr. art. 6 y sigs. del Código de comercio a los que se remite el artículo 1.365 «in fine» del Código civil. De esos preceptos se sigue la plena responsabilidad de todos los gananciales si el cónyuge comerciante ejerce el comercio con el consentimiento expreso o presunto de su consorte, lo que normalmente ocurrirá la mayor parte de las veces, aunque no siempre como cree equivocadamente GIMÉNEZ DUART, pues, evidentemente y a pesar de lo dispuesto por el artículo 1.383 (deber de información), cabe que no se cumpla lo dispuesto por ese artículo y que el cónyuge del comerciante ignore (por ejemplo, en casos de separación de hecho) que su consorte se está dedicando al ejercicio del comercio, aparte de que siempre cabrá la oposición expresa y la revocación también expresa del consentimiento presunto. (Vid. GIMÉNEZ DUART, *Cargas y obligaciones del matrimonio*, en *Revista de Derecho Privado*, 1982, págs. 548 y 549). Por otra parte, del artículo 8 del Código de comercio se desprende que los gananciales (en su totalidad o en parte) responden de las deudas contraídas por uno de los cónyuges en el ejercicio del comercio aunque aquél hubiere iniciado, antes de casarse, su actividad como tal comerciante. Por eso se ha dicho en el texto que la obligación de pagar la renta del local arrendado gravita sobre el patrimonio común abstracción hecha de que la empresa sea o no privativa.

Acaso se objete que, aún dando por supuesto que de las rentas de los arrendamientos mencionados deban responder los bienes comunes, ese dato no puede ser decisivo porque también responderán los bienes del cónyuge arrendatario. Dispone el artículo 1.369 del Código civil que de las deudas de un cónyuge que sean, además, deudas de la sociedad responderán también solidariamente los bienes de ésta. La objeción puede superarse si se acepta que el pago de las rentas constituye no sólo una deuda que puede hacerse efectiva sobre los gananciales sino, además, una carga de la sociedad, lo que lleva a la conclusión de que, en último término, es el patrimonio común el que debe soportar el gasto, pues si la renta fuese pagada por el cónyuge arrendatario con dinero propio o si se ejecutasen sus bienes privativos para que el arrendador haga efectivo su crédito, tendrá un derecho de reembolso contra la sociedad a tenor del artículo 1.364. La cuestión está, pues, en dilucidar si el pago de dichas rentas encaja no sólo en los supuestos fácticos contemplados por el artículo 1.365 conforme a lo antes dicho, sino también en el artículo 1.362, en el que se especifican cuáles son las cargas de la sociedad. Y, en efecto, si comparamos el artículo 1.362 con el 1.365 advertiremos que también el pago de las rentas de los arrendamientos indicados encuentran acomodo en el artículo 1.362. Así, las cantidades que deban pagarse por el arriendo de una oficina, de un local de negocio o de una finca rústica, pueden considerarse comprendidos en el apartado 4.º del artículo 1.362 que considera carga de la sociedad «la explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge» (169). Finalmente, ninguna duda puede haber acerca de que la renta o merced que se pague por la vivienda familiar es carga de la sociedad y está comprendida en el número 1.º del citado artículo 1.362 (170).

(169) La expresión «explotación regular de los negocios» en la medida en que se destaca y diferencia del «desempeño de una profesión, arte u oficio» sólo puede aludir, parece, a la explotación de una empresa mercantil, al ejercicio del comercio, en suma. El precepto, desde este punto de vista, reviste excepcional importancia por cuanto permitirá al cónyuge que haya satisfecho las obligaciones que sean consecuencia de la explotación regular (por tanto, las que se contraigan dentro de los límites de una ordenada gestión de la empresa según sus dimensiones y características) con fondos propios repetir su importe del activo ganancial o al menos de los bienes adquiridos «a las resultas del comercio».

(170) Tal vez se pretenda que puesto que el pago de esas rentas constituye no sólo una obligación que puede hacerse efectiva sobre los bienes comunes sino, además, una carga de la sociedad, los derechos arrendatarios derivados de los arrendamientos consiguientes deberían reputarse siempre gananciales, incluso aunque el contrato se hubiera celebrado antes de la vigencia de la sociedad. A mi juicio se trataría de una conclusión precipitada. Porque del propio Código se desprende que si un bien o derecho ha sido adquirido por uno de los cónyuges antes de casarse o antes de pactar el régimen de gananciales ese bien es siempre privativo. Así resulta no sólo de la declaración general del párrafo 1.º del artículo 1.346 al decir que son privativos de cada cónyuge «los bienes y derechos que le pertenecieren al comenzar la sociedad» sin que se registre ninguna excepción a esa regla sino que además el artículo 1.357 viene a confirmarlo al disponer que los bienes comprados a plazos antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter

De lo dicho se desprende, pues, que la inmensa mayoría de los arrendamientos celebrados por uno de los esposos constante el régimen de la sociedad legal de gananciales dará lugar a un derecho arrendaticio que será también ganancial. Hasta el punto que es difícil representarse alguna hipótesis en que ciertos arriendos puedan ser privativos porque la obligación de pagar la renta no pueda imputarse incondicionalmente al patrimonio común ni sea carga de la sociedad. Habrá que pensar en hipótesis extremas o que respondan a situaciones anómalas o propias de la patología matrimonial. Así, podrían considerarse privativos el arriendo de una vivienda para el cónyuge que abandona la familia y se desentende de ella, o el concertado por el marido (o por la mujer) que alquila un apartamento para verse secretamente con su amante (171). En ambos supuestos (especialmente en el segundo), es obvio que la obligación de pagar la renta sólo podría hacerse efectiva sobre los gananciales al amparo del artículo 1.373 y en ningún caso puede considerarse carga de la sociedad, hasta el punto que si las rentas fueran satisfechas a expensas de bienes gananciales la sociedad tendría un crédito contra el cónyuge arrendatario. De todo ello se deduce que los arrendamientos privativos serán, por lo general, los concertados por alguno de los esposos antes de casarse o antes de regir la sociedad.

En conclusión, pues, estimo que los retractos arrendaticios no son una excepción a lo dispuesto por el artículo 1.346 del Código civil y aunque presente dificultades discernir cuándo el derecho que sirve de soporte al retracto es privativo o ganancial, una vez confirmada la naturaleza privativa del arrendamiento, la propiedad de la cosa arrendada mediante el ejercicio del tanteo o retracto arrendaticios tendrá, igualmente, carácter privativo.

La aplicación de lo dispuesto por el artículo 1.346 del Código civil no significa que necesariamente el retracto haya de ejercitarse judicialmente. Si el sujeto pasivo del retracto accede a la pretensión del retrayente, y siempre que conste en la escritura que la transmisión tiene su fundamento jurídico en el ejercicio de un retracto que pertenece privativamente al cónyuge adquirente, la propiedad de lo que se adquiera será asimismo privativa y el inmueble deberá inscribirse haciendo constar en la inscripción que tiene ese carácter, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 95-1 del Reglamento. Cuando la ley distingue entre tanteo y retracto el ejercicio del primer derecho —que generalmente tiene lugar extrajudicialmente— determinará una adquisición privativa a condición de que se ponga de relieve que la transmisión se efectúa porque el transmitente ha ofrecido la finca o derecho al adquirente en su calidad de titular del tanteo (172).

privativo (salvo la vivienda familiar a la que se aplica el régimen del artículo 1.354) aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga después con dinero ganancial.

(171) Recuérdese que las actividades inmorales sólo son causa de resolución del contrato de arrendamiento —si el arrendador las invoca para dar por extinguido el arriendo— cuando revistan notoriedad. Cfr. artículo 114-8.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

(172) Coincide en este punto GIMÉNEZ DUART (*Ob. cit.* pág. 123) aunque

Justificar que el derecho de retracto pertenece exclusivamente a uno solo de los cónyuges no ofrecerá en la mayor parte de los casos dificultad. Bastará acreditar, por ejemplo, que el cónyuge que sale al retracto es propietario de una participación indivisa que adquirió con el carácter de bien privativo o que el fundo colindante con el de cabida inferior a una hectárea tiene también esa naturaleza. Sin embargo, la cuestión es más compleja en función de los tanteos y retractos arrendaticios. Por regla general, el derecho de arrendamiento y, por consiguiente, el tanteo y el retracto serán privativos cuando el arrendamiento se haya celebrado con anterioridad a la vigencia de la sociedad de gananciales, como ya se ha dicho. Ahora bien, como casi siempre los arrendamientos se formalizan en simples documentos privados, será difícil acreditar cuál es la fecha en que el arriendo se celebró, dato este esencial si el inmueble adquirido merced al retracto pretende inscribirse como privativo del cónyuge titular del arriendo. De prosperar una interpretación rígida de las normas civiles atinentes a la fehaciencia de la fecha, difícilmente podría inscribirse el bien adquirido por uno de los cónyuges merced al derecho de tanteo o retracto arrendaticios ejercitados extrajudicialmente, salvo que el cónyuge reconozca que el arrendamiento fue anterior a la boda o a la vigencia de la sociedad. En otro caso, sería necesario recurrir al ejercicio judicial del retracto —lo cual parece absurdo— en la medida en que en el proceso se dé por probada la fecha del contrato. En la práctica —es bueno tener presente este dato— la existencia del arriendo a efectos registrales, cuando se ejercita el derecho de tanteo o se renuncia a este derecho y al de retracto, se estima acreditada con la simple manifestación del arrendador y del arrendatario y la presentación, no siempre exigida, del contrato de arrendamiento. En último término, pienso que la antigüedad del arrendamiento podría acreditarse por medio de un acta de notoriedad.

¿Cabe, en los casos de que se acaba de hacer mérito (el propietario accede al retracto o la transmisión se ejercita mediante el simple ejercicio del tanteo), que la adquisición, no obstante ser privativo el derecho de adquisición preferente, se realice para la sociedad de gananciales si así lo acuerdan ambos cónyuges que comparecen en la escritura como adquirentes o compradores? (173). A primera vista, parece

el autor excluye el tanteo arrendaticio, pues, para él, como se ha visto, el ejercicio del tanteo o del retracto por parte del inquilino o arrendatario da lugar siempre a una adquisición de carácter ganancial.

(173) Téngase en cuenta que el ejercicio del tanteo o del retracto exige disponer de numerario. Que éste pueda ser ganancial sin que ello obste al carácter privativo de la adquisición es una cuestión; otra que el cónyuge titular del tanteo o del retracto puedan disponer de dinero ganancial en cantidad suficiente si carece de dinero privativo. El supuesto no encaja en el previsto por el artículo 1.382. Quiere decirse que el esposo que desee ejercitar el tanteo o el retracto no podrá exigir que se le anticipe el numerario ganancial —como dice el precepto— que necesitare. Por tanto, para disponer de fondos gananciales a fin de ejercitar su derecho si no tiene dinero propio ni tiene en su poder efectivo ganancial bastante del que pueda disponer con arreglo a lo prescrito por el artículo 1.384, tendrá que llegar a un acuerdo

que la respuesta debiera ser afirmativa, pues podría invocarse el artículo 1.355. Si los cónyuges, de común acuerdo, pueden atribuir carácter ganancial a un bien adquirido a expensas de fondos privativos, haciendo caso omiso del principio de subrogación real, podría sostenerse que el acuerdo ha de reputarse válido aun referido a un bien adquirido merced al ejercicio de un derecho de tanteo o de retracto, en particular si en virtud del acuerdo se vuelve a otorgar primacía al principio de subrogación real, caso de que el dinero invertido en la adquisición sea ganancial.

Sin embargo, un análisis más detenido del supuesto, exige alguna aclaración. Desde luego, no hay inconveniente en que el sujeto pasivo del tanteo o del retracto acceda a transmitir la finca o derecho conjuntamente al cónyuge titular y a su consorte, y es claro que cuando así suceda el bien será ganancial y deberá inscribirse con ese carácter si media el acuerdo expreso o tácito a que se refiere el artículo 1.355 si se manifiesta que los cónyuges adquieren a costa del caudal común y para la comunidad, o simplemente, si figurando como adquirentes ambos cónyuges nada se dice sobre la procedencia del dinero. Mas lo que acontece en tales hipótesis es que la transmisión ya no se realiza merced al ejercicio del tanteo o del retracto. El ejercicio de estos derechos, aunque puede tener lugar extrajudicialmente, exige que efectivamente se ejercite, valga la redundancia, o, para decirlo de otro modo, que se haga constar que la transmisión tiene lugar a consecuencia o como efecto del tanteo o del retracto. Pero esto sólo ocurre si, además de mencionarse la razón a que la transmisión obedece, aquélla se efectúa precisamente a favor del titular del derecho de adquisición preferente, porque sólo el titular de un derecho es el que lógicamente puede ejercitarlo. Luego la transmisión efectuada a favor del retrayente y de su cónyuge, aunque la negociación se haya iniciado con ocasión de ejercitar el retracto, habrá derivado después hacia una transmisión desvinculada de ese ejercicio. La distinción no es baladí. Precisamente porque no hay ejercicio del tanteo o del retracto, los adquirentes no quedarán sujetos a las prohibiciones temporales de disponer que afectan a quien adquiere una cosa en virtud de un derecho de retracto (o de tanteo) legal.

Al margen del tanteo y del retracto existen otros derechos de adquisición que no encajan dentro de aquellas figuras. Ya se vio que los derechos de adquisición (174) pueden ser de tres clases según sean derechos de recuperación, derechos de adquisición de bienes que van a ser o han sido objeto de una enajenación, y derechos de adquisición puros porque ni persiguen una finalidad recuperatoria, ni es una enajenación concertada o consumada el dato de que depende que el derecho pueda ejercitarse. El retracto convencional pertenece al primer grupo y los tanteos y retractos legales al segundo. Mas, en el primero, hay que incluir también el derecho de reversión, por ejemplo, regulado por el artículo 163 de la Ley del suelo, y, en el segundo, el de-

con su consorte. Este puede poner como condición que la adquisición se realice atribuyendo al bien de que se trate carácter ganancial.

(174) Vid. supra, epígrafe II-C.c.

recho de adquisición de la propiedad que concede a ciertos arrendatarios de fincas rústicas el artículo 99 de la Ley de 31 de diciembre de 1980, y el derecho de opción, si bien este último, a diferencia de los dos anteriores, sea de origen voluntario.

En atención a estos derechos la cuestión es ésta: ¿pueden asimilarse los mismos al retracto con objeto de definir como privativo o ganancial el bien adquirido merced a su ejercicio según que el derecho pertenezca solamente a uno solo de los cónyuges?

Pienso que los derechos de adquisición preferente de origen legal, distintos del retracto, deben seguir el régimen prescrito para éstos. Por consiguiente, si la finca expropiada era privativa, en el supuesto contemplado por el artículo 163 de la Ley del Suelo, el derecho de reversión que el número 2 de aquel precepto concede al propietario expropiado debe reputarse igualmente privativo y, consiguientemente, si dicho derecho se ejercita porque se dan las circunstancias que lo permiten, la finca recuperada será privativa, aunque las cantidades que haya sido necesario satisfacer hubieren salido del patrimonio común, y sin perjuicio de que éste deba ser reintegrado en los términos del último párrafo del artículo 1.346 del Código civil.

Paralelamente, debe llegarse a la misma conclusión respecto del derecho de adquisición regulado por el artículo 99 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, siempre que sea posible estimar que el derecho arrendaticio, fuente del derecho de adquisición es, asimismo, privativo, hipótesis posible, según se vio. Así, en el caso de arrendamiento concertado antes de entrar en vigor la sociedad de gananciales.

Más complejo es, quizá, el caso de las adquisiciones que obedezcan al ejercicio de un derecho de opción. Como se ha dicho con acierto (175) la solución depende, en principio, de la tesis que se sustente acerca de la naturaleza de este derecho, problema al que también se aludió anteriormente. De acuerdo con la teoría clásica que diferencia netamente el precontrato del contrato, será el contrato definitivo el que calificará la adquisición. Por lo tanto y supuesto que ese contrato se celebre después del matrimonio, lo adquirido será privativo o ganancial de acuerdo con los principios generales y en atención a la precedencia de los fondos empleados en la adquisición.

Contrariamente, si el contrato de opción se configura como un convenio del que nace la facultad de exigir el cumplimiento de un único contrato ya concertado y cuya eficacia definitiva depende únicamente de que la opción se ejercite, se debe atribuir naturaleza privativa al bien adquirido merced a la opción si ésta se estipuló antes de la vigencia de la sociedad, dado que, como dice la resolución de 7 de diciembre de 1978, «al perfeccionarse el contrato de opción queda ya prestada la declaración negocial suficiente para que se produzca el efecto jurídico perseguido como eventualmente definitivo». Luego si el derecho de opción se adquiere antes del matrimonio (o para ser más exactos antes de que entre en vigor la sociedad de gananciales) ejercitado el derecho, debe entenderse que se opera una transmisión

(175) Cfr. GIMÉNEZ DUART, *Ob. cit.*, pág. 123.

por la sola voluntad del optante, porque la voluntad del dueño de transmitir ya quedó plasmada en la declaración inicial (es decir, en la que se hace al estipular la opción) y el bien debe reputarse privativo, aunque en el momento de ejercitarse la opción rija ya la sociedad legal y el precio se satisfaga con dinero común.

En cambio y siempre dentro de la misma línea de pensamiento, si la opción se conviene después del matrimonio o de estipular el régimen legal, el iter contractual se habrá iniciado una vez en vigor la sociedad de gananciales y, por tanto, la declaración de voluntad del concedente de la opción en el sentido de transferir la propiedad se habrá producido también después de ese momento. En consecuencia, ejercitada la opción, el inmueble adquirido en virtud de la misma será privativo o ganancial según cual sea la procedencia de los fondos invertidos al ejercitarla. Por otra parte y concebida la opción como un pacto que introduce una especial variante en el proceso de formación del contrato principal (176), no puede concederse especial relevancia, bajo la perspectiva desde la cual se examina aquí la cuestión, que la opción se haya otorgado sin que el concedente reciba a cambio una contrapartida en forma de canon o merced, para entender que en ese caso la opción se ha adquirido a título gratuito por lo que pertenece privativamente al optante y es de aplicar por analogía el artículo 1.346-4 del Código civil. El derecho de opción es un derecho de adquisición especialísimo que aparece indisolublemente ligado a un contrato voluntariamente convenido y cuya eficacia definitiva depende de que aquel derecho se ejercite dentro del plazo señalado al efecto. Pero como el proceso adquisitivo tiene su origen en el contrato principal, si éste se ha celebrado (aunque subordinado al ejercicio de la opción) durante la vigencia de la sociedad de gananciales el bien adquirido sólo podrá ser privativo cuando también lo sea el precio que se paga por la cosa (177).

- c) *Bienes que no obstante haber sido adquiridos a costa del caudal común tienen la consideración de privativos por acuerdo de los cónyuges*

Al estudiar el número 1 del artículo 93 del Reglamento vimos que éste se refería, entre otros supuestos, al que es objeto del artículo 1.355

(176) Algunos autores, aunque distinguen entre el contrato principal y el pacto por el que se establece la opción, prefieren hablar, dada la íntima vinculación existente entre el uno y el otro, de contrato con pacto o cláusula de opción. Así, PUIG BRUTAU, *Ob. cit.*, págs. 48 y sigs.

(177) Además y como hace notar GIMÉNEZ DUART (*Ob. cit.*, págs. 123/124) de no seguir el criterio que se defiende en el texto a cualquiera de los cónyuges le resultaría sencillísimo hacerse con un patrimonio privativo a costa del caudal común, sin contar con su consorte y sin perjuicio de los oportunos reembolsos: le bastaría con acudir al expediente de convenir una opción previa sin pago de canon, en lugar de comprar directamente. Claro es, añadido yo por mi cuenta, que para que esa combinación, ciertamente rechazable, sea posible será necesario que el marido o la mujer decididos a valerse de ese expediente, puedan disponer de dinero ganancial en la cantidad suficiente.

del Código civil (178). Ese artículo permite que mediante acuerdo expreso o presunto de los cónyuges se atribuya carácter ganancial a un bien adquirido en todo o en parte con bienes privativos. Pero lo que el precepto no nos dice es si cabe hacer justamente lo contrario, es decir, que el acuerdo consista en atribuir carácter privativo de uno de los cónyuges a un bien adquirido a expensas de fondos comunes (179).

En contra de la validez del acuerdo puede esgrimirse un argumento nada despreciable. Puesto que el artículo 1.355 constituye una excepción al principio de subrogación real, principio llamado a determinar la naturaleza privativa o ganancial de los bienes adquiridos a título oneroso durante la sociedad, su interpretación debe ser restrictiva. Por tanto, no se puede pretender que la autonomía de la voluntad de los cónyuges en este punto vaya más lejos de lo que el artículo 1.355 autoriza expresamente. Mas contra este razonamiento se puede esgrimir otro, para mí más convincente.

La última «ratio» del artículo 1.355 ha de encontrarse en la posibilidad de que se transfieran bienes, a título oneroso o lucrativo, del patrimonio privativo de uno de los cónyuges al patrimonio común, posibilidad que encuentra su fundamento legal en el artículo 1.323, según el cual el marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar toda clase de contratos. Si no se le busca al artículo 1.355 esa explicación, el precepto sería una norma arbitraria y carente de fundamento. Así las cosas, el legislador permite a los cónyuges obtener un resultado parecido al que se obtendría mediante la celebración de un negocio transmisivo típico por medio de un procedimiento más simplificado, el simple acuerdo entre los cónyuges complementado con el derecho al reembolso que el artículo 1.358 concede al esposo a cuyas expensas se realizó la adquisición, derecho renunciabile y que, si fuera efectivamente renunciado, convertiría el acuerdo en una liberalidad.

Ahora bien, como no cabe duda que el artículo 1.323 del Código civil autoriza las transmisiones de signo inverso (180), es decir, del patrimonio ganancial al privativo tendría poco o ningún sentido que no pudieran realizarse, prácticamente, acudiendo al que he llamado procedimiento simplificado, es decir, al acuerdo entre los cónyuges (181). Actuará, asimismo, el artículo 1.358 sólo que también al revés, es decir, será el patrimonio ganancial el que deberá ser reembolsado a costa del patrimonio del cónyuge favorecido por el acuerdo (lo que,

(178) Vid. epígrafe II, B-a.

(179) En la doctrina se registran opiniones discrepantes. Se pronuncia en contra de la aplicación a la inversa del artículo 1.355, GIMÉNEZ DUART (*Ob. cit.*, pág. 121), a favor LACRUZ (*Derecho de familia*, cit. pág. 413). TORRALBA SORIANO (*Comentarios*, cit., II, pág. 1637) aunque parece inclinarse también por la afirmativa no lo hace rotundamente.

(180) Así lo confirma la resolución de 2 de febrero de 1983.

(181) En el fondo el razonamiento que se utiliza en el texto es el que se justifica la viabilidad de los acuerdos posteriores a la adquisición tanto en el supuesto directamente contemplado por el artículo 1.355 como en el inverso, que es el que ahora examinamos.

por otra parte, resulta expresamente autorizado y previsto por aquel artículo), salvo pacto en contrario, perfectamente lícito dado que hoy se admiten las liberalidades entre cónyuges (182).

B) *Inscripción de bienes privativos que se califican de tales merced al principio de subrogación real*

El Código civil hace aplicación de ese principio, respecto de los bienes privativos, en el número 3 del artículo 1.346. Dice el precepto que son bienes privativos de cada uno de los cónyuges «los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos». Al establecer esta regla se ha dicho (183) que el Código aplica el principio conocido con el nombre de subrogación real («res succedit in loco pretii, et pretium in loco rei») el cual funciona para mantener eficazmente la consistencia de cada patrimonio, de modo que el bien nuevamente adquirido, conforme a la regla «subrogatum sapit naturam subrogati», recibe las cualidades que caracterizaban al antiguo, y por eso el Código de acuerdo con los antecedentes históricos admite la subrogación real en el artículo 1.346-3 (184). Antes de la reforma la subrogación real referida a los bienes privativos se manifestaba en los números 3 (al referirse a la permuta) y en el 4 del antiguo artículo 1.396. El precepto había sido criticado por incompleto.

La interpretación del actual artículo 1.346-3 ha suscitado dudas sobre su verdadero alcance, porque habla no sólo de bienes adquiridos «a costa» sino también «en sustitución» de otros bienes privativos. Refiriéndose a este problema se ha escrito (185), planteándolo en sus verdaderos términos, que «para consagrar en nuestro caso ese principio (el de subrogación real), el Código emplea una fórmula que o bien es redundante o bien puede conducir a un importante giro. Dice «a costa o en sustitución». La primera expresión, «a costa», indica el patrimonio que experimenta el sacrificio necesario para realizar la adquisición o, dicho de otro modo, el que experimenta una detracción para que la adquisición sea posible, que es la regla rectora de la subrogación real. La segunda expresión, en cambio («en sustitución») indica la función objetiva de la adquisición dentro del patrimonio o la voluntad

(182) Como quiera que la privatividad de lo adquirido se funda directamente en el acuerdo, éste es eficaz desde que se produce y opera al margen del principio de subrogación real, no procede, parece, exigir para inscribirlo justificación alguna sobre si se ha satisfecho o no el reembolso, ni tampoco acreditar, en su caso, que se ha pagado con fondos privativos del cónyuge favorecido por el acuerdo, aunque así deba ser según resulta del artículo 1.358. Lo contrario acontecería si la transmisión del patrimonio común al privativo tuviera lugar merced a una compraventa. Vid. también en este sentido la ya citada resolución de 2 de febrero de 1983.

(183) Cfr. DÍEZ PICAZO - GULLÓN, *Sistema*, cit., IV, pág. 229.

(184) Cfr. LACRUZ (*Derecho de familia*, cit., pág. 362). Por lo demás, que el artículo 1.346-3 recoge el principio de subrogación real aplicándolo a los bienes privativos es cosa admitida generalmente en la doctrina. Vid., por ejemplo, TORRALBA SORIANO (*Comentarios*, cit., II, pág. 1589), MARTÍNEZ CALCERRADA (*Ob. cit.*, pág. 201), GIMÉNEZ DUART (*Ob. cit.*, pág. 120), etc.

(185) DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Ob. y lug. últ. cit.*

del interesado (v. gr., si se adquirió para sustituir). A nuestro juicio, de acuerdo con la doctrina tradicional, la interpretación debe ser la primera».

Frente a esta interpretación se alza otra contraria. El artículo 1.346-3 recogería dos aplicaciones distintas del principio de subrogación real. La primera se refiere a la adquisición de bienes a costa del caudal privativo; se trata de la hipótesis contemplada tradicionalmente por la doctrina. La segunda responde a la idea de sustitución en su sentido más estricto. Los bienes muebles que sustituyen a otros de carácter privativo aun comprados con dinero común se hacen de la misma condición privativa que tuvieron los anteriores. El punto de apoyo de esta tesis se encuentra no sólo en la distinción entre bienes adquiridos «a costa» y «en sustitución», sino sobre todo en el artículo 1.398-2, según el cual una de las partidas del pasivo de la sociedad de gananciales en trance de liquidación es «el importe actualizado del valor de los bienes privativos cuando su restitución deba hacerse en metálico por haber sido gastados en interés de la sociedad» (186).

Por mi parte, me inclino a favor de la tesis restrictiva. Como se ha recordado, la aplicación tradicional del principio de subrogación real se ha concretado siempre a los supuestos de bienes que se han adquirido a costa de otros bienes de la misma naturaleza. La teoría de la sustitución, aunque puedan invocarse precedentes de derecho comparado (así, en el derecho alemán), no aparecía recogida en el régimen anterior a la reforma y resulta probablemente excesivo fundamentarla básicamente en el artículo 1.398-2 del Código civil, que parece pensado para el caso de que, al tiempo de liquidarse la comunidad, no existan los bienes privativos por haberse gastado en interés de la sociedad sin que el derecho del cónyuge a ser reembolsado se haga depender de que la restitución se haya verificado antes en especie, hipótesis que debiera haberse contemplado expresamente para descartar que, en tal supuesto, el cónyuge propietario sea titular de un crédito

(186) Vid. en este sentido LACRUZ, *Ob. cit.*, pág. 365. Comparte este criterio TORRALBA SORIANO, aunque de un lado lo matiza y de otro lo amplía. Lo matiza al decir que es preciso para que se opere la sustitución o subrogación que el bien sustituido hubiere desempeñado una función específica dentro de la comunidad a consecuencia de la cual se hubiera gastado o deteriorado. Pero además, mientras LACRUZ piensa que la sustitución subrogatoria sólo puede tener por objeto bienes muebles (cita a título de ejemplo los electrodomésticos, el menaje y el mobiliario), TORRALBA SORIANO la extiende también a los inmuebles. Se trataría de inmuebles enajenados para satisfacer con el importe de la enajenación gastos que son de cuenta de la sociedad si después se adquiere otro inmueble destinado a reemplazar al primero. TORRALBA SORIANO recuerda lo dispuesto por el artículo 1.364, que otorga al cónyuge que hubiere aportado bienes privativos para los gastos pagos que sean de cuenta de la sociedad el derecho a ser reintegrado a costa del patrimonio común, y dice que tal sería el caso de venta de un chalet privativo para atender deudas de una empresa ganancial si después se compra otro chalet en sustitución del anterior. (Cfr. TORRALBA SORIANO, *Comentarios*, cit., II, págs. 1591/92). Ni qué decir tiene que de aplicar la teoría de la sustitución subrogatoria a los inmuebles los obstáculos con que se tropezaría, en trámite de inscripción, para demostrar que tal sustitución tuvo lugar, serían prácticamente insuperables en la mayor parte de los casos.

contra la sociedad. Además, que en el artículo 1.346-3 se hable de bienes adquiridos «a costa o en sustitución» de bienes privativos puede ser efectivamente una redundancia que podría explicarse (187) como alusión implícita a la permuta que, como sabemos, era objeto de mención expresa en el antiguo artículo 1.396-3 (188).

De todos modos y aun dentro de la teoría restrictiva, la subrogación real no sólo comprende las compras realizadas con dinero privativo y las permutas con otros bienes igualmente privativos del cónyuge permutante, aunque éstos sean los supuestos en que más generalmente entra en juego la subrogación real, sino todos aquéllos en que se opere la adquisición de una cosa o un derecho a costa del caudal propio de unos de los cónyuges. Por ejemplo, cesión en pago de un crédito privativo, adquisición de un crédito con fondos igualmente privativos, etc. (189).

El principio de subrogación real juega, teóricamente, a favor tanto del patrimonio ganancial como de los patrimonios privativos. La aplicación del principio es automática (a no ser que los cónyuges excluyan la subrogación en virtud de acuerdo expreso o tácito conforme al artículo 1.355) y, por consiguiente, en las adquisiciones onerosas la condición privativa o ganancial de los bienes adquiridos se determina en función del carácter que tengan los bienes o los fondos en que consista la contraprestación o con que se efectúe el pago, independientemente de quién sea el cónyuge que figure como adquirente (190). En

(187) Cfr. MARTÍNEZ CALCERRADA, *Ob. cit.*, pág. 201.

(188) TORRALBA SORIANO objeta que la permuta está ya incluida en la expresión «a costa», pero, aunque ello sea verdad, también lo es, como dice MARTÍNEZ CALCERRADA, que el mecanismo más preciso y fiel de la subrogación real se expresa por medio de la permuta.

(189) Vid. en este sentido MARTÍNEZ CALCERRADA, *Ob. y lug. últ. cit.*

(190) Esto es evidente cuando el principio de subrogación real juega a favor del patrimonio común, como evidencia el artículo 1.347-3 del Código civil. Mas también actúa, a mi juicio, a la inversa. Por ejemplo, en el supuesto de que un cónyuge tenga en su poder dinero del otro y, procediendo abusivamente, compre para sí sin hacer ninguna manifestación al respecto o para la sociedad de gananciales. LACRUZ BERDEJO (*Derecho de familia*, cit., pág. 364) cree que en esta hipótesis no actúa la subrogación real o, lo que es lo mismo, el bien será propio del cónyuge adquirente, sin perjuicio de la obligación de resarcir al otro. Si bien es verdad —dice LACRUZ— que lo comprado con bienes gananciales por un consorte deviene ganancial aunque la adquisición se haga al exclusivo nombre del cónyuge comprador, tal consecuencia deriva de una norma específica que lo dispone (el art. 1.347-3) y sin la cual no ocurriría así: la ganancialidad se impone en unos cónyuges que son comuneros, partícipes en un caudal al que van a parar todos sus ingresos; y además si tales cónyuges no estuvieren sujetos a la norma que considera gananciales todas sus adquisiciones onerosas mientras no se demuestre la procedencia privativa de los medios empleados, podrían crearse caudales propios a costa del caudal común. Pero fuera del consorcio el caudal ganancial no tiene la virtud de hacer de igual condición los bienes comprados con él: no lo serán si es un tercero el que compra apoderándose del dinero. Como tampoco lo comprado por un esposo con numerario del otro se hace propio de este último por subrogación: no hay en tal supuesto empleo del dinero por su dueño ni intención de subrogar.

Hasta aquí LACRUZ, de quien en esta ocasión discrepo. Creo, ante todo, que LACRUZ se produce aquí con alguna confusión. En primer lugar, no es

el orden práctico, sin embargo, esa teórica igualdad aparece desvirtuada por la presunción del artículo 1.361 del Código civil. Según este precepto, que reproduce sustancialmente la fórmula que utilizaba el antiguo artículo 1.407, se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se prueba que pertenecían privativamente al marido o a la mujer. Por consiguiente, si uno de los cónyuges

lo mismo que un tercero disponga en su beneficio de dinero ganancial, o del propio de uno de los esposos, a que un cónyuge haga lo mismo con dinero de su consorte. En la primera hipótesis es claro que no entra en juego el principio de subrogación real que constituye una desviación de las normas de derecho común a tenor de las cuales es adquirente el que realiza la adquisición, abstracción hecha de la procedencia del dinero que invierta. La subrogación real, por el contrario, actúa por ministerio de la ley, cuando se trata, en ciertos casos, de mantener diferenciadas dos o más masas patrimoniales. Y esto es lo que cabalmente acontece cuando un matrimonio se rige en lo económico por el sistema de la sociedad legal de gananciales. En segundo término, la argumentación de LACRUZ, al menos en parte, sirve para justificar la presunción de ganancialidad —de la que se trata a renglón seguido en el texto—, pero esa presunción no obsta a que la subrogación real juegue también en favor de los patrimonios privativos, aunque su aplicación práctica venga condicionada por la actuación de la presunción y se exija la prueba de que, en las adquisiciones onerosas, el precio o contraprestación son privativos. Pero una cosa es que para reconocer carácter privativo a un bien adquirido a título oneroso se exija la prueba de la privatividad y otra que no sea realmente privativo un bien adquirido con fondos que tengan ese carácter, siempre que la adquisición se verifique, como diría LACRUZ, dentro del consorcio, es decir, por alguno de los cónyuges. En rigor, y de ser cierta la tesis de LACRUZ, habría que concluir que el principio de subrogación real sólo actúa cuando se invierten bienes gananciales y para atribuir tal condición a los bienes adquiridos a cambio, extremo que niega el propio LACRUZ, por cuanto un poco antes (pág. 363), ha afirmado que el «bien adquirido, conforme a la regla 'subrogatum naturam subrogati', recibe las cualidades que caracterizaban al antiguo, y, por tanto, la condición de privativo en su caso, pese a la presunción de comunidad de los bienes adquiridos constante el matrimonio». Conclusiones éstas que apoya en los antecedentes históricos, y en el artículo 1.346-3 del Código civil. Ahora bien, este precepto, a mi juicio, carecería de sentido si la subrogación real, que en principio funciona sin que se precise una especial voluntad o intención de subrogar, no actuase tanto en beneficio del patrimonio común como de los patrimonios privativos. El precepto sobraría por obvio si para calificar un bien como privativo se exigiera no sólo que el precio o contraprestación sean privativos sino, además, que la adquisición la realice el dueño de los fondos invertidos en la adquisición. Es claro que para defender conclusión tan meridiana no haría falta un precepto especial. A LACRUZ le ha desorientado probablemente la declaración del artículo 1.347-3 en el sentido de que los bienes adquiridos a costa del caudal común son gananciales aunque la adquisición se haga para uno de los cónyuges, declaración que no aparece en el artículo 1.346-3. La diferencia obedece, a mi juicio, a que el patrimonio común lo que no ocurre en los patrimonios privativos cuenta con dos órganos de gestión y de aquí que la ley repunte indiferente a los efectos de determinar la ganancialidad del bien adquirido quién haya sido el cónyuge adquirente e incluso su declaración de que adquirió para sí. Mas si de lo que se trata es de invertir bienes privativos no pareció necesario prever el supuesto a todas luces anómalo de que un cónyuge disponga de fondos de su consorte sin contar con él y en beneficio propio, lo que no obsta, sin embargo, para que se aplique al caso lo establecido por el artículo 1.346-3. La subrogación real, por su propia naturaleza, funciona como causa determi-

adquiere un inmueble a título oneroso durante el matrimonio a expensas de su patrimonio privativo, mientras este extremo no se pruebe, el bien se reputará ganancial y quedará sujeto, siquiera sea provisionalmente, al régimen peculiar de los bienes gananciales. Y, de hecho, la calificación provisional puede convertirse en definitiva si no hay manera de probar que la adquisición tuvo lugar merced a una contraprestación procedente del patrimonio del cónyuge adquirente (191).

Así, pues, siempre que uno de los cónyuges pretenda que un bien adquirido a título oneroso durante la vigencia de la sociedad le pertenece privativamente se plantea un problema de prueba que tendrá por objeto desvirtuar la presunción del artículo 1.361. El problema tiene, por supuesto, un distinto alcance según que se suscite en el curso de un proceso en el cual se discuta la naturaleza de un bien determinado existente en el matrimonio, que en trance de inscribir un bien en el registro con carácter privativo. En el primer caso, podrán utilizarse toda clase de medios probatorios y su valoración la hará el juez, libremente, en ejercicio de las potestades que le corresponden. Contrariamente, en el segundo caso, es decir, cuando se trata de decidir si un bien se inscribe o no con carácter privativo, no rige la misma libertad en cuanto a los medios de prueba ni las facultades del registrador pueden equipararse a las del juez.

El artículo 95 del Reglamento hipotecario contiene dos normas cuya finalidad es concretar cómo puede justificarse, a efectos registrales, la naturaleza privativa de un bien adquirido, constante el matrimonio y vigente la sociedad, a título oneroso.

nante de la calificación de los bienes dentro de la sociedad de gananciales y, consiguientemente, no puede ser decisivo quién sea el cónyuge que figure como adquirente.

Naturalmente, si se da el supuesto a que nos estamos refiriendo y que hemos calificado de anómalo, al figurar en el título como único adquirente el cónyuge que abusa de su posición, y habida cuenta de la presunción de ganancialidad, el bien adquirido se inscribirá como presuntivamente ganancial o para la sociedad de gananciales según cuál sea la forma en que se haya realizado la adquisición; todo ello de acuerdo con los artículos 934 y 941 del Reglamento. El cónyuge despojado no puede pretender que se rectifique la inscripción aunque acredite la naturaleza privativa del dinero que obraba en poder de su consorte (extremo, por otra parte, casi imposible de demostrar dentro de la fase de prueba ante el registrador), sin el consentimiento del titular registral (quien podría, obviamente, reconocer la verdad), si no es por medio de un proceso, según resulta del artículo 40 de la Ley hipotecaria. Ahora bien, este proceso tendrá por fin no tanto obtener una indemnización sino pedir que se declare la condición privativa del bien adquirido.

(191) La presunción de ganancialidad actúa también aunque no se trate de adquisiciones a título oneroso. Siempre que no pueda demostrarse que un bien es privativo, siguiendo los criterios o pautas señalados en el artículo 1.346, el bien se presume ganancial. Consecuentemente, se presumen gananciales, por ejemplo, los bienes adquiridos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad si no puede probarse la fecha de la adquisición, o los adquiridos a título lucrativo si no se demuestra que proceden de donación, herencia o legado. En virtud de la presunción de ganancialidad suele hablarse de la «vis atractiva» del patrimonio común.

Según el número 2.º del mencionado artículo, «el carácter privativo del precio o contraprestación deberá justificarse mediante prueba documental pública». Por su parte, el número 4.º se ocupa de la prueba que consiste en el reconocimiento o confesión del otro cónyuge. Dado que la confesión de privatividad, entendida como medio de acreditar el carácter privativo de un bien y de inscribirlo con ese carácter en el registro, así como los efectos de tal confesión, ha constituido durante muchos años un tema polémico que ha pretendido zanjar, posiblemente sin conseguirlo del todo, el artículo 1.324 del Código civil y, dentro de un marco más limitado, el artículo 95-4 del Reglamento (192) parece aconsejable, y así se hará, estudiar separadamente los dos tipos de prueba o justificación que hoy prevé el artículo 95 del Reglamento.

La justificación del carácter privativo del precio o contraprestación puede hacerse al tiempo de solicitar la inscripción o con posterioridad a la práctica del asiento. Así resulta del apartado 6.º del artículo 95, según el cual «la justificación o confesión de la privatividad hechas con posterioridad a la inscripción se harán constar por medio de nota marginal». El precepto añade «que no se consignará la confesión contraria a una aseveración o a otra confesión previamente registrada de la misma persona». Se atribuye, pues, a la confesión, de acuerdo con su naturaleza, carácter irrevocable (193).

Si uno de los cónyuges pretende que un bien se inscriba a su nombre con carácter privativo, el título le designará como adquirente y en él constará la pertinente solicitud. Ello puede plantear un problema previo sobre el que conviene detenerse. ¿Qué hacer si no obstante lo manifestado por el cónyuge adquirente no se ofrece justificación (o justificación suficiente a juicio del registrador) sobre la naturaleza privativa del precio o contraprestación, ni siquiera la que consiste en el reconocimiento o confesión del otro cónyuge?

Las soluciones posibles son tres: 1.º) Inscribir el título sin que la inscripción prejuzgue la naturaleza privativa o ganancial del bien que se adquiere, expresándose así en el asiento (194). 2.º) Denegar la inscripción ya que no puede practicarse de acuerdo con lo solicitado. 3.º) Inscribir el bien con carácter presuntivamente ganancial conforme al artículo 94.1 del Reglamento.

De estas tres soluciones, posiblemente la más racional es la primera, pero tal como están concebidos los artículos 93, 94 y 95 del

(192) Del supuesto se ocupaban antes de la modificación de 1982 los artículos 95-2 y 96.

(193) Por eso no parece procedente el requisito de que la confesión que pretende revocarse haya sido «previamente registrada». En rigor una declaración dirigida a desvirtuar una confesión anterior —que es a lo que parece referirse el Reglamento— no debe inscribirse en el registro en ningún caso, pues sólo la confesión de privatividad es de suyo inscribible.

(194) Tal era la solución del antiguo artículo 95-2 del Reglamento para el caso de que no se acreditase la privatividad del precio o contraprestación, si el cónyuge del adquirente reconocía que la aseveración de su consorte era cierta. Es de recordar que el precepto suponía que la confesión de privatividad tenía un valor mínimo muy inferior al que hoy le atribuye el artículo 1.324 del Código civil. Sobre el estado de la cuestión antes de reformarse el Código y el Reglamento, ver lo que se dirá después.

Reglamento no parece que tal solución sea viable. En efecto, esos artículos no admiten más que dos opciones: inscribir los bienes de los cónyuges como gananciales (o presuntivamente gananciales) o como privativos. Así lo demuestra el artículo 94-1. Aunque sólo aparezca como adquirente uno de los esposos sin hacer manifestación alguna sobre si adquiere o no para la sociedad de gananciales, el bien debe inscribirse a su nombre aunque con carácter presuntivamente ganancial. Y esto es, seguramente, lo que también procede hacer, en principio, en el caso que ahora estamos examinando, porque, en rigor, el supuesto de hecho del artículo 94-1, abarca implícitamente dos hipótesis: que no se diga que se adquiere para la sociedad de gananciales, sin ninguna aclaración ulterior, o que se manifieste que se adquiere para uno mismo (195). A mayor abundamiento, el artículo 1.347-3 del Código civil nos reconduce a la aplicación del artículo 94-1 puesto que, según el primer precepto citado, son gananciales los bienes adquiridos a costa del caudal común (circunstancia que se presume) para uno solo de los cónyuges (196).

Con todo, no deja de ser violento que la inscripción se practique en forma distinta a lo solicitado o a lo que resulta del título. Por eso parece una buena práctica que, en la hipótesis que manejamos, antes de inscribir el título según el artículo 94-1 del Reglamento, se exija al presentante o al interesado (y mejor en este caso al interesado que al presentante) que manifieste su conformidad a que la inscripción se practique a tenor de lo dispuesto en aquel precepto, por tanto, de forma distinta a la solicitada. Se trataría de aplicar, pues, la previsión del artículo 429 del propio Reglamento (197). Naturalmente, esa conformidad no significa que el adquirente retire la afirmación hecha en el título en el sentido de que adquiere para sí a expensas de sus bienes privativos; su alcance es más limitado: se concreta a permitir que no obstante la subsistencia de aquella manifestación la inscripción pueda practicarse atribuyendo al bien adquirido carácter presuntivamente ganancial.

(195) LACRUZ (*Los bienes conyugales en el registro de la propiedad...*, cit., pág. 343) estima que el artículo 94-1 del Reglamento es aplicable al «acpiens» que compra con numerario propio sin demostrarlo, pues la manifestación de adquirir con dinero propio, en sí misma, nada añade al hecho de comprar personal e individualmente.

(196) Recuérdese que a los bienes inscritos según el artículo 94-1 del Reglamento se les aplica el párrafo 3.º del mismo artículo que sujeta a un régimen especial la inscripción de los actos dispositivo sobre tales bienes. Vid. supra, epígrafe II, A-c.

(197) Vid. en ese sentido AVILA (*Ob. cit.*, pág. 301). Según AVILA, procede aplicar también el artículo 434 del Reglamento, de suerte que en la nota de despacho del título se haga constar «la modalidad del asiento practicado» por diferir de lo solicitado. También la resolución de 19 de junio de 1975 llama la atención sobre la necesidad de obtener la aquiescencia de los interesados y de hacer constar en el asiento dicha aquiescencia para evitar así que se extienda una inscripción no querida por aquéllos. En el caso, se había solicitado la inscripción de la finca comprada con el carácter de privativa del marido y la inscripción se practicó conforme al antiguo párrafo 2.º del artículo 95. Vid. sobre esta resolución lo que se dirá más adelante.

Siempre que la inscripción se haya practicado conforme al artículo 94-1, tanto en el supuesto de silencio por parte del cónyuge adquirente como en el de aseveración sobre el carácter privativo de la adquisición no acompañada de prueba suficiente, cabe la justificación «a posteriori» y la rectificación por nota marginal. La nota debe extenderse —siempre, claro es, que las nuevas pruebas sean reputadas suficientes por el registrador— a petición del cónyuge a cuyo nombre se practicó la inscripción, sin necesidad de que lo consienta el otro y, por consiguiente, aunque la prueba no consista en la confesión o reconocimiento del consorte. El consentimiento de éste es innecesario porque la rectificación no comporta alterar la titularidad registral y, además, no es incongruente con los términos de la inscripción, pues en tanto la misma califica el bien como presuntivamente ganancial está poniendo de relieve que puede no serlo y admitiendo, implícitamente, la posible prueba en contrario.

Hechas estas consideraciones previas, estudiaremos a continuación y separadamente, primero la prueba de la naturaleza privativa de los bienes adquiridos a título oneroso de acuerdo con la previsión general del artículo 95-2 del Reglamento, después la confesión o reconocimiento de la privatividad hecha por un cónyuge y relativamente al bien adquirido por el otro y, finalmente, la aplicación del principio de subrogación real a algunos casos especiales.

a) *La prueba de la naturaleza de los bienes según el artículo 95-2 del Reglamento*

Dice el párrafo 2.º del artículo 95 del Reglamento que «el carácter privativo del precio o contraprestación deberá justificarse con prueba documental pública». El precepto distingue entre «precio» y «contraprestación», distinción importante a la hora de probar el carácter privativo del uno o de la otra. Se separan, por consiguiente, dos supuestos distintos según que la contrapartida de la adquisición (onerosa) consista en dinero o en bienes de otra naturaleza. A la primera hipótesis ha querido referirse sin duda el precepto reglamentario al hablar de «precio» y a la segunda al emplear el término «contraprestación». El tecnicismo no es demasiado afortunado porque también el precio que se paga por una cosa es la contraprestación que satisface el comprador, mas, a pesar de ello, puede aceptarse en tanto responde a la finalidad de separar las compras de las demás adquisiciones onerosas.

No sería posible examinar aquí todas las posibles hipótesis de adquisiciones onerosas distintas de la compra. Creo que en la práctica sólo se detectarán con relativa frecuencia dos: la permuta y la dación en pago.

La permuta, según ya se ha advertido, era objeto de mención expresa en el antiguo artículo 1.396-3 lo que quizá era debido a que el carácter privativo de lo adquirido por permuta con «otros bienes pertenecientes a uno de los cónyuges» era más patente que en el caso

de bienes «comprados con dinero exclusivo del marido o de la mujer», pues, en esta hipótesis, podía resultar más compleja la demostración del origen privativo del dinero. Sin embargo, que esto fuera cierto no justificaba la especial referencia a la permuta ya que una cosa es la dificultad en la prueba sobre el carácter privativo del precio o contraprestación, como dice el Reglamento, y otra que tanto en el caso de compra como en el de permuta pueda jugar y efectivamente juegue el principio de subrogación real.

Para inscribir en el Registro una finca adquirida por permuta a nombre de uno de los cónyuges y con el carácter de bien privativo será preciso que la propiedad del bien que se entrega a cambio (generalmente un inmueble aunque también sería inscribible la permuta de un bien inmueble por otro de naturaleza mueble) se justifique mediante un documento público, y que de ese documento público, o eventualmente de otro igualmente público, resulte su carácter privativo. En muchos casos, la propia índole del título adquisitivo (formalizado en escritura pública) será prueba suficiente de la privatividad. Por ejemplo, si se entrega en permuta un bien adquirido por herencia o por donación, la escritura en que se haya formalizado ésta, o la adjudicación correspondiente hecha en la escritura particional, constituyen prueba suficiente.

Puede ocurrir, sin embargo, que el título adquisitivo no revele por sí solo que el bien permutado es privativo. Supongamos que se permuta una finca adquirida por compra. Si se acreditó en su día el carácter privativo del dinero en la forma que se verá después es claro que la prueba tuvo que resultar de otros documentos, pero ya no será necesario aportar nuevas pruebas porque el propio registro servirá de prueba pública acerca del carácter privativo del bien, en tanto resulte de la inscripción que el bien fue inscrito como propio del cónyuge permutante y en virtud de la prueba que se practicó en su día. En otro caso, la prueba deberá ser aportada al tiempo de inscribir la permuta si se quiere que el bien adquirido se inscriba como privativo.

¿Quid si la privatividad del bien dado en permuta se acreditó solamente por medio de la confesión o reconocimiento del otro cónyuge? (198). En ese supuesto consta acreditada la naturaleza privativa del bien que se entrega como contraprestación, más como esa prueba no surte todavía plenos efectos, según se verá después, parece que el bien adquirido a cambio deberá inscribirse haciendo la indicación acerca de que la adquisición tuvo lugar a expensas de un bien privativo confesado. El nuevo bien quedará sujeto, por tanto, al régimen previsto en el artículo 1.324 del Código civil y a la interpretación registral que del precepto civil han hecho los artículos 95-4 y 144 del Reglamento

(198) Aunque la confesión hubiera tenido lugar bajo el imperio de la legislación derogada y el inmueble resulte inscrito en la forma que prevenía el artículo 95-2 del Reglamento (anterior a la reforma de 1982) ello no es óbice para que se aplique el nuevo artículo 95-4, de suerte que el cónyuge favorecido por la confesión podrá disponer del bien sin contar con el consentimiento de su consorte. Vid. en ese sentido la resolución de 2 de octubre de 1984 que se examinará más adelante.

que serán estudiados en su momento detenidamente. El principio de subrogación real rectamente aplicado no consiente, a mi juicio, otra solución.

La dación en pago determinará una adquisición privativa cuando el crédito del cónyuge adquirente sea a su vez privativo. Tal ocurrirá, por ejemplo, si se trata de créditos nacidos antes de entrar en vigor la sociedad de gananciales o adquiridos por herencia o donación, o el crédito por razón del precio aplazado de la venta de un bien privativo. También los créditos cuyo objeto es el resarcimiento de los daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos conforme al artículo 1.346-6 del Código civil (199). La única dificultad que puede presentarse en esos casos dimana de la exigencia postulada por el artículo 95-2 del Reglamento según el cual el carácter privativo de la contraprestación debe justificarse con prueba documental pública. Quiere decirse que será necesario que el crédito aparezca documentado en esa forma, requisito que al menos para alguno de los supuestos contemplados puede resultar de difícil cumplimiento (200). En otros casos, la demostración de que el crédito es privativo puede resultar más compleja. Imaginemos que, constante la sociedad, uno de los cónyuges, a expensas de sus bienes privativos, ha concedido un préstamo. Obviamente, el crédito derivado de dicho préstamo es privativo e igualmente lo será la transmisión en pago del mismo de una finca propiedad del deudor. Pero la prueba de la privatividad del crédito nos reconduce a la del carácter privativo del dinero prestado; sin esa prueba no será suficiente que el préstamo se haya solemnizado en escritura pública, y, a su vez, la demostración de la privatividad

(199) Sobre si son privativas o comunes las indemnizaciones por razón de daños que afecten a la capacidad laboral del cónyuge trabajador o las que tengan su origen en un despido injustificado, cfr. TORRALBA SORIANO, cit. II, págs. 1596 y sigs. y autores allí citados.

(200) Quizás por eso AVILA (*ob. cit.*, pág. 299) entiende que tal vez se haya ido demasiado lejos exigiendo en todo caso documentación de carácter público y cree que cuando lo decisivo para juzgar sobre la naturaleza privativa del precio o contraprestación sea una fecha debería admitirse como bastante el documento privado de fecha fehaciente. Con anterioridad al Reglamento, la opinión de los más reputados hipotecaristas no era totalmente diáfana. Se exigía, más que la documentación pública, la documentación auténtica (Vid. ROCA SASTRE, *ob. cit.*, IV-2, pág. 62) corroborada o no con documentación privada u otro elemento coadyuvante. Por su parte, SANZ (*ob. cit.*, pág. 307), al examinar el supuesto concreto de bienes comprados con dinero exclusivo del marido o de la mujer, consideraba evidente que dado el carácter rigurosamente formalista del registro sólo podía ser admisible la prueba documental «auténtica». La pertenencia privativa —decía— habrá de ser justificada por medio de documentos que hagan fe frente a tercero, bien se trate de documentos públicos o de documentos privados de fecha fehaciente. Sin embargo, en nota a pie de página (vid. la nota 20 en pág. 307) consideraba muy dudoso que además de los documentos públicos debieran admitirse los documentos privados de fecha fehaciente. Aunque para su admisión pudiese invocarse la analogía con el artículo 298 del Reglamento, la circunstancia de que en cuanto a tercero no hacen fe de su contenido, concluía SANZ, parece decisiva para rechazarlos. En la actualidad, el tema parece definitivamente zanjado por la declaración terminante del artículo 95-2.

del dinero invertido deberá resultar, precisamente, de documentación pública. Es decir, la problemática de ese supuesto, por lo que hace a la justificación del carácter privativo de la contraprestación, se aproxima considerablemente a la que suscita la compraventa con dinero propio (201).

Esta hipótesis (compraventa con dinero privativo) es la que comporta mayores complicaciones si se pretende inscribir lo comprado con carácter privativo y al amparo del artículo 95-2 del Reglamento, es decir, sin necesidad de recurrir a la confesión o reconocimiento del otro cónyuge que, por una parte, no siempre podrá conseguirse (202), y, por otra, y por sí sola, no es totalmente satisfactoria por cuanto entran en juego las limitaciones del artículo 1.324 del Código civil. Esto no acontece ni se puede probar por otros medios que el dinero invertido en la adquisición pertenecía privativamente al cónyuge adquirente.

Mas acontece que la prueba de ese extremo, dada la naturaleza especial del dinero, no es, por lo regular, nada fácil. Es necesario, en puridad, acreditar dos extremos: Primero, que con anterioridad a la compra se ha adquirido con carácter privativo una cantidad igual o superior al precio; segundo, que esa suma subsiste en el patrimonio del cónyuge comprador.

El primero de estos extremos no suele ofrecer dificultades graves. Cabe distinguir entre empleo o reemplazo (203) según que se invierta dinero adquirido originariamente con carácter privativo (por ejemplo, en virtud de herencia, legado o donación) o dinero obtenido merced a la enajenación de bienes privativos. Este punto, conforme al artículo 95-2 del Reglamento, ha de ser justificado con documento público.

Pero evidentemente no basta demostrar que, en su momento, el cónyuge comprador adquirió una suma de dinero suficiente para adquirir el inmueble que ahora compra, sino también que ha conservado ese dinero, es decir, que no lo ha gastado en otros menesteres. Como, además, es muy frecuente que el dinero privativo se mezcle y confunda con dinero común o ganancial la cuestión se vuelve aún más compleja, hasta el punto que si se pretendiera una prueba totalmente concluyente de la privatividad del dinero esta prueba no podría aportarse más que en casos muy contados. Por ejemplo, si el padre del cónyuge adquirente dona ante notario una cantidad a su hijo y éste, inmediatamente y empleando el mismo dinero, compra un piso solemnizándose las dos escrituras sin solución de continuidad (204).

(201) Por eso extraña que Roca (*ob. últimamente cit.*, pág. 60) piense que la adjudicación en pago de un crédito que sea privativo del marido o de la esposa no presente problemas importantes de aplicación.

(202) La prueba documental pública a que se refiere el artículo 95-2 del Reglamento es la que se practica unilateralmente, es decir a instancias y mediante pruebas aportadas por el cónyuge adquirente, distintas de la confesión de su consorte, y sin perjuicio de que puedan ser corroboradas por ella.

(203) Vid. LACRUZ, pág. 364.

(204) La hipótesis no es tan insólita como a primera vista pudiera pen-

El segundo problema, es decir el inherente a la confusión del dinero privativo con el ganancial puede resolverse entendiéndose que en tal caso el cónyuge propietario del dinero tiene un crédito contra la comunidad por el importe de la cantidad de que se trate y que, llegado el momento de invertirlo en una compra, la comunidad le paga o reembolsa ese crédito (205). Más aún dando por bueno ese expediente no se soslaya el otro obstáculo. ¿Cómo probar, en efecto, que el crédito del cónyuge contra el patrimonio común no le fue reembolsado en otra oportunidad anterior y que el importe del reembolso no fue consumido? Nos hallamos ante la prueba de un hecho negativo que sólo puede lograrse por presunciones.

La Dirección General de los Registros ha admitido que el registrador, a la vista de las circunstancias del caso, estime o no suficientemente acreditado que el dinero satisfecho como precio de la compra era precisamente el que el cónyuge comprador adquirió originariamente o merced a la enajenación de bienes privativos. Es decir, de los dos extremos que han de acreditarse y a que antes nos referíamos, uno ha de ser objeto de prueba documental pública (la adquisición previa de dinero privativo en cantidad igual o superior al precio) (206); el otro, en definitiva, sólo se reputará acreditado en la medida en que el registrador, a la vista de las circunstancias del caso y de los datos y elementos probatorios que se hayan aportado, así lo estime (207).

sarse. Por razones civiles y fiscales algunos padres actúan del modo que se indica en el texto.

(205) Esta es la tesis que sustenta LACRUZ (Vid. obra y lugar últimamente cit.), y que forzosamente hay que aceptar porque, de otro modo y dado que el dinero no lleva impreso signo alguno que atribuya su propiedad a un sujeto determinado, la prueba de que el dinero invertido en la compra es privativo resultaría, salvo en los casos de que antes se ha hecho mérito en el texto, prácticamente imposible.

(206) La resolución de 17 de enero de 1913 deniega la inscripción de la finca comprada con carácter privativo por entender que no se había acreditado con documentación auténtica la adquisición (también con carácter privativo) del dinero con que se pagó el precio. En el caso, compareció en la escritura además del esposo de la compradora, un hermano de ella para entregarle una cantidad que, según manifestó, había recibido con anterioridad de su hermana, siempre soltera, en calidad de préstamo.

(207) Entiendo que los datos complementarios aportados con el fin de justificar al registrador la preexistencia del dinero en el patrimonio del cónyuge del adquirente no es preciso acreditarlos con prueba documental pública. Parece, además, que en el supuesto de reemplazo, debe bastar que se acredite con documento público la adquisición (privativa) de los bienes que después se enajenaron y que, en ciertos casos, la prueba de su ulterior enajenación puede admitirse, aunque no se presenten documentos públicos, si la prueba, por razón de su origen, puede considerarse suficientemente fiable. Por ejemplo, en el caso contemplado por la resolución de 19 de junio de 1975 el precio procedía de la venta de unos valores propios de la compradora. Para justificar su venta debía haberse reputado suficiente la documentación presentada al respecto; a saber, la orden de venta al Banco y la comunicación de éste de haber abonado el importe de la venta de las acciones en la cuenta corriente de la interesada. Con todo, la inscripción se deniega por otras razones. La principal que «aparte la falta de autenticidad de los documentos complementarios presentados (la resolución alude al hecho de que

A la vista de lo expuesto, no es de extrañar que la jurisprudencia registral se limite a confirmar el criterio del registrador en la medida en que éste no estime suficientemente acreditado que el dinero invertido en la adquisición es precisamente el mismo que se adquirió originariamente con carácter privativo o el producto de la enajenación de otros bienes igualmente privativos. La excepción más cualificada está constituida, probablemente, por la resolución de 13 de septiembre de 1926, pero es de tener en cuenta que esta resolución, muy conocida y reiteradamente invocada en los recursos gubernativos interpuestos con ocasión de discutirse el problema de la prueba de la privatividad del dinero, el registrador había hecho manifestaciones excesivamente tajantes en cuanto a su falta de competencia para apreciar las pruebas susceptibles de desvirtuar la presunción del antiguo artículo 1.407.

La Dirección General no comparte los escrúpulos del registrador. Porque si bien nos dice que «el procedimiento de inscripción en los libros del registro encuentra sus más fundamentales normas en la tramitación de los actos de jurisdicción voluntaria y no puede, por tanto, exigirse que la prueba aducida ante el registrador se desenvuelva en forma contradictoria y con las particularidades de un juicio declarativo», admite que el carácter parafernial de los bienes comprados por la mujer con dinero propio ha de poder justificarse al solicitar la inscripción aunque haya de practicarse «con documentos y manifestaciones que sean garantía suficiente de la legalidad del acto inscribible y de su autenticidad frente a tercero».

En el caso, la resolución estimó prueba suficiente la presentación de dos escrituras públicas, una de partición en la que se adjudicaron a la mujer determinadas fincas y otra de venta de la mitad indivisa de algunas de dichas fincas. El precio obtenido por esa venta (que en parte se había invertido en una compra anterior) se considera privativo y, por tanto, se estima que debe inscribirse con ese carácter una casa comprada por la mujer con el dinero que se supone obtenido merced a la venta. Y, así, se dice en el tercer considerando de la resolución, «que si no ha de imposibilitarse la inscripción de toda finca o derecho en concepto de bienes parafernales adquiridos a título oneroso durante el matrimonio por la mujer, han de reputarse suficientes a tales efectos la declaración hecha por la adquirente de que el dinero es exclusivamente suyo, el asentimiento prestado por el marido, la falta de asientos contradictorios, la aportación de documentos que demuestran de un modo auténtico el ingreso de cierta cantidad en el patrimonio peculiar de la mujer casada y la no existencia de actos de disposición por parte de la titular de los parafernales que hubiesen agotado o mermado la cantidad necesaria para adquirir la finca o derecho». La realidad es, sin embargo, que no obstante haberse acreditado el ingreso en el patrimonio de la mujer de una cantidad suficiente para cubrir el precio de la adquisición, no se justificó que ese dinero no hubiese sido consumido

sólo se presentaron fotocopias adveradas de otras fotocopias de las pólizas de adquisición de los valores), éstos no probarían de forma innegable el origen privativo del precio de adquisición del inmueble»).

con anterioridad y que, por tanto, el invertido en la compra fuese realmente el que procedía de la venta anterior de bienes propios de la compradora. Porque, evidentemente, «la falta de asientos contradictorios» no prueba nada al respecto, y la «no existencia de actos de disposición por parte de la titular de los parafernales que hubiesen agotado o mermado la cantidad necesaria para adquirir la finca o derecho», no pasa de ser una afirmación apodéctica del Centro directivo.

Sin embargo, en otros supuestos y a pesar de que la prueba aportada fue sustancialmente igual a la que se tuvo a la vista en el caso de la resolución que acaba de comentarse, la Dirección General ha confirmado el criterio del registrador en el sentido de no entender suficientemente justificado el carácter privativo del dinero invertido en la compra. Citemos, a título de ejemplo, la resolución de 19 de junio de 1975 y la más reciente de 20 de enero de 1983.

En el supuesto contemplado por la primera de dichas resoluciones la compradora manifestó, y así lo aseveró su esposo que concurrió al otorgamiento de la escritura, que el precio con el que se compraba era de su exclusiva pertenencia pues procedía de la venta de determinados valores que había adquirido con anterioridad a su matrimonio. El registrador estimó que no estaba suficientemente justificado que el dinero procedente de la venta de los valores de la compradora fuese precisamente el invertido en la compraventa y la Dirección respetó su criterio (208). La resolución alude a «las dificultades en que se encuentra el Registrador para apreciar las pruebas contra la presunción legal del artículo 1.407 del Código civil en los supuestos en que el precio de la adquisición sea de la exclusiva propiedad de la mujer, y el distinto plano en que se encuentra el funcionario calificador respecto de Jueces y Tribunales en donde a través del juicio contradictorio con su fase de prueba se cuenta con una serie de elementos de los que carece el Registrador al ejercer su función, y por eso el artículo 95 del Reglamento Hipotecario, al tratar de resolver los problemas que pueden plantearse en esta materia, distingue entre aquellos bienes que tienen carácter ganancial, aquellos otros en los que claramente aparece justificado que el precio es de la exclusiva propiedad del cónyuge adquirente, y una situación intermedia en la que sólo aparece la aseveración de ese carácter hecha por uno de los cónyuges respecto del precio de la adquisición hecha por el otro, y en donde no se prejuzga la naturaleza del bien inscrito» (209).

La resolución de 20 de enero de 1983 respalda, asimismo, el criterio del registrador quien tampoco consideró probado que el dinero

(208) Como ya se ha advertido anteriormente (vid. nota 207) surgieron dificultades en orden a la calificación como auténticos de los documentos presentados para probar la adquisición de los valores y su posterior enajenación pero como también se dijo, no fue este el motivo, sino el que se indica en el texto, el que determinó que la finca se inscribiese al amparo del antiguo artículo 95-2 del Reglamento y no como privativo de la vendedora tal como se había solicitado. Vid. también sobre este punto la nota 197.

(209) Estas últimas afirmaciones hay que valorarlas en relación a la legalidad anterior a la Ley de 13 de mayo de 1981 y al Real Decreto de 12 de noviembre de 1982.

procedente de la venta de bienes privativos era precisamente el mismo con que se pagó el precio. En el caso, el marido (comprador) manifestó que adquiriría con dinero de su exclusiva pertenencia que procedía de la venta de bienes propios, aseveración ratificada por su esposa. La inscripción se practicó conforme al antiguo artículo 95-2 del Reglamento, pues, al parecer, no se presentaron las escrituras de venta de donde, según el comprador, procedía el dinero con que compraba. Mucho después (el 12 de diciembre de 1981) el adquirente solicitó que se extendiera nota marginal haciendo constar que el piso que compró en su día era de su propiedad. Presentó fotocopias adveradas (que desde el punto de vista de su autenticidad la Dirección considera bastantes) de las dos escrituras de venta a que se refería la escritura de compra. La resolución después de admitir que cabe realizar una nueva calificación sobre un derecho ya inscrito, dado lo que disponía el artículo 95 del Reglamento, aborda el problema de la prueba que es necesario aportar para enervar, en trámite de inscripción, la presunción del antiguo artículo 1.407 del Código civil hoy recogida en el 1.361.

Se nos dice, en primer lugar, que «la vis atractiva» favorable a la ganancialidad de los bienes se había manifestado en la fuerte presunción establecida en el artículo 1.407 del Código civil que motivó una rigurosa interpretación jurisprudencial acerca de la justificación necesaria para destruir esa presunción legal que había de desvirtuarse de manera cumplida y satisfactoria para poder apreciar así el carácter privativo de la adquisición, lo que unido por otra parte a la prohibición existente entonces de donarse bienes los cónyuges —artículo 1.334— y al recelo de que indirectamente se pudiera lograr por vía de confesión lo que no podría lograrse por vía legal, originó igualmente una jurisprudencia restrictiva en esta materia dulcificada por la Sentencia de 2 de febrero de 1951 que en base a la doctrina de los actos propios declaró que la confesión realizada por el cónyuge del adquirente sobre el carácter privativo del precio de la compra del bien perjudicaba al confesante y a sus herederos voluntarios». En segundo lugar, y descendiendo de lo general a las particularidades de la calificación recurrida, se pone de manifiesto que «la nueva presentación por el recurrente de la escritura de compraventa ya inscrita unida a las otras dos en que vendió bienes privativos con los que obtuvo un precio que se indica reinvertió en la adquisición del inmueble discutido, plantea la ardua cuestión de la prueba de la procedencia del dinero reinvertido para que una vez demostrado que es de su exclusiva propiedad pueda admitirse la subrogación e inscribirse el bien como privativo, y a este respecto (se insiste una vez más en este extremo), como ya declaró este Centro Directivo, cabe resaltar el distinto plano en que se encuentra el funcionario calificador respecto de los Jueces y Tribunales en donde a través del juicio contradictorio con su fase de prueba se cuenta con una serie de elementos de los que carece el Registrador al ejercer su función». Por último, se concluye afirmando que «el juicio del Registrador, a salvo de lo que pueda disponer su superior jerárquico en el correspondiente recurso gubernativo, ha de estar racionalmente fundado sobre los medios de prueba que haya tenido a su alcance... y en

este supuesto concreto los documentos aportados no demuestran de un modo auténtico que el ingreso de cierta cantidad en el patrimonio del recurrente, como consecuencia de dos ventas realizadas —una de ellas más de tres años anterior a la compra calificada— haya sido reinvertida en la adquisición del inmueble, autorizan a estimar en principio acertada la calificación realizada y que no procede acceder a la práctica de la nota marginal solicitada».

De prosperar definitivamente el criterio sustentado por estas dos resoluciones resultará en la práctica, salvo casos excepcionales, punto menos que imposible acreditar que el precio tiene carácter privativo y conseguir que la inscripción se practique asignando a los bienes comprados aquel carácter conforme al actual artículo 95-2 del Reglamento. Quizás el único elemento de juicio susceptible de facilitar la inscripción en la forma apetecida estribe en un factor indiciario: el hecho de que medie un lapso de tiempo corto entre la venta del bien privativo y la reinversión del precio. Es significativo que en el caso resuelto por la resolución de 13 de septiembre de 1926 sólo mediaron unos cinco meses entre la fecha de la escritura de venta de los bienes propios de la mujer y la compra de la finca que se inscribió como parafernalia, mientras que en el supuesto que tuvo a la vista la resolución de 20 de enero de 1983 transcurren tres años entre el otorgamiento de una de las escrituras de venta y el de la escritura de compra, hecho este que destaca el Centro directivo.

En cualquier caso, las dificultades que comporta acreditar el carácter privativo del precio determina que, en la práctica, sobre todo después de reforzado el valor de la confesión de privatividad, sea más frecuente que el carácter privativo de los bienes comprados por ser también privativo el dinero invertido, figure en el registro a través de lo que hoy dispone el párrafo 4.º del artículo 95, que pasamos a estudiar.

b) *La confesión de privatividad*

El número 4 del artículo 95 del Reglamento hipotecario dice así: «Si la privatividad resultare de la confesión del consorte, se expresará dicha circunstancia en la inscripción y ésta se practicará a nombre del cónyuge a cuyo favor se haga aquella. Todos los actos inscribibles relativos a estos bienes se realizarán exclusivamente por el cónyuge a cuyo favor se haya hecho la confesión, quien, no obstante, necesitará para los actos de disposición realizados después del fallecimiento del cónyuge confesante el consentimiento de los herederos forzosos de éste, si los tuviere, salvo que el carácter privativo del bien resultare de la partición de herencia».

El precepto reglamentario constituye la aplicación registral de lo que ahora dispone el artículo 1.324 del Código civil, según el cual, «para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos, será bastante la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges».

El estudio tanto de la norma civil como del artículo 95-4 del Reglamento hipotecario que constituye, como se ha dicho, su proyección registral exige un somero examen de sus antecedentes. Era y sigue siendo relativamente frecuente en la práctica que si uno de los cónyuges adquiría un inmueble con dinero que manifestaba ser de su propiedad, y en defecto de otras pruebas sobre este particular (210), el esposo o esposa del adquirente reconociesen que aquella manifestación era cierta y que, por tanto, el dinero de la compra pertenecía privativamente al cónyuge comprador, por lo que, igual carácter debía tener lo comprado (211). Sin embargo y con anterioridad a la Ley de 13 de mayo de 1981, no existía acuerdo sobre cuál era el valor de esa confesión y en particular si bastaba para desvirtuarla la presunción de ganancialidad que entonces formulaba el artículo 1.407 del Código civil.

Había unanimidad en el sentido de que la confesión no podía perjudicar a terceros (entendiendo por tales a los acreedores y a los herederos forzosos del cónyuge autor de la confesión) aunque pocas veces se puntualizase con rigor que es lo que realmente se quería decir cuando se afirmaba que los terceros no podían experimentar perjuicio como consecuencia de la confesión. Las diferencias de criterio eran, sin embargo, ostensibles cuando se trataba de saber si la confesión era eficaz entre los cónyuges y con que alcance. El argumento básico que se había hecho valer contra tal eficacia quería encontrarse en el artículo 1.232 del Código civil a cuyo tenor la confesión no hace prueba

(210) O como complemento de ellas, según se ha visto en el epígrafe anterior.

(211) Este era, en la práctica, y como se ha indicado, el planteamiento tradicional del problema. Con todo, se ha indicado que la confesión o reconocimiento de privatividad podría y puede referirse a supuestos distintos de las adquisiciones a título oneroso. Por ejemplo, si al liquidarse la sociedad de gananciales el marido reconoce que determinados bienes existentes en el matrimonio fueron adquiridos por su mujer en virtud de herencia aunque este extremo no pueda probarse. No es probable que el artículo 95-4 del Reglamento haya sido redactado con el pensamiento puesto en esa hipótesis o en otras semejantes, sino en el caso de que la confesión tenga por objeto demostrar la privatividad del precio o contraprestación; pero tampoco excluye que la privatividad pueda resultar de la confesión del cónyuge aunque no se trate de bienes adquiridos a título oneroso. En el ejemplo antes propuesto, los bienes deberán inscribirse a nombre del cónyuge favorecido por la confesión o, en su caso, al de sus herederos previa su integración en la masa de la herencia. Jugarán las limitaciones del artículo 1.324 del Código civil y, al fallecimiento del cónyuge confesante si todavía el bien no ha sido enajenado, será menester que los actos de disposición que se otorguen sean consentidos por sus herederos forzosos si los tuviere.

Por otra parte, los problemas inherentes a la confesión de privatividad se habían planteado siempre en sede de sociedad de gananciales. Ahora, el artículo 1.324 forma parte del mal llamado régimen matrimonial primario y es, por tanto, aplicable a otros regímenes matrimoniales. REBOLLEDO ha puesto de relieve que el precepto puede ser útil en trance de desvirtuar la presunción del artículo 1.441 del Código civil. Cfr. REBOLLEDO, *Separación de bienes en el matrimonio*, Madrid, 1983, págs. 129 y sigs. El artículo 95 del Reglamento, como se desprende de su contexto, sólo ha tomado en consideración la confesión de privatividad desde el punto de vista de la sociedad de gananciales.

contra su autor cuando mediante ella pueda eludirse el cumplimiento de las leyes. Se argüía que de reconocer efectos a la confesión, siquiera fuese entre los cónyuges, se abría un portillo que permitiría vulnerar impunemente normas imperativas, en particular a las que prohibían a los cónyuges hacerse donaciones o las que determinaban la composición de los respectivos patrimonios. También se temía que la confesión fuese un cauce que permitiera burlar indirectamente el principio de inmutabilidad del régimen económico conyugal.

Doctrinalmente, podían distinguirse tres distintas posiciones, la que negaba radicalmente todo valor a la confesión, opinión prácticamente abandonada, la que le otorgaba plenos efectos entre los cónyuges tanto durante el matrimonio como a la disolución del mismo y la que entendía que la confesión era inoperante vigente la sociedad pero reconociéndole virtualidad llegado el momento de disolver aquélla (212).

La jurisprudencia y en particular la doctrina de la Dirección General de los Registros, se había inclinado en contra del valor de la confesión incluso entre los cónyuges. Sin embargo y por lo que atañe al Tribunal Supremo, constituye un importante precedente en sentido inverso la sentencia de 2 de febrero de 1951. El Alto Tribunal no da lugar al recurso de casación interpuesto por el marido (primero divorciado según la legislación republicana y después separado en virtud de sentencia dictada por los Tribunales Eclesiásticos) quien pretendía, al practicar con su mujer la liquidación de la sociedad de gananciales, que tuvieran esa consideración ciertos bienes comprados durante la vigencia de la sociedad a pesar de que él, en la escritura de compra, había reconocido que el dinero pertenecía privativamente a su esposa. El Tribunal Supremo, visto que se trata de un pleito entre los cónyuges en el que no intervienen terceros, estima suficientemente probado el carácter privativo de los bienes, pese a que la única prueba que podía esgrimirse para probar dicho extremo era la confesión del marido a la que se concede, pues, eficacia.

La Dirección General de los Registros nunca llegó tan lejos. A partir de 1941 se detectan algunas resoluciones en las que otorga a la confesión un valor mínimo en el sentido de que tal confesión, que debe hacerse constar en la inscripción, atribuye carácter «ambiguo» al título adquisitivo y sin que se prejuzguen las cuestiones que pudieran suscitarse acerca de la condición jurídica de los bienes dentro de la sociedad conyugal o al tiempo de disolverse (213). Sin embargo, a la hora de sacar consecuencias prácticas de estas aseveraciones la Dirección se mostró sumamente reticente; en su resolución de 11 de marzo de 1957 denegó la inscripción de una escritura otorgada por mujer ya viuda que enajenaba bienes comprados durante su matrimonio con precio privativo, según confesión del marido, con lo que al dar la razón al registrador, vino a exigir para la inscripción de la venta el consenti-

(212) Ver un amplio resumen de la discusión doctrinal sobre el problema en SANZ, *ob. cit.* págs. 284 y sigs.

(213) Vid. en ese sentido las resoluciones de 11 de octubre de 1941 y de 30 de marzo de 1943.

miento de los herederos del marido difunto que lo eran sólo voluntarios, pues por medio de un acta de notoriedad se había acreditado la inexistencia de legitimarios (214).

Las ideas que apuntan en las diversas resoluciones de la Dirección General que se ocuparon del tema fueron recogidas por el Reglamento hipotecario de 1947 y por la reforma que dicho Reglamento experimentó en 1959. El número 2 del artículo 95 decía que si no se demostraba la procedencia del dinero con el que se verificó la adquisición por parte de uno de los cónyuges aseverando el consorte que el precio o contraprestación era de la exclusiva propiedad del adquirente, sin acreditarlo, debía practicarse la inscripción a nombre de éste, haciendo constar aquella circunstancia, pero sin que la inscripción prejuzgase la naturaleza ganancial o privativa de los bienes. La reforma de 1959 generaliza esta solución aplicándola tanto al marido como a la mujer. Al propio tiempo establece, lo cual comporta en cierto modo reconocer algún efecto a la confesión, que la enajenación de los bienes así inscritos requiere el consentimiento de la mujer y el del marido (en la redacción de 1947) o el consentimiento del cónyuge titular y el del otro esposo (en la redacción que se da en 1959 al artículo 96). Con ello venía a reconocerse una cierta virtualidad aunque muy relativa a la confesión.

La necesaria concurrencia del doble consentimiento encontraba su fundamento, según se puso de relieve (215), en el hecho de que la aseveración de privatividad otorgaba carácter ambiguo a un bien presuntamente ganancial y como en estas circunstancias el tercer adquirente posible se encontraría ante una situación hasta cierto punto ambigua, en obsequio a la seguridad del tráfico venía a exigirse que los dos cónyuges consintiesen. Es de hacer notar que el consentimiento del

(214) La Dirección, por el contrario, estimaba que el reconocimiento de los herederos del cónyuge confesante premuerto, hecho en la escritura de partición de herencia y liquidación de la sociedad de gananciales, de ser propios del cónyuge sobreviviente determinados bienes enervaba la presunción de ganancialidad del antiguo artículo 1.407 del Código civil por lo que tales bienes podían inscribirse como privativos. Así, por ejemplo, la resolución de 18 de junio de 1975 en la cual se dice que en el caso expuesto no existe el peligro de que se burla la prohibición de donaciones entre cónyuges ni la de alterar constante el matrimonio el régimen económico conyugal, aunque en realidad no se ve claro por qué el reconocimiento de los herederos obsta a que la confesión enmascare una donación ni sana una supuesta alteración del estatuto económico del matrimonio. En cambio, si la disolución de la sociedad de gananciales tuvo lugar (después de 1975, es decir, cuando ya se permitía que el régimen económico de la sociedad conyugal pudiese modificarse durante el matrimonio) en capitulaciones matrimoniales sustituyendo el régimen ganancial por el de separación, el Centro Directivo negó valor a la confesión de un cónyuge que reconoció que un piso había sido adquirido por el otro con fondos propios. Así, la resolución de 23 de julio de 1979. La Dirección estimó que, no obstante la trascendencia de la reforma que llevó a cabo la Ley de 2 de mayo de 1975, subsistía la prohibición que pesaba sobre los cónyuges (aplicable aunque su régimen económico matrimonial fuese el de separación de bienes) de donarse bienes recíprocamente, siendo de aplicar, por consiguiente, la doctrina que negaba valor a la confesión de privatividad por constituir un medio de burlar dicha prohibición.

(215) Cfr. ROCA SASTRE, *ob. cit.*, IV-I, pág. 50.

marido —caso de que el bien estuviera inscrito a nombre de la mujer— no equivalía a la licencia cuando ésta era aún necesaria y, por consiguiente, no podía ser suplida por la autorización judicial subsidiaria, que tampoco cabía en el supuesto contrario, es decir, si la titularidad registral correspondía al marido quien, como es sabido y a partir de la Ley de 24 de abril de 1958, podía también recurrir al juez si quería enajenar un bien inmueble ganancial o presuntivamente ganancial y la mujer se negaba a dar su consentimiento.

El nuevo planteamiento en que descansa la reforma de 13 de mayo de 1981 postulaba conceder mayor eficacia a la confesión de privatividad. Permitidas las donaciones entre cónyuges, aceptado incluso que los esposos pueden variar, prescindiendo del principio de subrogación real, la naturaleza privativa o ganancial de los bienes mediante acuerdo (recuérdese el artículo 1.955) y autorizado desde 1975 el cambio de régimen económico conyugal después de celebrado el matrimonio, no tiene sentido que al menos entre marido y mujer la confesión o reconocimiento de que ciertos bienes son propiedad del otro no surta sus naturales efectos.

El artículo 1.324 del Código civil (reformado en 1981) sanciona, pues, como no podía por menos de ocurrir, la eficacia de la confesión de privatividad pero la limita a las relaciones entre los cónyuges. A los herederos forzosos del cónyuge confesante o a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges, la confesión por sí sola no les perjudica. La exégesis del precepto exige, por consiguiente, separar la eficacia de la confesión situándola en dos planos diferentes, el de la eficacia de la confesión frente al cónyuge favorecido por la misma y el de su alcance frente a los terceros (herederos del cónyuge confesante o acreedores), si bien aquí no parece procedente detenerse en el estudio de todos y cada uno de los problemas que suscita el análisis del artículo 1.324, que en este trabajo ha de ser contemplado preferentemente desde su perspectiva registral.

Inter partes, quiere decirse entre los cónyuges, la confesión determina que en adelante el bien al que la confesión se refiera debe reputarse privativo con todas sus consecuencias. Por consiguiente, el cónyuge favorecido por la confesión está legitimado para otorgar toda clase de actos de administración y de disposición que tengan por objeto aquel bien, por sí solo y sin contar con su consorte (216).

El artículo 95-4 del Reglamento se hace eco de esta solución. En primer término y aunque la privatividad del bien resulte únicamente de la confesión del marido o de la mujer, el bien se inscribe a nombre del cónyuge a cuyo favor se haya hecho aquélla pero haciendo constar en la inscripción dicha circunstancia. En segundo lugar, todos los actos inscribibles relativos a los bienes así inscritos se realizaran —dice el precepto reglamentario— exclusivamente por el cónyuge a cuyo favor

(216) Esto no quiere decir que el valor de la confesión sea absoluto. Como dicen DÍEZ PICAZO-GULLÓN (*Sistema*, cit., IV, pág. 195) la confesión crea en el plano extrajudicial una situación firme. Pero judicialmente podrá ser atacada alegando el error de hecho o incluso demostrando su falsedad. También, a mi juicio, si se prestó mediante violencia o intimidación.

se ha hecho la confesión. Es más, la resolución de 2 de octubre de 1984 declara inscribible la escritura de venta otorgada por mujer casada sin consentimiento del marido relativa a una finca que se había inscrito al amparo del antiguo artículo 95-2, de suerte, que viene a reconocer a la confesión de privatividad que en su día hizo el marido los efectos que hoy le atribuye el artículo 1.324 del Código civil, a pesar de que tal confesión tuvo lugar antes de entrar en vigor la Ley de 13 de mayo de 1981.

Estudiemos ahora cuál es el alcance de las limitaciones que el propio artículo 1.324 impone a la confesión frente a los acreedores o frente a los herederos forzosos del confesante. El artículo citado dice que la confesión «no les perjudicará», expresión un tanto ambigua y que puede ser interpretada de diferente modo. Por eso se registran en la doctrina opiniones discrepantes.

Una interpretación maximalista entiende que lo que ha querido decir el artículo 1.324 es que los terceros pueden desconocer la confesión. «La inocuidad de la confesión de cara a los acreedores y legitimarios —se ha dicho— significa, si los cónyuges están sometidos al régimen legal, que aquéllos pueden comportarse respecto de los bienes como si la confesión no se hubiese producido: embargándolos como gananciales si la deuda es carga de la sociedad, aunque estén a nombre de quien no se obligó personalmente» (217).

La tesis más benigna estima, en cambio, que ni los acreedores ni los legitimarios pueden hacer caso omiso de la confesión, ni ésta frente a aquellos puede reputarse «prima facie» ineficaz. La confesión tendrá que ser impugnada; ahora bien planteada la impugnación corresponderá al cónyuge favorecido por ella demostrar por medios distintos de la confesión misma que el bien es efectivamente suyo (218).

Por mi parte, creo que la primera de estas dos maneras de interpretar el artículo 1.324 está más cerca que la segunda de la letra y del espíritu del artículo 1.324 aunque, en mi opinión, es demasiado simplista. El artículo 1.324 significa, a mi modo de ver, que los acreedores a los herederos forzosos pueden considerar inexistente la confesión pero no absoluta e incondicionadamente sino únicamente en la medida que la misma, de ser inexacta, les perjudicaría efectivamente. El posible perjuicio es, pienso, un dato decisivo que la primera de las teorías expuestas no toma suficientemente en consideración, en tanto que la segunda, al exigir el ejercicio de una acción impugnatoria, sin precisar de qué acción se trata, supervalora, a mi juicio, la eficacia de la confesión frente a terceros. Para desarrollar mi punto de vista creo necesario distinguir según se trate de acreedores o de legitimarios.

Relativamente a los acreedores, pueden serlo del cónyuge confesante o de la comunidad, como dice con expresión incorrecta el artículo 1.324, pues es claro que la comunidad, al no ser persona jurídica, no

(217) Vid. LACRUZ, *ob. cit.*, pág. 381.

(218) Cfr. OLIVARES JAMES, *Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges y los efectos de la confesión conforme al artículo 1.324 del Código civil*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», tomo XXV, pág. 320.

tendrá acreedores, sino que éstos lo serán del marido de la mujer o de ambos. El precepto se ha querido referir, sin duda, a aquellos acreedores que pueden dirigirse no sólo contra el patrimonio del cónyuge que contrajo la obligación sino también ,incondicionalmente, contra el patrimonio común (219).

Así las cosas, es claro que sólo puede decirse que la confesión perjudica a los acreedores si el cónyuges deudor no tienes bienes propios con que responder o éstos no son suficientes y tampoco hay bienes comunes que, sumados a los primeros, basten para que sobre ellos pueda hacerse efectiva la obligación reclamada (220).

Lo dicho no quiere decir que los acreedores, para proceder contra el bien privativo cuyo carácter de tal consta sólo por confesión del otro cónyuge ,tengan que demostrar previamente la inexistencia de bienes suficientes en el patrimonio privativo del cónyuge deudor y en el ganancial. Sería excesivo y parece que contrario a la letra del artículo 1.324, imponerles la carga de la prueba de ese hecho negativo. Mas hay que conceder al cónyuge favorecido por la confesión el derecho de oponerse al embargo, bien alegando y probando que existen en el patrimonio del confesante o en el ganancial bienes libres suficientes, ora demostrando, por medios distintos de la confesión, según se ha dicho, que el bien embargado es de su exclusiva propiedad porque fue adquirido con dinero de su pertenencia o por cualquier otro concepto determinante de su privatividad.

Acontece, empero, que la oposición al embargo, ya se trate de embargo decretado en ejecución de sentencia o de embargo practicado en juicio ejecutivo, en los términos que han quedado expuestos, no es fácil

(219) En este segundo caso estarían, por ejemplo los acreedores de uno de los cónyuges que se ha obligado en su propio interés pero con el consentimiento expreso del otro. En ese supuesto debe entenderse que el cónyuge que sólo se ha limitado a consentir no vincula su propio patrimonio privativo. También los acreedores que, no obstante haberse contraído la obligación por uno solo de los cónyuges, tienen acción contra el patrimonio común aunque no la tengan contra el del cónyuge no deudor. Por ejemplo, si se está ante una obligación contraída en el ejercicio de ordinario de la profesión, arte u oficio de uno de los cónyuges o en la administración ordinaria de los bienes propios. Cfr. artículo 1.365-2 del Código civil. Si se trata de lo que el artículo 1.373 del Código civil llama «deudas propias» de uno de los esposos es de tener en cuenta que también en ese caso es posible embargar los gananciales, aunque el cónyuge no deudor podrá pedir que se sustituya la traba por la parte que el cónyuge deudor ostenta en la sociedad conyugal; el embargo lleva consigo la disolución de la sociedad.

(220) Si se trata de deudas propias, es de observar como se ha indicado en la nota anterior, que el acreedor puede, pese a la naturaleza de la deuda, hacer presa sobre los bienes comunes, aunque el otro cónyuge —que en nuestro caso sería el favorecido por la confesión— puede hacer uso del derecho que le concede el artículo 1.373. Supuesto que efectivamente ejercitase tal derecho el perjuicio al acreedor vendría determinado por la insuficiencia de los bienes (que además de los propios) se le hubiesen adjudicado en la liquidación de la sociedad de gananciales, a la que se debe proceder en cumplimiento de lo dispuesto por el ya citado artículo 1.373. De no ser estos bienes (sumados a los privativos) bastantes, los acreedores podrán considerar que también forma parte del activo común partible el bien privativo confesado.

de articular procesalmente, dadas las características propias tanto del procedimiento de ejecución como del propio juicio ejecutivo. De todos modos, algún recurso hay que buscar pues no se puede dejar inerte al cónyuge favorecido por la confesión.

El Reglamento hipotecario parece confirmar este punto de vista. El apartado 2 del artículo 144 (en la última parte de este trabajo se estudiará con detenimiento el precepto en su totalidad) dispone que cuando se trate de bienes inscritos conforme al número 4 del artículo 95 (es decir, cuando la privatividad del bien sólo resulte de la confesión del cónyuge no adquirente), el embargo será anotable si la demanda se hubiere dirigido contra el cónyuge a cuyo favor aparezcan inscritos los bienes, sea o no el cónyuge deudor. Prescindiendo de hacer ahora un examen crítico del precepto (me remito sobre este extremo a lo que se dirá después) lo cierto es que el mismo sólo se explica en tanto tenga por finalidad conceder al cónyuge, «a cuyo favor aparezcan inscritos los bienes», el derecho a defenderse, aunque no sea el cónyuge deudor, tal como dice la norma reglamentaria (221). A mi juicio, un camino más practicable que la oposición «sensu strictu» al embargo, sería el de interpretar con cierta generosidad las normas referentes a la tercera ya que también mediante la tercera se pretende que se liberen unos bienes que no debieron embargarse, que es lo que sucede en nuestro caso, tanto si se prueba que el bien privativo confesado es realmente privativo como que los acreedores procedieron precipitadamente porque existen otros bienes, suficientes para satisfacerles, sobre los cuales debió recaer preferentemente el embargo.

El artículo 1.324 cuando establece que la confesión no perjudicará a los acreedores debe interpretarse, pues, en el sentido de que «prima facie» los acreedores pueden desconocer la confesión y dirigirse contra los bienes privativos confesados como si fueran comunes aunque la ejecución no debe prosperar si se demuestra la inexistencia de perjuicio (porque existen otros bienes sobre los que los acreedores pueden cobrarse) o la naturaleza realmente privativa de los bienes embargados.

El planteamiento es distinto respecto de los otros posibles perjudicados por la confesión, es decir, los herederos forzosos del confesante. A éstos la confesión, supuesto que fuese inexacta, les afectaría en un doble sentido, cálculo de la legítima y posibilidad de que ésta pudiera satisfacerse a expensas del bien privativo confesado supuesto que el «relictum» (integrado por los bienes privativos del causante más su mitad de gananciales) fuera insuficiente para cubrirla. En consecuencia, el reconocimiento o confesión ha de ser tratado, en principio, respecto

(221) Suponer que la finalidad del precepto es solamente procurar al cónyuge titular del bien privativo confesado noticia del procedimiento con objeto de que pueda hacer valer después sus derechos en juicio declarativo ni rima bien con el precepto reglamentario —pues para lograr tal objetivo no sería necesario demandarle sino notificarle la existencia del procedimiento— ni constituye una solución satisfactoria pues el adjudicatario del bien quedaría expuesto a que su adquisición fuese impugnada con posterioridad. Razones de economía procesal y de seguridad jurídica postulan que la cuestión se debata antes de entrar en la fase de apremio. Para ello no veo otra solución que la que se sugiere en el texto.

de los herederos forzosos del confesante, como si estuviéramos en presencia de una donación, donación que habrá que estimar en la mitad del valor del bien supuestamente donado toda vez que la otra mitad de ese valor ya correspondía al presunto donatario. Por consiguiente, el importe representado por ese valor (el de la mitad del bien a que se refirió la confesión) habrá que añadirlo al que tenga la herencia del causante conforme al artículo 818-2 del Código civil. La legítima de los herederos forzosos del cónyuge confesante se calculará sobre una base mayor y, a tenor de ese cálculo de la legítima, puede ocurrir que en la sucesión no existan bienes bastantes para pagarla si se prescinde del bien privativo confesado, caso en el cual la presunta donación tendrá que reducirse.

De acuerdo con este enfoque de la cuestión, parece que determinar si la confesión perjudica o no realmente a los herederos forzosos del confesante es algo que sólo puede saberse una vez liquidada la sociedad de gananciales y hecha la partición de la herencia. Por eso no comparto la opinión de quienes estiman que provisionalmente hay que dar por buena la confesión, también frente a los legitimarios, y salvo que éstos la impugnen. La acción impugnatoria tendría por objeto negar la veracidad de la confesión, pero no parece que conforme al artículo 1.324 del Código civil sea necesario para que entre en juego lo que en él se dispone (la confesión «no perjudicará a los herederos forzosos del confesante») que los herederos forzosos tengan que impugnar la confesión, impugnación que, en todo caso, no conllevaría que los demandantes tuvieran que probar que la confesión no respondió a la verdad (se trataría, pues, de una extraña y atípica acción impugnatoria) sino que su simple interposición pondría al cónyuge favorecido por la confesión en la necesidad de probar por medios distintos de la confesión misma que el bien cuestionado le pertenecía privativamente o que, aún reputándolo ganancial, no existe perjuicio para la legítima porque con los bienes privativos del causante más la parte de éste en el activo ganancial líquido (y excluido el bien privativo confesado) hay suficiente para que los herederos forzosos del confesante perciban lo que por legítima les corresponde.

El artículo 95-4 del Reglamento hipotecario confirma la tesis que aquí se defiende acerca de la innecesidad de que los herederos forzosos del confesante tengan que proceder previamente a impugnar la confesión para evitar que ésta les perjudique. Se ha puesto de relieve (222) que si la defensa de los legitimarios se monta sobre la base de que la veracidad de la confesión ha de ser impugnada por los herederos forzosos del confesante de ahí se desprende que hasta que se ejercite esa acción, o si no se ejercita, el cónyuge favorecido por la confesión podrá por sí solo disponer de los bienes privativos confesados, mientras que si, por el contrario, el «no perjudicará» se entiende en el sentido de que la confesión debe reputarse «ab initio» ineficaz frente a los herederos forzosos será necesario para otorgar sobre aquellos bienes cualquier acto de disposición, después de muerto el confesante, que el acto sea

(222) Vid. OLIVARES JAMES, *ob. cit.*, pág. 326.

consentido por los legitimarios. Y esa es, justamente, la solución del artículo 95-4 del Reglamento hipotecario. Este precepto después de decir que «todos los actos inscribibles relativos a esos bienes (los privativos confesados) se realizarán exclusivamente por el cónyuge a cuyo favor se hizo la confesión», añade que el cónyuge «necesitará para los actos de disposición realizados después de fallecer el confesante el consentimiento de los herederos forzosos de éste, si los tuviere, salvo que el carácter privativo del bien resulte de la partición de la herencia».

Ahora bien, aunque la distinción del Reglamento responde a la idea de que la confesión es «prima facie» ineficaz frente a los legitimarios del confesante, probablemente las consecuencias que saca de ello son excesivas. La ineficacia de la confesión sólo implica presumir que, bajo el manto de la confesión se ha encubierto una donación del causante a su cónyuge y suyo objeto es un bien ganancial. Consecuentemente, los legitimarios pueden estimar que el bien privativo confesado es un bien ganancial donado y tratarlo como tal. Es decir, podrán pretender que la mitad de su valor se adicione al que tenga la herencia y que la presunta liberalidad se reduzca por inoficiosa, si procede y a salvo siempre el derecho del cónyuge para demostrar que se trata de un bien propio (223). Pero esta conceptualización del bien privativo confesado frente a los herederos forzosos del confesante no postula que su consentimiento deba ser necesario para que el cónyuge favorecido por la confesión pueda enajenar, aún muerto su causante, el bien de que se trate. Como se ha puesto de relieve con acierto, tiene poco o ningún sentido que un donatario cualquiera del causante pueda enajenar el bien donado después de morir el donante sin necesidad de obtener el consentimiento de los herederos forzosos de aquél y que, en cambio, la protección de los posibles derechos de los legitimarios del confesante (derechos que sólo existirán si la confesión esconde una donación, pero no si corresponde a la realidad) obligue a contar con su consentimiento, si se trata de un bien privativo confesado, máxime teniendo en cuenta que el posible perjuicio causado habrá que computarlo sobre la mitad del valor de la cosa cuya privatividad se confesó, mientras que en el supuesto de donación propiamente dicha el perjuicio puede ser por entero y el acto es siempre gratuito y no simplemente sospechoso de gratuidad (224).

(223) Parece que a este régimen debieran quedar sujetos no sólo los bienes privativos confesados que el cónyuge favorecido por la confesión aún conserve en su poder sino también aquellos que hubiesen sido enajenados. Por otra parte, es de tener en cuenta que la acción de reducción de donaciones por inoficiosa es personal y no puede perjudicar al tercer adquirente, al menos si es a título oneroso, salvo que haya obrado fraudulentamente. La doctrina más autorizada configura la acción de reducción como rescisoria y, por consiguiente, con eficacia meramente personal. Vid. en este sentido LACRUZ BERDEJO, *Elementos de derecho civil*, V, «Derecho de sucesiones», Barcelona, 1981, pág. 510, y VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho sucesorio*, Madrid, 1982, I, pág. 665.

(224) Vid. LACRUZ, *Los bienes conyugales y el Registro de la Propiedad...*, cit., págs. 349 y 350. El criterio del Reglamento quizás pudiera defenderse partiendo de la tesis de que la presunta donación disimulada por medio de la confesión sería nula por no haberse formalizado la donación —como tal do-

Todo ello plantea el problema de la eficacia de la transmisión efectuada por el cónyuge favorecido de bien privativo confesado una vez muerto su causante y consumada sin el consentimiento de los legitimarios. Estimo que una recta interpretación del artículo 1.324 del Código civil debe llevar a la conclusión de que la enajenación es válida y eficaz, aunque no podrá inscribirse en el registro debido a lo preceptuado por el artículo 95-4 del Reglamento hipotecario (225). De todos modos, es claro que el impedimento que significa esa norma reglamentaria no puede ser indefinido. Quiere decirse que debe existir un límite temporal transcurrido el cual el cónyuge favorecido por la confesión podrá enajenar el bien privativo confesado sin el consentimiento de los herederos forzosos del confesante, de suerte que la enajenación será sin más inscribible en el registro, o ya podrá inscribirse la enajenación consumada, sin dicho consentimiento, anteriormente. El momento decisivo es la práctica de la liquidación de la sociedad de gananciales y la consiguiente partición de la herencia del cónyuge confesante. Quizás esto es lo que quiere decir, aunque la fortuna no haya acompañado a los autores del texto, el propio artículo 95-4 cuando hace la salvedad de que «el carácter privativo del bien resulte de la partición de la herencia». Esto es, siempre que en la partición haya quedado establecido que el bien es privativo (lo que requerirá el consentimiento de los legitimarios si la partición la realizan directamente los herederos, o resolución judicial de no haber acuerdo), la limitación formal impuesta por el Reglamento desaparecerá. Incluso, parece, aunque se trate de partición realizada por el contador o por el propio causante, sin perjuicio de la impugnación «a posteriori» en caso de lesión de la legítima (226).

c) *Aplicación del principio de subrogación real a algunos casos especiales*

El juego de la subrogación real en las adquisiciones onerosas determina la naturaleza ganancial o privativa del bien adquirido sin que, como regla general, la aplicación de tal principio suscite más complicaciones que las ya estudiadas en orden a la prueba del carácter privativo del precio o contraprestación. Mas existen algunos supuestos en que la aplicación de la regla resulta particularmente compleja y surge la duda sobre cuál es la naturaleza que debe atribuirse al bien adquirido.

nación— en escritura pública, infringiendo lo dispuesto por el artículo 633 del Código civil, rígida y rigurosamente interpretado. Sobre lo infundado de esta posición, el examen de la doctrina y de la jurisprudencia, ésta menos uniforme de lo que se cree, vid. VALLET, *Panorama del Derecho sucesorio*, cit., págs. 675 y sigs.

(225) En el mismo sentido LACRUZ, *Los bienes...*, cit., pág. 349, salvo que se demuestre el carácter fraudulento de la enajenación y la connivencia del tercero en el fraude.

(226) Cfr. en este sentido AVILA, *Inscripción de bienes de ausentes, de los cónyuges y de la sociedad conyugal*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», núm. 555, pág. 309.

No pretendo examinar aquí todos los supuestos susceptibles de plantear la dificultad a que aludo; me limitaré a estudiar solamente tres, seguramente aquellos con los que en la práctica puede tropezarse con mayor frecuencia. Esos tres supuestos son: Adquisición de un bien a cambio del cual se entrega otro más un suplemento en metálico, compras con precio totalmente aplazado, y compras efectuadas con dinero procedente de préstamos solicitados y obtenidos para conseguir el numerario suficiente con que pagar el precio o parte de él.

a') *Adquisición de un bien a cambio del cual se entrega otro más un suplemento en metálico*

El problema se plantea, claro está, cuando la contraprestación mixta procede del patrimonio privativo de uno de los cónyuges y del patrimonio ganancial. De no ser así, la cuestión no existe. El bien adquirido será ganancial si a cambio se ha entregado otro que también lo es más dinero que igualmente tiene ese carácter (real o presuntivamente) y, contrariamente, será privativo en la hipótesis inversa y siempre que se haya justificado suficientemente (aunque sea por la confesión o reconocimiento del otro consorte) la naturaleza privativa de la contraprestación que en el caso examinado consistirá en una cosa y además en dinero. Mas ¿qué acontece si el bien entregado como contraprestación es privativo de uno de los cónyuges y el suplemento en metálico tiene naturaleza ganancial o presuntivamente ganancial?

La doctrina, tanto española como extranjera, se había ocupado del tema al examinar el caso de bienes adquiridos por permuta con un bien privativo si además de dicho bien el cónyuge permutante satisfacía una suma en metálico, que completaba su contraprestación, y no se probaba o no podía probarse suficientemente que también ese suplemento procedía del patrimonio particular del adquirente (227). En el derecho anterior a la Ley de 13 de mayo de 1981 algunos autores se inclinaban por aplicar el artículo 1.446 del Código civil. Si con arreglo a ese artículo el contrato era de permuta, para lo cual se precisaba bien que la «intención manifiesta de los contratantes» se pronunciara en ese sentido o que el valor de la cosa dada en precio excediere del dinero, lo adquirido se reputaba privativo (siempre, naturalmente, que la cosa «dada en precio», como dice el artículo 1.446 fuese privativa), en tanto que si el contrato, con arreglo a esos mismos criterios, había que considerarlo compraventa (en particular, si el valor de la cosa era inferior al representado por el suplemento en metálico) el objeto adquirido tendría la conceptualización de ganancial (228). Tanto en un caso como en otro procedía el reembolso bien a favor del patrimonio ganancial (si la adquisición devenía privativa) o del particular

(227) Vid. en particular SANZ, *ob. cit.*, págs. 299 y sigs. El autor además de dar su propia opinión recoge las diversas teorías defendidas en Francia y en España.

(228) Vid. en el sentido del texto, SANZ (*obra y lugar citados*) y ROCA SASTRE (*ob. cit.*, pág. 298).

del cónyuge adquirente (si el bien adquirido pasaba a integrar el activo común). Pero frente a esta opinión se alzaba la de quienes entendían que el principio de subrogación real exigía que el bien adquirido se hiciera en parte privativo y en parte ganancial en proporción al valor de las respectivas contraprestaciones (229).

Después de la reforma parece que este es el criterio que debe prevalecer, a la vista de lo dispuesto por el artículo 1.354 del Código civil, según el cual «los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán proindiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas». La norma tiene carácter general y no se refiere únicamente a la hipótesis concreta que estamos examinando. Es decir, aunque la contraprestación consista solamente en dinero si éste procede en parte del patrimonio privativo de uno de los esposos y el resto del patrimonio común, el bien adquirido será ganancial en cuanto a una participación indivisa equivalente al valor del dinero que también tenga ese carácter (en relación con el valor que represente el total del precio) y privativa por lo que hace a la participación indivisa restante. Se crea así una compleja situación de indivisión entre uno de los cónyuges de una parte y el consorcio conyugal (o, para explicar las cosas más exactamente, entre uno de los esposos y ambos conjuntamente como titulares del patrimonio ganancial) lo que, en principio al menos, no parece una solución muy satisfactoria.

Precisamente los inconvenientes prácticos que pueden derivarse de tal solución (230) llevan a algún autor a sostener que el artículo 1.354 no debe entrar en juego, entre otros casos, cuando «predomine otro criterio de determinación». Se cita, al efecto, el caso típico de la permuta al que debe aplicarse el artículo 1.446 con objeto de calificar la adquisición de privativa o de ganancial según lo que resulta de ese artículo; esto es, se defiende, a despecho de lo que dispone el artículo 1.354, una de las teorías que también patrocinaba un sector de la doctrina antes de la reforma (231).

A mi juicio, no hay razón alguna que permita prescindir de la aplicación del artículo 1.354 a la permuta en que la contraprestación consista en la entrega de un bien privativo y de un suplemento en metálico ganancial. En rigor, el precepto recordado aplica rígidamente el principio de subrogación real y, consecuentemente, no se ven motivos para que el juego de tal principio se vea desplazado en función de

(229) Así, LACRUZ BERDEJO, *El matrimonio y su economía*, cit., pág. 408, salvo que el suplemento en metálico fuera de muy poca entidad. Por mi parte, me adheriré a la primera de estas dos tesis si bien expresé mis dudas sobre que la adquisición hubiese de considerarse privativa en el caso de que la calificación del acto como permuta obedeciese tan sólo a la intención de los contratantes. Cfr. *La separación de hecho...*, cit., nota 78.

(230) También esgrimidos por la doctrina anterior en tanto defendía que el bien adquirido debía considerarse íntegramente privativo o íntegramente ganancial.

(231) Vid. DE LOS MOZOS *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Madrid, 1984, tomo XVII, vol. 2.º, pág. 182.

la calificación jurídica (compraventa o permuta) que merezca el acto. Ciertamente, el legislador podría haber suavizado la aplicación rígida de la subrogación real pero lo cierto es que no lo ha hecho, tal vez porque pensó que el artículo 1.355 brindaba a los esposos un medio de eliminar tanto la subrogación como la situación de indivisión a que conducen las adquisiciones mixtas.

Por consiguiente y salvo que otorguen el contrato como adquirentes el marido y la mujer y en él acuerden expresamente que el bien adquirido será ganancial o, aún sin que el contrato revele el acuerdo expreso, adquieran los dos en forma conjunta y sin atribución de cuotas, hipótesis ambas en que el bien objeto de la adquisición debe reputarse ganancial e inscribirse en la forma que determina el artículo 93-1 del Reglamento, en los demás habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 1.354 del Código civil. La inscripción (232) se practicará conforme a lo que establece el apartado 5.º del artículo 95 del Reglamento. Dice este apartado: «Si la justificación o confesión de privatividad se refiriese solamente a una parte del precio o contraprestación, la inscripción se practicará a nombre del cónyuge a cuyo favor se haga aquélla en la participación indivisa que se indique en el título y a nombre de uno o ambos cónyuges, según proceda, para su sociedad de gananciales, en la participación indivisa restante del bien adquirido».

Será necesario, por tanto, que en la escritura se diga qué proporción guardan el valor de la cosa y del suplemento en metálico respecto del importe total a que ascienda la contraprestación, mixta en este supuesto de cosa y de dinero (233), y que en esa misma proporción el bien adquirido es en parte privativo y en parte ganancial. Pero ¿puede el cónyuge adquirente, supuesto que sólo él concurra al otorgamiento de la escritura, fijar esa proporción?

La doctrina, según creo, no se formula esta pregunta a pesar de su importancia ya que el alcance de la misma trasciende de la hipótesis particular que aquí nos ocupa, pues la cuestión que en ella se encierra se extiende a todos los casos en que entre en juego el artículo 1.354 del Código civil (234). Tal vez se da por supuesto que siempre que se produzca una adquisición en que la contraprestación se satisface en parte con cargo al patrimonio privativo de uno de los cónyuges y en parte con dinero ganancial, figurarán como adquirentes ambos esposos,

(232) No sólo en el caso especial que se contempla en el texto sino en todos aquellos en que una parte de precio o contraprestación sea en parte ganancial y en parte privativo; es decir, en todos a los que es aplicable el artículo 1.354.

(233) Lo mismo habrá que hacer, naturalmente, en los demás casos en que sea de aplicación el artículo 1.354 del Código civil.

(234) En cambio, se discute si el artículo 1.354 —relativamente a la compraventa— sólo es aplicable si todo el precio se paga al contado o también si se ha aplazado una parte del precio. Parece bien fundada la opinión de GIMÉNEZ DURT (*ob. cit.*, págs. 136/137) quien estima que el artículo 1.354 también debe ser aplicado en el segundo caso si la cantidad entregada es en parte privativa y en parte ganancial. La proporción en que participan uno de los cónyuges y la comunidad ganancial se fijaría en función de la participación del uno y de la otra en la cantidad entregada como primer plazo. Comparte este criterio TORRALBA SORIANO (*ob. cit.*, págs. 1628/1629).

quienes determinarán, de común acuerdo, cuál son las respectivas cuotas de participación. El número 5 del artículo 96 del Reglamento también parece redactado con el pensamiento puesto en esa hipótesis; al menos no parece que sus autores se hayan planteado otra.

Sin embargo, cabe que el contrato se otorgue sin que en él inter vengan los dos esposos. La probabilidad de que esto ocurra es mayor si la contraprestación consiste parte en dinero (ganancial o presuntivamente ganancial) y parte en una cosa propiedad privativa del cónyuge adquirente, pero también puede suceder en el caso de compra si el cónyuge comprador tiene en su poder dinero ganancial y lo aplica juntamente con el suyo propio al pago del precio (235). Y es entonces cuando surge la dificultad, pues es claro que si el otro cónyuge también interviene, aunque no sea más que para consentir la determinación de las cuotas, no llega a plantearse el problema. Este únicamente se suscita cuando sólo concurre como otorgante el cónyuge adquirente.

A mi juicio y aunque comprendo que la cuestión es opinable, no es necesario el consentimiento del cónyuge que no figura como adquirente. Puesto que cada uno de los esposos puede, no obstante estar casado bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales, celebrar contratos adquisitivos sin contar con el otro, según el propio Código admite expresamente (236), parece que ha de poder señalar la proporción en que el bien adquirido será ganancial y privativo, dado que está facultado para fijar, de acuerdo con el transmitente, el importe total de la contraprestación. Señalado el importe de ésta y puesto que se sabe cuál es el montante del suplemento en metálico (237) la proporción resulta establecida de modo automático.

Claro es que la proporción puede establecerse arbitrariamente en perjuicio del patrimonio común. Por ejemplo, si en la escritura se señala como importe total de la contraprestación una cantidad inferior a la realmente convenida y la diferencia se enjuga suponiendo entregado un suplemento en metálico inferior al realmente satisfecho (238). Cuando esto ocurra el cónyuge perjudicado podrá actuar conforme a lo dispuesto por los artículos 1.390 y 1.391 del Código civil. Cabrá, a mi juicio, la impugnación del acto (239) a fin de que se establezca la verdadera proporción, y si el cónyuge perjudicado no lo hiciese siem-

(235) Es claro que desde el punto de vista exclusivamente registral el problema que se examina en el texto sólo se planteará si el cónyuge adquirente justifica suficientemente a juicio del registrador la privatividad del dinero en cuanto a la cantidad que procede de su propio peculio.

(236) Cfr. artículos 1.347-3, 1.356 y 1.370.

(237) O, en el caso de compra, cual es la parte de precio que se satisface a costa del patrimonio peculiar del cónyuge comprador.

(238) Se dirá —con razón— que si el cónyuge adquirente quiere defraudar a la sociedad de gananciales simulará una permuta; es decir, en la escritura sólo figurará como contraprestación la finca privativa que se da a cambio. Que esto sea, efectivamente, lo más probable, es un argumento de tipo práctico a favor de la tesis que se defiende en el texto. Por otra parte y como cualquier combinación fraudulenta exige el acuerdo del transmitente, se podrá reclamar del mismo la pertinente indemnización.

(239) Vid. artículo 1.390 «in fine».

pre podrá exigir del otro el importe del daño causado a la sociedad. Caso de impugnación, ésta no podrá perjudicar al adquirente de buena fe, al menos si reúne los requisitos necesarios para acogerse a la protección de la fe pública registral (240).

b') *Compras con precio totalmente aplazado*

Con anterioridad a la Ley de 13 de mayo de 1981 el Código civil no decía nada respecto de la naturaleza privativa o ganancial de un bien comprado por uno de los cónyuges con precio aplazado en todo o en parte. Las opiniones doctrinales diferían y de algún modo resultaban confusas porque en general no se trataban separadamente dos hipótesis distintas: que el precio quede totalmente aplazado o que sólo se aplace una parte del mismo por haberse satisfecho la otra al tiempo de celebrar el contrato (241).

(240) Parece que sin necesidad de cumplir esos requisitos el adquirente que no haya procedido de mala fe debe ser mantenido en su adquisición. Así se deduce del artículo 1.391 que concibe la acción de impugnación como rescisoria. Cierto que el precepto está enfocando el supuesto de que el acto fraudulento consista en la enajenación de un bien ganancial y aquí el fraude se consuma precisamente al adquirir de modo que tercero sería quien adquiriese del cónyuge que obró en fraude. Por ejemplo, el que haya comprado la finca adquirida en virtud del acto fraudulento si aquella se enajena después por el cónyuge adquirente (caso de que se haya simulado una permuta) o si lo enajenado es la participación indivisa que se ha hecho figurar como privativa en una proporción mayor que la procedente. De todos modos, pienso que la solución debe ser la misma, es decir, la acción que eventualmente corresponde al cónyuge perjudicado en esos supuestos debe ser también la acción rescisoria a que se refiere el artículo 1.391, de modo que sólo podrá alcanzar al adquirente de mala fe, al margen de que pueda acogerse, además, a la protección registral.

(241) Así, por ejemplo, SANZ entendía que la cosa comprada por uno solo de los cónyuges con precio aplazado era privativa del cónyuge comprador. Sin embargo no consideraba expresamente el supuesto de que hubiera existido una primera entrega de carácter ganancial. Enfocaba la hipótesis contraria, es decir, que la parte de precio satisfecha fuese privativa y se demostrase su privatividad (SANZ trataba el tema al ocuparse de los bienes privativos). Para ese caso, SANZ se preguntaba si el pago del resto, supuesto que se hiciera con dinero ganancial o presuntivamente ganancial debía influir en el carácter del bien adquirido y respondía negativamente, punto de vista que yo no compartía. (Vid. SANZ, *ob. cit.*, págs. 310/313). En lo que a mí respecta, había expuesto mi opinión en el trabajo ya citado *La separación de hecho y la sociedad de gananciales*, pág. 52 y sigs. de la separata. ROCA SASTRE (*ob. cit.*, pág. 58) sostenía que en el caso de compra efectuada con aplazamiento de pago del precio el bien lo adquiría el cónyuge comprador como privativo si lo consentía su consorte. LACRUZ BERDEJO (*El matrimonio y su economía*, cit., pág. 413) era partidario, en el caso de compra efectuada por uno de los cónyuges (el autor se refería a los celebrados por el esposo administrador), de que la calificación del bien quedase en suspenso hasta la realización del pago de modo tal que la definición del bien comprado como ganancial o privativo dependería de la procedencia de los fondos con que se hiciera el pago. Por mi parte (en la obra y lugar citados en esta nota) defendí la necesidad de distinguir los dos supuestos (precio aplazado totalmente y precio aplazado sólo en parte) y tanto para el uno como para el otro sostuve que la adquisición debía calificarse «prima facie» como privativa

La Ley de 13 de mayo de 1981 ha venido a remediar, aunque sólo parcialmente, aquella carencia. El artículo 1.356 del Código civil, al que ya hemos aludido anteriormente (242), dispone que «los bienes adquiridos por uno de los cónyuges, constante la sociedad, por precio aplazado, tendrán naturaleza ganancial si el primer desembolso tuviera tal carácter, aunque los plazos restantes se satisfagan con dinero privativo. Si el primer desembolso fuere privativo, el bien será de esta naturaleza» (243). Por supuesto, tanto en un caso como en el otro, procede que el patrimonio que haya soportado el pago de la cantidad aplazada, sea reembolsado en los términos previstos por el artículo 1.358.

La solución preconizada por el artículo 1.356 es simple. La calificación del bien como privativo o como ganancial depende de la naturaleza del primer desembolso. Ahora bien, vista la presunción de ganancialidad sentada por el artículo 1.361 para que el bien pueda ser inscrito con carácter privativo será necesario acreditar, aunque sea merced al reconocimiento o confesión del otro cónyuge, que el dinero con el que se ha satisfecho el primer plazo tiene también aquel carácter. Se trata, como se ve, de una solución clara y sencilla; sin embargo, ha sido criticada porque se presta al fraude. Un cónyuge puede entregar una mínima cantidad a cuenta del precio a conciencia de que después se pagará el resto (prácticamente la totalidad) a expensas del patri-

o como ganancial, según los casos, calificación que podía cambiar si al final resultaba que el precio se había satisfecho a expensas del patrimonio común o del propio del cónyuge comprador y para la hipótesis de que hubiesen concurrido ambos patrimonios al pago del precio, el bien comprado debía imputarse a aquel de los patrimonios a cuyas expensas se hubiere satisfecho una cantidad mayor. Por último, la resolución de 4 de mayo de 1978 después de proclamar que era válida e inscribible la compra realizada por mujer casada con precio satisfecho en parte y en parte aplazado, después de aseverar que del precio aplazado responderá sólo el patrimonio de la mujer y no el de la sociedad de gananciales salvo que el acto hubiere redundado en su provecho, excluye que la inscripción se practique en la forma que prevenía el antiguo artículo 95-1.º del Reglamento (la compradora estaba separada de hecho y pagó la parte del precio satisfecha de contado con dinero propio según manifestó pero sin justificarlo) sino sólo a nombre del cónyuge adquirente (o sea, la esposa compradora) por tratarse, según se nos dice, de un supuesto no previsto por la norma reglamentaria, aunque la inscripción debe practicarse de acuerdo con los artículos 1.401-1.º y 1.407 (antiguos) del Código civil, o, lo que viene a ser lo mismo, con carácter presuntivamente ganancial. Con lo cual se conseguía por lo menos que cualquier acto dispositivo sobre el bien comprado tuviera que hacerse con el consentimiento de la mujer —titular registral— y sin que pudiese el marido realizar actos de aquella clase ni siquiera con autorización judicial.

(242) Vid. supra epígrafe II-C-b.

(243) El artículo 1.357 aclara que los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán carácter privativo, aún cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial. Se exceptúa la vivienda y ajuar familiares, respecto de los cuales se aplicará el artículo 1.354, es decir, pertenecerán proindiviso a la sociedad de gananciales y el cónyuge comprador (en el supuesto, claro es, de que la cantidad pendiente de pago se satisfaga vigente la sociedad con dinero ganancial o presuntivamente ganancial) en proporción al valor de sus aportaciones respectivas.

monio común. Se ha apuntado como remedio para esa hipótesis lo dispuesto en el artículo 1.390 del cual resulta que el cónyuge que haya realizado un acto de esa índole podrá resultar deudor de la masa consorcial en proporción al lucro o beneficio exclusivo obtenido por él en daño de la sociedad (244).

La aplicación del artículo 1.356 comporta la concurrencia de dos circunstancias: que la adquisición la efectúe solamente uno de los cónyuges y que al tiempo de celebrarse el contrato se pague una parte del precio. Ello plantea dos interrogantes. ¿Qué acontece si compran los dos cónyuges siempre con precio aplazado al menos en parte? ¿Quid en el caso de aplazamiento total del precio?

La primera de estas dos preguntas puede contestarse con relativa facilidad. Si los dos cónyuges acuerdan expresamente al adquirir que el bien comprado sea ganancial, tendrá ese carácter y lo mismo sucederá, siempre en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.355, si aunque no haya acuerdo expreso dicho acuerdo deba presumirse por haber comprado ambos esposos conjuntamente y sin atribución de cuotas. Contrariamente, si cada uno de los consortes compra una cuota del bien objeto de la adquisición cabe que ésta se califique de privativa siempre que se justifique que la parte del precio correspondiente a las respectivas cuotas es privativa del cónyuge comprador, extremo que puede acreditarse mediante confesión del otro (245). Naturalmente, el bien deberá inscribirse a nombre de ambos esposos y con carácter ganancial si ambos manifiestan que el dinero con que se ha satisfecho la parte de precio pagada de presente es dinero común.

En cambio, encontrar una respuesta satisfactoria al segundo interrogante no es empresa fácil. Porque el Código nada dice sobre que calificación debe merecer el bien comprado con precio totalmente aplazado, extraña que nada se haya dispuesto por lo que respecta a las compras con precio aplazado en su totalidad. Ciertamente, en el tráfico no es corriente que se aplace totalmente el pago del precio; generalmente, se paga al perfeccionarse el contrato una cantidad a cuenta aunque sea pequeña. Con todo, es un caso que indudablemente puede darse y al que hay que buscar una solución (246).

También aquí la dificultad es menor si compran ambos cónyuges. El acuerdo expreso o presunto (inducido de la forma en que el bien se adquiere conforme al artículo 1.355-2) permitirá atribuir el bien

(244) Vid. en este sentido LACRUZ, *Derecho de familia*, cit., pág. 367 y TORRALBA SORIANO, *Comentarios*, cit. pág. 1638.

(245) Cabe también, claro es, que la confesión de los cónyuges compradores en lugar de ser recíproca se haya hecho por uno solo de ellos relativamente a la parte de precio imputable a la adquisición del otro. En tal caso, como dice GIMÉNEZ DUART, *Los bienes...*, cit., pág. 138, se constituirá un proindiviso «ganancial-privativo confesado».

(246) Quizás lo insólito del supuesto sea la causa de que la mayor parte de los comentaristas no aborden el tema, limitándose a comentar el artículo 1.356 partiendo de la hipótesis que el mismo contempla, es decir, compra con precio aplazado sólo en parte.

adquirido carácter ganancial (247). El problema, por el contrario, es mucho más complejo si compran separadamente el marido o la mujer.

Se ha sostenido (248) que hay que estar a la declaración del cónyuge comprador. Si declara que el precio aplazado se pagará con fondos gananciales o sin hacer manifestación alguna sobre este punto, la adquisición será ganancial, mientras que si declara que pagará con fondos privativos el bien adquirido debe tener también esa condición e inscribirse con tal carácter a nombre del esposo que adquiere.

A mi juicio, no debe ser decisiva la declaración del cónyuge comprador (249). La regla general en sede de adquisiciones onerosas, sobre la calificación de lo adquirido como ganancial o como privativo, depende, en el Código civil, como se ha visto, de la aplicación del principio de subrogación real, principio que también se aplica aunque limitadamente al caso de compra con precio aplazado en parte ya que la naturaleza del bien comprado viene dada por la procedencia del dinero con que se paga el primer plazo (250). Ahora bien, aceptado este punto de partida se pueden barajar soluciones diferentes.

Es defendible, a mi juicio, que el problema trate de resolverse en función de cuál haya de ser el patrimonio que debe responder del precio aplazado. Se trata de una fórmula que se aproxima al juego del principio de subrogación real en tanto hace depender la naturaleza de lo adquirido de un dato objetivo, a saber la masa patrimonial responsable de la que presumiblemente saldrán las cantidades necesarias para pagar el precio. Con arreglo a este criterio, habría que concluir que lo comprado con precio totalmente aplazado es, en principio, privativo, pues del precio aplazado sólo debe responder el patrimonio del cónyuge comprador y subsidiariamente los gananciales aunque con los condicionamientos del artículo 1.373 (251). No sería aplicable,

(247) Si cada uno adquiere, en el mismo acto, una cuota por separado, la calificación debe hacerse siguiendo el criterio que prevalezca relativamente a la calificación de lo comprado con precio totalmente aplazado por uno solo de los cónyuges.

(248) Vid. GIMÉNEZ DUART, *Los bienes...* cit., pág. 139. Este autor es el único dentro de los que he podido consultar que se ocupa expresamente del tema.

(249) Salvo en un caso, como después se verá. Vid. infra. nota 254.

(250) Discrepo, por consiguiente, de TORRALBA SORIANO, quien afirma al comentar el artículo 1.356 que «se trata, una vez más, de una alteración al principio de subrogación». (Vid. TORRALBA SORIANO, *Comentarios...*, cit., pág. 1639). Es verdad que el principio de subrogación real no se aplica hasta sus últimas consecuencias debido a que el legislador ha previsto, seguramente, que ello comportaría dar vía libre a toda una serie de hipótesis de cierta complejidad, y por esta razón ha adoptado una solución sencilla. Pero tal solución responde al principio de subrogación real puesto que, como se dice en el texto, es la naturaleza privativa o ganancial del primer plazo lo que determina que el bien comprado tenga uno u otro carácter.

(251) El hecho de que el vendedor pueda intentar cobrarse a expensas de bienes gananciales no contradice la calificación de privativo que, de prosperar la solución que ahora se indica en el texto, hay que otorgar al bien comprado. Porque el otro cónyuge puede, haciendo uso de la facultad que le concede el artículo 1.373, pedir la disolución de la sociedad y en ese caso sólo cabrá que el vendedor-acreedor haga presa sobre bienes privativos, pues

pues, lo dispuesto en el artículo 1.370 que se refiere a la responsabilidad dimanante de la compra *de un bien ganancial* con precio aplazado y aquí estamos presuponiendo que el objeto de la adquisición tendría carácter privativo (252).

Mas ¿es completamente cierto que del precio aplazado de una compraventa sólo responde el patrimonio del cónyuge comprador y eventualmente el patrimonio común en los términos del artículo 1.373? No es posible responder afirmativamente pues el Código permite que en ciertos casos la actuación de uno solo de los cónyuges comprometa (directa e incondicionalmente) el patrimonio común. Así, cuando se trate de compras (con precio aplazado) realizadas para satisfacer las necesidades ordinarias de la familia, según resulta de los artículos 1.319 y 1.365-1 del Código civil. Ciertamente, en el caso que acaba de ejemplificarse las compras (para satisfacer las necesidades ordinarias de la familia) tendrán por objeto bienes muebles, pero como quiera que hay otros supuestos en los que la actuación unilateral de uno de los esposos también compromete el patrimonio común cabe preguntarse si puede encajar dentro de alguno de esos supuestos la compra de un bien con precio aplazado. Recordemos, al efecto, lo que se dijo al tratar de la naturaleza privativa o ganancial del derecho arrendaticio respecto del cual admitimos, no sin reservas, que pudieran calificarse como gananciales los arriendos concertados vigente la sociedad y cuyo objeto fuera un local donde uno de los cónyuges fuese a ejercer su profesión u oficio, o puesto al servicio de una empresa mercantil, o el arriendo de una finca por un profesional de la agricultura, e incluso el de una vivienda para instalar en ella el hogar conyugal (253). La razón aducida fue, como se recordará, que estimamos posible incluir entre las obligaciones de que son responsables los gananciales las contraídas en el ejercicio de una profesión arte u oficio, o del comercio, y respecto de la vivienda, merced a una interpretación lata de lo dispuesto en el artículo 1.319. Naturalmente, si aceptábamos con reservas que de las rentas de dichos arrendamientos tuvieran que responder los gananciales, mucho mayores son las que experimentamos si en lugar de tratarse de las rentas de un arrendamiento la responsabilidad se postula del precio aplazado de una compraventa.

Por otra parte, tal vez sea más congruente con el sistema del Código seguir la pauta marcada por el artículo 1.356, pues resulta un tanto anómalo que hayan de predicarse soluciones diferentes para dos supuestos (compras con precio totalmente aplazado y compras con precio sólo aplazado en parte) que guardan entre sí una incuestionable semejanza. De acuerdo con esta orientación, podría sostenerse que la naturaleza ganancial o privativa del bien comprado por uno de los cónyuges con precio aplazado en su totalidad se determinará, con carácter general, en función de la procedencia del dinero con que ese carácter tiene ya, una vez disuelta la comunidad, la cuota que en ella corresponde a cada cónyuge y, en particular, los bienes que se la adjudiquen en pago de dicha cuota.

(252) El artículo 1.370, por tanto, se aplicaría solamente al supuesto contemplado por el artículo 1.356.

(253) Vid. supra, epígrafe III, A-B.

se pague el primer plazo. Si ese dinero es privativo, y así se justifica, el bien será privativo y ganancial en el caso contrario.

Es claro que esta fórmula presupone la necesidad de una calificación provisional hasta tanto se produzca el pago y quizás se objete que el sistema del Código civil es contrario a las calificaciones provisionales y propugna que en todo caso la calificación sea definitiva «ab initio». Sin embargo y aunque esto sea en líneas generales cierto, no puede tampoco ignorarse que cuando se trata de dilucidar cuál es la naturaleza de los bienes adquiridos a título oneroso constante la sociedad y si en el momento de la adquisición no puede aportarse prueba alguna sobre la índole privativa del dinero invertido en la adquisición, el bien tendrá que ser calificado como ganancial a la vista de la presunción del artículo 1.361, sin que ello obste a que si posteriormente se demuestra que aquel dinero pertenecía privativamente a uno de los cónyuges se rectifique la calificación que ha de reputarse provisional. El propio Reglamento hipotecario al permitir que la justificación o confesión de privatividad pueda hacerse con posterioridad a la inscripción, está presuponiendo un cambio de calificación del bien, inscrito «prima facie» como ganancial.

Así las cosas, estimo que en tanto no se produzca el pago del primer plazo puede aplicarse por analogía lo dispuesto por el artículo 1.361. En fin de cuentas, el precepto impone la ganancialidad mientras no se pruebe que los bienes existentes en el matrimonio (y, por consiguiente, un bien en concreto) pertenecen privativamente al marido o a la mujer. Y, en nuestro caso, esto es lo que también ocurre —de prosperar la solución que ahora se apunta— pues mientras no se pague el primer plazo no cabe la prueba de que el bien comprado es privativo. Por lo demás, atribuir carácter ganancial al bien comprado con aplazamiento total del pago del precio es conforme con el principio que inspira el artículo 1.361. El precepto se propone, sin duda, favorecer a la comunidad (de aquí la llamada «vis atractiva» del patrimonio común) y ese principio sugiere la necesidad de reputar gananciales todos aquellos bienes cuya privatividad no pueda establecerse.

Si se acepta esta segunda solución el bien adquirido por uno solo de los esposos con precio totalmente aplazado deberá inscribirse a su nombre con carácter presuntivamente ganancial tal como prescribe el artículo 94-1 del Reglamento y si después, es decir, al tiempo de pagar el primer plazo, el cónyuge comprador paga con dinero de su propiedad privativa y lo justifica podrá extenderse a su requerimiento la nota a que se refiere el párrafo 6.º del artículo 95 (254).

(254) El bien debe inscribirse igualmente con carácter ganancial en el caso de que, al comprar, el esposo comprador declare que compra para la sociedad de gananciales. El inmueble se inscribirá conforme a lo establecido en el artículo 93-4. No parece que en ese supuesto quepa rectificar la inscripción mediante nota marginal aunque después se acredite que el precio se paga (o el primer plazo) con dinero privativo. Pienso que la declaración del cónyuge comprador le vincula, en tanto al hacer tal declaración ha actuado como órgano de la comunidad. El Reglamento parece confirmar este punto de vista cuando en su artículo 95-6.º nos dice que «no se consignará la confesión contraria a una aseveración o a otra confesión ya registrada».

Siempre en función de este criterio, la responsabilidad en orden al pago del precio aplazado se regirá por lo dispuesto en el artículo 1.370 del Código civil (puesto que hemos convenido que el bien comprado tiene «ab initio» carácter ganancial). Como ya se vio anteriormente (255) no está claro lo que este artículo quiere decir. Sin duda responderá del precio aplazado el bien objeto de la compraventa porque así lo dispone expresamente el precepto (256) pero en cambio no es fácil puntualizar el alcance de la frase «sin perjuicio de la responsabilidad de otros bienes según las reglas del Código». A mi juicio, como ya quedó apuntado anteriormente (257), del precio aplazado debe responder, además del bien comprado, el patrimonio privativo del cónyuge comprador en todo caso y, subsidiariamente, los gananciales en los términos que resultan del artículo 1.373 al que ya me he referido en este epígrafe. Sólo en los casos en que excepcionalmente los gananciales responden de las obligaciones contraídas por uno sólo de los cónyuges (258) el acreedor vendedor podrá dirigir su acción sin ningún condicionamiento ni restricción contra el patrimonio común (259). Excepción hecha de esos casos, el régimen de responsabi-

Luego, con mayor o igual razón no debe admitirse ninguna otra prueba (la confesión es una prueba más aunque su eficacia sea más limitada) que contradiga una *aseveración*, palabra que en el precepto reglamentario se separa y distingue de «otra confesión», y que sólo puede referirse a la que haga el cónyuge adquirente.

(255) Cfr. supra epígrafe II-C-b.

(256) Como señala unánimemente la doctrina, aunque el artículo 1.370 diga que del precio aplazado responderá *siempre* el bien ganancial adquirido por un cónyuge si el consentimiento del otro, de ahí no se sigue que dicho bien esté afecto a una especie de garantía real «ex lege». El bien comprado (y salvo, claro es, que se haya hipotecado en garantía del precio aplazado o se haya estipulado el pacto comisorio) sólo responde en tanto forme parte del patrimonio ganancial. Vid. en particular BLANQUER, *Reflexiones acerca de la influencia del régimen de gananciales en la capacidad y responsabilidad de cada cónyuge...*, cit., págs. 66/67, y TORRALBA SORIANO, *Comentarios*, cit. II, pág. 1729.

(275) Vid. supra epígrafe II-C-b.

(258) Ya hemos visto, también en este epígrafe, cuáles son o pueden ser esos supuestos.

(259) GIMÉNEZ DUART (*Cargas y obligaciones del matrimonio*, en *Revista de Derecho Privado*, 1982, págs. 546/547) ha sostenido que en el caso del artículo 1.370 responden siempre todos los bienes gananciales. La argumentación es ingeniosa pero no puede aceptarse, en principio, porque, de ser así, no se comprende la razón que ha movido al legislador a escoger una fórmula ambigua. La génesis del precepto demuestra que no se quiso establecer la que GIMÉNEZ DUART llama «responsabilidad máxima». El precedente del artículo 1.370 se encuentra en el artículo 1.362 del anteproyecto de la Comisión de Códigos, que fue reproducido literalmente por el artículo 1.383 del primer proyecto presentado a las Cortes. Se decía en los preceptos proyectados: «Si uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro adquiere bienes con dinero ganancial que obre en su poder, según lo prevenido en el número 2 del artículo 1.382 (13.81 en el proyecto del Gobierno) y una parte del precio queda aplazado, la obligación sólo podrá hacerse efectiva sobre los mismos bienes adquiridos, salvo ratificación expresa o tácita del cónyuge que no haya intervenido en la adquisición. Esto se entiende sin perjuicio de la responsabilidad personal del adquirente y de la aplicación, en su caso, del número 1.º del artículo anterior». En ese artículo se trata-

lidad por razón del precio aplazado de la compraventa celebrada por uno de los cónyuges y cuando el bien comprado se califique de privativo en razón de que tenía ese carácter el dinero con que se pagó el primer plazo, es sustancialmente el mismo. Responde el bien adquirido puesto que se integra definitivamente en el patrimonio privativo del esposo comprador y los demás bienes que compongan dicho patrimonio; subsidiariamente, también los gananciales en la forma y con las limitaciones del artículo 1.373.

c') *Compras o adquisiciones efectuadas con dinero procedente de préstamos solicitados con la finalidad de pagar el precio o parte de él*

Se distingue según que el préstamo se formalice entre los cónyuges, de suerte que con cargo al fondo común se entregue a uno de los esposos una cantidad que éste restituirá en el plazo y en las condiciones que se estipulen y préstamos en los que el dinero lo presta un tercero.

El primer tipo de supuestos (préstamos obtenidos con cargo al patrimonio ganancial) plantea el problema de saber hasta qué punto es lícito que cada cónyuge pueda formarse un patrimonio propio, o incrementar el que ya tiene, a costa de anticipos reintegrables tomados

ban los casos en que los bienes comunes debían responder de las obligaciones contraídas por un cónyuge sin consentimiento del otro. Probablemente, el cambio de redacción obedeció a dos razones: primera, eliminar la posibilidad de que los bienes gananciales quedaran vinculados en el caso de ratificación tácita del cónyuge, solución ésta sumamente criticable, pero que es difícilmente soslayable si se tiene en cuenta lo que dispone el artículo 1.367; segunda, simplificar el texto legal asumiendo en forma compendiosa los distintos supuestos, entre ellos lo responsabilidad eventual de los gananciales derivada del artículo 1.373. GIMÉNEZ DUART estima que si el cónyuge del comprador aprueba la gestión o aún sin haberla aprobado, aprovecha sus ventajas (lo que sucederá al ingresar el bien en la comunidad sin su oposición), la responsabilidad del patrimonio ganancial resultará de la aplicación analógica de la normativa de la gestión de negocios ajenos (1892 y 1893). No sería razonable —dice— que el gestor de negocios de un extraño llegara a vincular a éste y, en cambio, el gestor de negocios comunes no vinculase a la comunidad. Por mi parte simpatizo con la postura de GIMÉNEZ DUART en este punto, pero entiendo que la solución que propugna tropieza con la declaración terminante del artículo 1.367 (vid. en el mismo sentido TORRALBA SORIANO, *Comentarios* cit., pág. 1726). La exigencia de que el consentimiento necesario para vincular los gananciales, salvo en los casos exceptuados) y la supresión, además, de la alusión explícita a la ratificación tácita que se hacía tanto en el anteproyecto elaborado por la Comisión de Códigos y en el primer proyecto del Gobierno, son obstáculos muy difíciles de orillar. Por lo demás y al menos si se trata de una compraventa con precio totalmente aplazado, resulta cuestionable hasta qué punto la misma es susceptible de ser ratificado o consentida por el consorte del comprador, sobre todo si éste manifestó que adquiriría para sí. Únicamente en el caso de que haya comprado para la sociedad de gananciales, conforme a la previsión del artículo 934 del Reglamento, estaremos en presencia de una compraventa claramente ratificable. La ratificación determinará que la responsabilidad por razón del precio aplazado se extienda incondicionalmente a todo el patrimonio ganancial.

del patrimonio común. La cuestión se había suscitado con anterioridad a la reforma. Del artículo 1.404-1 (antiguo) del Código civil podría tal vez deducirse, se dijo, la posibilidad de que cualquiera de los cónyuges utilizase el patrimonio común como un fondo del cual se tomarían prestadas cantidades que se invertirían en la adquisición de bienes, beneficiándose así el cónyuge que tal hiciese de las ventajas de la plusvalía (260). Esta solución favorecía en el derecho anterior especialmente al marido, administrador de la sociedad, pero perjudicaba injustamente y en la misma medida a la mujer, que vería los bienes gananciales sustituidos por créditos, «evidentemente mucho menos tangibles; de cobro aleatorio; improductivos constante el matrimonio, y cuyo valor no tiene probabilidad ninguna de aumentar hasta el momento del pago, y sí muchas de disminuir, debido a la pérdida de poder adquisitivo de los signos monetarios en circulación». La falta de equidad que ello comportaba impedía interpretar extensivamente el artículo 1.404-1 del Código civil, así como otros preceptos (se citaban los artículos 1.410 y 1.419, así como el 1.337-2 y el 1.396-3) que debían considerarse normas excepcionales no susceptibles de ser aplicadas por analogía (261). No cabía alegar que el marido tomaba el dinero prestado, pues ello equivaldría a permitirle contratar consigo mismo y ni siquiera se consideraba válido el préstamo al que la mujer hubiera dado su asentimiento, pues «tal asentimiento infringiría la prohibición de donaciones entre cónyuges, que sin duda se extiende al préstamo a título gratuito» (262).

Este criterio restrictivo no era compartido unánimemente. Algunos autores consideraban admisible que el marido prestase dinero ganancial a la mujer o se lo prestase a sí mismo con el asentimiento de su consorte. El dinero así obtenido debía reputarse privativo y por ende debía tener la misma condición el bien adquirido a expensas de la cantidad prestada. Al fin y al cabo —se argüía— la comunidad ganan-

(260) Vid. LACRUZ BERDEJO, *El matrimonio y su economía*, cit., págs. 401/403. El artículo 1.404-1, antiguo, del Código civil, rezaba así: «Las expensas útiles, hechas en los bienes peculiares de cualquiera de los cónyuges mediante anticipaciones de la sociedad o por la industria del marido o de la mujer, son gananciales». El precepto, al parecer, venía a autorizar implícitamente que se tomase del fondo común las cantidades necesarias para invertir las en mejoras a realizar en bienes propios surgiendo en favor de la sociedad un crédito contra el cónyuge que hubiere tomado el anticipo.

(261) El antiguo artículo 1.410 permitía que concurriendo determinados requisitos se pagaran con cargo a los gananciales las deudas particulares de los cónyuges, contraídas antes del matrimonio, así como las multas o condenas pecuniarias que se les hubieran impuesto. El 1.419 se refería genéricamente a las cantidades que, habiendo sido pagadas por la sociedad de gananciales, debían rebajarse de la dote o del capital del marido, cantidades que al tiempo de liquidar la sociedad debían incluirse en el inventario para colacionarlas. Los artículos 1.337-2 y 1.396-3 estimaban privativos (el primero con carácter dotal) los bienes adquiridos en virtud del ejercicio de un derecho de retracto perteneciente a la mujer o en general a cualquiera de los dos cónyuges. El bien retraído tenía la consideración de privativo, aunque las cantidades necesarias para ejercitar el retracto procediesen del patrimonio común.

(262) Vid. LACRUZ, obra y lugar citados en la nota 260.

cial representada por el marido que puede hacer préstamos con dinero ganancial a favor de terceros, ha de poderlos hacer, con ciertas precauciones, a favor de uno de los cónyuges (263). En consecuencia, se consideraba válido el préstamo, privativo el dinero obtenido merced al mismo, y privativo, igualmente, el bien comprado, siempre que se aplicase aquel dinero al pago del precio.

Después de la reforma, la discusión continúa abierta aunque numerosos artículos del Código sancionan la posibilidad de que cualquiera de los cónyuges adquiera bienes propios a expensas del patrimonio común. Así, la compra con bienes gananciales de los instrumentos necesarios para la profesión u oficio (artículo 1.346, párrafos 8.º y final); suscripción de acciones en virtud de un derecho de suscripción preferente (artículo 1.352); ejercicio del retracto (artículo 1.346-4 y final); pago de bienes privativos adquiridos con precio aplazado (artículos 1.356 y 1.357); edificaciones, plantaciones u otras cualesquiera mejoras en bienes privativos (artículo 1.359) o aportaciones a empresa propia (artículo 1.360). A pesar de que en tan elevado número de casos se permite a un cónyuge utilizar el dinero común, sin perjuicio, claro está, de la obligación de reintegrarlo, en beneficio propio, se sigue defendiendo que estamos ante normas de excepción, de suerte que no se ha sancionado la libertad absoluta de los cónyuges de constituirse bienes propios a costa del patrimonio ganancial. Se cita el artículo 1.390 del Código civil y: «la evidente faceta social que tiene el régimen de gananciales». Sobre tales bases se afirma la existencia de un principio general prohibitivo de constituirse bienes mediante anticipos de la caja social, principio del cual los supuestos antes indicados constituyen excepciones (264).

A mi juicio, para ver claro en esta materia conviene hacer algunas precisiones.

En primer lugar, una cosa es que el Código indique que se reputan bienes privativos los adquiridos en determinados casos y cuando concurren ciertas circunstancias, no obstante haberse pagado el contravalor con cargo a fondos gananciales, y otra que de ahí se siga que el cónyuge, titular, por ejemplo, de un derecho de retracto o de un derecho de suscripción preferente pueda exigir que se le anticipe una cantidad con cargo al patrimonio común para ejercitar tales derechos. Los preceptos que se han citado admiten como hipótesis posible que el pago de las cantidades necesarias se haya hecho a expensas de los bienes gananciales pero sin prejuzgar la causa en virtud de la cual el cónyuge de que se trate ha podido disponer de dinero ganancial. En realidad, el único artículo que expresamente permite a un cónyuge tomar dinero anticipado del fondo común es el 1.382 a tenor del cual, «cada cón-

(263) Vid. en este sentido ROCA SASTRE (ob. cit., pág. 57). ROCA reconocía que en nuestra época y debido a la pérdida del valor adquisitivo del dinero tales préstamos podían redundar en perjuicio de la comunidad ganancial, y por eso sólo consideraba válida la operación si se realizaba con el asenso de los dos cónyuges, quienes podrían sopesar la conveniencia de la inversión proyectada, siempre que no pareciese abusiva.

(264) Vid. LACRUZ BERDEJO, *Derecho de familia ... cit.*, págs. 356-357.

yuge podrá, sin el consentimiento del otro pero siempre con su conocimiento, tomar como anticipo el numerario ganancial que le sea necesario, de acuerdo con los usos y circunstancias de la familia, para el ejercicio de su profesión o la administración ordinaria de los bienes propios». Y aún así no está claro si el precepto comporta la posibilidad de exigir el anticipo o si sólo autoriza que tal anticipo se consume mediante la utilización del numerario que obre en poder de cualquiera de los cónyuges y del que está legitimado para disponer conforme al artículo 1.384.

La segunda precisión, que enlaza directamente con lo que se acaba de decir, sería esta: No es lo mismo que un cónyuge, por su propia iniciativa y sin consentimiento del otro, tome de la masa común determinadas cantidades y otra que tal cosa se haga con el consentimiento del consorte y por medio de un préstamo. Lo primero sólo cabe cuando uno de los cónyuges tenga dinero en su poder del cual podrá disponer válidamente a tenor de lo que establece el artículo 1.384 (265) con la posible excepción derivada del artículo 1.382, si este precepto se interpreta en el sentido de que para las atenciones que el precepto especifica es posible exigir el anticipo de las cantidades necesarias (266). Lo segundo, es decir la validez de un préstamo por virtud del cual se entreguen a uno de los cónyuges determinadas cantidades para que las reintegre al fondo común en las condiciones que se pacten, no constituye un tema del que el Código se ocupe directamente.

A mi modo de ver, puesto que se permite a los cónyuges que celebren entre sí toda clase de contratos no se ve razón suficiente para que uno de esos contratos no pueda ser un préstamo. Y dado que se admiten transmisiones del patrimonio ganancial al privativo (267) no hay motivo para que esa transmisión no pueda consistir en dinero y tenga su origen en un préstamo. El dinero pasará a pertenecer al prestatario y en el patrimonio ganancial habrá que contabilizar el correspondiente crédito contra el cónyuge beneficiario de la operación por el importe de la cantidad prestada más los intereses en su caso. Incluso si el préstamo fuese gratuito no se podría objetar que estaríamos en presencia de una posible liberalidad prohibida, porque hoy los cónyuges pueden donarse bienes recíprocamente. Es claro que podrá ser de aplicación el artículo 1.390 cuando el cónyuge prestatario haya actuado dolosamente para obtener un beneficio exclusivo, pero, evidentemente, tal cosa no puede presumirse por el simple hecho de que ambos cónyuges hayan convenido que uno de ellos reciba una cantidad del patrimonio común a título de préstamo. Habrá que estar a las circunstancias del caso y, de todos modos, el artículo 1.390 no presupone necesariamente la nulidad del acto (aunque quepa su impugnación) puesto que se puede exigir el reintegro del lucro obtenido (268).

(265) La disposición será en todo caso válida, pero le será aplicable el artículo 1.390 cuando se esté en el supuesto que dicho artículo contempla.

(266) Vid., en contra de esta interpretación lata, LACRUZ, *Derecho de familia*, cit. pág. 466.

(267) Cfr. supra epígrafe II-A-c.

(268) La impugnación del préstamo constituirá al cónyuge prestatario

Frente a estas consideraciones no creo que pueda alegarse «la evidente faceta social que tiene el régimen de gananciales» pues cualquiera que sea el sentido que quiera dársele a la expresión «faceta social» no parece que ello tenga nada que ver con la eficacia de un contrato que hoy los cónyuges pueden celebrar entre sí a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.323 (269).

en la obligación de devolver inmediatamente la cantidad prestada, más el perjuicio ocasionado, al acervo común, pero no comporta la nulidad de la compra que el cónyuge prestatario haya efectuado, si el vendedor obró de buena fe —artículo 1.391 aplicable por analogía.

(269) Ciertamente, la doctrina española no ha acabado de asimilar el giro copernicano que representa el artículo 1.323 respecto del derecho anterior, en el que podía entenderse que existía o bien una regla general prohibitiva con excepciones cualificadas, o a la inversa, una regla general permisiva, pero limitada por una serie de prohibiciones concretas, aunque de importancia incuestionable. El precepto ha sido objeto de severas críticas por parte de algunos autores(así, por ejemplo, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Régimen económica del matrimonio*, Madrid, 1982, págs. 70 y sigs.; DE LOS MOZOS, ob cit., volumen 1.º, págs. 161 y sigs.; OLIVERA JAMES, ob. cit., págs. 291 y sigs., y, más matizadamente, CABANILLAS SÁNCHEZ, *La contratación entre cnyuges*, en *Anuario de Derecho civil*, 1985, págs. 546 y sigs.), pero lo que no se puede hacer, en mi opinión y sea cualquiera el juicio que merezca el precepto, es imponer limitaciones que su texto no permite. Por supuesto, como ya he dicho en otra ocasión, los contratos entre cónyuges podrán ser impugnados por vicio de consentimiento, por simulación o por haberse realizado en fraude de los acreedores o legitimarios, pero esto que es igualmente posible aunque se trate de contratos celebrados por quienes no están casados entre sí, nada tiene que ver con la validez de los contratos lícita y válidamente otorgados. Que los contratos entre cónyuges se presten a irregularidades no significa que pueda presumirse, sin más, que se celebraron mediando vicio del consentimiento o que sean simulados o fraudulentos. El hecho de que el contrato se haya celebrado entre dos personas casadas entre sí puede ser un factor a ponderar por el juez según las circunstancias del caso, pero de ningún modo puede considerarse como un dato decisivo en el que fundar una sentencia desfavorable.

También se ha dicho (así CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 549) que no puede admitirse que el régimen económico matrimonial legal o convencional, pueda ser alterado a través de la vía indirecta de los contratos entre cónyuges, de donde se deduce, parece, la nulidad o ineficacia de aquellos contratos que indirectamente supongan una alteración del régimen conyugal por no formalizarse la modificación en capitulaciones matrimoniales y cumpliendo los requisitos de la contratación capitular. En mi opinión, hay en todo esto una evidente exageración que acaso se deba a que no se percibe con claridad cuál es el verdadero objeto de las capitulaciones. En tanto las mismas tienen por finalidad establecer el régimen económico de la sociedad conyugal es claro que no hay alteración de dicho régimen por el hecho de que los cónyuges se transfieran bienes, celebren un contrato de préstamo o constituyan una sociedad. El régimen económico conyugal, o el estatuto económico del matrimonio, es el conjunto de normas a que deben quedar sujetos los bienes presentes y futuros de los cónyuges, pero si se cumplen las normas que establecen los requisitos que, desde la perspectiva del propio régimen, condicionan el válido otorgamiento de un contrato cuyo objeto son bienes determinados, yo no acabo de ver la razón por la cual se dice que el régimen ha sido alterado, salvo que queramos ver una alteración en cualquier contrato que celebren los cónyuges entre sí, lo cual es absurdo. La Dirección General de los Registros en sus resoluciones de 6 y 13 de junio de 1983 criticadas, a mi ver sin razón, por CABANILLAS SÁNCHEZ (vid. ob. cit. pág. 549) han dado su espaldarazo a la constitución de una socie-

Pasemos ahora a examinar el segundo grupo de supuestos. La compra se efectúa con dinero prestado por un tercero. Parece claro, en principio, que el dinero que el cónyuge prestatario obtiene merced al préstamo es de su propiedad privativa, pues al no haber celebrado el contrato con el consentimiento de su consorte no ha obligado el patrimonio ganancial sino solamente sus propios bienes, sin perjuicio de lo dispuesto, además, por el artículo 1.373 que, como hemos visto, no altera en el fondo el principio de irresponsabilidad de los gananciales en tanto tales, pues el cónyuge no deudor puede pedir que se embargue únicamente la cuota que corresponda a su consorte en la sociedad, cuota que, al sobrevenir la disolución de aquélla, va a formar parte, en rigor, del patrimonio privativo del cónyuge deudor (270). En consecuencia, el bien adquirido con el importe del préstamo será también privativo pues se adquiere con dinero al que ha de asignársele esa naturaleza.

Se ha objetado, sin embargo, que la naturaleza privativa del dinero obtenido mediante el préstamo de un tercero es discutible. Si después la deuda se paga con dinero ganancial se está violando la prohibición de constituirse bienes propios a expensas del patrimonio común. La operación consistiría económicamente en tomar a préstamo una cantidad del fondo común (271). No creo que la objeción sea decisiva. Ante todo, el pago de la suma prestada a expensas del fondo común sólo podrá realizarse cuando efectivamente obre en poder del cónyuge deudor numerario ganancial en la medida suficiente. En otro caso, el cónyuge tendrá que contar necesariamente con el asentimiento de su consorte (272). En segundo término, y como quiera que no puede dársele responsabilidad limitada por marido y mujer y a la que únicamente se aportan bienes gananciales. Aunque quizá la línea argumental de dichas resoluciones sea objetable en algunos puntos, acierta la Dirección cuando se niega a ver en la constitución de dichas sociedades una modificación del régimen conyugal por cuanto en la sociedad de gananciales los bienes aportados son sustituidos por las participaciones de ambos cónyuges en la sociedad. Sólo en hipótesis extremas (por ejemplo, la constitución de una sociedad universal) podría pensarse que, a través de un contrato, se ha consumado una modificación del régimen económico del matrimonio.

(270) Cabe preguntarse si deben responder, directa e incondicionadamente los bienes gananciales a causa de las cantidades prestadas a uno de los cónyuges en el caso de que la cantidad prestada se destine, y ésta haya sido la finalidad perseguida por el esposo que pidió el préstamo, a sufragar una carga de la sociedad de gananciales. Supuesta la contestación afirmativa (aunque no está claro que tal respuesta afirmativa se segura e indiscutible) la cantidad prestada sería ganancial y, por consiguiente, el bien comprado con dicha cantidad también lo sería en la medida en que, mediante su adquisición, sea el medio de levantar una carga de la sociedad.

(271) La objeción es de LACRUZ (*El matrimonio y su economía*, págs. 411 y sigs.). Cita en apoyo de su tesis las resoluciones de 23 de junio de 1924 y de 8 de junio de 1926. Por el contrario, la sentencia de 24 de noviembre de 1905 consideró que el dinero prestado a la mujer era de la propiedad de ésta.

(272) En el derecho anterior la cuestión se presentaba con otro cariz si quien había perdido el dinero prestado y luego el que restituta el préstamo con dinero ganancial era el marido. El marido, como administrador de la sociedad, estaba legitimado para tener en su poder el dinero ganancial —con la excepción del dinero parafernial y el que la mujer hubiera ganado con su trabajo— y para disponer de él.

presumirse con qué dinero se reembolsará el préstamo, ha de calificarse el dinero recibido de privativo y no parece que pueda cambiar esa calificación por el hecho de que, después, la deuda nacida del préstamo se pague con metálico común. Es claro que en este caso el cónyuge prestatario será deudor a la masa ganancial del importe que tomó anticipado (bien porque tenga en su poder o bajo su exclusivo control dinero ganancial, bien porque el consorte acceda a que la deuda se pague con dinero de la sociedad) y entiendo que lo que debe restituirse (273) es el valor actualizado de la suma correspondiente en el momento en que se verifique la devolución. El Código siempre que se enfrenta con un supuesto en que uno de los cónyuges dispone en su beneficio de dinero ganancial exige que se reintegre el valor actualizado (274). Es fundamental al respecto el artículo 1.397-3 según el cual debe devolverse en general el importe actualizado de los créditos que la sociedad tuviere contra uno de los esposos. En vista de todo ello, no estimo justificado que el dinero recibido por uno de los cónyuges de un tercero en concepto de préstamo no pueda reputarse privativo del cónyuge deudor (275).

Ahora bien, una cosa es que el numerario obtenido merced al préstamo de un tercero, o del otro cónyuge a expensas de los fondos comunes, sea privativo y otra que este único dato sea suficiente para que el bien comprado con el importe del préstamo (276) se inscriba como privativo del cónyuge prestatario. Surge la dificultad ya examinada anteriormente (277) y que consiste en la necesidad de demostrar que el dinero invertido en la compra es el mismo que el que se recibió en virtud de préstamo. Por eso sólo cuando el préstamo tenga lugar

(273) También en el caso de que, para comprar, el esposo comprador tome el dinero con que pagará el precio del fondo común o lo reciba en préstamo de la comunidad, es decir, en el primero de los dos grades supuestos que hemos distinguido en este epígrafe.

(274) Vid. artículos 1.346 «in fine», en que se habla de restituir el «valor satisfecho»; 1.358 que explícitamente se refiere para los reembolsos que procedan como consecuencia de lo dispuesto en los artículos anteriores en favor del patrimonio ganancial o de uno de los patrimonios privativos, al «importe actualizado»; 1.359 que determina que ha de reembolsarse en los casos que contempla el «valor satisfecho»; el 1.364 que igualmente alude al reintegro del valor si uno de los cónyuges ha anticipado fondos privativos para satisfacer un gasto o pago que debe ser de cuenta de la sociedad; el 1.397-2 que ordena incluir en el inventario el importe actualizado del valor que tenían los bienes enajenados por negocio ilegal o fraudulento; el 1.398-2 que utiliza la misma expresión cuando ordena que en el pasivo del inventario se incluya el valor de los bienes privativos cuya restitución deba hacerse en metálico por haberse gastado en interés de la sociedad; y, por último, los artículos 1.397-3 y 1.398-3 que ordenan contabilizar en el activo o en el pasivo del inventario el importe actualizado de las cantidades pagadas por la sociedad que fueran de cargo de uno sólo de los cónyuges o viceversa.

(275) En el mismo sentido para la situación anterior a la reforma de 1981, ROCA SASTRE, ob. cit., pág. 58.

(276) En todo o en parte. Recuérdese que lo que califica la naturaleza del comprado con precio aplazado es la procedencia-privativa o ganancial de la primera entrega.

(277) Vid. supra, epígrafe III-B-a.

en un momento inmediato o al menos muy próximo en el tiempo a la compraventa y siempre que se acredite la realidad del préstamo con documento público, podrá lograrse que se inscriba el bien con carácter privativo.

La inmediatividad se dará generalmente siempre que se trate de un préstamo de la comunidad a uno de los cónyuges. Es también muy frecuente, cuando presta un tercero —generalmente un Banco o una entidad de crédito— que inmediatamente después de formalizarse la venta se formalice un préstamo en favor del comprador quien paga todo o parte del precio de la compraventa con los fondos obtenidos merced al préstamo. Si las dos escrituras se relacionan debidamente o si las dos operaciones se formalizan en un mismo documento (cosa sin duda posible) el inmueble podrá inscribirse, a mi juicio, como privativo. Sin embargo, casi siempre estos créditos son hipotecarios y el prestamista, curándose en salud, exige el consentimiento del consorte. Rigurosamente hablando y de acuerdo con la lógica de nuestro razonamiento, la intervención del cónyuge no es necesaria puesto que al ser privativo el bien objeto de la compra quiere decirse que el cónyuge comprador podría hipotecarlo sin contar con su consorte.

Por otra parte, lo normal es que el acreedor, sobre todo si se trata de una entidad bancaria, no se contente con la intervención del cónyuge prestatario, sino que exija la concurrencia de los dos esposos con objeto de que ambos se obliguen solidariamente. En ese caso parece evidente que el dinero obtenido merced al préstamo debe reputarse ganancial y, por consiguiente, el mismo carácter tendrá en principio el inmueble adquirido (generalmente una vivienda).

Finalmente, es necesario recordar que el bien sólo podrá inscribirse como privativo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.357-1 y sin perjuicio de lo que se dispone en el segundo párrafo del precepto, cuando la totalidad del precio o por lo menos la primera entrega se satisfaga con dinero procedente del préstamo.

IV. EMBARGO DE BIENES GANANCIALES Y ENAJENACION DE LOS MISMOS EN EJECUCION DE SENTENCIA

El embargo de bienes gananciales y su enajenación forzosa en trámite de ejecución de sentencia, bien se trate de una sentencia dictada en juicio declarativo o de la ejecución de la sentencia de remate dictada en un juicio ejecutivo, son dos materias distintas aunque íntimamente relacionadas entre sí, particularmente desde el punto de vista hipotecario o registral.

Los dos temas han sido y son objeto de regulación en el artículo 144 del Reglamento hipotecario que tanto antes de la reforma de 1982 como después de ésta se ocupaba y se ocupa (aunque la redacción del precepto haya variado en la reforma llevada a cabo en 1982) de la anotación preventiva de embargo sobre bienes gananciales, que constituye el objeto de los párrafos 1.º, 2.º y 4.º del artículo, y de la venta de bienes embargados de la que tratan los párrafos 3.º y 5.º

El estudio de la problemática ínsita en los diferentes párrafos en que consta el artículo 144 del Reglamento no puede hacerse a partir solamente de lo que en ellos se dice. Dicha problemática comporta el estudio de cuestiones civiles, procesales y registrales y, en todo caso, hace falta analizar por separado, aunque se trate de materias estrechamente relacionadas, el embargo por una parte y la ejecución por otra (278).

A) *El embargo de bienes gananciales*

Para saber cuándo procede embargar bienes gananciales (más concretamente inmuebles) y como procede hacerlo hay que saber asimismo y ante todo, cuáles son las obligaciones de que responde el activo ganancial, punto éste básico que ha de darnos la clave para resolver la dimensión procesal y registral de la cuestión.

a) *Responsabilidad de los bienes gananciales por las deudas de los cónyuges*

Con anterioridad a la reforma que ha experimentado el Código civil por obra de la Ley de 13 de mayo de 1981 e incluso después de la reforma consumada por la Ley de 2 de mayo de 1975, la administración de los bienes de la sociedad de gananciales correspondía al marido y de aquí que éste, aunque con las limitaciones que le imponía el artículo 1.413 en orden al otorgamiento de actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles a partir de la Ley de 28 de abril de 1958, cuando se obligaba vinculaba al cumplimiento de las obligaciones contraídas no sólo sus propios bienes sino también, y en la misma línea, los bienes gananciales. En cambio, la mujer como regla general sólo podía obligar los gananciales con el consentimiento de su esposo. Así resultaba de los artículos 1.408-1 y 1.416 del Código civil (279). En el derecho vigente y montada la organización

(278) Como dicen acertadamente GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO (*Anotación preventiva de embargo sobre bienes gananciales*, en *Estudios en homenaje a Tirso Carretero*, Madrid, 1985, pág. 835) las anotaciones preventivas de embargo decretadas sobre bienes inmuebles han suscitado tradicionalmente algunos problemas cuyo planteamiento y solución pasan por el examen de tres aspectos de su parcela jurídica: el aspecto sustantivo (problema del órgano u órganos de la sociedad de gananciales, que enlazan con la naturaleza de la misma o la calificación jurídica de los bienes y deudas o cargas que integran su activo y pasivo) el aspecto procesal (problemas de legitimación activa y pasiva) y, en tercer lugar, el aspecto hipotecario (problemas de titularidad y tracto). Por mi parte, trataré esos tres aspectos desde mi particular punto de vista y, en consecuencia, examinaré las cuestiones sustantivas o procesales que más directamente están en conexión con la anotación preventiva de embargo sobre bienes gananciales.

(279) Se había suscitado una cuestión: ¿los gananciales debían de responder en todo caso de las obligaciones del marido o solamente cuando éstas se hubieran contraído en interés de la sociedad? La doctrina andaba dividida. Algunos autores, así BONET RAMÓN (*Compendio de Derecho Civil*,

de la sociedad de gananciales sobre el principio de la igualdad jurídica de los cónyuges, del que deriva el sistema de administración conjunta, el panorama ha cambiado radicalmente.

Para ver claro en la materia se precisa separar cuidadosamente, lo que no siempre se hace, dos conceptos, íntimamente relacionados entre sí, pero que son, sin embargo, diferentes: se deben distinguir las cargas de la sociedad de gananciales de las obligaciones de que responden los bienes comunes. Cargas de la sociedad son los gastos que ésta debe soportar, de suerte que si alguno de ellos es sufragado por uno de los esposos éste tendrá derecho a ser reintegrado a expensas del patrimonio común, según establece el artículo 1.364 del Código civil. Las cargas de la sociedad de gananciales se enumeran en el artículo 1.362. Obligaciones de la sociedad, o para decirlo más exactamente, deudas de las que responde el patrimonio social, son las contraídas por los cónyuges siempre que concurren determinadas circunstancias o requisitos (280).

Pues bien, centrando ahora nuestra atención en las obligaciones de las que responde el patrimonio común frente a terceros, es decir,

Madrid, 1960, pág. 381); GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (*Responsabilidad patrimonial en el matrimonio*, en *Revista de Derecho Español y Americano*, abril-mayo-junio de 1959, págs. 880 y sigs.), y PUIG BRUTAU (*Tercera de dominio sobre bienes gananciales*, en *Revista de Derecho Privado*, 1963, págs. 419 y sigs.), sostenían que los gananciales sólo respondían en ese segundo caso (es decir, cuando las obligaciones habían sido contraídas por el marido en interés de la familia), si bien se hacía una distinción. En términos generales, se presumía que las obligaciones del marido habían sido asumidas efectivamente en interés de la sociedad conyugal, pero si los bienes gananciales consistían precisamente en frutos de los parafernales de la mujer, tales bienes sólo respondían, según resultaba del artículo 1.386 del Código Civil, «de las obligaciones personales del marido» si se probaba que redundaron en provecho de la familia. Otros intérpretes, sin embargo, y a salvo lo dispuesto por el artículo 1.386, sostenían que el artículo 1.408-1, al responsabilizar los gananciales por las obligaciones del marido, incluía toda clase de obligaciones aunque las mismas no se hubieran contraído en beneficio o interés de la sociedad conyugal. LACRUZ BERDEJO (*El matrimonio y su economía*, cit. página 517) decía al respecto: «El texto legal es claro y no permite distinguir frente a terceros entre deudas contraídas en servicio del consorcio y las puramente personales: de todas responde la masa común. Para exonerarla son precisos el frande o la contravención del Código (Cfr. artículo 1.413-3). El fraude exige la connivencia del acreedor con el cónyuge deudor, o, al menos, que el acreedor actúe con conciencia de la posibilidad del perjuicio para el consorcio revelada por la naturaleza del acto; en cuanto a la contravención del Código, su principal supuesto será el de los actos gratuitos (entre ellos, asunción gratuita de deuda, fianza en la que no exista contraprestación, etc.)». Por mi parte, también me había inclinado por esa postura. Vid. El nuevo artículo 1.413 del Código civil, cit. pág. 105.

(280) No se plantea, al menos en principio, el problema de saber si los bienes gananciales sólo responden cuando las obligaciones han sido contraídas en interés de la familia. El Código responsabiliza los gananciales incluso aunque se trate de deudas propias de uno de los cónyuges, aunque entonces el otro pueda hacer uso del derecho que le reconoce el artículo 1.373. Para los casos en que uno de los cónyuges haya obrado en fraude del otro, cualquiera que sea el supuesto fraudulento, entran en juego los artículos 1.390 y 1.391.

frente a los acreedores de los cónyuges (281) estas obligaciones pueden subdividirse en tres grandes grupos, que han sido muy bien diferenciados por la resolución de 28 de marzo de 1983.

En el primer grupo, se incluyen las obligaciones contraídas conjuntamente por los dos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro. Se trata de la que podríamos llamar regla general. Aparece sancionada por el artículo 1.367 que reza así: «Los bienes gananciales responderán en todo caso de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro». La ley prevé, pues, dos supuestos distintos. En el primero —los dos esposos se obligan conjuntamente— está claro que no sólo responden de la deuda los bienes comunes sino además los patrimonios particulares de cada cónyuge. En el segundo, es discutible si el cónyuge que sólo consiente responsabiliza también su patrimonio personal. Se trata de una distinción similar a la que planteamos anteriormente al estudiar los actos de disposición sobre bienes gananciales (282). Cabe sostener una solución intermedia. Cuando la obligación se ha contraído en interés de uno solo de los cónyuges responderán, además de los bienes consorciales, los de ese cónyuge pero no los del otro; contrariamente, si la deuda se contrajo en interés común o de la familia responden los tres patrimonios (283).

El segundo grupo está constituido por aquellas obligaciones que a pesar de haber sido contraídas o de ser imputables a uno solo de los cónyuges pueden, sin embargo, hacerse efectivas directa e incondicionadamente sobre el patrimonio común. A estas obligaciones se refiere el artículo 1.369 según el cual de las deudas de un cónyuge que sean además deudas de la sociedad responderán también solidariamente los bienes de ésta (284). Son obligaciones de este tipo las especificadas en los artículos 1.365, 1.366, 1.368 y 1.386. Estos artículos comprenden las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica o en la gestión y disposición de gananciales que por ley o capítulos correspondan a uno de los cónyuges; en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los bienes

(281) Se habla también, a veces, de responsabilidad de los gananciales por razón de las cargas de la familia en el sentido del artículo 1.364. Se dice que la masa ganancial responde frente al cónyuge que ha satisfecho a su costa una carga de la sociedad. No puede decirse que el tecnicismo sea totalmente inexacto, mas, desde mi punto de vista, induce a confundir obligaciones y cargas. De responsabilidad del patrimonio común sólo debe hablarse, a mi juicio, cuando se trata de la dimanante de las deudas contraídas por los cónyuges con otras personas.

(282) Cfr. supra epígrafe II-A-a.

(283) Vid. en este sentido ALVAREZ SALA *Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular* en *Revista de Derecho Notarial* abril-junio de 1981 número 112 pág. 32.

(284) Se ha empleado la expresión solidaridad en un sentido lato y seguramente impropio. Lo que quiere decir el precepto es que el acreedor puede dirigirse indistintamente contra los bienes comunes o los privativos del cónyuge deudor.

propios; las derivadas del ejercicio del comercio (285); las obligaciones extracontractuales que sean consecuencia de la actuación de uno de los esposos en beneficio de la sociedad o en el ámbito de la administración de los bienes salvo que fueran debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor; las deudas que hayan sido contraídas por el cónyuge separado de hecho para atender al sostenimiento, previsión o educación de los hijos que estén a cargo de la sociedad de gananciales, y, por último, las que hubieran podido asumirse para realizar un gasto urgente y necesario aunque sea extraordinario (286). La finalidad de este trabajo no permite que nos detengamos en el análisis pormenorizado de los preceptos invocados.

Finalmente, pertenecen al tercer grupo las obligaciones propias de uno de los cónyuges. Estas obligaciones tienen una peculiaridad. Aunque en principio sólo están llamados a responder de las mismas los bienes privativos del cónyuge deudor, el acreedor puede hacerlas efectivas también sobre los bienes comunes. Para ello es necesario, según el artículo 1.373, que los bienes privativos del deudor no alcancen a cubrir la deuda y que su consorte no haga uso del derecho que dicho precepto le confiere y que consiste en que el embargo —trabado inicialmente sobre bienes gananciales concretos— se sustituya por el de la cuota que corresponde al esposo deudor en la sociedad de gananciales; el ejercicio de este derecho lleva consigo la disolución de la sociedad. Conviene a nuestros fines que comentemos siquiera sea sumariamente este precepto.

Ante todo, es preciso desentrañar lo que debe entenderse por «deudas propias». La resolución citada de 28 de marzo de 1983 se refiere a ellas cuando nos habla de las obligaciones puramente personales contraídas por uno solo de los cónyuges. A mi juicio, el tecnicismo es equivocado porque da a entender que las deudas a que se refiere el artículo 1.373 son únicamente las contraídas por uno de los cónyuges en su particular interés o provecho. En mi opinión, no es así. Ciertamente las obligaciones que el Centro Directivo llama «puramente personales» son deudas propias de uno de los cónyuges y están comprendidas en la previsión del artículo 1.373, pero las mismas no agotan el contenido del precepto desde esta perspectiva. Son tam-

(285) El artículo 1.365 se remite en este punto a lo dispuesto en el Código de comercio. Ya se ha recordado que según los artículos 6 y siguientes de dicho cuerpo legal responden los gananciales en su totalidad si el cónyuge comerciante cuenta con el consentimiento expreso o presunto de su consorte. En otro caso sólo responden los gananciales adquiridos a las resultas del ejercicio del comercio.

(286) Del artículo 1.386 se desprende por tanto que el patrimonio ganancial no responde siempre de las obligaciones de uno de los cónyuges aunque hayan sido contraídas para satisfacer una carga del matrimonio. Corrobora este precepto la conclusión que se desprende de los artículos 1.319 y 1.365 del Código en el sentido de que los gananciales sólo responden de las obligaciones de uno de los cónyuges cuando éstas sean efecto directo de los actos cumplidos para atender a las necesidades ordinarias de la familia. De estas obligaciones responde además del patrimonio ganancial y en la misma línea (solidariamente, según el discutible tecnicismo legal) el patrimonio particular del cónyuge que contrajo la deuda y subsidiariamente el de su consorte.

bién deudas propias aquellas que aun contraídas en interés común no desatan, sin embargo, la responsabilidad incondicionada e indistinta de los gananciales. Por ejemplo, la obligación de pagar el precio aplazado de una compraventa efectuada por un cónyuge sin el consentimiento del otro, o la que se contrajo, también por uno solo de los esposos, para atender a una necesidad de la familia extraordinaria y no urgente.

El fundamento del artículo 1.373 debe encontrarse en el principio de responsabilidad patrimonial universal sancionado por el artículo 1.911 del Código civil. Si el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros hay que convenir en que sus bienes, o su patrimonio, está compuesto no sólo por los que sean privativos (puede incluso, y así sucederá en muchos casos, carecer de ellos) sino también por su parte en el patrimonio común. Sería evidentemente injusto que el cobro del crédito imputable sólo a uno de los cónyuges pudiese demorarse durante un período de tiempo incierto, a pesar de existir un sustancioso acervo común, por el solo hecho de no tener el deudor bienes privativos o de ser éstos insuficientes. La ley ha preferido, empero, en vez de permitir el embargo directo de la cuota (hipótesis que de todos modos va a complicar la ejecución al acreedor o acreedores) que se proceda, si el cónyuge deudor no tiene bienes privativos bastantes, a embargar bienes gananciales, y sólo si el consorte lo pide, el embargo de tales bienes se sustituye por el de la parte que ostenta el cónyuge deudor, comportando ello la disolución de la sociedad.

Es claro que el cónyuge del deudor puede abstenerse de hacer uso del derecho que le concede el artículo 1.373. En ese caso procederá la ejecución sobre los bienes gananciales concretos embargados y se reputará —como dice el propio artículo 1.373 en su segundo párrafo— que el cónyuge deudor tiene recibido a cuenta de su participación el valor de aquellos bienes. Ese valor será el que tales bienes tuvieren al tiempo en que el cónyuge deudor los abone con otros caudales propios o, en su caso, el que hubieran alcanzado en el momento de la liquidación de la sociedad si antes no se ha producido el reintegro. Se trata, en definitiva, de actualizar el valor de lo que debe imputarse al cónyuge deudor. El Código sigue aquí la pauta que se observa en otros artículos (287).

(287) Vid. al respecto *TORRALBA Comentarios* cit. II pág. 1756. En el derecho anterior a la reforma de 1981 hubiera podido, quizá, llegarse a una solución parecida a la que ahora luce en el artículo 1.373, aunque el embargo hubiera tenido que trabarse desde el principio sobre la parte del deudor en la sociedad de gananciales. Podía invocarse la aplicación analógica del artículo 1.699, concerniente a la sociedad civil en vista de la remisión que hacía el artículo 1.395 a las normas reguladoras del contrato de sociedad. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que el antiguo artículo 1.410 del Código hubiera podido esgrimirse en contra de la aplicación a la sociedad de gananciales del artículo 1.699. El artículo 1.410 permitía sostener que los gananciales sólo respondían de ciertas deudas particulares de los cónyuges (las anteriores al matrimonio y las resultantes de las multas o condenas pecuniarias que se les hubieran impuesto) a condición de que el deudor careciese de bienes propios y de que estuvieran cubiertas las atenciones del artículo 1.408. El antecedente más directo del actual artículo 1.373 lo cons-

¿Es menester que el acreedor pruebe la inexistencia o insuficiencia de bienes privativos para que pueda hacer presa sobre los gananciales? A mi juicio, no cabe exigir a los acreedores la prueba de ese hecho negativo. Ha de bastarles la manifestación de no haber hallado otros bienes. Imponer a los acreedores la carga de probar que los bienes que pretenden embargar no son gananciales ni real ni presuntivamente sería tanto como poner barreras prácticamente insalvables a la ejecución (288).

Queda por abordar el problema más difícil que plantea la interpretación del artículo 1.373. En él se nos dice que si el cónyuge del deudor exige que la traba de los bienes gananciales concretos sea sustituida por el embargo de la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, el ejercicio de ese derecho llevará consigo la disolución de la sociedad. Hay que entender que esa disolución se produce «ope legis» en el mismo momento en que el consorte del deudor opta por la sustitución (289). Pero ¿qué es lo que realmente se embargo en sustitución de los bienes inicialmente trabados? El artículo 1.373 nos dice solamente que objeto del nuevo embargo es «la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal». Salvando la incorrección que supone la referencia a la «sociedad conyugal» y que debe entenderse hecha a la sociedad de gananciales, ¿qué ha querido decir la ley al hablar de la «parte que ostenta el deudor»?

A primera vista, parece que lo embargado será la cuota parte que al cónyuge deudor corresponda en la masa ganancial en liquidación, puesto que, como sabemos, efecto del ejercicio de la opción por parte del consorte del deudor es la disolución de la sociedad, abriéndose el período de liquidación. Mientras ésta se realiza subsiste una comunidad que es de naturaleza distinta a la que ha existido durante la vigencia de la sociedad. La doctrina se inclina, aunque no sin vacilación, por sostener que en esa comunidad, al revés de lo que acontece mientras la sociedad de gananciales no se ha disuelto, cada cónyuge ostenta

tituye, por eso, el artículo 1.367 del anteproyecto elaborado por la Comisión de Códigos aunque en el precepto proyectado sólo se preveía el embargo y remate de la parte del cónyuge deudor en el patrimonio común.

(288) La doctrina dominante se inclina por esta interpretación. Cfr. GIMÉNEZ DUART, *Cargas y obligaciones*, cit., págs. 552-553; TORRALBA SORIANO, *Comentarios*, cit., II, pág. 1747; MATA PALLARÉS, *Deuda y responsabilidad en la contratación de persona casada*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», tomo XXV, págs. 345 y sigs.; BLANQUER, *La idea de comunidad*, cit., págs. 69/70; DE LOS MOZOS, *ob. cit.*, pág. 332, etc. Como dice TORRALBA SORIANO, lo lógico es que los acreedores embarguen lo que encuentren y si los bienes trabados resultan ser gananciales o presuntivamente gananciales serán los cónyuges los que podrán pedir que se levante la traba sobre dichos bienes.

(289) No se trata, pues, como creen Manuel Angel y José María RUEDA PÉREZ (*Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales tras la reforma del Código civil de 13 de mayo de 1981*, en «Revista de Derecho Privado», 1982, pág. 589) de un derecho que se conceda legalmente a uno de los cónyuges sino del efecto legal necesario derivado del ejercicio de la opción. Vid. en este sentido GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO, *ob. cit.*, pág. 885.

una cuota sobre la masa (no sobre cada bien en concreto) que es «independiente, homogénea y alienable» (290). Teóricamente, pues, esa cuota es la que no sólo sería objeto de embargo sino también de remate y subasta.

No se oculta, sin embargo, hasta qué punto esta solución es inconveniente y poco o nada práctica (291). Como se ha dicho con acierto (292), «no parece que haya obstáculo en que se proceda a la enajenación de la cuota, con efectos semejantes, «mutatis mutandi», a los de la enajenación de una cuota de la herencia, pero pensando en los bienes inmuebles parece que esto será de resultados poco atractivos, pues el adquirente no podría hacer constar su derecho en el registro de la propiedad, al no recaer sobre bienes concretos y no estar prevista una anotación como la de transferencia del derecho hereditario anotado, a menos que por analogía se le conceda, lo que parece muy dudoso tratándose de anotaciones preventivas». En cualquier caso, ya se adjudique la cuota al propio acreedor, ya a un extraño, el uno o el otro ocuparán el lugar del cónyuge deudor y tendrán que practicar con el no deudor la liquidación del patrimonio común y la división del remanente una vez pagados los acreedores de la sociedad, todo lo cual, suponiendo que sea jurídicamente correcto, es, obviamente, perturbador y complicado en grado sumo tanto para el acreedor o el tercero como para los cónyuges.

La subrogación del acreedor (de no haber postores en la subasta) o de un tercero (el rematante si las hubiere) en el lugar del cónyuge deudor, de suerte que sea alguno de ellos el llamado a practicar la liquidación y división del patrimonio común con el otro cónyuge es, al menos «prima facie», algo dudosamente correcto si se tiene en cuenta lo que disponen los artículos 399 y 403 del Código civil. Según el primero de estos preceptos, cuando un comunero enajene o ceda su parte, los efectos de la enajenación quedan limitados a la porción que se le adjudique (al comunero) en la división al cesar la comunidad. El artículo 403, por su parte, dispone que los acreedores o los cesionarios de los partícipes podrán concurrir a la división de la cosa común y oponerse a la que se verifique sin su concurso y sólo podrán impugnar la división consumada en el caso de fraude, o en el de haberse verificado no obstante la oposición formalmente interpuesta para impedirla, y a salvo siempre los derechos del deudor o del cedente para sostener su validez. De ambos preceptos y especialmente del segundo, parece resultar que las operaciones divisorias han de ser efectuadas por el partícipe que cedió sus derechos en unión de los demás comuneros, aunque sea bajo el control de los cesionarios y los acreedores. La solución es posiblemente improcedente y exagerada cuando se trate de un condominio de tipo romano sobre una o varias cosas concretas (al que, en principio, se aplican preferentemente los artículos citados como todos los que forman parte del título tercero del li-

(290) Vid. LACRUZ, *Derecho de familia*, cit., pág. 481.

(291) DE LOS MOZOS (*ob. cit.*, pág. 335) la considera «monstruosa».

(292) Cfr. MATA PALLARÉS, *ob. cit.*, pág. 347.

bro segundo del Código civil) pero tiene sentido referida a otras comunidades más complejas, como la comunidad hereditaria y la comunidad ganancial en disolución, en particular sí, como ocurre en nuestro caso, existe un vínculo personal entre los comuneros. Sin embargo, obligado es reconocer que nuestra más moderna doctrina al ocuparse de la comunidad hereditaria, y por extensión de la comunidad ganancial en disolución que se equipara en cuanto a su régimen jurídico a la primera, se inclina por entender que, en el caso de cesión de la cuota, el cesionario puede pedir la división o partición y practicarla en lugar del cedente y en unión de los demás partícipes (293).

Empero, los comentaristas del artículo 1.373 del Código civil se inclinan mayoritariamente, aunque sin razonar suficientemente la solución y a veces de un modo un tanto confuso, en favor de que los acreedores particulares de uno de los cónyuges deben satisfacerse sobre el remanente que se adjudique al cónyuge deudor, remanente que sería, pues, el objeto del segundo embargo, o sea, el que sustituye al trabado primeramente sobre bienes gananciales concretos (294).

(293) Relativamente a la comunidad hereditaria se pronuncia en este sentido VALLET (*Panorama del Derecho de Sucesiones*, Madrid, 1984, II, páginas 636-631), quien discrepa en este punto de las opiniones de Fernando DE LA CÁMARA, CHAMORRO PIÑEIRO, ROCA SASTRE y COSSÍO, y cita las concordantes con la suya de MANRESA, SÁNCHEZ ROMÁN, DE LA ESPERANZA, ALBALADEJO, MENÉNDEZ VALDÉS y LACRUZ BERDEJO. En efecto, este último autor estima, por una parte que la venta de una cuota por un coheredero transfiera al adquirente el contenido económico de la posición sucesoria del vendedor y aunque no presta al adquirente la condición de heredero tampoco engendra relaciones meramente obligatorias sino que transfiera al cesionario el derecho a la cuota correspondiente. Como consecuencia de ello puede el cesionario intervenir en la gestión de la comunidad sobre el caudal relicto como igualmente, pedir la partición del mismo y concurrir a ella como titular. LACRUZ invoca al respecto las sentencias de 24 de febrero de 1909, 27 de noviembre de 1961 y la resolución de 29 de diciembre de 1930, citada, asimismo, por VALLET. Relativamente a la comunidad ganancial en disolución, LACRUZ afirma que la cuota en dicha comunidad es un bien puramente patrimonial y, como la cuota de herencia puede ser objeto de tráfico y en consecuencia los efectos de la enajenación de la participación en la comunidad ganancial en disolución son, probablemente, idénticos a los de enajenación de una cuota de la herencia. Cfr. LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones*, Barcelona, 1981(pág. 191 y *Derecho de familia* cit página 482.

(294) Vid. en este sentido, GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO (ob. cit página 885); MATA PALLARÉS (ob. cit. pág. 347); TORRALBA SORIANO (*Comentarios*, cit. II, pág. 1725) y DIEZ PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho civil*, Madrid, 1982, IV, pág. 248). LACRUZ (*Derecho de familia*, cit., págs. 442 y 443), no se produce a mi juicio con la suficiente claridad. Por una parte, escribe «que el legislador ha pensado, correctamente, que la cuota de una sociedad de gananciales no es expropiable, pero a la inversa mantiene el criterio de que sí puede desplazarse y atribuirse a una tercera persona la posición de partícipe en la comunidad universal sobre una masa concreta de bienes, lo cual no deja de ser bastante forzado, pues la cuota en la comunidad conyugal disuelta sigue teniendo, constante el matrimonio, marcados caracteres personales. Mas el tenor del texto es claro: se disuelve la comunidad conyugal, dejando de acudir a ella los frutos e ingresos de los cónyuges, pero subsiste la masa común, que podrá ser liquidada o no, recayendo la sentencia de remate, en este segundo evento, sobre la participación en el com-

La cuestión es, como se ve, dudosa y discutible. Pero creo que a favor de la segunda solución (lo que se embarga es, en definitiva, el remanente líquido que se adjudica al cónyuge deudor) cabe aducir que dado que al pedir el cónyuge no deudor que se sustituya el embargo trabado sobre bienes gananciales determinados por la «parte» que pertenece al deudor en la sociedad de gananciales puede entenderse que la ambigua expresión «parte» debe referirse a los bienes que correspondan al deudor una vez liquidada la sociedad, pues la liquidación es, en suma, el efecto o consecuencia que se sigue de la disolución, como evidencia el artículo 1.396 al decir que disuelta la sociedad se procederá a su liquidación. Según se ha dicho con acierto, la cuota es un bien que sólo se hace efectivo una vez disuelta y liquidada la sociedad (295).

Esta segunda interpretación obvia los inconvenientes que se achacan a la primera pero fuerza es reconocer que la misma, aparte de ser discutible, plantea una serie de interrogantes de difícil contestación porque, aun suponiendo que fuese válida, no ha sido objeto del consiguiente y necesario desarrollo normativo. Con todo, se puede intentar, remontándose a los principios y echando mano de la analogía, dar respuesta a las principales cuestiones que se suscitan.

Sobreentendido que el embargo sustitutorio recae sobre los bienes adjudicados al cónyuge deudor en la liquidación de la sociedad se pregunta quién tiene que practicar dicha liquidación. Parece claro que han de ser los propios cónyuges (damos por bueno que el embargo no recae sobre la cuota que ostenta cada cónyuge en la masa ganancial en liquidación) puesto que sólo ellos están legitimados para liquidar y repartir el patrimonio común, liquidación y división que habrá de realizarse extrajudicialmente, en principio, porque no hay ningún precepto que obligue a los esposos a entablar un proceso para llevar a cabo las operaciones consiguientes, las cuales tampoco pueden constituir, parece, una incidencia del juicio ejecutivo o practicarse en trámites de ejecución de sentencia (296). Mas ¿qué ocurre si ninguno de los cónyuges pide la liquidación o si ésta se prolonga indefinidamente? Debe advertirse que los cónyuges, una vez disuelta la sociedad, no están obligados a liquidarla si no quieren, pudiendo mantener indefinidamente, mientras ninguno de ellos ejercite la acción que le asiste, la situación de indivisión.

Se ha dicho que el juez, cuando se está en el caso contemplado por el artículo 1.373, debe señalar a los cónyuges un plazo prudencial

plejo de bienes (afecto en todo caso, primero, al pago de las deudas gananciales)». Mas, a renglón seguido, afirma: «Lo normal y lo que acaso pensó —pero no dijo— el legislador, es que el patrimonio consorcial no sólo se disuelva, sino que se liquide recayendo la traba, en definitiva, sobre la porción de bienes limpios de deudas comunes que se adjudique al cónyuge demandado».

(295) Cfr. DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, cit. págs. 247-248.

(296) Vid. en el sentido del texto, TORRALBA SORIANO (*Comentarios* cit. II, página 1735). RUEDA PÉREZ (ob. cit. pág. 589) y GONZÁLEZ SORIANO y MANZANO SOLANO (ob. cit. pág. 885).

para que éstos liquiden su disuelta sociedad de gananciales (297), pero ni se fundamenta suficientemente la adopción de esta medida ni se indica cuáles son las consecuencias de que el plazo expire sin que se haya practicado la división y liquidación del patrimonio común (298). A mi modo de ver, para seguir avanzando por ese camino, se puede recurrir a la siguiente argumentación.

Es bien cierto que los cónyuges como regla general no están obligados a liquidar su sociedad de gananciales una vez disuelta, pero no lo es menos que ello sólo puede sostenerse cuando no existen terceros interesados en que la liquidación se lleve a cabo. En nuestro caso y dado que la satisfacción del acreedor pasa por la liquidación de la sociedad, puede y debe sostenerse que los esposos están obligados a liquidarla. Ciertamente, no hay ningún precepto legal que marque un plazo dentro del cual la obligada liquidación deba quedar ultimada, mas precisamente por ello se puede apelar, merced a la analogía, a lo dispuesto en el artículo 1.128 del Código civil según el cual cuando la obligación no señale plazo pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor los Tribunales fijaran la duración de aquél. Aquí el plazo no es la resultante de la interpretación de una declaración de voluntad, como en el caso del artículo 1.128, sino de un precepto legal (el artículo 1.373), y lo que constituye elemento común a las dos hipótesis es la indeterminación del plazo que, por eso, ha sido fijado por el juez.

En cuanto a las consecuencias que deben seguirse del incumplimiento del plazo, creo que el problema puede resolverse de la siguiente forma. Dado que objeto del embargo sustitutorio han de ser bienes determinados de los adjudicados en la liquidación al cónyuge deudor, lo que significa que el segundo embargo sólo puede concretarse cuando ya se ha liquidado el patrimonio común, se debe entender que el primer embargo subsiste hasta tanto se verifique la sustitución, de tal modo que si ésta no puede realizarse porque los cónyuges no han ultimado la liquidación y reparto de la masa ganancial en liquidación decae el derecho del cónyuge no deudor y queda firme el primer embargo. Serán, por tanto, los bienes primeramente embargados los que constituirán objeto de subasta y remate, aplicándose a las relaciones entre los cónyuges el segundo párrafo del artículo 1.373.

¿Quid si los cónyuges no se ponen de acuerdo sobre cómo liquidar su sociedad de gananciales y se hace necesario que la liquidación y división del patrimonio común se practique judicialmente? No es de suponer que el plazo marcado por el juez sea tan amplio que alcance a cubrir la duración, siempre incierta, de un proceso liquidatorio.

A mi juicio y siempre que el proceso se haya iniciado dentro del plazo que el juez señaló a los cónyuges, dicho plazo debe entenderse

(297) Así, TORRALBA SORIANO, obra y lugar últimamente citados.

(298) GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO (ob. cit. pág. 885) estiman que transcurrido que sea el plazo el juez debe proceder de oficio a practicar la liquidación. Pero tal cosa no se compadece en absoluto con el carácter rogado de nuestro proceso civil y carece, además, de justificación positiva.

prorrogado hasta que el proceso concluya. Se dirá que esta solución perjudica claramente al acreedor puesto que demora excesivamente la realización de su crédito. Esto es verdad pero hay que tener presente a la hora de interpretar el artículo 1.373 que en el fondo de ese precepto late un conflicto entre los intereses del acreedor y los del cónyuge no deudor. El intérprete debe, en a medida de lo posible, ver de armonizar esos intereses contrapuestos.

No se puede perder de vista, además, que el artículo 1.373 contempla el supuesto de que se reclame el pago de una deuda propia de alguno de los cónyuges. Se trata, pues, de una deuda que no responsabiliza el patrimonio común como tal y de la que debiera responder tan sólo el cónyuge deudor con sus propios bienes. Ciertamente, también son propios del cónyuge deudor los bienes que le correspondan en la liquidación de la sociedad de gananciales pero si no fuera por la solución que preconiza el artículo 1.373 el acreedor (si su deudor carece de bienes privativos) tendría que esperar a que concurriese una causa ordinaria de disolución de la sociedad y a que ésta se liquidase. El artículo 1.373 se propone mejorar la posición del acreedor y le permite, de un lado, embargar primeramente bienes gananciales (aunque en puridad tales bienes no deberían responder de la deuda) y, de otro, precipitar la disolución y liquidación de la sociedad si el cónyuge no deudor se niega a consentir el embargo y hace uso del derecho que le confiere el propio artículo 1.373. Pero ni el legislador puede ir más lejos en defensa de los intereses del acreedor ni el intérprete tampoco. No se puede colocar al cónyuge no deudor, por el hecho de que su consorte haya contraído una deuda de la que no responde el patrimonio común, en la disyuntiva de tolerar el embargo de un bien ganancial concreto y determinado o pasar por una liquidación de la sociedad de gananciales que no le conviene. Por eso hay que respetar su derecho a promover la liquidación judicial de la sociedad siempre que lo ejercite dentro del plazo que el juez le señaló y que ha de entenderse referido, «prima facie», a la liquidación y división extrajudicial del patrimonio común.

Hasta aquí nos hemos ocupado del pasivo consorcial y privativo mientras la sociedad está vigente aunque, según hemos visto, la ejecución por razón de las deudas propias de un cónyuge puede desembocar en la disolución y liquidación de la sociedad. Hay que preguntarse ahora y al margen de ese supuesto especial, sobre la posición de los acreedores, sean particulares o consorciales, cuando la sociedad se disuelve al concurrir alguna de las causas determinantes de su disolución enumeradas en los artículos 1.392 y 1.393 del Código civil (299). Se deben distinguir dos períodos de tiempo distintos, desde la disolución de la sociedad hasta la liquidación y de la liquidación en adelante.

Durante la primera etapa, subsiste la masa ganancial pero sujeta a un régimen diferente. Cesa la legitimación de los cónyuges para

(299) Salvo la alusión que se hace en el último párrafo del artículo 1.393 al 1.373.

contraer nuevas deudas de las que hayan de responder preferentemente los bienes comunes. Esas nuevas deudas tendrán el tratamiento previsto por el artículo 1.373 para las deudas propias de cada uno de los cónyuges, pues no hay razón para que lo dispuesto en ese artículo no se aplique tanto a las deudas propias anteriores a la disolución como a las que siendo también propias, se han contraído después. Los acreedores consorciales conservan su posición jurídica; pueden, por consiguiente, perseguir cualquiera de los bienes que integran la masa ganancial en liquidación siempre que se trate de deudas contraídas por los dos esposos (o por uno con el consentimiento del otro) o de obligaciones que, aun contraídas individualmente por el marido o por la mujer, desatan la responsabilidad directa e incondicionada de los gananciales (300).

Después de practicada la liquidación es claro que cada cónyuge responde de las deudas que contraiga, o de las que hubiere contraído durante la vigencia de la sociedad con carácter particular o privativo, con todos sus bienes, entre los que se contarán los que se le hayan adjudicado en la liquidación. Para el caso de que los cónyuges se hubieren repartido el activo ganancial sin haber satisfecho todas las deudas consorciales los acreedores pueden, según dispone el artículo 1.401 del Código civil, dirigirse no sólo contra el cónyuge deudor sino también contra el otro, que responde limitada o ilimitadamente de las obligaciones pendientes según que se haya formado o no inventario judicial o extrajudicial. Dice el primer párrafo del artículo 1.401: «Mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor. El cónyuge no deudor responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiere formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial».

El artículo, como se ha subrayado (301), contiene un precepto explícito y otro implícito. En primer lugar, se sujetan expresamente a responsabilidad los bienes adjudicados al cónyuge no deudor (independientemente de la responsabilidad del consorte deudor con todos sus bienes) por razón de las deudas consorciales no satisfechas. Esa responsabilidad es, pues, «intra vires»; el cónyuge no deudor responde de una deuda de su consorte pero responde sólo con los bienes que eran gananciales. La responsabilidad limitada del cónyuge no deudor descansa sobre dos presupuestos: primero que se trate de una deuda consorcial contraída por el otro, porque si hubiese sido contraída por ambos esposos su responsabilidad sería, naturalmente, ilimitada; segundo, que se haya formalizado el inventario judicial o extrajudicial a que se refieren los artículos 1.396 y siguientes. De no ser así —y este es el precepto implícito que resulta de la interpretación «sensu contrario» del artículo 1.401—, es decir, si los cónyuges se han repartido

(300) Sobre el régimen jurídico que bajo todos los aspectos rige la llamada comunidad postmatrimonial o postconyugal, vid. LACRUZ BERDEJO *Derecho de familia*, cit. págs. 481 y sigs.

(301) Cfr. DÍEZ PICAZO, *Comentarios*, cit. III, págs. 1796-1797.

el activo dejando sin pagar alguna deuda consorcial y sin haber formalizado debidamente inventario judicial o extrajudicial, el cónyuge no deudor responde de aquella deuda con todos sus bienes y no solamente con los que le fueron adjudicados en la liquidación de la sociedad. Al ser de aplicación el artículo 1.084 del Código civil, en vista de que el artículo 1.402 dispone que los acreedores de la sociedad de gananciales tendrán en su liquidación los mismos derechos que les reconocen las leyes en la partición y liquidación de las herencias, normas a las que se remite además además el artículo 1.410, hay que concluir que los dos esposos responden solidariamente, aunque el cónyuge que no contrajo la deuda responderá limitadamente si se cumplen los requisitos de que antes se ha hecho mención. Si como consecuencia de la responsabilidad solidaria resulta que uno de los cónyuges ha pagado mayor cantidad de la que le era imputable podrá repetir contra el otro. Así lo dispone el artículo 1.401 en su segundo párrafo.

El Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de febrero de 1986 ha echado mano de los artículos 1.401 y 1.402 del Código civil para desestimar la pretensión de un acreedor del consorcio que pretendía la rescisión por fraude de una capitulaciones matrimoniales en que los cónyuges disolvían y liquidaban su sociedad de gananciales y en las que se adjudicó a la esposa (en el caso, el cónyuge no deudor, porque la obligación había sido contraída por el marido) un piso, único bien tangible existente en el matrimonio. La sentencia recuerda el carácter subsidiario de la acción rescisoria, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.294 del Código civil, y en consecuencia entiende que si el artículo 1.401 prescribe que mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad los acreedores conservan sus créditos, respondiendo también el cónyuge no deudor con los bienes que se le hayan adjudicado si se hubiera formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial, y si el artículo 1.402 establece que los acreedores de la sociedad de gananciales tienen en su liquidación los mismos derechos que les reconocen las leyes en las particiones y liquidaciones hereditarias, es decir, el derecho de exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los cónyuges si no se hubiere formulado debidamente inventario o hasta donde alcancen los bienes adjudicados si se hubiere formulado (artículo 1.084), es visto que no puede afirmarse que el acreedor carezca de otro recurso legal para hacer efectivo su crédito (302).

(302) La sentencia añade que la normativa hipotecaria no constituye obstáculo alguno para la persecución de los bienes de la sociedad conyugal adjudicados en la liquidación a cada uno de los esposos, pues el artículo 144.2 del Reglamento hipotecario, previendo expresamente la hipótesis contemplada, dispone que si como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal se hubiere inscrito la participación de bienes podrá anotarse el embargo cuando la demanda se hubiese dirigido contra los dos cónyuges. La cita es errónea al parecer porque la disposición invocada aparecía en la versión anterior del artículo 144, pero no en la vigente. No obstante y como veremos en el epígrafe siguiente, sigue siendo necesario demandar junto con el cónyuge deudor al que no lo es, siempre que se persigan bienes adjudicados al último. Es de hacer notar que en el supuesto fáctico del pleito los cón-

b) *Dimensión procesal y registral del embargo de bienes inmuebles gananciales*

Ambos temas —el procesal y el registral o hipotecario— se abordan aunque no se resuelven satisfactoriamente en el artículo 144 del Reglamento hipotecario.

El precepto, para empezar, es manifiestamente insuficiente, pues parece referirse preferente, cuando no exclusivamente, al embargo decretado en juicio ejecutivo. En los diferentes párrafos del artículo 144 que se ocupan de la anotación preventiva de embargo cuando éste recae sobre bienes gananciales se exige como requisito para que pueda extenderse el asiento que la demanda se haya dirigido contra los dos cónyuges o al menos que se notifique al cónyuge no deudor. Empero, es evidente que los bienes gananciales pueden ser objeto de embargo, entre otros supuestos, como consecuencia de un procedimiento de ejecución de sentencia, cuando se reclamen las responsabilidades civiles derivadas de un delito o si se trata de un embargo trabado en expediente administrativo (303). A mi entender, la normativa del artículo 144 ha de adaptarse a todos esos embargos y no debe suponerse que sus disposiciones se refieren solamente al juicio ejecutivo. Ocurre simplemente que el requisito de que la demanda se dirija contra los dos cónyuges o que se notifique al cónyuge no deudor, debe entenderse sustituido, cuando el procedimiento o expediente no se haya iniciado en virtud de una demanda propiamente dicha, por la notificación del embargo, máxime si se tiene en cuenta que la Dirección General al interpretar tanto el antiguo artículo 144 como el vigente sigue, como después veremos, la tesis que puede denominarse de la demanda-notificación (304). El recurso a la tercería que es, como se

yuges estaban sujetos al derecho especial aragonés. El Tribunal Supremo considera, pues, aplicables al régimen legal de aquella región los artículos citados del Código civil y en su virtud desestima el motivo articulado con fundamento en el artículo 26 de la Compilación (no alterado por la modificación que ha experimentado la misma en virtud de la Ley de 21 de mayo de 1985), pues entiende que dicho precepto no ha sido violado, por lo que es improcedente acudir a la acción rescisoria cuando la normativa vigente pone a disposición del acreedor medios idóneos para cobrar lo adeudado».

La sentencia de 17 de febrero de 1986 viene a sentar la misma doctrina, bien que más sucintamente, porque lo que no estaba claro en el caso fue si se debían o no realmente las cantidades reclamadas.

(303) La anomalía fue señalada por los comentaristas del artículo 144 en su versión anterior a la actual. Cfr., por ejemplo, CANOVAS COUÍÑO, con ocasión de comentar la resolución de 13 de abril de 1964, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, números 434-435, págs. 510 y sigs. También SANZ, *Los bienes gananciales en el registro de la propiedad*, cit. pág. 377.

(304) Justamente la aplicación del artículo 144 (versión de 1959) a un embargo decretado en causa criminal constituye el objeto de la resolución, citada en la nota anterior, de 13 de abril de 1964, que es una de las primeras en iniciar la doctrina que en el texto llamo de la demanda notificación. Admitido que no obstante el tenor literal del artículo 144 es posible sustituir el requisito de la demanda entablada contra el cónyuge no deudor por la notificación, es claro que la letra de aquel artículo (en la que se fundó SANZ para sostener que en el artículo 144 no podía aplicarse a los procedimientos administrativos porque en ellos no había demanda) no puede ser

verá más adelante, uno de los medios principales de defensa de que puede valerse el cónyuge no deudor, es admisible cualquiera que sea el procedimiento (civil, penal, laboral o administrativo) en que se haya decretado el embargo (305).

El artículo 144 del Reglamento se plantea como cuestión fundamental esta: ¿Contra quién debe dirigirse la demanda en virtud de la cual se inicia el proceso? Si esta pregunta hubiera de contestarse de acuerdo con los principios generales tanto de derecho civil como de derecho procesal la respuesta debiera ser que la demanda ha de dirigirse contra el cónyuge deudor. Consecuentemente, habría que distinguir según el origen de la obligación, es decir, habría que atender al encuadre de la misma dentro de alguno de los grupos que se examinaron en el epígrafe anterior.

Con arreglo a este criterio —que no es, según veremos seguidamente, el del artículo 144 del Reglamento, aunque lo que dispone haya sido rectificado en parte por el Centro Directivo— la demanda tendría que dirigirse contra los dos esposos si la deuda fue contraída por ambos conforme al artículo 1.367 del Código civil (306), o sólo contra el cónyuge deudor, tanto si se trata de deudas propias como de obligaciones que desatan la responsabilidad de todos los gananciales pero que está legitimado para contraer uno de los esposos individualmente o que la ley pone a cargo de la sociedad aunque sean imputables a uno solo de los cónyuges. En el supuesto especial de que el pago de la deuda se reclame judicialmente después de haberse liquidado la sociedad, hay que tener en cuenta lo que dispone el artículo 1.401. En la medida en que el cónyuge no deudor es declarado responsable de la obligación con sus bienes propios (ya lo son los que se le adjudicaron en la división del haber común), «intra vires» o «ultra vires» según los casos, la demanda deberá dirigirse contra los dos esposos, por lo menos si se quieren embargar bienes adjudicados al cónyuge no deudor o que fueren de su propiedad privativa.

El artículo 144 no sigue este criterio pero también atiende a las distintas categorías de obligaciones. Como regla general, la demanda debe dirigirse contra los dos cónyuges. Así lo dispone el párrafo primero del precepto incluso aunque uno solo de los cónyuges aparezca como deudor. Lo mismo se ordena para el caso de que la sociedad de gananciales se haya disuelto sin que figure en el registro su liquidación (párrafo 4 del artículo). Si los bienes que pretenden embargarse son privativos confesados, el párrafo segundo del artículo exige que la

obstáculo para que se anoten preventivamente todos los embargos en que se traben inmuebles gananciales, cualquiera que sea el órgano que lo haya ordenado y el procedimiento en que haya dictado el mandamiento correspondiente, con tal que (y aquí viene la aplicación analógica del artículo 144) el procedimiento se notifique al cónyuge del deudor.

(305) Vid. en este sentido PRIETO CASTRO *Tratado de Derecho Procesal civil*, 2.ª edición, Pamplona, 1985, II, págs. 760 y sig.

(306) Con todo, podría discutirse si, siempre de acuerdo con los principios, es necesario demandar a los dos esposos cuando la obligación se contrajo por uno de ellos con el consentimiento del otro. Vid. sobre las peculiaridades de esta hipótesis lo dicho en el epígrafe precedente.

demanda se haya dirigido en todo caso contra el cónyuge a cuyo favor aparezcan inscritos los bienes, sea o no el cónyuge deudor, de donde se sigue que, si no lo es, la demanda habrá tenido que entablarse también contra ambos (307). Únicamente, si se trata de la reclamación judicial de una deuda propia, el segundo párrafo del número 1.º del artículo 144, en consonancia con lo previsto por el artículo 1.373 del Código civil, según el cual el embargo debe ser notificado inmediatamente al otro cónyuge, no obliga a que la demanda se dirija contra los dos esposos y se conforma con que el embargo haya sido notificado al cónyuge no deudor (308).

¿Por qué ha seguido el Reglamento ese sistema? La contestación a esta pregunta es importante y guarda relación con la enajenación de los bienes embargados si el procedimiento ejecutivo llega a su fin, pero antes de responderla y de examinar en qué medida la Dirección General lo ha corregido, conviene plantearse una cuestión previa: ¿Qué hacer en el caso de que el título ejecutivo no revele cuál es el origen de la deuda? La contestación es trascendente desde el punto de vista práctico porque la estadística permite afirmar dos hechos. Primero, que la mayor parte de los embargos que se traban proceden de juicios ejecutivos. Segundo, que probablemente la mayoría de los títulos ejecutivos son letras de cambio, de modo que del tenor del título no se sigue ningún dato que permita encasillar la obligación reclamada en alguno de los grupos de que se ha hecho mención (309).

En la doctrina, se ha sostenido que así como existe una presunción de ganancialidad activa (todos los bienes existentes en el matrimonio deben reputarse gananciales mientras no se pruebe lo contrario) establecida por el artículo 1.361 del Código civil, existe igualmente una presunción de solidaridad pasiva implícita en nuestro derecho que presumiría ser de cargo de la sociedad de gananciales cualquier obligación salvo que fuera probadamente privativa (310). Se ha dicho que

(307) En ese caso, cuando la deuda hubiese sido contraída por el cónyuge a cuyo favor están inscritos los bienes parece que la demanda a tenor del artículo 144 tendrá que dirigirse también contra el otro cónyuge si se trata de una obligación de la que deben responder incondicionadamente los bienes comunes o, si la obligación es propia del cónyuge titular, habrá que estar, parece, a lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado primero del artículo.

(308) El Reglamento no contempla la hipótesis de reclamación de una deuda ganancial con posterioridad a la liquidación de la sociedad.

(309) La letra de cambio ha sido siempre, a los efectos que aquí interesan, un documento aséptico porque su contenido no permite saber a qué relación causal responden las obligaciones de los suscriptores de la cambial. Este carácter aséptico se ha acentuado, si cabe, después de entrar en vigor la Ley cambiaria y del cheque de 16 de julio de 1985. Entre las menciones que han de figurar en el texto de la letra ha desaparecido la antigua cláusula de valor que tampoco servía para identificar concretamente la causa de cada obligación cambiaria, pero comportaba una concesión a la concepción causalista de la letra, según afirma el Preámbulo de la nueva Ley que, por su parte, representa la tendencia hacia la abstracción del título, según proclama el propio Preámbulo.

(310) Cfr. ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, *La ganancialidad pasiva*, en *Revista de Derecho Notarial*, tomo 117-118, págs. 20 y sigs., y antes en *Sociedad de*

«en la colisión entre la libre actuación de un cónyuge y su carácter de gestor de la sociedad de gananciales prevalece siempre lo segundo, en el lado activo, por la presunción de ganancialidad del artículo 1.361, y la carga de la prueba del carácter privativo de la actuación del cónyuge en el tráfico jurídico, recaerá sobre la otra parte o los terceros, o el propio cónyuge actuante. Así, pues, en principio y por lógica, no podemos admitir que, en el lado pasivo, la presunción sea de privatividad, pues en tal supuesto la prestación u obligación asumida por el cónyuge tendría carácter privativo y la correspondiente contraprestación que sería el lado activo de la misma obligación, sería de carácter ganancial». «Sería absurdo que respecto de los bienes o activo la presunción general sea de ganancialidad y respecto de las deudas o pasivo de los cónyuges la presunción sea la contraria. Como donde hay la misma razón han de aplicarse los mismos principios, es lógico admitir que a la sociedad de gananciales y a las relaciones económicas de los cónyuges, en lo no probado, no puede aplicarse otro principio que el de la ganancialidad».

A mi juicio, estos argumentos, aunque a primera vista impresionen, no son convincentes. Ante todo, estimo que se incurre en una confusión entre la relación jurídico obligacional nacida de un contrato y la propiedad de la cosa que se adquiera en virtud de dicho contrato. Cuando uno de los cónyuges compra algo sin intervención de su consorte la cosa es ganancial en la medida en que el precio satisfecho, o la primera entrega, sean también gananciales (311), pero eso no obsta a que los derechos que el comprador tiene frente al vendedor (exigir la entrega de la cosa o el saneamiento por evicción o vicios ocultos) sólo puedan ser exigidos por el cónyuge que compró ya que no se puede imponer a nadie que trate con quien no ha contratado. Paralelamente, la obligación de pagar el precio, en su caso, es, en principio, una deuda propia del cónyuge comprador. No es cierto, pues, el absurdo que sirve de base al razonamiento.

Por lo demás, la supuesta presunción de ganancialidad pasiva no tiene su apoyo en ningún precepto legal (al contrario de lo que acontece con la ganancialidad activa) y por eso no puede admitirse una presunción (que sería una presunción «iuris») que ninguna norma establece. Antes al contrario, el Código en materia de responsabilidad del patrimonio común por las deudas contraídas por los esposos sienta una regla general que rima perfectamente con la establecida para los actos de administración o de disposición. Para obligar los bienes gananciales o para administrarlos o disponer de ellos, debe concurrir el consentimiento de los dos cónyuges, salvo los casos exceptuados, tanto por lo que dice a la potestad de obligar como a la de administrar o disponer. Es aquí donde debe buscarse el paralelismo que efec-

gananciales, ganancialidad, bienes gananciales y ganancias, en la misma revista, tomo 116, págs. 21 y 22.

(311) Para el supuesto de compra con precio totalmente aplazado, vid. supra epígrafe III-B-c-b'.

tivamente existe (312) y no entre la presunción de ganancialidad que sienta el artículo 1.361 y una imaginaria presunción de ganancialidad pasiva (313).

Retomando otra vez el tema de los títulos o documentos dotados de fuerza ejecutiva de los que no pueda deducirse si la deuda es privativa o ganancial hay que inclinarse «prima facie» por lo primero. No tanto porque exista una presunción legal de privatividad que, como tal presunción legal, tampoco existe, sino por aplicación de los principios generales. Lógicamente si la obligación ha sido contraída por uno solo de los esposos es él quien tiene que responder de la deuda con su patrimonio, en el que se integra, como ya se dijo, su parte en la sociedad de gananciales, mientras no resulte que, por razón de su procedencia, debe responder de la obligación el patrimonio común. Consiguientemente, ha de ser de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.373 que antes se comentó mientras el acreedor no demuestre el origen de la deuda y que, en virtud de ese origen, debe responder el patrimonio ganancial.

Ahora bien, ¿cómo se artículo todo eso y en general el juego del artículo 1.373 si efectivamente el título invocado pone de relieve que se trata de una deuda privativa? (314). En principio, el embargo recaerá sobre bienes gananciales concretos y podrá anotarse con tal que se notifique al cónyuge no deudor, tal como establecen tanto el artículo 1.373 del Código civil como el 144-1 párrafo segundo del Reglamento hipotecario.

El cónyuge que no aparezca como deudor puede hacer uso del derecho que le concede el artículo 1.373 en el sentido de que en lugar de embargar los bienes gananciales que ya lo han sido lo sea la porción que al deudor corresponde en la sociedad legal. Por su parte, el acreedor, si se trata de un título del que no resulte la causa de la obligación podrá exigir que se mantenga el embargo (ya sabemos que la otra solución no le conviene) si prueba que realmente la obligación (en su

(312) Con la salvedad de que para la administración y disposición se admite el pacto en contrario lo que no acontece cuando se trata de obligar los bienes gananciales. Sobre la explicación de esta aparente anomalía vid. mi trabajo, *La autonomía de la voluntad en el moderno derecho español sobre la familia*, cit., págs. 115-116.

(313) Como dice TORRALBA SORIANO (Ob. cit., pág. 1750), la tesis de ECHERRÍA no tiene fundamentación legal y por lo tanto hay que rechazarla. El Código en ningún momento establece una presunción legal del carácter ganancial de las deudas contraídas por un solo cónyuge y, a falta del correspondiente precepto legal, no se puede admitir la existencia de la presunción. Por otra parte, sería un contrasentido que el Código estableciera como regla general la codisposición, bien a través de la actuación conjunta de los cónyuges, bien a través de la actuación de uno de ellos con el consentimiento del otro y que, sin embargo, sin precepto que expresamente lo establezca, se consideraren gananciales las deudas contraídas por un cónyuge.

(314) Por ejemplo, si el vendedor en escritura pública ejercita la acción ejecutiva que su título escriturario le confiere para hacer efectivo el precio aplazado de una venta en la que figuró como comprador uno sólo de los cónyuges. Se trata de una hipótesis que no se dará con frecuencia en la práctica, pero sobre cuya verosimilitud no cabe albergar dudas.

caso la representada por una cambial) debe desatar la responsabilidad de los gananciales a pesar de haber sido contraída por uno de los cónyuges, en función de lo dispuesto en el Código civil o en el Código de comercio, si el cónyuge deudor es comerciante. El cónyuge no deudor puede también solicitar que quede sin efecto el embargo señalando bienes privativos de su consorte, si bastan para que el acreedor se satisfaga ejecutándolos.

Pero ¿cabe que dentro del juicio ejecutivo pueda el cónyuge no deudor solicitar la sustitución de la traba y a su vez el acreedor oponerse a ello alegando y probando que se trata de una obligación de la que deben responder directa e incondicionadamente los gananciales? No parece posible responder afirmativamente si se tienen en cuenta las peculiaridades de aquel juicio (315) en que aparecen tasados los motivos de oposición y las excepciones que pueden hacerse valer frente a la pretensión deducida por el acreedor (316).

La solución tiene que pasar, en mi opinión, por el juicio de tercería y más concretamente por la tercería de dominio. Es cierto que el artículo 1.532 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se produce en términos estrictos al decir que tal tercería debe fundarse en el dominio de los bienes embargados y aquí no es eso lo que se discute. Pero si se tiene en cuenta que la «ratio iuris» de la tercería de dominio consiste justamente en liberar del embargo unos bienes que no debieron embargarse parece posible invocar la analogía, de suerte que pueda recurrirse a la tercería aunque no se trate de liberar del embargo unos bienes por razón de que no pertenecen al deudor, tesis esta que puede encontrar apoyo como veremos seguidamente en la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo (317).

(315) Y con mayor razón si se trata de un embargo decretado en un procedimiento de ejecución de sentencia, en la vía de apremio administrativo o como consecuencia de la responsabilidad civil derivada de un juicio penal. Téngase en cuenta que alguna de esas obligaciones puede ser ganancial por mor del artículo 1.366 del Código civil y en último término, tendrán que reputarse privativas. Como dice LACRUZ, el artículo 1.366 es extensivo lo mismo a los cuasi contratos que a los actos ilícitos, y el dolo del deudor acaso no se refiera a la mera intención de delinquir sino a la intención de causar daño a la comunidad conyugal y a la culpa grave paralelamente significa que con el acto delictivo el autor ha puesto en riesgo notable los intereses comunes (vid. LACRUZ, *Derecho de familia*, cit. pág. 431). Lo que ocurre en estos casos es que, en general, no habrá dudas sobre el origen de la obligación. Pero aparte de que cabe discutir lo que depende en buena medida de ser o no de cargo de la sociedad lo que depende en buena medida de la interpretación más o menos lata que se dé al artículo 1.366, subsiste el problema procesal relativamente a la vía hábil para hacer efectivo los derechos que asisten al cónyuge no deudor en virtud de lo dispuesto por el artículo 1.373.

(316) Si la reclamación se funda en una letra de cambio, cfr. los artículos 67 y 68 de la Ley cambiaria.

(317) Por lo demás, si no se acepta la solución que se preconiza en el texto podríamos encontrarnos ante un callejón sin salida de suerte que habría que condicionar la efectividad de la reforma del régimen legal, en algunos puntos, a la modificación de nuestras leyes procesales. La resolución de 23 de noviembre de 1983 dice que «en relación a la nueva regulación de la sociedad de gananciales con el régimen general de coadministración im-

En efecto, la tercería de dominio ha sido un recurso al que se ha acudido reiteradamente para liberar del embargo bienes gananciales que habían sido embargados por obligaciones del marido de los que no debía responder el patrimonio común. Es verdad que en bastantes ocasiones la tercería ha fracasado pero ello fue debido a un planteamiento inadecuado del pleito. Por otra parte, la tercería se entabló en la mayor parte de los casos por haberse embargado gananciales consistentes en frutos de los parafernales. A estos gananciales les era aplicable el antiguo artículo 1.386, según el cual las obligaciones del marido sólo se podían hacer efectivas sobre los frutos de los bienes parafernales si se probaba que redundaron en provecho de la familia.

Entre las sentencias que acogieron la tercería merecen citarse las siguientes:

Sentencia de 16 de junio de 1897. Se ejecuta una obligación del marido asumida por éste en su calidad de heredero de su hermano. Se embargaron bienes consistentes en frutos de los bienes parafernales. Se entablan la tercería de dominio y la de mejor derecho. El Tribunal Supremo casó la sentencia que denegó la procedencia de la tercería.

Sentencias de 1 de marzo y de 7 de abril de 1910. En ambos casos se trataba de obligaciones contraídas por el marido que vivía separado de la familia y que ostentaba un poder amplio de su esposa para administrar los bienes del patrimonio familiar. Fueron embargados frutos de los bienes parafernales y la tercería de dominio prosperó en ambos casos al no probarse que las obligaciones contraídas respondían al provecho de la familia.

Sentencia de 30 de diciembre de 1915. El embargo se decretó en virtud de una escritura de reconocimiento de deuda otorgada por el marido. También se embargan frutos de los parafernales. Prospera la tercería. Dice el Tribunal Supremo en esta ocasión que «la prueba de la excepción de que trata el artículo 1.386 incumbe ejecutarla no al tercerista, que por el hecho de presentar la demanda combate que el préstamo no había redundado en provecho de la familia, sino al recurrente que en su calidad de acreedor estaba más interesado que nadie en demostrar lo contrario ya que al contratar no se cuidó de adoptar las precauciones legales que para la devolución de la cantidad prestada advierte ahora de menos».

puesto y las excepciones y matizaciones que a este principio el propio Código civil establece, se ha puesto de relieve por la doctrina las dificultades en que pueden encontrarse los acreedores al intentar ejecutar sus créditos y determinar los bienes comunes o privativos que según los distintos supuestos pueden quedar afectos a las responsabilidades contraídas por ambos o por uno cualquiera de los esposos, así como la dificultad o incluso imposibilidad de que sea el juicio ejecutivo el procedimiento adecuado para poder hacerlos efectivos, pero juzgándose por ese sector doctrinal una reforma de las leyes procesales que resolviese la dificultad apuntada». A mi juicio y sin perjuicio de que efectivamente lo deseable es que nuestras leyes procesales sean reformadas y no sólo por esta razón, estimo que, hoy por hoy, el recurso a la tercería puede ser un medio utilizable para no condenar a la esterilidad bien los derechos del cónyuge no deudor bien el de los acreedores provistos de un título que lleve aparejada ejecución.

Sentencia de 13 de enero de 1916. Se embargaron bienes gananciales para hacer efectivas las costas judiciales impuestas al marido en un proceso penal. Se interpuso por la esposa tercería de dominio fundada en que los bienes gananciales embargados en unión de los restantes que integraban el patrimonio común no eran bastantes para levantar las cargas de la familia y la educación de los hijos. Su demanda prospera en primera y segunda instancia y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. En la sentencia se recoge la afirmación del Tribunal «a quo» que reconoce la certeza de la alegación de la actora de donde se seguía que no era de aplicar el antiguo artículo 1.410 por no cumplirse los requisitos exigidos por ese precepto para que respondan los bienes gananciales de las obligaciones propias del marido o de la mujer.

Sentencia de 4 de marzo de 1933. Prospera asimismo la tercería interpuesta por la mujer por no haberse probado (los bienes embargados eran frutos de los parafernales) que las obligaciones del marido, separado de hecho de su esposa, se hubieren contraído en beneficio de la familia. La misma tesis luce en la sentencia de 28 de mayo de 1940. También en el caso del pleito fueron embargados frutos de los parafernales y asimismo el Tribunal Supremo da lugar a la tercería, por no haberse probado que la deuda del marido (procedente de la explotación de una plaza de toros) hubiera redundado en provecho de la familia. La sentencia nos dice que el artículo 1.386 constituye una verdadera excepción a los artículos 1.401 y 1.408 y que la carga de la prueba de que la obligación del marido que trate de hacerse efectiva sobre esta clase de bienes redundó en provecho de la familia corresponde al acreedor.

Sentencia de 22 de diciembre de 1973. Se embargaron bienes gananciales a las resultas de las costas de un proceso criminal seguido contra el marido. La mujer interpone tercería de dominio y la tercería prospera. Se desestima la excepción de falta de legitimación activa y se considera que no concurren los requisitos del artículo 1.410 al haber dado por probado la sentencia recurrida que no se encontraban cubiertas las necesidades expresadas en el artículo 1.408.

Empero, esta doctrina —viabilidad de la tercería de dominio interpuesta por la mujer para liberar bienes gananciales embargados por deudas del marido— no es uniforme, pues en contraposición de las sentencias citadas existen otras en que el fallo fue adverso a la mujer tercerista. Así, por ejemplo, la sentencia de 22 de diciembre de 1926, 5 de noviembre de 1929, 23 de enero, 20 de noviembre y 4 de diciembre de 1958, 27 de febrero de 1960, 7 de marzo y 24 de septiembre de 1963 y 11 de abril de 1972. Mas estas sentencias no pueden estimarse suficientes para destruir la doctrina de las anteriormente citadas porque en los casos contemplados por dichas sentencias o la tercería se planteó equivocadamente, o la tercerista no logró probar los extremos en que fundaba su pretensión.

Así, en la sentencia de 22 de diciembre de 1926 (la ejecución fue despachada para la efectividad de unas costas judiciales y el embargo

se trabó sobre unos títulos valores comprados a nombre de la esposa) la mujer no consiguió probar que los títulos valores embargados eran efectivamente suyos y, además, pretendió reivindicar la parte que estimaba corresponderle en los bienes gananciales. A este planteamiento responde el Tribunal Supremo que mientras subsiste el matrimonio la mujer no tiene más que un derecho expectante y carece de legítimo título que la acredite ser dueña de la mitad de los bienes gananciales existentes. Idéntico planteamiento se advierte en el caso que fue objeto de la sentencia de 5 de noviembre de 1929 (se embargan gananciales ordinarios por costas ocasionadas en causa criminal seguida contra el marido y se «reivindica» la mitad que supuestamente pertenece a la mujer en el acervo común) y en los contemplados por las sentencias de 23 de enero, 20 de noviembre y 4 de diciembre de 1958. Las tres sentencias insisten en que la mujer antes de la disolución y liquidación de la sociedad no puede reivindicar la parte que en su día podrá corresponderle en los bienes gananciales, e igual acontece con la sentencia de 27 de febrero de 1960. En la de 7 de marzo de 1963 se embargan bienes gananciales ordinarios y la tercería se desestima por no estimarse probado que no estuvieran atendidas las cargas del matrimonio ni la existencia de bienes del marido, y en la de 24 de septiembre del mismo año la tercería fracasa porque se declara que la obligación contraída por el marido en la explotación de un negocio de yesería no es de índole personal, porque fue contraída «durante el matrimonio, actuando aquél (el marido) como representante legal de la sociedad de gananciales y por razón de un negocio que explotaba para poder atender al sostenimiento de la familia y a la educación del hijo habido en el matrimonio».

Por último, la sentencia de 11 de abril de 1972 se ocupó del siguiente caso. El marido socio de una sociedad mercantil a la que había aportado capital privativo constituyó fianza, juntamente con otros socios, para garantizar un préstamo bancario hecho a la sociedad. Impagado el préstamo y como la fianza era solidaria, fueron embargados por el Banco acreedor bienes que eran gananciales del socio fiador y de su esposa. Esta interpone tercería de dominio que justifica en su pretendida copropiedad sobre la mitad del patrimonio común con el fin de actuar en defensa de la sociedad de gananciales por entender que ésta no debe responder de obligaciones contraídas gratuitamente por el marido. El pleito se pierde en primera y segunda instancia. El Tribunal Supremo después de recordar que el marido como administrador de la sociedad de gananciales puede obligar a éstos según resulta del artículo 1.408-1 del Código civil, aunque no tengan «aquella repercusión responsabilizadora» cuando se hubieren contraído a título gratuito, estima que no es este el caso del pleito pues la fianza se constituyó en garantía de un préstamo hecho por una entidad bancaria, operación evidentemente no gratuita y que influía en la calificación de la fianza que no es un acto abstracto en nuestro derecho. Con relación a la posibilidad de fundar la tercería en el supuesto derecho de la mujer a su mitad de gananciales, la sentencia insiste, una vez más, en la afirmación de que durante el ma-

trimonio la sociedad de gananciales «no puede constituir una forma de copropiedad de la regulada en los artículos 392 y siguientes del Código civil al faltar por completo el concepto de parte característico de la comunidad de tipo romano ... ni atribuye a la mujer, viviendo el marido la propiedad de la mitad de los gananciales existentes porque para saber si éstos existen o no es preciso la previa liquidación (318), único medio de conocer el remanente y hacerse en pago de él la consiguiente adjudicación; no teniendo hasta entonces la mujer más que un derecho expectante —lejos de una propiedad exclusiva y excluyente— que no la legitima para ejercitar la acción reivindicatoria en que en definitiva consiste la tercería de dominio...». La sentencia —prescindiendo de enjuiciar si el fallo fue o no acertado, lo que dependía principalmente, a mi juicio, de la calificación o de la fianza constituida por el marido— desliza afirmaciones insostenibles, dada la fecha en que fue dictada, como que la mujer sólo tiene durante la vida de la sociedad un derecho expectante. Además y como ocurre con otros fallos, se recoge sólo como sentencia contraria a la doctrina que ahora se sienta, la de 13 de enero de 1916 (como si tal sentencia fuera la única que acoge la tesis opuesta) y sólo se citan las favorables.

Como se ve, pues, la desestimación de la tercería en el segundo grupo de sentencias que han sido objeto de examen se funda bien en que la mujer no consiguió probar que la obligación no debía gravar los gananciales, bien en un defectuoso planteamiento del pleito, bien en ambas cosas. Se pretende reivindicar, acaso por el deseo de atenerse estrictamente a la literalidad del artículo 1.532 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (raquíticamente interpretado por la sentencia de 11 de abril de 1972), la mitad que corresponde a la mujer en los bienes embargados. Obviamente, bajo ese planteamiento la tercería no puede prosperar porque la mujer, vigente la sociedad y aunque su derecho no se reduzca a una simple expectativa, ni tiene una mitad indivisa en todos y cada uno de los bienes que integran el patrimonio común, ni puede disponer, antes de la disolución, de la parte que le corresponde en dicho patrimonio. Mas cuando no se ha seguido esta vía, a todas luces errónea, y se ha demostrado, por añadidura, que la obligación no debía gravar el patrimonio ganancial, o no se ha estimado probado que las obligaciones del marido se hubiesen contraído para subvenir a las cargas de la familia (cuando se embargaron bienes gananciales consistentes en frutos de los parafernales) la tercería ha prosperado.

Como se ha dicho con acierto (319), la tercería de dominio es el medio más adecuado y práctico para evitar que los bienes embargados respondan de obligaciones que no deben hacerse efectivas sobre los mismos. Se trata de una tercería de dominio «sui generis» (no asimilable por consiguiente a la tercería de mejor derecho) porque su finalidad no responde al que es propio de la tercería de dominio en sentido

(318) La sentencia incurre aquí en la confusión, ya denunciada, entre gananciales y ganancias.

(319) Cfr. PUIG BRUTAU, *Tercería de dominio sobre bienes gananciales*, cit. págs. 433 y sigs. En ese trabajo pueden verse comentadas extensamente la mayor parte de las sentencias que se citan en el texto.

estricto, esto es, que el bien embargado debe quedar indemne de la acción ejercitada porque el tercerista es dueño de la cosa indebidamente embargada y ajeno a la relación obligatoria en cuya virtud se decretó el embargo.

Del examen de esta doctrina jurisprudencial se desprende que la tercería de dominio, entendida en sentido lato, es el procedimiento idóneo para que el cónyuge no deudor, siempre que sea aplicable el artículo 1.373 del Código civil, ora porque se trate de embargo trabado como consecuencia de un título ejecutivo cuyo texto no explicita el origen de la obligación (como es el caso de la letra de cambio), ora porque efectivamente resulta que se trata de una deuda propia, pueda defenderse probando la existencia de bienes privativos de su consorte suficientes para hacer frente a la obligación que se reclama, o haciendo valer su derecho a que los bienes gananciales concretos que han sido embargados queden libres de la traba y en su lugar se embargue la parte que corresponde al deudor en la sociedad de gananciales.

La tercería de dominio es igualmente el cauce procesal a través del cual puede el cónyuge propietario de bienes privativos confesados liberarlos en el caso de que hayan sido embargados como consecuencia de deudas contraídas por su consorte incluso aunque estas deudas deban ser soportadas por el patrimonio común. Según se vio oportunamente (320), aunque según el artículo 1.324 del Código civil la confesión o reconocimiento de la privatividad hecha por un esposo en favor de otro no perjudica a los acreedores sean de la comunidad o del cónyuge confesante, esto no significa que el propietario de los bienes embargados tenga que tolerar necesariamente el embargo. Puede pedir que se alce aquél, probando alternativamente que existen otros bienes sobre los que el acreedor puede satisfacerse o que los bienes privativos confesados son efectivamente suyos aunque deba valerse de otros medios distintos de la confesión o reconocimiento del consorte para demostrarlo, prueba que será apreciada libremente por el juez. En este segundo caso, no hay duda acerca de la pertinencia de la tercería incluso aunque se aplique rígidamente el artículo 1.532 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sin necesidad de interpretarlo extensivamente, pues de lo que se trata es de defender el interés del dueño (es decir, el del cónyuge favorecido por la confesión) en rescatar del embargo unos bienes que son suyos y que, por tanto, no deben responder de las obligaciones contraídas por su consorte. En el primer caso, esto es, cuando la defensa se funda en la existencia de bienes propios del deudor o comunes suficientes para que sobre ellos se haga efectiva la deuda, el fundamento de la tercería ha de buscarse en la analogía. La «ratio» del artículo 1.532 de la Ley consiste en sustraer al embargo unos bienes que no debieron ser embargados. La norma sólo contempla directamente la hipótesis de que los bienes objeto del embargo pertenezcan a un tercero extraño a la relación obligatoria, pero no hay porqué limitar el alcance de la tercería a ese supuesto

(320) Cfr. supra epígrafe III-B-b.

concreto cuando sea otra la causa de que hayan sido embargados bienes que no debieron serlo. Aquí se trata de rescatar unos bienes que frente al acreedor se reputan gananciales en tanto no le perjudica la confesión o reconocimiento hecho por el consorte que contrajo la obligación, pero que no deben tampoco soportar la ejecución si se demuestra que los acreedores no experimentan perjuicio por el alzamiento del embargo, ya que en el patrimonio del deudor, en el ganancial o en ambos, existen bienes suficientes para hacer frente al crédito que se ejecuta.

Tampoco parece imposible apelar a la tercería si, a pesar de estar claro el origen de la deuda, es discutible que la misma debe o no gravar los bienes gananciales, dado que este es el sentido de la doctrina jurisprudencial anterior a la reforma de 1981 cuando el problema de la tercería de dominio sobre bienes gananciales ha sido correctamente planteado. Después de la Ley de 13 de mayo de 1981 las dudas acerca de si una obligación contraída por uno de los esposos desata la responsabilidad directa e incondicionada del patrimonio común puede plantearse en toda una serie de casos. En aquellos en que se discuta si el supuesto fáctico que ha dado lugar a la deuda encaja o no en alguno de los contemplados por los artículos 1.365, 1.366, 1.368 y 1.386 del Código civil. En cualquiera de esos casos y dado que si prospera la pretensión del tercerista la obligación tendrá el carácter de propia del cónyuge deudor, es por lo menos aconsejable que en la demanda de tercería se señalen los bienes particulares de aquél, suficientes para que sobre ellos se satisfaga el acreedor, siempre que esos bienes existieren, efectivamente, o que se solicite la sustitución de los bienes embargados por la parte que corresponda en la sociedad al cónyuge deudor.

Después de lo dicho, parece, al menos a primera vista, que en todos los casos en que la deuda ha sido contraída solamente por uno de los cónyuges no hay razón para que la demanda tenga que dirigirse contra ambos. Bastará, a lo sumo, poner en conocimiento del cónyuge del deudor la existencia del procedimiento para que pueda obrar en consecuencia. Y, sin embargo, el Reglamento exige que se demande a los dos esposos excepción hecha del caso en que se ejecute una deuda propia del cónyuge deudor, pues entonces, por imperio del artículo 1.373 del Código civil, se conforma con la notificación del embargo al consorte (321). A la vista de la solución reglamentaria y aunque la misma, como se verá, ha sido en buena parte rectificada por el Centro Directivo, es menester preguntarse por su fundamento. Se trata de una larga historia en la que confluyen factores hipotecarios o registrales e incluso sustantivos.

Hasta el Reglamento de 1947 no existe ningún precepto ni en la Ley hipotecaria ni en los Reglamentos anteriores que directamente se ocupe de la anotación de embargo sobre bienes gananciales, pero el

(321) Probablemente, los autores del Reglamento pensaron que sólo son deudas propias de un cónyuge las que éste ha contraído en su exclusivo interés, lo que no es del todo exacto como antes expusimos.

Centro Directivo tuvo muchas oportunidades de pronunciarse sobre la materia.

Inicialmente, la doctrina de la Dirección parece seguir el criterio que entonces y después han sostenido los más conspicuos defensores de la pureza de los principios registrales. Los mandamientos de embargo decretados sobre bienes gananciales únicamente debían anotarse cuando la demanda se hubiera dirigido contra el cónyuge titular registral. Este criterio se justifica en la necesidad de salvaguardar dos principios hipotecarios íntimamente relacionados entre sí, el de legitimación y el de tracto sucesivo. Así, en una antigua resolución de 17 de agosto de 1866 se deniega el embargo por obligaciones del marido que había de trabar bienes inscritos a nombre de una mujer casada, porque los bienes en cuestión no estaban inscritos a favor de la persona contra quien se decretó el embargo (322). La de 20 de septiembre de 1884 se ocupó del embargo de una finca inscrita a nombre del marido, pero presuntivamente ganancial, por obligaciones contraídas por la mujer. El Centro Directivo insiste en que la anotación no puede practicarse por estar inscritos los bienes a nombre del marido y aunque por ser gananciales puede estimarse que en ellos corresponde una participación a la mujer no puede olvidarse que sólo al marido corresponde disponer de los bienes gananciales y obligarlos. Se combina un argumento de orden registral (estar inscritos los bienes a nombre de persona distinta de aquella contra la que se sigue el procedimiento) y otro sustantivo (la facultad de disponer y obligar los gananciales corresponde al marido).

Sin embargo, este criterio no estaba llamado a prevalecer. A partir de la resolución de 6 de marzo de 1897 se consideran anotables los mandamientos de embargo por deudas del marido aunque los bienes estén inscritos a nombre de la mujer, siempre que hayan sido adquiridos durante el matrimonio a título oneroso sin que se hubiese conseguido probar que el dinero era suyo, no teniéndose en cuenta a estos efectos, la aseveración o confesión de privatividad por parte del marido. Entre otras, pueden citarse las resoluciones de 20 de septiembre de 1907, 13 de enero de 1913, 10 de julio de 1935 y 22 de diciembre de 1956. Decae, pues, el argumento registral, ya que los bienes aparecen inscritos a nombre de la mujer (persona distinta del deudor), y prosperan consideraciones de orden sustantivo. El marido puede obligar los bienes gananciales y, por tanto, de las obligaciones que contraiga deben responder (y poder embargarse, por consiguiente) los bienes gananciales o presuntivamente gananciales, abstracción hecha de que no estén inscritos a su nombre sino al de la mujer (323).

(322) Como dicen GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO (ob. cit. pág. 839) no están claros los datos acerca de si los bienes inscritos eran gananciales o parafernales ni tampoco si la deuda había sido contraída antes o constante el matrimonio. Pero el argumento (en que se justifica la suspensión) se apoya en la idea de tracto —bienes previamente inscritos— sin aludir al argumento procesal, falta de legitimación pasiva.

(323) Probablemente influyó también la consideración de que al ser los bienes presuntivamente gananciales y pertenecer conjuntamente a marido y mujer no podía ser decisivo que estuvieran inscritos a nombre de la esposa.

Hace falta llegar al Reglamento de 1947 para encontrar una norma específica relativa a la anotación preventiva de embargo sobre bienes gananciales. Es ya el mismo artículo 144 aunque entonces adoptó una redacción diferente. La versión primigenia del precepto era esta: «Cuando por deudas u obligaciones contraídas por el marido o la mujer, en su caso, a cargo de la sociedad de gananciales y antes de su disolución, se decreta embargo sobre bienes pertenecientes a esta sociedad, se extenderá la anotación sobre los bienes inscritos a nombre de la mujer o del marido, o de ambos indistintamente, que hubieren sido embargados, siempre que la adquisición hubiere sido a título oneroso durante el matrimonio y no conste la pertenencia exclusiva del dinero». Como se ve, todavía no se plantea el problema de contra quién ha de dirigirse la demanda. Para que la anotación de embargo se extendiera bastaba la concurrencia de dos requisitos: Que se tratase de obligaciones a cargo de la sociedad (324) y que los bienes fueran presuntivamente gananciales, no importando, si ese dato resultaba del registro, que estuviesen inscritos a nombre del marido, de la mujer o de ambos.

Esta primera versión del artículo 144 era, como se ve, bastante aceptable y en rigor no hubiera sido necesario cambiarla. Pero el precepto se modifica al reformarse el Reglamento en 1959 como consecuencia de la reforma que también había experimentado el Código y en particular su artículo 1.413 en virtud de la Ley de 24 de abril de 1958. El primer párrafo del artículo 144 no termina donde antes terminaba; se exige un requisito nuevo que entonces hace su aparición, que la demanda se haya dirigido contra los dos cónyuges agregándose, además, que llegado el caso de enajenación de estos bienes se cumplirá lo dispuesto por el artículo 1.413 del Código civil en relación al 96 del Reglamento.

La modificación del precepto obedeció a razones formales y sus-

(324) Lo que en principio no planteaba ningún problema porque tales obligaciones eran «prima facie» todas las contraídas por el marido vigente la sociedad y, por la mujer, cuando se hubiere obligado con el consentimiento del marido (no son la simple licencia). Por ello no encuentro justificados los temores de LA RICA (*Comentarios al nuevo Reglamento hipotecario. Innovaciones*, Madrid, 1948, págs. 114 y 115), después compartidas por CAMY y otros autores, quienes afirmaban que el artículo 144 planteaba un problema de índole civil, a saber, si las deudas eran de cargo de la sociedad de gananciales, problema que no podía resolverse dentro del juicio ejecutivo (vid. CAMY, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Pamplona, 1971, V, pág. 540). En principio, si las obligaciones habían sido contraídas por el marido o por la mujer con el consentimiento de aquél, se presumían asumidas en interés de la sociedad y, por consiguiente, gravaban los bienes comunes. La presunción no jugaba si se embargaban los frutos de los parafernales por mor del antiguo artículo 1.386 del Código civil, de suerte que si la mujer interponía la tercera de dominio y la planteaba correctamente había que dejar sin efecto el embargo, si el acreedor, en el juicio de tercera, no probaba que efectivamente la obligación había sido asumida por el marido en interés o provecho de la familia. También era viable la tercera si, embargados bienes gananciales ordinarios, la mujer tercerista demostraba que la obligación no respondía al interés de la familia y no se daban, en su caso, los requisitos exigidos por el artículo 1.410 del Código civil.

tantivas, ambas dimanantes de la reforma del artículo 1.413 que, como es sabido, y a partir de la Ley de 24 de abril de 1958, exigía al marido para disponer de bienes inmuebles y establecimientos mercantiles gananciales el consentimiento de su mujer. La razón formal descansaba en el supuesto de que la enajenación forzosa había de realizarla el juez en nombre de los dos cónyuges y el órgano jurisdiccional, en su caso, debía suplir no sólo la voluntad o consentimiento del marido sino, asimismo, el de la mujer. Esto parecía imposible si la demanda no se dirigía contra los dos cónyuges. La razón sustantiva era tratar de impedir que el marido pudiera burlar lo dispuesto en el artículo 1.413 por el artificio de contraer una obligación simulada que después daría lugar a un juicio o expediente amañado o convenido (325). Apunta, pues, el problema de la posible oposición de la mujer a la ejecución de una obligación contraída por el marido en perjuicio o fraude de sus intereses en la sociedad, aunque sólo se contemplase una hipótesis específica: el fraude consistente en simular una obligación para eludir la aplicación del artículo 1.413-1.

¿Estuvo acertado el Reglamento? Sin duda la exigencia de que la demanda se dirija contra los dos cónyuges convierte a la mujer en parte y, por consiguiente, le concede la posibilidad de defenderse invocando el número 1 del artículo 1.467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que incorrectamente dice que podrá pedirse que se declare nulo el juicio cuando la obligación o el título en cuya virtud se hubiere despachado la ejecución fueren nulo (326). Pero la consecución de este objetivo comportaba contradecir, como ya se ha hecho notar, un principio elemental de derecho procesal, a saber: que la demanda sólo puede dirigirse contra el deudor y no contra quien no es parte en la relación obligatoria.

La solución del Reglamento fue objeto de las más duras críticas. La exigencia de que la demanda se dirigiese contra ambos cónyuges aunque sólo uno fuese el deudor se calificó de ilegal, injustificada e impracticable (327), particularmente si se trataba de un juicio ejecutivo. Se señaló que las razones aducidas para justificar la postura del Reglamento (328) no tenían fuerza suficiente para justificar la impor-

(325) Que ésta era la intención de los autores del Reglamento lo prueba el comentario que hace LA RICA del artículo 144, comentario que justifica la innovación en virtud de las razones expuestas en el texto. Cfr. LA RICA, *Comentarios a la reforma del Reglamento hipotecario*, Madrid, 1959, páginas 121 y sigs.

(326) Sobre la improcedencia de separar de un lado las excepciones oponibles a la acción del acreedor y la petición de nulidad del juicio, vid. PRIETO CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal*, cit. II, pág. 121. Igualmente criticable es que se confunda la nulidad de la obligación o del título con la del juicio. Vid. en este sentido GUASP, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1968, II, pág. 167.

(327) Vid. el resumen de dichas opiniones en RIFA SOLER, *La anotación preventiva de embargo*, Madrid, 1983, págs. 382 y siguientes.

(328) Principalmente, las expuestas por LA RICA. También ROCA SASTRE, aunque sin demasiada convicción, decía que gracias a haberse dirigido la demanda ejecutiva contra bienes inmuebles gananciales o presuntivamente gananciales, la esposa tendrá conocimiento de la acción ejecutiva que se

tante reforma introducida (329) y que se ignoraba que el artículo 1.413 sólo había limitado las facultades dispositivas del marido, pero no la de obligar los bienes gananciales, por lo cual y si lo que se pretendía tan sólo era conjurar el riesgo de que pudiera burlarse el artículo 1.413 mediante el arbitrio de simular una obligación, bastaba con tomar la precaución de que la demanda o el embargo fuesen notificados a la esposa, quien podría después, si procedía, impugnar la transmisión forzosa desenlace de la ejecución. Se indicó, asimismo, que el exceso de celo de los autores del Reglamento podía volverse en contra de la esposa pues, de una parte, era perfectamente posible que si el juez despatchaba la ejecución contra los dos cónyuges se embargaran bienes privativos de la mujer y, de otra, la exigencia reglamentaria determinaría que, para evitar problemas, los acreedores, especialmente los Bancos y entidades de crédito, exigieran en adelante, para abrir cuentas de crédito o hacer préstamos al marido, la firma de la mujer, con lo cual aquélla devendría efectivamente responsable con su patrimonio privativo (330).

También fue combatido el criterio del Reglamento en el sentido de no distinguir entre las enajenaciones voluntarias y las forzosas que son consecuencia de un procedimiento de ejecución, en particular frente a aquellas que tienen lugar judicialmente como desenlace de la vía de apremio. Se hizo notar certeramente que la enajenación, caso de que pudiese considerarse como tal, no procedía de una actuación del marido que requiriese el consentimiento uxorio, sino que era el efecto de un acto de autoridad por el que se ejerce un poder o potestad atribuido por el derecho objetivo a los funcionarios judiciales (o administrativos) que decretan o llevan a cabo la transmisión. A lo que se añadía que la verdadera enajenación tiene lugar en el acto de adjudicación hecha en la subasta al mejor postor o al ejecutante por falta de licitadores en pago de su crédito, y en esa enajenación, subasta o adjudicación por falta de licitadores, no actúa el consentimiento del ejecutado, sino la resolución judicial. El consentimiento o posible actuación del deudor ejecutado queda sustituido íntegramente por la actuación pública y jurisdiccional del ejecutor (331).

desenvuelve sobre tales bienes, lo que le permitirá proceder en consecuencia, sea en el mismo procedimiento de ejecución sea en otro procedimiento, reaccionando contra la actuación del ejecutante en salvaguardia de dichos bienes (Vid. ob. cit. IV-1.º, págs. 85-86). Con razón se ha dicho que Roca hacía caso omiso de toda la problemática procesal que comporta el requisito de la demanda conjunta. Así, RIFA SOLER, ob. cit. pág. 383.

(329) Cfr. SANZ, ob. cit. pág. 367.

(330) Ver en el sentido del texto mis objeciones críticas al artículo 144 en mi trabajo *El nuevo artículo 1.413 ...* cit. págs. 135 y sigs. y VALLET, *La crisis del Derecho*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1962, pág. 470.

(331) Cfr. SANZ, ob. cit. págs. 331 y sigs. Tan exactas me parecen estas apreciaciones de SANZ que es lícito preguntarse hasta qué punto no es superflua la escritura de venta que según el artículo 1.514 de la Ley de Enjuiciamiento civil ha de otorgar el deudor en favor del comprador y que en caso de no verificarlo, por ausencia, rebeldía o cualquier otra causa, será otorgada por el juez de oficio. Lógicamente, para inscribir la transmi-

El peso de todas estas objeciones críticas influyó decisivamente en la doctrina de la Dirección General. Ya las resoluciones 11, 20 y 21 de febrero de 1964 se preguntan si puede anotarse un mandamiento de embargo decretado en juicio ejecutivo seguido por deudas contraídas por el marido durante el matrimonio sin haberse dirigido la demanda contra la mujer. La Dirección, aunque todavía afirma que «es inexcusable reconocer que el artículo 144 ordena que la demanda ejecutiva se haya dirigido contra los dos cónyuges», termina afirmando que esa exigencia en la práctica puede cumplirse «si se extiende la demanda a la mujer al efecto de darle a conocer la existencia de la litis y hacer posible la enajenación futura». Se observa una interpretación «procesalista» del artículo 144, aunque todavía despunta, como razón justificativa, la necesidad de contar (o de suplir) el consentimiento uxorio llegado el momento de otorgar la escritura de venta que culmina el procedimiento. También la resolución de 13 de abril de 1964 relativa al embargo sobre un inmueble de naturaleza ganancial decretado en causa criminal estima que basta la notificación a la mujer en la pieza de responsabilidad civil. Por último, en las resoluciones de 9, 13 y 14 de diciembre de 1966, la Dirección, según se ha dicho (332), se rinde totalmente al argumento procesal.

De estas tres resoluciones importa sólo detenerse en la primera pues las otras dos, es decir, las de 13 y 14 de diciembre de 1966, versaron sobre la misma cuestión, a saber, si podía anotarse un mandamiento de embargo notificado a la mujer o si era preciso demandarla, como sostenía el registrador, dándose, además, la circunstancia de que los interesados en la resolución de 9 de diciembre eran los mismos que los que lo fueron en la de 13 del mismo mes y año. Por ello la Dirección se remite en las dos últimas resoluciones a lo que ya había dicho en la primera. Y en ésta se afirma rotundamente no sólo que es suficiente la notificación del embargo a la mujer sino que ello se justifica con argumentos en esencia similares a los que han quedado expuestos.

Porque si bien en su segundo considerando la resolución estima que «el artículo 1.413-1.º del Código civil, al atribuir al marido la facultad de disponer a título oneroso de los bienes y establecimientos mercantiles gananciales con el consentimiento de la mujer, no distingue entre enajenaciones voluntarias y forzosas —quizá debido, según admite una corriente doctrinal y expresó también la resolución de 11 de febrero de 1964— a que una interpretación que lo hiciese permitiría poner en peligro la finalidad legal de protección de los intereses de la mujer, dada la facilidad con que podría simularse una obligación que llevara aparejada la ejecución correspondiente, y lograr así el esposo, por vía indirecta, soslayar la limitación que a sus facultades in-

sión debiera ser bastante el testimonio de la resolución consiguiente, tal como sucede en el procedimiento judicial sumario de la Ley hipotecaria regulado por su artículo 131. Cfr. el penúltimo párrafo del número 17 del precepto.

(332) Cfr. GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO, ob. cit. pág. 859.

trodujo la reforma de 1958», agrega a continuación que «la nueva redacción del artículo 1.413 del Código civil ha dejado inalteradas las facultades que el marido tiene como administrador de la sociedad de gananciales», de suerte que «la reforma no ha derogado el artículo 1.408-1.º, que continúa subsistente y, en virtud del cual, son de cargo de tal sociedad —que responderá con todos sus bienes— todas las deudas y obligaciones que el esposo contraiga lícitamente durante el matrimonio por lo que las limitaciones a los actos de disposición establecidas en el artículo 1.413-1.º habrán de ser interpretadas en armonía con estas facultades amplias y generales que tiene el cónyuge administrador que, de una parte, le autorizan a obligar a título oneroso los bienes comunes sin intervención de la mujer ... y de otra no le permite disponer libremente de los inmuebles y establecimientos mercantiles sin el consentimiento de su mujer». En vista de ello, la Dirección estima que «el reformado artículo 144 del Reglamento hipotecario únicamente ha pretendido desenvolver el artículo 1.413 del Código civil y adaptar el régimen hipotecario a la legalidad vigente, sin romper la armonía con las disposiciones sustantivas y con todo el sistema procesal civil (333), y dado que la Ley de 24 de abril de 1958 no ha modificado los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hay que entender que no pretendió alterar en este punto el sistema ... pues por la trascendencia que ello implicaba, de haberlo pretendido, el legislador lo habría tenido en cuenta y dado nueva redacción —lo que no ha hecho— a preceptos tan fundamentales como el 1.429, 1.430, 1.440, 1.467 y 1.514, entre otros, de la Ley Proccsal», lo que impide que la mujer pueda ser considerada parte «y permiten que sea despachada la ejecución en base a títulos ejecutivos que el marido pudo suscribir en nombre propio y en el de la sociedad conyugal (sic), en virtud de las facultades que, como administrador, le confiere el mencionado artículo 1.413 del Código civil». En vista de todo ello, «lo prescrito en el artículo 144 del Reglamento hipotecario habrá de entenderse cumplido ... y así lo ha entendido en la práctica el buen sentido de Jueces y Registradores, siempre que junto con la demanda al marido se haya pedido la notificación a la mujer ... para que, enterada, pudiera acudir, si estimaba que había fraude de sus derechos, a los remedios que ofrece el artículo 1.413-3.º del Código civil, y de esta manera, quedan salvaguardados sus intereses, no se menoscaban o entorpecen los derechos de los acreedores y se cumple la finalidad de la reforma ... de conseguir —dentro de la sociedad de gananciales y sin alterar su funcionamiento ni las normas porque se rige esencialmente— una mayor protección y garantía para los intereses de la mujer».

Como se ve, la Dirección construye su tesis sobre dos ideas centrales: 1.º) el legislador de 1958 no menoscabó la potestad de obligar los bienes gananciales atribuida al marido 2.º) Supuesto que éste podía

(333) El auto de la Audiencia decía a este respecto que el artículo 144 del Reglamento había formado con el artículo 1.413 del Código civil un «matrimonio mal avenido» que sembró la discordia entre parientes tan próximos como son el Derecho mercantil, el Proccsal y el Civil.

obligarlos sin contar con su mujer era innecesario e improcedente demandar a ésta, que no es deudora, por lo cual es suficiente la notificación del embargo. Pero ¿qué finalidad tiene esa notificación? La resolución nos lo dice: evitar que el marido pueda burlar lo dispuesto en el artículo 1.413 mediante el expediente de simular una obligación que lleve aparejada la correspondiente ejecución y, más ampliamente, impedir que se consuma a sus espaldas un fraude de sus derechos. Pero lo que no nos aclara la resolución, aparte de la remisión al último párrafo del antiguo artículo 1.413 (334), es de qué modo podía evitar la mujer notificada que se consumase la infracción del artículo 1.413-1.º o el fraude de sus derechos, si dentro del juicio ejecutivo y en función de qué norma, o en juicio declarativo ordinario, seguido contra el falso acreedor (cómplice del esposo), su marido y el adquirente a consecuencia de la ejecución, juicio éste que no podría terminar con la devolución de lo indebido o fraudulentamente enajenado, si el adquirente había obrado de buena fe, en particular, si podía invocar la protección del artículo 34 de la Ley hipotecaria.

Extraña un tanto que después de adoptar la Dirección una postura tan rotunda los autores de la reforma de 1982 hayan seguido insistiendo en la necesidad de que la demanda se dirija contra los dos cónyuges sin que baste la notificación, salvo en el caso de que se reclame el cumplimiento de una deuda propia de uno de los esposos. ¿Justificaba esa insistencia la reforma —ésta sí trascendental— de 13 de mayo de 1981? A mi juicio, no, porque a pesar de ser cierto que ahora la regla general es que para obligar los bienes gananciales debe concurrir el consentimiento de marido y mujer lo que justifica que en ese caso la demanda tenga que dirigirse contra ambos (335), existen otros en que uno solo de los cónyuges puede por sí mismo obligar los gananciales, amén de que hay títulos ejecutivos, como la letra de cambio, que no revelan el origen o procedencia de la deuda, y que, si han sido suscritos por uno solo de los cónyuges, el acreedor queda sujeto a lo dispuesto en el artículo 1.373. Por ello y puesto que no siempre son deudores los dos cónyuges, el que se haya reiterado el requisito de la demanda dual sugiere que se consideraron válidas sustancialmente las razones que ampararon la innovación introducida al reformarse el Reglamento en 1959. Estas razones, como vimos, eran registrales y sustantivas.

(334) Ese último párrafo decía: «En todo caso, no podrán perjudicar a la mujer los actos de disposición que el marido realice en contravención de este Código o en fraude de la mujer, sea cual fuere la condición de los bienes afectados». Se refería, pues, a los actos de disposición y no a los de obligación (aunque pudiera entenderse que la finalidad perseguida al contraer aparentemente una obligación simulada era enajenar bienes gananciales contraviniendo lo establecido en el primer párrafo del artículo 1.413 o defraudar a la mujer) y sólo indicaba de una manera un tanto vaga que los actos contrarios a la ley o fraudulentos no podían perjudicar a la esposa.

(335) Como se apuntó anteriormente (vid. *supra*, nota 306) es discutible que sea menester demandar a los dos cónyuges si uno contrajo la deuda y el otro se limitó a consentir. Empero, pienso que también en ese supuesto la demanda debe entablarse contra ambos cónyuges. Vid. *infra*.

Relativamente al argumento registral, es de observar que algún comentarista de la resolución de 9 de diciembre de 1966 entendió que su doctrina no era aplicable si la inscripción se había practicado a nombre tan sólo del cónyuge adquirente (336), pues en tal hipótesis no debía bastar que la demanda se dirigiese contra el cónyuge deudor sino que también había que hacerlo contra el cónyuge titular registral, de modo que la notificación al cónyuge del deudor sólo se consideraba práctica admisible si la inscripción se había extendido a nombre de los dos esposos (337). Esta idea —debe demandarse al cónyuge titular registral por el solo hecho de serlo— está latente, parece, en el párrafo primero del actual artículo 144 cuando exige que la demanda se dirija contra ambos cónyuges aunque uno solo de ellos aparezca como deudor, y también respaldado con el número 2.º del precepto que, al tomar en consideración la hipótesis de que se pretenda embargar un bien privativo confesado, prescribe que la demanda habrá de dirigirse contra el cónyuge a cuyo favor aparezcan inscritos los bienes sea o no el deudor. En cambio, las consideraciones de índole sustantiva pueden haber sido la razón de que la demanda tenga también que dirigirse contra el cónyuge del deudor aunque no sea titular registral. Por ejemplo, si la deuda la contrajo el cónyuge a cuyo nombre están inscritos los bienes conforme a los artículos 93-4 y 94-1 del Reglamento.

Como en cierto modo era de esperar la tesis patrocinada por el Centro Directivo antes de la reforma de 1982 vuelve a hacer su aparición después de consumarse aquélla. La Dirección General en dos importantes resoluciones reitera de nuevo la innecesidad de que la demanda se dirija contra el cónyuge no deudor, bastando para que se pueda extender la anotación preventiva de embargo la notificación al consorte del esposo que contrajo la obligación. Se producen en ese sentido las resoluciones de 28 de marzo y de 15 de abril de 1983.

La primera de ella versa sobre la procedencia o improcedencia de anotar preventivamente un embargo despachado a consecuencia de la ejecución por impago de una letra de cambio suscrita por el marido después de entrar en vigor la Ley de 13 de mayo de 1981. Rectificando al registrador, la Dirección entiende que no es obstáculo para que la anotación preventiva se extienda, que la demanda —notificada a la mujer— sólo se haya dirigido contra el esposo. Después de hacer algunas consideraciones sobre los principios que han inspirado el nuevo régimen de la sociedad de gananciales establece una clasificación tripartita de las obligaciones de que responden los bienes comunes frente a terceros. En el primer grupo, están las contraídas por ambos cónyuges «en ejercicio de la potestad compartida», caso en que para practicar la anotación preventiva del embargo será necesario que la de-

(336) Con anterioridad a 1982 esto sólo podía ocurrir si se trataba de inscripciones practicadas antes de la reforma de 1959 o en el caso previsto por el antiguo artículo 95-2.

(337) Cfr. RIVAS TORRALBA, Comentario a la resolución citada, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 459, 1967, pág. 525. La distinción no tenía demasiado sentido, pues en el segundo caso no sólo el cónyuge deudor, sino también su consorte tenía la consideración de titular registral.

manda se haya dirigido contra los dos esposos, solución que está de acuerdo con el artículo 144-1.º; en el segundo, incluye las obligaciones puramente personales contraídas por uno solo de los esposos de las que responde solamente el esposo deudor con la posibilidad que al otro cónyuge le ofrece el artículo 1.373 del Código civil, supuesto en que la anotación de embargo se practicara de acuerdo con este precepto, si, además, la demanda se ha notificado al cónyuge no deudor, conforme al artículo 144-2 del Reglamento; y el tercer grupo comprende la obligación contraída por uno de los cónyuges en el ejercicio de los poderes individuales que sobre la sociedad de gananciales le reconoce la ley y que es la que reviste mayor complejidad. Deteniéndose en esta hipótesis, la resolución se pregunta si en ese caso será necesaria la demanda conjunta; la respuesta afirmativa, nos dice el Centro Directivo, «podría tener su fundamento en que el cónyuge no deudor como cotitular de los bienes sociales se encuentra afectado por las obligaciones que legalmente contraiga el otro esposo», de suerte que su intervención podría ser necesaria al objeto de determinar precisamente si la deuda existe o se encuentra comprendida en uno de los supuestos legales de ejercicio de poder individual de cada cónyuge sobre la sociedad de gananciales. Mas la Dirección rechaza esta consideración, probablemente porque cree que para defender los intereses del cónyuge no deudor basta la notificación, y sostiene que «un examen más detenido de la cuestión permite observar que la exigencia de demanda conjunta a ambos cónyuges no guarda armonía con el carácter individual de la calidad de deudor, cualquiera que sean las masas patrimoniales que tal actuación individual haya podido sujetar a responsabilidad, ya que cuando la ley establece que uno de los cónyuges como órgano social puede obligar los bienes gananciales haya que entender este mandato legal hasta sus últimas consecuencias ... sin que pueda atribuirse al acreedor la carga de tener que demandar a los dos cónyuges cuando únicamente ha contratado con uno solo de ellos, así como tampoco obligar al cónyuge no deudor a que sea parte en el proceso, cuando —aunque se vea afectado— no está obligado directamente ni como fiador». En consecuencia, persiste la anterior doctrina —basta notificar la demanda al cónyuge del deudor— criterio que también hay que aplicar al caso controvertido, pues a pesar «de que no resulta con claridad en cuál de los otros dos supuestos puede incluirse, dado que en ambos se hace necesaria la notificación al cónyuge no deudor, y tal notificación ha tenido lugar, según consta en el mandamiento calificado, no hay obstáculo que impida la práctica de la anotación solicitada».

La resolución de 15 de abril de 1983 tiene menos interés por cuanto la Dirección se remite para resolverlo a lo que dijo en la resolución anterior de 28 de marzo. Únicamente conviene destacar que, en el caso, la ejecución, dimanante de una obligación contraída antes de la reforma por el marido en póliza intervenida por agente de Cambio y Bolsa, la Dirección estima que es intrascendente la posible cuestión de derecho transitorio dada la coincidencia de criterio entre la antigua y la nueva doctrina.

Volviendo, pues, la mirada hacia la resolución de 28 de marzo de 1983 hay que decir que en general su argumentación es acertada, aunque se echen en falta algunas carencias. Así, no se acaban de perfilar nítidamente las características de las obligaciones que la Dirección encuadra en el segundo grupo (obligaciones personales de uno de los cónyuges contraídas sólo por él) porque se olvida, o al menos no se destaca, que de acuerdo con el artículo 1.373 también los gananciales responden de otras obligaciones aunque bajo la doble condición de que el cónyuge deudor carezca de bienes propios y que el consorte no haga uso del derecho que aquella norma le concede. Hay una cierta imprecisión al tratar de enmarcar la obligación derivada de una cambial y se vacila entre incluirla en el segundo grupo o en el tercero cuando puede no pertenecer a ninguno de los dos: por ejemplo, si se trata de una obligación que aún habiendo sido contraída en interés de la familia no encaja dentro de las que cada cónyuge puede contraer por sí mismo, o incluso, de una obligación simulada. Lo procedente es, como antes se dijo, asimilar estas obligaciones que no expresan su causa a las que la Dirección encuadra en el segundo grupo. Por último, aunque se reconoce que tratándose de obligaciones del tercer grupo (las que contrae uno de los cónyuges cuando con su actuación individual puede obligar los bienes comunes), el cónyuge no deudor está interesado en intervenir en el procedimiento al objeto de determinar si la deuda existe, o si se encuentra comprendida en alguno de los «supuestos legales de ejercicio de poder individual de cada cónyuge sobre la sociedad de gananciales», nada se dice sobre la forma en que el cónyuge puede satisfacer ese interés legítimo.

La indiferencia sobre este particular y en general sobre los efectos que está llamado a surtir la notificación al cónyuge no deudor, constituye, en mi opinión, la laguna más importante que se advierte en la doctrina del Centro Directivo tanto antes como después de la reforma de 1981. No así en cambio que haya prescindido de la necesaria intervención en el proceso del cónyuge titular registral aunque no sea deudor, postura que sigue despertando el descontento en las filas de los hipotecaristas, quienes tratan de ponerle cortapisas. Así, se ha dicho (338) que aun siendo aceptable en términos general que baste demandar al cónyuge deudor notificándose la demanda al consorte, esta regla debe tener una excepción: debe ser demandado siempre el cónyuge que ostente la titularidad registral (casos ahora del artículo 93-4 y 94-1, si la deuda fue contraída por el otro cónyuge, o en el mismo supuesto si es un bien privativo confesado). A mi juicio, la crítica no es fundada. Ciertamente la Dirección, al reiterar la doctrina de la notificación, hace caso omiso de lo que dispone el Reglamento y no parece preocuparle que la demanda se dirija o no contra el titular registral. Mas desde un punto de vista práctico no se ve por qué razón basta notificar la demanda al cónyuge no deudor cuando no es el quien ostenta la titularidad registral y que, en cambio, sea necesario demandarle, aunque no sea deudor, si es titular registral. Aducir que la

(338) Cfr. GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO, ob. cit., pág. 874.

demanda tiene que dirigirse contra el cónyuge titular según el registro porque de lo contrario no se podrá en buenos principios hipotecarios otorgar la escritura a que se refiere el artículo 1.514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil significa olvidar la verdadera naturaleza de la transmisión que tiene lugar a consecuencia de un proceso de ejecución, punto sobre el cual algo hemos dicho ya y sobre el que volveremos más adelante. Tampoco parece procedente invocar la llamada «tercería registral» del artículo 38, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria. Porque aunque los bienes estén inscritos solamente a nombre del cónyuge no deudor, si del asiento resulta que los bienes embargados son gananciales real o presuntivamente, el propio registro está proclamando el régimen a que están sometidos y, por tanto, cuáles son las responsabilidades que pueden hacerse efectivas sobre ellos. No tendría mucho sentido que no obstante estar inscrito un bien con el carácter de ganancial o de presuntivamente ganancial no pudiera anotarse el embargo dimanante de una obligación de la que han de responder los gananciales por el simple hecho de que el bien en cuestión aparezca inscrito —como ganancial, real o presunto, insisto en ello— a nombre del cónyuge que no contrajo la obligación.

Por el contrario, lo que la Dirección deja en la penumbra es lo que puede hacer el cónyuge no deudor a quien se ha notificado el procedimiento o, lo que viene a ser lo mismo, cuál es la finalidad que persigue la notificación. Se ha apuntado que si bien la notificación al consorte del cónyuge deudor no da lugar a una situación de «litis pendencia», debe admitirse que en el juicio ejecutivo el cónyuge notificado pueda oponer al acreedor alguna de las excepciones enumeradas en el artículo 1.464 de la Ley procesal, criterio, a mi ver, erróneo pues si la simple notificación de la demanda dirigida contra el cónyuge deudor no convierte al notificado en parte no se alcanza a comprender que pueda oponer excepciones destinadas a paralizar o destruir la pretensión del demandante (339). Para mí, la notificación del embargo tiene por fin poner en conocimiento del cónyuge del deudor la existencia del procedimiento a fin de que, si puede y quiere, reaccione contra el embargo. Reacción que normalmente debe articularse por medio de una tercería tal como se expuso anteriormente. Hay, sin embargo, un supuesto para el que no parece remedio posible el juicio de tercería. Así, cuando se trate de obligaciones contraídas por el marido en fraude de su mujer, o viceversa, posibilidad esta que, como hemos visto, ha preocupado en algunas ocasiones al Centro Directivo a pesar de no haber tomado una postura clara y concreta frente a esta hipótesis.

Relativamente al régimen anterior a la reforma, se había puntuali-

(339) Vid. a favor de la posibilidad de oponer tales excepciones, aún reconociendo que es dudoso, GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO (ob. cit. página 880). Tampoco parece posible, como insinúan estos autores, recurrir a la figura del coadyuvante de perfiles mal definidos en nuestro proceso civil y porque, además, el teórico coadyuvante intervendría en el proceso en sentido contrario al que le es propio. Concretamente, siempre que pretenda que se levante el embargo trabado.

zado con gran precisión los distintos supuestos en que el marido podía contraer una obligación con objeto de perjudicar o defraudar a su mujer, empleando ahora la expresión «defraudar» en sentido amplio. Así, se había dicho (340) que la obligación contraída real o aparentemente por el marido podía ser impugnada en tres casos: 1.º) Simulación, se finge una deuda que no existe con la complicidad naturalmente del falso acreedor para defraudar a la mujer (el dinero que se obtenga merced a la ejecución quedará en poder del falso deudor, es decir, del marido) o, por lo menos, para conseguir una enajenación sin su consentimiento. 2.º) Extinción del crédito reclamado por el pago o por cualquier otra causa, permitiéndose la ejecución con las mismas finalidades fraudulentas que en el caso anterior. 3.º) Fraude en sentido estricto, se contrae una deuda real quedándose el marido con la contrapartida que escamotea a la mujer aunque sea a expensas del patrimonio ganancial que soportará la ejecución en su momento. En las dos primeras hipótesis se requiere la colaboración del falso o verdadero acreedor; en la tercera, no es necesaria. Se había hecho ver que frente a los dos primeros supuestos cabía la oposición (supuesto que la mujer pudiera ser parte en el procedimiento (341), pero, en cambio, si se trataba del tercero no parecía posible la oposición, quedándole sólo a la mujer la posibilidad de recurrir al juicio declarativo ordinario.

En la actualidad, es decir, después de reformado el Código civil en 1981, es más difícil llevar a cabo estas maniobras fraudulentas de las que, por otra parte, pueden ser protagonistas tanto el marido como la mujer (342). Sin embargo, no es imposible.

La regla general, como sabemos, es que las obligaciones de las que responden los gananciales han de ser contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento del otro. No es fácil, por consiguiente, que teniendo que consentir los dos esposos se contraiga una obligación por la que uno de ellos defraude al otro. Pero no es imposible. Uno de los cónyuges puede consentir engañado, es decir, creyendo que se trata de una obligación real o que se contrae para atender una necesidad de la familia. También es difícil contraer ficticiamente una obligación simulando que se está en alguno de los casos en que un cónyuge puede, actuando sin el concurso de su consorte, obligar los gananciales, pero tampoco es imposible. Por ejemplo, se simula un contrato que respondería, de ser

(340) Cfr. SANZ, ob. cit. pág. 381.

(341) SANZ parecía admitir esta posibilidad habida cuenta de los términos en que se producía el artículo 144 del Reglamento en la versión anterior a la presente. Es de notar que, cuando SANZ escribió su trabajo, la Dirección General no había reaccionado todavía, sustituyendo el requisito de que la demanda se dirija contra los dos cónyuges por la notificación del embargo a la mujer.

(342) De aquí que los artículos 1.390 y 1.391 se refieran genéricamente al cónyuge que hubiere obtenido un lucro o beneficio exclusivo para él, ocasionando dolosamente un daño a la sociedad o hubiere realizado un acto en fraude de los derechos de su consorte. Como dice DÍEZ PICAZO (*Comentarios* cit. II, pág. 1780), la figura del «fraus uxoris» se generaliza hoy en fraude conyugal.

verdadero, a las necesidades de una explotación mercantil ganancial o privativa. Cabe, finalmente, que la deuda resulte de un título ejecutivo que no revele la procedencia de la obligación.

En el primer caso, es decir, si la deuda se contrajo por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento del otro la demanda debe dirigirse contra los dos esposos. Así lo entiende también la resolución de 28 de marzo de 1983. Ciertamente, si la obligación ha sido contraída por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro puede sostenerse que únicamente uno de ellos es deudor. Mas en la medida en que de todos modos los gananciales resultan directa e incondicionalmente obligados merced a que la obligación fue consentida por marido y mujer y dado que muchas veces no será fácil discernir si, a consecuencia del consentimiento prestado, el cónyuge que sólo consiente resulta también obligado con sus propios bienes (343), estimo que deben ser demandados los dos cónyuges.

Partiendo de esa premisa, es claro que el cónyuge podrá oponerse a la ejecución invocando el artículo 1.467-1 de la Ley de Enjuiciamiento civil si se trata de una obligación simulada, o alguna de las excepciones del artículo 1.464 (así, el pago, la compensación, la prescripción, la novación o la transacción) de las que resulte la extinción de la deuda que, sin embargo, se reclama en su perjuicio por mediar un acuerdo colusorio entre el acreedor y su consorte (344). Si se trata de una letra de cambio que los dos cónyuges han suscrito, y que ha sido el medio instrumentado para simular una obligación, es de tener en cuenta que según el artículo 67 de la Ley cambiaría el demandado no puede apelar al número 1 del artículo 1.467 de la Ley de Enjuiciamiento civil, pero sí oponer como excepción la extinción (es de suponer que por cualquier medio) del crédito cambiario cuyo cumplimiento se exija y, asimismo, podrá invocar la nulidad de la obligación (por simulación) si el que reclama es cómplice de su consorte, pues el precepto recordado permite oponer al tenedor de la letra las excepciones basadas en sus relaciones personales con él, e incluso es posible oponer esas excepciones al tenedor que, aun siendo tercero, haya adquirido la letra a sabiendas y en perjuicio del deudor. Como el artículo 67 de la Ley no hace ninguna salvedad, parece que estas excepciones fundadas en la relación causal podrán ser opuestas aunque la acción cambiaría se ejercite por la vía de juicio ejecutivo.

Es posible que se haya contraído una obligación simulada por el marido o por la mujer separadamente y que tal obligación se formalice por medio de un aséptico título ejecutivo (la letra de cambio es el más asequible). En ese caso, el cónyuge perjudicado en la medida en que no es deudor no podrá oponerse alegando la nulidad de la obligación. Pero podrá exigir, basándose en el artículo 1.373 del Código

(343) Vid. el precedente epígrafe IV-A-a.

(344) Aunque los cónyuges puedan considerarse «litis consortes pasivos necesarios» eso no significa que estén obligados a defenderse esgrimiendo las mismas excepciones o motivos de nulidad. Así resulta del artículo 531 de la Ley de Enjuiciamiento, según el cual si los demandados hicieron uso de diferentes excepciones podrán litigar separadamente.

civil (345), que se alce el embargo justificando que su consorte tiene bienes privativos suficientes para hacer frente al pago de la deuda o que se substituyan los bienes gananciales embargados por la parte que a su cónyuge corresponda en la sociedad, lo que aparea la disolución de la misma.

Claro es que esta solución no siempre será satisfactoria porque al cónyuge perjudicado puede no interesarle que la sociedad de gananciales se disuelva y se liquide. Pero dentro del mecanismo del juicio ejecutivo no le cabe otro recurso. Porque ni puede oponerse a la ejecución al no ser deudor, ni puede tampoco entablar una tercera fundándose en que se simuló la obligación cuyo cumplimiento se reclama, porque no hay base para entablar una tercera fundándose en la nulidad de la obligación. El juicio de tercera ha de plantearse para librar del embargo unos bienes que no debieron ser embargados, al margen de la validez o nulidad de la obligación. No se puede llevar la interpretación extensiva del artículo 1.532 de la Ley de Enjuiciamiento civil más allá de lo que permite su «ratio».

Lo mismo ha de decirse si la obligación simulada ha sido contraída fingiendo que se está en alguno de los casos en que uno de los cónyuges puede obligar, actuando individualmente, los bienes gananciales. Tanto en este caso como en el de fraude en sentido estricto, el cónyuge perjudicado tiene que moverse fuera del juicio ejecutivo. Podrá, naturalmente, en juicio ordinario, pedir que se declare la simulación desde el momento en que lo sepa y tenga medios de probarlo impidiendo de este modo la ejecución. También podrá, si se trata de un juicio fingido y el adquirente en la subasta es cómplice del esposo que obra en fraude, pedir la rescisión de la transmisión al amparo del artículo 1.391 del Código civil y, por último, le asistirá el derecho de que, al liquidar la sociedad, se colacione el importe actualizado del valor que tenían los bienes al ser enajenados por negocio ilegal o fraudulento, si no hubieren sido recuperados, tal como previene el número 2.º del artículo 1.397 del Código civil (346).

Ciertamente, la buena solución hubiera consistido en regular en debida forma los derechos del cónyuge no deudor, para el caso de obligaciones contraídas simuladamente con ánimo de perjudicarle o en fraude de sus derechos, no sólo en el plano del derecho sustantivo sino también en el del derecho procesal. Debiera haberse previsto, al reformar la Ley de Enjuiciamiento Civil, que el profundo cambio que ha experimentado nuestro derecho sobre la familia exigía una adecuación de la normativa procesal a la normativa sustantiva (347), pero no

(345) Como antes se vio, la deuda en ese caso debe ser tratada «prima facie» como deuda propia del cónyuge deudor.

(346) Además, si el cónyuge que obra de mala fe persiste en su actitud y simula varias obligaciones o las contrae en fraude, el cónyuge perjudicado podrá pedir la disolución de la sociedad conforme al artículo 1.392-2, de cuyo tenor se desprende que esta causa de disolución presupone una conducta reiterada.

(347) Es de desear que aquí se haga si vuelve a reformarse la Ley de Enjuiciamiento o si se decide sustituirla por otra de nueva planta.

se ha hecho. En lo que afecta a nuestro tema, debiera haberse previsto la posibilidad de que un cónyuge responsabilice los gananciales como consecuencia de su actuación individual y, para ese supuesto, tenía que haberse decidido bien que la demanda tenga que dirigirse contra los dos esposos, o cuál es la posición procesal del cónyuge no deudor al que se notifica el procedimiento.

Se dirá que precisamente para resolver ese problema el Reglamento ha dispuesto, como regla general para que un embargo trabado sobre bienes gananciales pueda anotarse en el registro, que la demanda se dirija contra los dos cónyuges y que, por tanto, la posible indefensión del cónyuge no deudor se debe a la tesis «procesalista» patrocinada por un sector de la doctrina y sobre todo por la Dirección General. Sin duda, si el Centro Directivo se hubiera atenido escrupulosamente a la letra del Reglamento las aguas, en la práctica, habrían discurrido por un cauce diferente, pero hay que reconocer que tampoco se le podía pedir que, de hecho, viniese a consagrar una praxis contraria a los principios que rigen el proceso de ejecución en general y el juicio ejecutivo en particular, lo que tampoco podía hacer, si ha de respetarse el rango de las normas, un precepto reglamentario.

Por otra parte, no parece que los autores del Reglamento se hayan preocupado mucho de la vertiente procesal del problema y, seguramente, la exigencia de que la demanda se dirija contra los dos cónyuges se deba, en buena parte al menos, a la creencia de que no haciéndolo así se vulneraban los principios de legitimación y de tracto sucesivo, lo que a mi juicio, y como ya se dijo, no es cierto.

La ausencia de un planteamiento serio de la cuestión desde la óptica del derecho procesal se aprecia claramente en el número 5 del artículo 144. Dice ese apartado: «Cuando la ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para el embargo de vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquel carácter o que la demanda ha sido notificada al cónyuge del titular». Ahora bien, supuesto que la vivienda embargada sea precisamente la vivienda familiar y dado que la misma pertenezca a uno solo de los cónyuges (el precepto es aplicable tanto si los esposos están casados bajo el régimen de gananciales como bajo otro diferente) cabe preguntarse qué finalidad persigue la preceptiva notificación del embargo al cónyuge del titular. Porque queda en la penumbra qué es lo que pueda hacer el esposo notificado. Sin duda, se ha querido prever la posibilidad de que el cónyuge propietario de la vivienda trate de eludir lo dispuesto por el artículo 1.320 del Código civil merced al artificio de simular una obligación y consumir la enajenación a espaldas de su consorte mediante un juicio convenido. Mas acontece que como no se sabe «a priori» si la obligación asumida por el esposo propietario es o no simulada no se ve qué es lo que puede hacer el cónyuge presuntamente defraudado, como no sea impugnar la enajenación que culmina el proceso ejecutivo en el caso de que el adquirente haya obrado de mala fe. La notificación,

por tanto, ya que el Reglamento no se ha atrevido en este caso a exigir que la demanda se dirija contra el cónyuge del deudor, sólo sirve para hacerle saber la existencia del embargo y del procedimiento a cuyo desenlace tendrá que aguardar el esposo notificado para hacer algo, supuesto que efectivamente cuente con alguna posibilidad de impugnar la transmisión con que concluya el procedimiento.

Resta, para terminar, que digamos algunas palabras sobre los mandamientos de embargo librados con posterioridad a la disolución de la sociedad y siempre que se trate, claro es, de deudas contraídas durante la vigencia de aquélla (348). Hace falta distinguir según que el patrimonio ganancial esté pendiente de liquidación o si ya ha sido liquidado.

Curiosamente, la redacción vigente del artículo 144, difiriendo del texto anterior a la reforma de 1982, sólo prevé la primera hipótesis. El número 4.º del artículo dispone que disuelta la sociedad de gananciales, si no figura en el registro su liquidación, el embargo será anotable si consta que la demanda se ha dirigido contra ambos cónyuges o sus herederos. La hipótesis no ha llegado, cuando redacto esta líneas, a la Dirección, pero a mí entender y siempre que se trate de deudas contraídas vigente la sociedad, la problemática del embargo y sus posibles soluciones son las mismas que si la sociedad no se hubiese todavía disuelto. Es decir, la demanda tendrá que dirigirse contra los dos cónyuges cuando la obligación hubiere sido contraída por ambos o por uno de ellos con el consentimiento del otro y, en los demás casos, bastará que la demanda se notifique al cónyuge del deudor. Las posibilidades de éste son las que ya se vieron según los casos.

La cuestión es hartó más compleja si el mandamiento de embargo se presenta en el Registro después de liquidada la sociedad e inscritos a nombre de cada uno de los cónyuges los bienes que constituyeron el acervo común. A partir de esa hipótesis general deben distinguirse diferentes supuestos.

Si los dos cónyuges se obligaron conjuntamente es claro que la demanda tiene que dirigirse contra ambos, pues los dos son deudores y esto tanto si se solicita el embargo de los bienes adjudicados a uno de ellos solamente como si se pretende embargar bienes adjudicados al marido o a la mujer separadamente o en proindiviso ordinaria. Menos claro resulta que deba necesariamente demandarse a los dos esposos si la deuda se contrajo por uno de ellos con el consentimiento del otro. Anteriormente he expuesto mi opinión favorable a que ese cónyuge debe ser también demandado en el caso de que la reclamación se produzca vigente la sociedad o antes de liquidarla. Pero las razones que abonaban dicha solución en ese supuesto no son válidas, según

(348) Si se trata de deudas posteriores sólo podrá embargarse la parte que en el patrimonio común corresponde al cónyuge deudor en la sociedad en liquidación, lo que normalmente exigirá aguardar a que el patrimonio se liquide para que el acreedor o acreedores puedan satisfacerse sobre los bienes que se adjudiquen a su deudor, o los bienes concretos que en la liquidación se le hayan adjudicado, y naturalmente en ambos casos, los bienes privativos del cónyuge obligado si los tuviere.

creo, para el que ahora nos ocupa. Parece que liquidada la sociedad el acreedor puede optar entre demandar a los dos cónyuges o solamente a uno de ellos, incluso aunque el demandado no sea el que contrajo la obligación, ya que según el artículo 1.401 el cónyuge no deudor responde de las obligaciones de la sociedad pendientes de pago, «*intra vires*» si se formuló inventario o «*ultra vires*» si los cónyuges se repartieron el activo sin haber satisfecho íntegramente el pasivo y sin haber formalizado inventario. La postura del cónyuge no deudor viene a ser similar a la de un fiador solidario, pues debe recordarse que procede aplicar, por remisión, lo dispuesto en el artículo 1.084.

Lo dicho vale también cuando la deuda ha sido contraída solamente por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, pero dentro del ámbito de sus poderes para vincular directa e incondicionadamente los bienes gananciales.

En estos dos supuestos, es decir, cuando se trate de una deuda consorcial contraída por el esposo con el consentimiento del otro o de deuda contraída individualmente por uno de los cónyuges, estimo que el acreedor puede escoger entre demandar a los dos esposos o sólo a uno de ellos, conclusión a la que debe llegarse visto lo dispuesto en los artículos 1.144 y 1.822 del Código civil (349). Consiguientemente, si el acreedor demanda solamente al cónyuge deudor y se limita a solicitar el embargo de algunos de los bienes que le fueron adjudicados al liquidarse la sociedad no debe exigirse para anotar el embargo que la demanda se dirija también contra el otro cónyuge; debe bastar la notificación y aun este requisito parece tal vez superfluo. Ahora bien, lo que no resulta posible es demandar únicamente al cónyuge deudor y pretender que se embarguen bienes adjudicados al otro cónyuge. En la medida en que ese embargo encuentra su fundamento en lo dispuesto por el artículo 1.401, del cual se infiere, como se ha expuesto, que el cónyuge del deudor se encuentra en una posición similar a la de un fiador solidario es necesario demandarle también a él para que pueda anotarse el embargo.

El Reglamento hipotecario, en su versión anterior a la vigente (350), disponía que si como consecuencia de la disolución se hubiere inscrito la partición de bienes, podrá anotarse el embargo cuando la demanda se hubiese dirigido contra los respectivos adjudicatarios, con lo cual podía llegarse a soluciones similares a las que se han defendido, aunque, probablemente, en virtud de otras consideraciones.

La Dirección General se había también pronunciado sobre el tema en función de la normativa civil y registral anteriores tanto a la reforma del Código civil por la Ley de 13 de mayo de 1981 como la del Reglamento por obra del Real Decreto de 12 de noviembre de 1982. Concretamente, las resoluciones de 6, 10 y 19 de noviembre de 1981 estiman que no se puede anotar el embargo sobre bienes adju-

(349) Naturalmente también si los cónyuges se obligaron solidariamente.

(350) Ya se ha dicho que el actual sólo contempla la reclamación de una deuda consorcial después de disuelta la sociedad pero sin que figure en el registro su liquidación.

dicados a la mujer por obligaciones contraídas por el marido, vigente la sociedad, sin demandar también a la esposa, no siendo suficiente la notificación.

Es interesante examinar la doctrina de la primera de estas resoluciones ya que las dos restantes, referidas a casos análogos planteados entre los mismos interesados, se limitan a remitirse a ella.

El Centro Directivo fundamenta su solución en los principios de tracto sucesivo y de legitimación. Así, se dice en el segundo considerando, que «el principio de tracto sucesivo, uno de los fundamentos en que aparece basado el sistema inmobiliario español, y que aparece recogido en el artículo 20 de la Ley, ordena a los Registradores con carácter general, denegar la inscripción de aquellos títulos en los que resulte inscrito el derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, y en el mismo sentido se muestra el artículo 38 de la misma Ley al recoger uno de los aspectos del principio de legitimación en sus dos primeros apartados y establecer en el tercero el sobreseimiento de todo procedimiento de apremio sobre aquellos bienes inmuebles que consten inscritos a favor de persona distinta de la que se decretó el embargo, salvo que se hubiere dirigido la acción contra ella en concepto de heredera del que aparece como dueño en el Registro». A continuación, se invoca el artículo 144 (versión 1959) del Reglamento hipotecario que según la Dirección «desarrolla aquellos principios en el caso concreto de anotación de embargo por deudas y obligaciones contraídas por los cónyuges a cargo de la sociedad de gananciales y distingue en su primer párrafo el supuesto de que la sociedad no esté todavía disuelta, mientras que el segundo se refiere al caso de que la disolución de la sociedad ya hubiera tenido lugar, y exige para que el embargo pueda anotarse, que si se ha inscrito la partición de bienes la demanda se dirija contra los respectivos adjudicatarios, y si no se hubiese inscrito, que se demande conjuntamente al cónyuge superviviente y a los herederos del premuerto (351), exigencia similar a la establecida en el artículo 166-1 para el caso de procedimientos seguidos contra los herederos del deudor por responsabilidades contraídas por el mismo».

No hay ningún reparo que oponer a la solución preconizada por el Centro directivo pero sí a la fundamentación de dicha solución.

Sorprende, en primer término, que se deniegue el embargo en atención a consideraciones exclusivamente registrales, lo que lleva a la aplicación literal de lo dispuesto en el segundo párrafo del entonces vigente artículo 144 del Reglamento, siendo así que a la hora de aplicar el primero de sus párrafos (relativo, como la propia resolución recuerda, al supuesto de que pretendan embargarse bienes gananciales cuando la sociedad aún no se ha disuelto) la Dirección ha hecho caso omiso de la letra del precepto y ha fundamentado sus soluciones en argumentos de orden procesal y sustantivo.

(351) La resolución advierte luego que después de la Ley de 2 de mayo de 1975 la disolución de la sociedad de gananciales puede tener lugar merced al otorgamiento de capitulaciones matrimoniales.

Por otra parte, no se razona suficientemente porqué después de disuelta la sociedad es posible embargar bienes adjudicados en su liquidación a la mujer por deudas contraídas por el marido durante la vigencia del régimen legal. Es claro, a mi juicio, que esta cuestión debía haberse abordado y resuelto con carácter previo, dado que la disciplina de la sociedad de gananciales, antes de la reforma de 13 de mayo de 1981, no registraba una norma parangonable con el actual artículo 1.401 aunque pudiera llegarse a una solución análoga mediante la interpretación, no demasiado fácil, de alguno de los artículos cuyo objeto era regular el proceso liquidatorio. Si ese problema se hubiese resuelto en el sentido de que la mujer debía responder, por lo menos con los bienes que le hubiesen sido adjudicados en la liquidación, de las obligaciones insatisfechas que gravitaban sobre el patrimonio común hubiera podido llegarse a la conclusión —siguiendo el razonamiento que antes se ha hecho— de que sólo podían embargarse los bienes que en la liquidación hubiesen correspondido a la esposa si el acreedor, además de demandar al marido, demandaba también a su consorte.

La resolución de 25 de abril de 1986 viene a confirmar la tesis de que, aun antes de la reforma, el cónyuge no deudor respondía de las deudas consorciales contraídas con anterioridad a la disolución de la sociedad, incluso aunque el embargo se hubiera trabado después de disolver y liquidar aquélla. En el caso, se había embargado un piso por deudas contraídas por el marido. La anotación preventiva del embargo (notificado a la esposa) se extendió el 22 de mayo de 1981 aunque el mandamiento correspondiente tuvo su entrada en el Registro el 2 de marzo de dicho año. El día 5 de junio también de 1981 se inscribe la vivienda como privativa de la esposa por habersele adjudicado en la liquidación de la sociedad de gananciales, lo que se verificó según escritura de fecha 7 de noviembre de 1980. El 16 de junio de 1982 se expide por el juzgado ante el que se siguió el juicio ejecutivo, auto por el que se adjudicó el citado piso en unión de otros bienes al acreedor por falta de postores en la subasta. El registrador suspendió la inscripción por no haberse ordenado la cancelación de la inscripción practicada a nombre de la mujer, y en virtud de mandamiento de 24 de enero de 1984, adicionado el 22 de febrero siguiente, se ordena la cancelación de la anotación preventiva de embargo y de la inscripción extendida a nombre de la mujer. El registrador deniega la segunda cancelación ordenada, por entender que el embargo se trabó después de adjudicada la vivienda a la mujer, y aunque es cierto que la anotación preventiva de aquel embargo se extendió antes que la inscripción del piso a nombre de la mujer había que considerar preferente el título de ésta a tenor del artículo 1.923-4 del Código civil.

La resolución (que revoca al auto de la Audiencia y la nota del registrador) entiende que aunque la doctrina sobre los artículos 44 de la Ley hipotecaria y 1.923 del Código civil «establece que la anotación de embargo sólo confiere preferencia frente a las deudas contraídas o actos traslativos otorgados con posterioridad ... desde el punto de vista de los acreedores que tengan derecho a perseguir los

bienes gananciales, ni la disolución de la sociedad ni siquiera la adjudicación de tales o cuales bienes gananciales a uno u otro cónyuge a consecuencia de la liquidación, significan que se haya producido la salida de bien ganancial de la masa autónoma de responsabilidad en que por el régimen de la sociedad de gananciales el bien está incluido». Y en todo caso, añade la resolución, los acreedores «conservan sobre los bienes gananciales, las mismas posibilidades que antes de la disolución (cfr. arts. 1.322 y 1.438 del Código civil en su redacción anterior a la Ley de 13 de mayo de 1981 y 1.317 en la redacción vigente) y al igual que ocurre con los acreedores del causante en relación con las vicisitudes de la herencia (cfr. principalmente, art. 393-II, 405, 406, 1.003, 1.021, 1.023 y 1.084 del Código civil en relación con los artículos 1.428 en su redacción originaria y 1.401, 1.402 y 1.410 en su redacción vigente)». La Dirección, por último, recuerda la doctrina de las resoluciones de 6, 10 y 19 de noviembre de 1981 en el sentido de que para extender una anotación preventiva de embargo sobre bienes gananciales inscritos a nombre de uno de los cónyuges a consecuencia de la liquidación de la sociedad la demanda debe dirigirse contra los dos esposos, pero entiende que «esta doctrina general debe dejar a salvo la efectividad de un embargo tomado en un juicio ejecutivo entablado sólo contra el marido si el embargo aparece registralmente como adoptado con plena validez, a pesar de que ya se había producido la disolución de la sociedad ... y desde la protección de los intereses de la mujer, nada cabe oponer ahora si resulta del Registro y de los documentos judiciales presentados a calificación que respecto de la mujer y a pesar de que como adjudicataria por participación de los bienes gananciales no puede considerarse como un tercero en el proceso entablado han quedado cumplidas sobradamente (con la notificación previa del embargo a los efectos del artículo 144 del Reglamento hipotecario y con el requerimiento de pago) incluso las garantías exigidas en favor de un tercer poseedor».

B) *Enajenación de los bienes gananciales en la vía de apremio*

El embargo de bienes gananciales, si el proceso de ejecución prospera, culmina con la enajenación de aquellos bienes. El artículo 144 del Reglamento también contempla esa enajenación y en su apartado 3.º dispone: «Llegado el caso de enajenación de los bienes embargados, se cumplirá lo pertinente de los artículos 93 y siguientes de este Reglamento». Lo que quiere decir la norma transcrita —de desgraciada redacción— es que la enajenación debe ser otorgada por los dos cónyuges, o por el cónyuge deudor con el consentimiento del otro, si es que se avienen a ello, y, en otro caso, el órgano administrativo o judicial procederá a realizar la enajenación en representación de ambos. Obviamente, si se trata de bienes privativos la enajenación tendrá que llevarse a cabo (siempre según el Reglamento) por el cónyuge propietario o por sus herederos a quienes, en su caso, representará el órgano encargado de consumar la ejecución, y si se tratase de bienes priva-

tivos confesados, habrá que tener en cuenta, si el cónyuge del propietario ha fallecido, lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 95, es decir, la enajenación deberá ser otorgada por el esposo propietario y los herederos forzosos del difunto o en nombre de ambos. El Reglamento, pues, insiste en la asimilación de las enajenaciones voluntarias a las forzosas, como hacía antes de ser reformado en 1982. Decía el primer párrafo del artículo 144 del Reglamento que «llegado el caso de enajenación se cumplirá lo dispuesto en el artículo 1.413 del Código civil en relación con el 96 de este Reglamento». La norma reglamentaria, aplicable, claro es, a la situación anterior a la reforma que experimentó el Código civil en 1981, significaba que la enajenación debía hacerla el marido con el consentimiento de su mujer, y el juez o el órgano administrativo, debían, en su caso, proceder a la enajenación obrando en nombre de ambos cónyuges.

El precepto había sido criticado, como se ha visto (352), por entender, a mi juicio con razón, que la enajenación que es consecuencia de un procedimiento de ejecución tiene lugar en el momento en que se adjudican los bienes objeto de la subasta, de suerte que no es necesaria para la eficacia de la transmisión el consentimiento de ninguno de los cónyuges. Además, se había dicho contra la asimilación de las enajenaciones forzosas a las voluntarias, a los efectos de reputar innecesario el consentimiento uxorio para llevar a cabo las primeras, en primer lugar, «que el consentimiento de control o de protección de los intereses de la mujer es normal en los casos de enajenaciones voluntarias, hechas por iniciativa del marido, en las cuales cabe la actuación fraudulenta o desafortunada que puede ser base de aquella protección; en cambio es difícilmente imaginable en las enajenaciones que hayan de hacerse obligatoriamente»; en segundo término, se añadía que «el consentimiento de la mujer sería inútil y superfluo ya que, igual que el marido está obligado a realizar la enajenación, también lo está la mujer, o, en su caso, la autoridad judicial vendría obligada a prestar el consentimiento, sin posibilidad de discutir el acto a realizar». Por lo que se concluía afirmando que «tanto el fin de control como una posible negativa de la mujer carecería de sentido y sólo podrían llevar a la introducción de la autorización judicial como un trámite inútil» (353).

A estas afirmaciones cabe oponer que no era completamente exacto que a través de una enajenación forzosa no pudiera consumarse un

(352) Cfr. supra epígrafe IV-A-b.

(353) Cfr. SANZ, ob. cit. pág. 329. Por mi parte, creo que fui uno de los primeros en defender la separación entre enajenaciones voluntarias y forzosas y critiqué la posición del Reglamento por haberlo hecho (Vid. *El nuevo artículo 1.413* ... cit. págs. 136 y sigs.). También LACRUZ consideraba que era superfluo exigir el consentimiento uxorio en las enajenaciones forzosas citando entre ellas la transmisión decretada por el órgano jurisdiccional en el proceso de ejecución (Vid. *El matrimonio y su economía*, cit. página 535). ROCA SASTRE entendía en términos generales, que no era necesario el consentimiento de la mujer en las enajenaciones forzosas [(vid. ob. cit. IV-I, págs. 81 y sigs.)], aunque después se producía con muy poca claridad al criticar en este punto el artículo 144 del Reglamento.

fraude en perjuicio de la mujer; tal fraude era posible, según oportunamente se vio, mediante el arbitrio de simular una obligación que daría lugar, una vez reclamado judicialmente su cumplimiento, a una enajenación efectuada en perjuicio de la esposa, pero, como igualmente se dijo, el remedio hubiera consistido en admitir a la mujer como parte en el proceso de ejecución, lo que no resultaba posible.

En mi opinión, la verdadera enajenación se produce cuando el órgano jurisdiccional o administrativo adjudica la finca o el derecho embargado al mejor postor o al propio acreedor. Dicho órgano actúa en lugar del deudor y no en su nombre, todo lo cual pone de relieve el poco fundamento del apartado tercero del artículo 144 del Reglamento hipotecario que únicamente será aplicable a la escritura a la que se refiere el artículo 1.514 de la Ley de Enjuiciamiento (354) que para mí, como ya he apuntado anteriormente (355), constituye un trámite superfluo. Si esta escritura la otorga de grado el deudor (hipótesis muy poco frecuente) debiera bastar con su consentimiento, siendo innecesario el de su cónyuge. Sin embargo y mientras la Dirección General no entienda lo contrario, tal escritura deberá otorgarse por los dos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro (356). Si la escritura ha de otorgarla el juez entiendo que el mismo actúa como órgano jurisdiccional y, por consiguiente, subrogándose en el lugar del deudor y no en su representación (357), por lo que no es necesario ni procedente que en la escritura se diga que actúa representando al deudor y a su cónyuge, cosa esta por otra parte imposible, si la demanda se interpuso contra uno solo de los cónyuges y vista la doctrina de la Dirección en el sentido de que basta notificar el embargo al consorte. La escritura deberá otorgarla el juez en la forma dicha siempre que el deudor o su cónyuge, o ambos, se nieguen a otorgar la escritura o no puedan hacerlo por cualquier razón.

V. EL ARTICULO 96 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO

Resta para terminar este trabajo una referencia al artículo 96 del Reglamento hipotecario. Dice ese artículo: 1.º Lo dispuesto en los artículos 93, 94 y 95 se entenderá sin perjuicio de lo establecido por la Ley para casos especiales y de lo válidamente pactado en capitulaciones matrimoniales. 2.º Las resoluciones judiciales que afecten a la administración y disposición de los bienes de los cónyuges se harán constar por nota marginal».

(354) O la que exige el Estatuto de Recaudación y el artículo 26 del Reglamento Hipotecario en el procedimiento de apremio fiscal.

(355) Vid. nota 331.

(356) La Dirección General, hasta donde se me alcanza, no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión que se estudia en el texto porque en general las escrituras de venta exigidas por el artículo 1.514 de la Ley de Enjuiciamiento suelen otorgarlas los jueces de oficio.

(357) PRIETO CASTRO (*Tratado de Derecho Procesal Civil*, cit. II, pág. 780) entiende que el otorgamiento de la escritura por el juez si no lo verifica o no puede verificarlo el deudor por ausencia, rebeldía o cualquiera otra causa, constituye un acto de subrogación.

El precepto se refiere exclusivamente a la sociedad de gananciales y no a otro régimen matrimonial; así lo prueba la referencia a los artículos 93, 94 y 95 del propio Reglamento cuyo objeto, como se ha visto, es la inscripción de los bienes gananciales (o privativos) en el Registro y de los actos o contratos relativos a los mismos. La finalidad del artículo es prever la posibilidad de que lo establecido en los artículos 93, 94 y 96 no sea de aplicación, bien por interferirse algún precepto legal en hipótesis concretas o bien porque el régimen de la sociedad de gananciales de un matrimonio determinado se desvíe de lo dispuesto en el Código civil al haber sido modificado aquel régimen, válidamente, en capitulaciones matrimoniales.

Se ha dicho (358) que el artículo 96, tal como está redactado, produce la impresión de que por virtud de un precepto legal o de estipulación capitular puede quedar en suspenso el total contenido de los artículos 93 a 95 cuando en realidad tanto en un caso como en otro, es decir, ora se trate de aplicar una disposición legal o lo pactado en capítulos, las desviaciones respecto del régimen común sólo pueden predicarse del régimen de administración y disposición, pero no en cuanto a la naturaleza de los bienes, por lo que no pueden variarse las normas de aquellos artículos del Reglamento en la medida en que se refieren a cómo deben inscribirse en el registro tanto los bienes gananciales o presuntivamente gananciales como los privativos.

Esta afirmación es exacta en la medida en que el artículo 96 alude a «lo establecido en la Ley para casos especiales», pero quizá no lo sea tanto si pensamos en posibles pactos capitulares. Porque parece que la libertad de estipular consagrada en los artículos 1.325 y siguientes del Código civil no tiene más límite que lo dispuesto en el artículo 1.328 del propio cuerpo legal. Quiere decirse que en capitulaciones será posible convenir que sólo sean comunes determinados bienes excluyendo algunos de los que son gananciales a tenor de los artículos 1.347 y siguientes. No parece que estipulaciones de esta corte puedan estimarse nulas (por ejemplo, si se pacta que cada cónyuge haga suyos los rendimientos obtenidos con su trabajo) y lo único que cabe discutir es hasta qué punto las mismas transforman el régimen ganancial en otro distinto o si, por el contrario, seguimos estando ante un supuesto de sociedad de gananciales que se aparta del esquema legal en cuanto a la composición del activo. A mi juicio, y como he puesto de relieve en otra ocasión (359), la cuestión no es demasiado trascendente porque en tanto se convenga en las capitulaciones que ciertos bienes serán comunes deberán aplicarse a los mismos las reglas que gobiernan la sociedad de gananciales en la medida en que no resulten desplazadas, si son dispositivas, por lo convenido en capítulos. Es claro que en tanto el pacto capitular incida en la composición del activo ganancial, dicho pacto habrá de ser tenido en cuenta por el registrador a la hora de inscribir un inmueble determinado como privativo o como ganancial.

(358) Cfr. AVILA, ob. cit. pág. 310.

(359) Cfr. mi trabajo varias veces citado, *La autonomía de la voluntad en el moderno derecho español sobre la familia* pág. 117.

Un pacto de gran trascendencia en este sentido sería aquél por el cual se eliminase la presunción de ganancialidad del artículo 1.361 de suerte que, en virtud del pacto, hubieran de reputarse privativos los bienes adquiridos a título oneroso por cada cónyuge individualmente o diciendo que adquieren para sí. La validez de esta cláusula depende de que el artículo 1.361 del Código civil se estime de derecho voluntario o de derecho necesario. A favor de su carácter dispositivo podría alegarse el principio de libertad de pacto y el derecho de que tal pacto no parece infringir ninguna de las limitaciones del artículo 1.328 (360). Sin embargo, contra su licitud cabría alegar un argumento que se ha hecho valer contra las llamadas presunciones de propiedad que a veces se pactan cuando se estipula el régimen de separación de bienes. Se han combatido esas presunciones alegando que suponen una convención sobre la prueba que se estima contraria a las normas de derecho procesal sobre esa materia, normas que son imperativas (361). En cambio, estimo que sería válido el pacto por el cual se estableciese que pertenecerán a cada cónyuge los bienes que adquiera individualmente y a su nombre, sin perjuicio de la obligación de reembolsar a la comunidad el importe de la contraprestación si ésta se hubiere satisfecho a expensas de fondos comunes.

Un pacto de ese género no incide sobre la presunción de ganancialidad, por tanto no incurre en la objeción de que se trata de un pacto contrario a las normas probatorias, imperativas en tanto pertenecen al campo acotado por el derecho procesal sino más bien sobre la aplicación del principio de subrogación real. A mi juicio, el artículo 1.355 del Código civil demuestra, si se tiene en cuenta su fundamento (362), que el principio de subrogación real no es imperativo y puede ser eliminado por acuerdo entre los cónyuges, quienes si pueden pactar el régimen de separación en el que dicho principio no juega (363) con igual razón podrán pactar un régimen de comunidad en el que los bienes comunes sean solamente los adquiridos por los dos cónyuges conjuntamente y sin atribución de cuotas (364).

(360) Por ejemplo, LACRUZ cree que en capítulos se puede desvirtuar la presunción. Vid. *Derecho de familia cit.* pág. 379.

(361) Vid. en el sentido del texto DÍEZ PICAZO-GULLÓN *Sistema de Derecho civil*, cit. IV, pág. 289, y REBOLLEDO, *Separación de bienes en el matrimonio*, Madrid, 1983, págs. 149 y sigs. Vid. también mis observaciones en *La autonomía de la voluntad*, cit. págs. 150 y sigs.

(362) Vid. *supra*, epígrafe III-a-c.

(363) Vid. sobre el particular REBOLLEDO, *ob. cit.* págs. 100 y sigs., en donde se exponen las diversas opiniones sobre el tema, así como la posición del Tribunal Supremo en trance de interpretar el artículo 3 de la Compilación balear. Cfr. sentencias de 2 de noviembre de 1965 y de 2 de marzo de 1977. Sobre mi opinión favorable a la tesis de REBOLLEDO, cfr. *La autonomía de la voluntad cit.* pág. 149.

(364) REBOLLEDO (*ob. cit.* pág. 149) no obstante negar valor vinculante (en el régimen de separación) a las presunciones de propiedad entiende, con razón a mi juicio, que una cosa son esas presunciones y otra que al pactar el régimen se establezca directamente cómo ha de atribuirse la propiedad de los bienes entre los cónyuges. Una cláusula de este tipo —dice— es perfectamente válida porque en ella se configura el régimen económico y los cónyuges que tienen libertad para hacerlo pueden establecer cómo se distribuirán los bie-

En las capitulaciones puede pactarse, asimismo, un régimen de administración y de disposición de los bienes comunes distinto del previsto por el Código. El propio Código así lo admite expresamente al disponer en su artículo 1.375 que «*en defecto de capitulaciones matrimoniales*, la gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes». Ante norma tan categórica no cabe albergar ninguna duda. Las dudas son en cambio muy difíciles de disipar cuando se trata de saber hasta dónde llega la libertad de pacto que consiente el artículo 1.375 y su compatibilidad con el principio de igualdad jurídica de los cónyuges ya que toda estipulación que limite esa igualdad ha de reputarse nula según el artículo 1.328. El tema es demasiado complejo para abordarlo aquí con detenimiento y, además, lo he tratado con alguna extensión en otro trabajo mío al que me remito (365).

El registrador, pues, según se desprende de lo dispuesto en el artículo 96 del Reglamento ha de estar tanto a la hora de inscribir los bienes como a la de calificar la validez de un acto de disposición (o de administración) a lo estipulado en las capitulaciones matrimoniales, siempre, claro es, que esas capitulaciones existan y se haga mención de ellas en el título. Mas el artículo 96-1 del Reglamento sólo permite que lo preceptuado en los artículos 93, 94 y 95 ceda el paso a lo convenido en capitulaciones cuando lo pactado sea válido. Ello plantea esta interrogante, ¿quién ha de calificar si lo pactado es válido? O más concretamente, si las capitulaciones matrimoniales han tenido acceso al registro civil ¿puede el registrador de la propiedad estimar que algún pacto capitular en cuanto afecte a la práctica de la inscripción pretendida es nulo? (366).

La respuesta ha de encontrarse, a mi juicio, partiendo de un dato esencial, el valor jurídico de la mención o indicación de las capitulaciones matrimoniales en el registro civil, tema que no podemos abordar aquí con todo el detenimiento que sin duda merece porque ese

nes del matrimonio. No cabe aducir, de contrario, que con ello se altera el régimen de responsabilidad de los bienes comunes. Una cosa es que este régimen subsista y otra que deba aplicarse a bienes que según lo convenido no tendrán el carácter de comunes. Por otra parte, será deudor el cónyuge que contrajo la obligación y responderá de la deuda con todos sus bienes y eventualmente con los comunes, según el artículo 1.373 del Código civil. El equívoco puede producirse si se toma al pie de la letra que la sociedad de gananciales «tiene deudas» cuando lo cierto es que esas deudas son siempre deudas de los cónyuges. En la misma medida en que se reduce la responsabilidad de los bienes comunes se amplía la de cada cónyuge. Por lo demás, ante ciertas obligaciones, concretamente las contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica, la responsabilidad se extiende, conforme al artículo 1.319, a todos los bienes existentes en el matrimonio, aunque los del cónyuge no deudor respondan en último lugar. Será posible impugnar por fraude o por simulación aquellas adquisiciones hechas en perjuicio de los acreedores por el cónyuge no deudor a expansas de fondos comunes o del otro cónyuge y habría que pensar, ante un régimen que sería híbrido del de separación y del ganancial, en la posibilidad de aplicar el artículo 1.442.

(365) Cfr. *La autonomía de la voluntad* ... cit. págs. 93 y sigs.

(366) AVILA (ob. cit. pág. 311) se formula la pregunta pero no la contesta.

estudio desbordaría los límites naturales de este trabajo. Además, a nuestros fines, basta recoger las conclusiones a que llega en este punto la doctrina más autorizada (367).

Los preceptos fundamentales sobre la materia son el artículo 77 de la Ley del Registro civil de 8 de junio de 1957, el 264 del Reglamento de dicha Ley (368) y el 1.333 del Código civil en su redacción actual que a su vez tiene su antecedente inmediato en el artículo 1.322 tal como quedó redactado tras la reforma de 2 de mayo de 1975.

En síntesis, se entiende que la mención, o para ser más exactos la indicación, de las capitulaciones al margen de la inscripción de matrimonio, ni es obligatoria pese a los términos en que está concebido el artículo 1.333 del Código civil ni mucho menos es un requisito constitutivo de la capitulación. Su valor consiste, como resulta del artículo 77 de la Ley del Registro civil, en ser (la indicación) un requisito para que la existencia de las capitulaciones matrimoniales, sean las originarias o las que modifiquen otras anteriores, pueda ser opuesta a los terceros de buena fe. La publicidad derivada de la indicación se concreta a la existencia de las capitulaciones y a una indicación meramente sumaria de su contenido referido a la índole del régimen pactado (369), pero sin que se extienda a las estipulaciones capitulares cuyo conocimiento sólo será posible mediante la compulsua de la escritura pública correspondiente. Este es, pues, el único aunque importante efecto derivado de la indicación, mas ésta no engendra una presunción especial de validez de los capítulos y, por tanto, la mención o indicación en el registro civil no añade nada a la presunción de validez derivada de la necesaria formalización de los capítulos en escritura pública, de donde se deduce, a mi juicio, que tales capítulos, en la medida en que constituyan una desviación de la disciplina legal atinente a la sociedad de gananciales deben ser calificados por el registrador de la propiedad, quien tendrá que pronunciarse sobre la validez o nulidad de sus estipulaciones (370). Dado que los capítulos

(367) Cfr. LACRUZ BERDEJO, *El matrimonio y su economía*, cit. págs. 250 y siguientes, y AMORÓS GUARDIOLA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, cit. II, págs. 1560 y sigs. y *Comentarios a las reformas del Código civil*, Madrid, 1977, II, págs. 1100 y sigs. y bibliografía allí citada.

(368) Se ocupa también del tema el artículo 265 del Reglamento, pero como este precepto se refería específicamente al llamado régimen legal de separación de bienes es decir, el que se imponía a los cónyuges que se casaban infringiendo alguna de las prohibiciones del antiguo artículo 45 del Código civil, prohibiciones hoy desaparecidas, es claro que ese artículo ha quedado obsoleto y ha de prescindirse de él.

(369) Así resulta del modelo de nota de indicación sobre régimen matrimonial recogida en el Apéndice 1 de los que acompañan a la legislación sobre el Registro civil.

(370) El artículo 1.333 del Código civil dispone, además, que si las capitulaciones afectaren a bienes inmuebles —así como las resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen del matrimonio— se tomará razón de ellas en el registro de la propiedad. La doctrina se ha preguntado cuál puede ser el significado y el alcance de esta «toma de razón». Se ha dicho a este propósito que el registro de la propiedad, en sí, en inepto para publicar los regímenes matrimoniales, pues se halla referido a los derechos concretos sobre inmuebles y no a las normas hipotéticas que rigen la asociación de

pueden contener pactos de los que dependa la naturaleza de los bienes (comunes o privativos) o que afecten a la legitimación para realizar actos de disposición es evidente que el registrador deberá estar a lo que las capitulaciones establezcan al respecto, de suerte que se aplicará lo estatuido en ellas en lugar de lo establecido en los artículos 93, 94 y 95 del Reglamento, pero como esto se subordina en el artículo 96 a la validez de lo pactado parece que el registrador puede y debe calificar el contenido de las capitulaciones en tanto afecten a aquellos extremos, de suerte que deberá denegar la inscripción cuando estime que el pacto o cláusula capitular que se traiga a colación sea, a su juicio, nulo.

El artículo 96 del Reglamento dice también que lo dispuesto en los artículos 93, 94 y 95 se extiende sin perjuicio de lo establecido por la ley para casos especiales. A diferencia de lo que acontece cuando la excepción (a lo dispuesto en los citados artículos del propio Reglamento) proviene de capitulaciones matrimoniales, aquí, es decir, cuando se trata de lo establecido por la ley para casos especiales, lo exceptuado afecta sólo al régimen de administración y de disposición sobre los gananciales. Pero ¿cuáles son esos casos especiales? Espigando en el articulado del Código (porque el artículo 96 del Reglamento no da ninguna pista) pueden citarse los siguientes: cónyuge o cónyuges menores de edad, transferencia de las facultades de administración y de disposición a uno de los cónyuges por ser tutor o representante legal del otro, transferencia de esas facultades a uno de los cónyuges por imposibilidad del otro, abandono de familia o separación de hecho, pleito sobre la concurrencia de una causa de disolución de la sociedad de gananciales, e interposición de demanda de separación, divorcio o nulidad. En todos estos casos se altera el régimen de administración y de disposición conjuntas (que es el que contemplan los artículos 93 y 94) sobre los bienes comunes, y en alguno de ellos, asimismo, el de

unos cónyuges. Los capítulos sólo serán inscribibles en cuanto comprendan donaciones de inmuebles de un cónyuge al otro o de terceros en favor de cualesquiera de ellos Pero lo que accede entonces al registro es el acto de donación comprendido en una estipulación capitular. Y también las propias capitulaciones, como complemento de otro negocio dispositivo inscribible, para determinar la naturaleza de los bienes transmitidos (comunes, privativos de un cónyuge u otro) y las facultades de los cónyuges para realizar la enajenación; en suma, las reglas de las capitulaciones sirven para calificar los bienes enajenados y su régimen. Incluso pueden tener acceso al registro para modificar la naturaleza de los bienes inscritos, al acreditar, por ejemplo, el carácter privativo o parafernial en vez de presuntivamente ganancial de un bien cuando se haya inscrito equivocadamente con aquel carácter por haberse omitido hacer constar que los cónyuges están casados bajo el régimen de separación. De esta manera, las capitulaciones que no se presentaron —como era debido— con la escritura ya inscrita en la que no se hizo constar el régimen capitular pueden servir después para extender la nota marginal correspondiente, conforme al artículo 95-6.º del Reglamento. Quizás por ello —dice AMORÓS GUARDIOLA— por no constituir un acto típico susceptible de inscripción se ha reservado la expresión «toma de razón en el registro» (de la propiedad) para significar en dicho registro el cauce de publicidad de los capítulos. Vid. AMORÓS GUARDIOLA, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, cit. II, pág. 1561, y *Comentarios a las reformas del Código civil*, cit. II, pág. 1110.

disposición sobre los bienes propios, por lo que también en este punto ha de ser tenida en cuenta esa normativa especial al aplicar lo establecido en los números 5 y 6 del artículo 95. Estudiemos esos casos con separación.

Relativamente a la capacidad del casado menor de edad y emancipado por su matrimonio se registra en el Código civil una norma específica, el artículo 324, que dice así: «Para que el casado menor de edad pueda enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor que sean comunes, basta, si es mayor el otro cónyuge, el consentimiento de los dos; si también es menor, se necesitará, además, el de los padres o tutores de uno y otro». El precepto sustituye a lo que antes disponían los artículos 60 y 61 (reformados por la Ley de 2 de mayo de 1975), preceptos que no eran precisamente un modelo de claridad. Ahora y en virtud de lo que se establece en los nuevos artículos 323 (referente a todos los emancipados en general) y el 324 (que trata exclusivamente de los emancipados por matrimonio), el nuevo régimen es más claro, aunque no deje de plantear algún problema.

El artículo 324 alude exclusivamente a la emancipación por matrimonio y a los actos de disposición sobre bienes comunes siempre que éstos consistan en inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos muebles preciosos. Aquí sólo interesan, claro es, los actos de disposición sobre bienes inmuebles. Cabe, al efecto, distinguir dos supuestos: que los dos cónyuges sean menores de edad o que uno de ellos sea menor y el otro mayor.

Si los dos cónyuges son menores será menester que además de otorgar el acto de disposición ambos conjuntamente, o el uno con el consentimiento del otro, que lo consientan también los padres o curadores de cada uno de ellos. Se requiere, pues, un complemento de capacidad que debe partir de los padres o, si los de ambos cónyuges o los de alguno de ellos «hubieren fallecido o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley», de los curadores o curador. Aunque el artículo 24 habla de tutores es claro que después de modificado el régimen de la tutela por la Ley de 24 de octubre de 1983 quien debe intervenir en su caso es un curador, ya que el llamado a completar la capacidad del menor emancipado no es ya el tutor (371), sino el curador a la vista de lo que dispone el nuevo artículo 286 del Código. Ocurre que el artículo 324 es uno de aquellos cuya redacción debe ser retocada para la debida armonización de los textos del Código, tan asendeados por toda una serie de reformas profundas y que se han llevado a cabo por medio de leyes separadas y diferentes.

Si uno de los cónyuges es menor de edad y el otro mayor, basta que el acto dispositivo lo otorguen los dos cónyuges o uno de ellos con el consentimiento del otro. Es decir, el consentimiento del mayor,

(371) Recuérdese la antigua polémica sobre las características de la tutela cuando sólo se trataba de que la capacidad del emancipado fuese completada por un «tutor».

ya se otorgue la enajenación o el gravamen por ambos cónyuges o por uno de ellos (372) con el consentimiento del otro, constituye no sólo un requisito del acto dispositivo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1.377, sino que, además, actúa como complemento de la capacidad del menor.

¿Qué ocurre si en cualquiera de los dos supuestos anteriormente contemplados uno de los cónyuges no quiere otorgar el acto dispositivo que el otro se propone llevar a cabo? Si el cónyuge que toma la iniciativa de la enajenación o gravamen es menor tendrá que recabar además de la autorización judicial prevista por el artículo 1.377 el asentimiento de sus padres o del curador. La necesaria concurrencia de ese asentimiento resulta implícitamente del segundo inciso del artículo 324; además, la regla general, atinente a todos los emancipados, según el artículo 323, es que los actos dispositivos sobre bienes inmuebles (373) deben ser otorgados por el menor con el consentimiento de sus padres o del curador (374). En cambio, si quien desea otorgar el acto dispositivo es el cónyuge mayor el hecho de que el otro (o sus padres o el curador) no quieran consentirlo no será obstáculo para que el acto se lleve a cabo si obtiene autorización judicial conforme al artículo 1.377-2.

El artículo 324, a diferencia de los que constituían sus precedentes, no incluye en su previsión los préstamos. Eso no quiere decir que el menor emancipado por matrimonio pueda tomar dinero a préstamo libremente. Ocurre que el artículo 324 es un precepto que se refiere exclusivamente a los actos de disposición sobre los bienes comunes que enumera y, por consiguiente, no se refiere al préstamo. Por lo tanto respecto de los préstamos es de aplicar el artículo 323, que se refiere según se ha dicho, a todos los emancipados; por consiguiente, el cónyuge menor necesitará para tomar dinero a préstamo el consentimiento de sus padres o de su curador (375). Sin embargo, para obligar los gananciales será menester conforme al artículo 1.367 que el préstamo haya sido consentido por el cónyuge (si es menor necesitará, asimismo, el consentimiento de sus padres o curador), salvo que la operación encaje en alguna de las que vinculan directa e incondicionalmente el patrimonio ganancial a pesar de haber sido realizadas por uno solo de los cónyuges. Naturalmente, si el préstamo es hipotecario habrá que estar a lo establecido por el artículo 324, que ya se ha comentado.

Finalmente y por lo que hace a la enajenación de sus bienes inmuebles privativos, el cónyuge menor de edad necesitará para dispo-

(372) Es indiferente a este respecto quien sea el que propiamente otorgue el acto.

(373) También sobre establecimientos mercantiles o industriales, o sobre objetos de extraordinario valor.

(374) También el artículo 323 debe ser retocado porque no se ha sustituido el término «tutor» por el de «curador».

(375) Vid. en el sentido del texto PUIG FERRIOL, en *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, cit. II, pág. 1256.

ner de ellos, conforme al artículo 323, el consentimiento de su padre, madre o curador.

El segundo «caso especial» al que implícitamente se refiere el artículo 96 del Reglamento sería, según se ha dicho, el de transferencia de la gestión del patrimonio común. Dentro de esta hipótesis genérica hay que distinguir dos hipótesis diferentes: Transferencia por ministerio de la ley y transferencia decidida por los tribunales.

Al primer caso se refiere el artículo 1.387 del Código civil, según el cual la administración y disposición de los bienes comunes se transferirá por ministerio de la ley al cónyuge que sea tutor o representante legal del otro. Es de tener en cuenta que el nuevo artículo 234 establece que para el nombramiento de tutor se preferirá, en primer término, al cónyuge que conviva con el menor o incapacitado. En cuanto al supuesto de que un cónyuge, sin ser tutor, ostente la representación legal de su consorte, no puede ser otro que el de declaración legal de ausencia, siempre que el cónyuge presente no haya hecho uso de su derecho a pedir la disolución de la sociedad de gananciales conforme al artículo 1.393-1.

El segundo caso —la administración se transfiera en virtud de resolución judicial— es el contemplado por el artículo 1.388. Dice ese artículo: «Los Tribunales podrán conferir la administración a uno solo de los cónyuges cuando el otro se encontrare en imposibilidad de prestar su consentimiento o hubiere abandonado la familia o existiere separación de hecho». Si uno de los cónyuges está imposibilitado permanente o transitoriamente de prestar su consentimiento la administración debe confiarse al cónyuge que no esté impedido. No se exige que la imposibilidad haya dado lugar a incapacitación, supuesto en el cual, y de ser el cónyuge el tutor, se estaría en la hipótesis contemplada por el artículo 1.387. Tampoco es menester que el abandono se tipifique como delito y menos que haya sido sancionado penalmente. En cuanto a la separación de hecho y en la medida en que se considera un supuesto diferenciado del abandono, parece que debe tratarse de una separación libremente consentida. Claro está que ante una separación fáctica libremente consentida puede parecer excesivo, en principio, que la administración de todo el patrimonio común se transfiera a uno de los cónyuges. Cabe interpretar latamente el precepto y entender que los tribunales, como dice el Código con excesiva imprecisión, distribuyan entre los cónyuges las facultades administrativas y dispositivas proyectándolas sobre grupos diferenciados de bienes (376).

No obstante la transferencia de la administración, el cónyuge administrador está sujeto a limitaciones. En efecto, el artículo 1.389 prescribe que el cónyuge en quien recaiga la administración en virtud de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, tendrá para ello plenas facultades salvo que el juez, cuando lo considere de interés para la familia y previa información sumaria, establezca cautelas o limitaciones. Pero

(376) Vid. en el sentido del texto Díez PICAZO, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, cit., págs. 1776 y 1777.

es que, además de estas limitaciones eventuales, existen otras impuestas por la ley. Y así el segundo párrafo del artículo 1.389 nos dice que el cónyuge administrador precisará, en todo caso, para realizar actos de disposición sobre inmuebles y establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente, autorización judicial (377).

El registrador, a la hora de inscribir un acto de disposición otorgado unilateralmente por el cónyuge a quien le ha sido transferida la administración (expresión que debe ser entendida en sentido amplio), deberá exigir la presentación de la resolución judicial nombrando al cónyuge representante legal o tutor de su consorte o, en los casos del artículo 1.388, la resolución decretando la transferencia de la administración. Habrá de tener en cuenta la limitación legal que representa la necesidad de obtener autorización judicial para que el cónyuge tutor, representante o administrador, pueda otorgar un acto de disposición sobre bienes inmuebles.

El tercer caso a que puede referirse el artículo 96 del Reglamento es el de que entre los cónyuges se entable pleito sobre la concurrencia de una causa de disolución. De los artículos 1.392 y 1.393 del Código civil se sigue que hay dos tipos de causas extintivas: aquéllas que cuando concurren determinan «*ipso iure*» la disolución de la sociedad y aquellas otras en que la disolución se opera solamente si uno de los cónyuges lo pide y en virtud de decisión judicial (378). Pues bien, a este segundo supuesto se refiere el artículo 1.394. Dice el precepto: «Los efectos de la disolución prevista en el artículo anterior se producirán desde la fecha en que se acuerde. De seguirse pleito sobre la concurrencia de la causa de disolución, iniciada la tramitación del mismo, se practicará el inventario, y el juez adoptará las medidas necesarias para la administración del caudal, requiriéndose licencia judicial para todos los actos que excedan de la administración ordinaria».

Del artículo 1.394 se sigue una primera conclusión. Enablado el pleito sobre la concurrencia de una causa potestativa de disolución los efectos de la sentencia declarativa de la disolución no se retrotraen al

(377) Como se ve estas limitaciones legales son bastante fuertes y pueden serlo más aún si a ellas se agregan las que de hecho imponga el juez en uso de las facultades discrecionales que el primer párrafo del artículo le confiere. No deja de ser paradójico —como señala DÍEZ PICAZO— que a la vista de las facultades de gestión y disposición previstas en los artículos anteriores pueda resultar que la situación del cónyuge en quien haya recaído la administración experimente mayores limitaciones de hecho que las que le afectarían de no habersele transferido aquélla. Vid. DÍEZ PICAZO, ob. últimamente cit. pág. 1778.

(378) Obviamente, cuando concorra alguna de las causas de disolución potestativas, es decir, las del artículo 1.393, no es necesario que los cónyuges pleiteen. Si están de acuerdo en disolver la sociedad pueden hacerlo mediante el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales. Claro está que entonces, aunque subyazca una de las causas de disolución del artículo 1.393, la disolución se habrá operado merced al otorgamiento de los capítulos. El artículo 1.393 ha sido concebido en función de hipótesis conflictivas, es decir, cuando uno de los cónyuges quiere disolver la sociedad fundándose en la concurrencia de alguna de las causas de disolución contempladas en el precepto y el otro cónyuge se opone.

momento de la interposición de la demanda (379). En segundo término, el precepto dispone que iniciada la tramitación del pleito se practicará el inventario, y el juez adoptará las medidas necesarias para la administración del caudal, requiriéndose la autorización judicial para todos los actos que excedan de la administración ordinaria.

Este es el extremo que particularmente nos interesa. Los actos de disposición otorgados por uno solo de los cónyuges requieren autorización judicial. Claro está que ello resulta no tanto o no sólo del artículo 1.394 sino del 1.377. Por eso lo que acaso habría que discutir es si un acto de disposición sobre un inmueble concreto podría ser otorgado e inscrito por los cónyuges, quienes no obstante estar discutiendo sobre la existencia de una causa de disolución pueden llegar a un acuerdo en orden a la enajenación de un bien concreto. Por mi parte, no veo inconveniente en ello y entiendo que el registrador aunque del registro resulte la existencia del pleito (porque se anotó preventivamente la demanda, por ejemplo) no debe oponerse a la inscripción de ese acto dispositivo. Las cautelas del artículo 1.394 responden, sin duda, a la finalidad de impedir que uno de los cónyuges pueda durante la tramitación del pleito lesionar los intereses del otro. Pero es claro que ese riesgo desaparece si los esposos actúan de común acuerdo (380).

Por último, dentro de los casos especiales previstos por la ley de que nos habla el artículo 96 del Reglamento cabe pensar en la situación especial que se produce durante la tramitación de un pleito de separación, divorcio o nulidad del matrimonio. El artículo 10 del Código civil establece que admitida la demanda (de separación, divorcio o nulidad) el juez, a falta de acuerdo entre los cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de aquellos... 4.º «Señalar, atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que debe observar en la administración y disposición, así como en la obli-

(379) LACRUZ (ob. cit. pág. 480) critica esta solución. No parece justo, dice, que quien culpablemente ha dado lugar a la disolución del régimen se siga lucrando con las ganancias del otro sin que éste pueda evitarlo. Sin embargo, el precepto es concluyente cuando puntualiza que los efectos de la disolución se producirán desde que la disolución se acuerde y no hay base alguna, en el orden del derecho constituido, para pretender que los efectos de la sentencia se retrotraigan a la fecha de la interposición de la demanda. Por otra parte, DÍEZ PICAZO (*Comentarios* cit. II, pág. 1787) entiende que del contexto del artículo 1.394 parece deducirse que hay que distinguir dos hipótesis diferentes según que la disolución se «acuerde» o sea el resultado de un pleito, y entre las hipótesis que pueden dar lugar al «acuerdo» cita el allanamiento, la transacción y el compromiso. A mi juicio, lo que sucede es que el artículo 1394 no está bien redactado. Todo él está pensado para la existencia de litigio, lo que ocurre es que la forma un tanto equívoca en que está concebido pueda dar lugar a que se piense que contempla dos hipótesis distintas. A mi juicio, no hay tal. El artículo 1.394 no ha podido referirse al allanamiento, a la transacción o al compromiso, porque no se pueden transigir ni comprometer las cuestiones matrimoniales conforme a los artículos 1.814 y 1.821. En cuanto al allanamiento, aparte de que ya presupone de suyo la iniciación de un pleito, la jurisprudencia ha subrayado su semejanza con la transacción para aplicar el artículo 1814.

(380) Parece compartir esta opinión DÍEZ PICAZO, *Comentarios ...* cit. II, página 1787.

gatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban o adquieran en lo sucesivo» (381).

Cuando se trate, en esa situación de interinidad, de enajenar o gravar un inmueble común habrá que estar a las disposiciones adoptadas por el juez. Normalmente, se exigirá la autorización judicial para que el cónyuge en cuyo poder haya quedado algún inmueble ganancial pueda disponer de él. Creo que, como en el caso anterior, si los dos cónyuges actúan de común acuerdo podrán otorgar el acto dispositivo sin atenerse a las limitaciones impuestas por el juez. Nótese que estas limitaciones en tanto forman parte de las medidas provisionales que han de adoptarse una vez interpuesta y admitida una demanda de separación, divorcio o nulidad, sólo se adoptan en defecto de acuerdo de ambos cónyuges. Y aunque ese acuerdo debe ser aprobado judicialmente parece que la aprobación judicial se requiere para que las medidas —no sólo relativas a los bienes sino principalmente a los hijos— puedan ser aprobadas con el carácter de normativa general para, mientras dura la tramitación del proceso, pero no creo que la aprobación judicial sea necesaria para disponer de un bien concreto si los dos cónyuges están conformes en su enajenación.

El segundo párrafo del artículo 96 alude a las resoluciones judiciales que afecten a la administración o disposición de los bienes de los cónyuges y dice que las mismas se harán constar por nota marginal.

¿Qué resoluciones son esas? A tenor de lo que se lleva dicho parece que serán aquellas de las que resulte la incapacidad de uno de los cónyuges para administrar, es decir, la sentencia que ponga fin a un proceso de incapacitación, la que declare la ausencia de uno de los esposos, la que dicte el juez en el caso de que se plantee litigio sobre la existencia de una causa de disolución de la sociedad de acuerdo con el artículo 1.394 del Código civil, la que ordene la transferencia de la administración a uno solo de los cónyuges conforme a lo previsto en el artículo 1.398 del mismo Código y, en fin, la resolución que adopte el juez, conforme al artículo 100-4.º, en la que se dicten las medidas a que se ha de sujetar la administración de los bienes comunes una vez admitida a trámite la demanda por la que se pida la separación, el divorcio o la nulidad del matrimonio.

Con relación a lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 96 del Reglamento se ha dicho (382) que no es fácil determinar el alcance del precepto a pesar de su aparente sencillez. Porque, en efecto, para algunas al menos de las resoluciones indicadas ya está prevista su constancia registral, bien a través de una inscripción en la hoja registral donde aparezca inscrita una finca o derecho perteneciente a un incapaz o declarado ausente y en el libro de incapacitados (todo ello conforme al artículo 2.º-4 de la Ley Hipotecaria y concordantes del Reglamento), bien por medio de una anotación preventiva, puesto que

(381) LACRUZ (*Derecho de familia* cit. pág. 273) critica igualmente que los efectos de la disolución no se retrotraigan al momento de la interposición de la demanda. Sin embargo, reconoce que la letra de la ley es concluyente.

(382) Cfr. AVILA, ob. cit. pág. 311.

el artículo 42:5 de la Ley concede derecho a pedir anotación preventiva al que propusiere demanda con objeto de obtener alguna de las resoluciones judiciales expresadas en el número 4 del artículo 2.º de la Ley. A mayor abundamiento, el nuevo artículo 214 del Código civil dispone que las resoluciones judiciales sobre incapacitación se anotarán o inscribirán en el Registro Civil sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación hipotecaria y del Registro Mercantil, y la disposición adicional 9.ª de la Ley de 7 de julio de 1981 añade que las demandas y las sentencias de separación, nulidad o divorcio podrán ser anotadas o inscritas, respectivamente, en el Registro de la Propiedad. Es discutible, por consiguiente, si esas resoluciones judiciales en tanto deben inscribirse o anotarse, sea en el libro de inscripciones, sea en el libro especial de incapacitados (383) han de provocar, además, la nota marginal de que nos habla el artículo 96-2.º del Reglamento. Parece lógico entender que sólo las resoluciones judiciales cuyo objeto específico y concreto sea limitar o condicionar de algún modo el régimen normal de administración y de disposición de los bienes de los cónyuges y que no tengan acceso al registro por la vía del número 4 del artículo 5.º de la Ley hipotecaria serán las que deban constar por medio de la nueva nota marginal del artículo 96-2 del Reglamento. Así, esa nota quedará referida únicamente a la resolución judicial ordenando la transferencia de la administración en los casos del artículo 1.388 del Código civil, a la que disponga cual deba ser el régimen de administración de los bienes comunes en tanto se sustancia el pleito sobre la concurrencia o no concurrencia de una causa de disolución de la sociedad y a la que establezca las medidas provisionales concernientes a esos mismos bienes como consecuencia de haberse admitido una demanda de separación, divorcio o nulidad del matrimonio (384).

Por otra parte, tampoco se acaba de ver la utilidad de las tales notas. En general, los actos de disposición relativos a los bienes comunes deben ser otorgados por los dos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro. Mas en los casos a que se refiere el artículo 96-1.º esto no ocurrirá y por tanto si no se justifica en el título (como ocurrirá normalmente) ni se acredita al registrador en

(383) CAMY estima que el libro de incapacitados fue suprimido por la disposición final de la Ley del Registro civil. Vid. CAMY, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Pamplona, 1974, vol. 1.º, pág. 213.

(384) La anotación de la demanda de separación, divorcio o nulidad advierte de la existencia del procedimiento y en este sentido ya supone un aviso a los terceros, mas no explicita por sí misma ninguna alteración del régimen normal de administración o disposición sobre los bienes comunes. Las limitaciones derivarán de la resolución judicial en la que se adopten las medidas provisionales. En el sentido del texto, aunque con algunas diferencias sobre las resoluciones que deben ser objeto de la nota marginal, vid. AVILA, ob. y lugar últimamente citados. AVILA estima que la nota marginal sólo debe extenderse a petición de parte, es decir, sin necesidad de mandamiento judicial, que se practicará sobre los bienes concretos y determinados que señale el peticionario sin facultad ni obligación del registrador de extenderla respecto de otros bienes ya inscritos o que se inscriban con posterioridad a diferencia de lo que ordena el artículo 391 del Reglamento hipotecario, y que esas notas serán de duración indefinida.

virtud de qué razones figura uno de los cónyuges como único otorgante del acto que pretende inscribirse tal acto no podrá ser inscrito. Consiguientemente, los efectos de la nota en el supuesto que hayan de ser los mismos que los que se atribuyan a las inscripciones de resoluciones judiciales declarativas de la incapacidad sólo se conciben respecto de los actos de administración (que normalmente no tienen acceso al registro como ya se vio) otorgados por uno de los cónyuges (si los bienes están inscritos a nombre de uno de ellos para la sociedad de gananciales, o sin esa indicación) o de los actos a que se refiere el número 2 del artículo 94 en los supuestos del número 4 del artículo 93 y número 1 del 94 (385). La nota, una vez extendida, advertirá al registrador, cuando se disponga a calificar esos títulos, cuál de los cónyuges es el que puede otorgarlos (386).

(385) También relativamente a los actos que pueden ser otorgados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro. Cfr. al respecto supra epígrafe II-C.

(386) Relativamente a los efectos de las inscripciones de resoluciones judiciales que afectan a la capacidad de las personas se ha dicho que las mismas, además de constituir un dato que el registrador debe tener en cuenta al calificar, suspenden los efectos del principio de publicidad en cuanto que, en virtud de las mismas, consta registrada una causa de nulidad que obsta a la aplicación del artículo 34 de la Ley, y según lo que resulta del propio tenor literal de este precepto (Vid. en este sentido HERMIDA, *La inscripción de las resoluciones judiciales que afectan a la capacidad de las personas*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1952, págs. 20 y 442). ROCA SASTRE (ob. cit. página 112 y sigs.) ha combatido la tesis de HERMIDA y, a mi juicio, sólo lleva razón en parte. Es verdad que el que adquiere de un incapaz lleva a cabo un acto nulo que no resulta convalidado por el hecho de que la declaración de incapacidad no haya tenido acceso al registro porque el que adquiere de un incapaz no es tercero. Pero si se trata de un verdadero tercero, es decir, de un subadquirente, el hecho de que figure o no inscrita la resolución judicial es trascendente. Porque si la resolución judicial no lo está, el tercero (de buena fe y que reúne las demás condiciones para obtener la protección de la fe pública registral) adquiere en firme, mientras que, en caso de estar registrada, constará en el registro una causa de nulidad (relativa a la primera enajenación, pero que vicia igualmente las adquisiciones de terceros conforme a los principios del derecho civil) que impedirá al adquirente acogerse a la protección del artículo 34. ROCA arguye que ese supuesto no ocurrirá nunca porque si está registrada la resolución judicial declarando la incapacidad el registrador no inscribirá ni el acto otorgado por el incapaz ni tampoco que después otorgue el que adquirió del incapaz. Esto es en líneas generales cierto, pero no cabe descartar, al menos en teoría, que se produzca ese hecho anómalo, en particular si la resolución judicial accede al registro después de haberse inscrito el acto dispositivo otorgado por el incapaz. No se olvide que muchas Incapacidades pueden escapar al control del notario autorizante de la escritura.

