LUNES

CUATRO TREINTA

Revista de asuntos registrales

Año XVII - Núm.374 - 2ª quincena, julio, 2004

informativa de derecho privado y registral
LUNES 4'30

LUNES 4'30

EDITADA POR REGISTRADORES DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

FUNDADOR
Enrique Colomer Sancho

COORDINADORA GENERAL
Carmen Gómez Durá

COLABORADOR ESPECIAL
José Bollaín Gómez

CONSEJO DE REDACCIÓN

Alberto Adán García
Maria-Emilia Adán García
Fátima Azpitarte Santos
Cristina Carbonell Llorens
Vicente Carbonell Serrano
Rafael Carbonell Serrano
Vicente Domínguez Calatayud
Pedro Fandos Pons
Consuelo García Pedro
Belen Gómez Valle
Inmaculada Gosálvez Simbor
Marta Gozalbes Férnandez de Palencia
Susana Juste Ribes
Lourdes Martínez del Amo Ruiz
Cristina Martínez Ruiz
Francisco Molina Balaguer
Fernando Ortega Gironés
Mercedes Ríos Peset
Alicia de la Rúa Navarro
Ana Mª Sabater Mataix
Miguel Soria Lopez

MAQUETACIÓN
Regina Martínez Vicente

SECRETARIA
Sta. María Dolores
Pintor Peyró, 12
46010 - Valencia
Tfno.: 963 897 813
FAX: 963 694 195
cuatrotreinta@hotmail.com

Depósito legal: V-1212-1988

sumario

Rev -374. 2ª Quincena de Julio, 2004

CASOS PRACTICOS 2

RESOLUCIONES 4

SENTENCIAS 16

ESCRIBE PARA LUNES

PARTICIÓN DE HERENCIA; CÓNYUGE VIUDO E HIJOS MENORES. A PROPÓSITO DE LA RESOLUCIÓN DE SU DUDOSA DOCTRINA por César-Carlos Pascual 21

SECCIÓN FISCAL por Francisco Molina...49

RESEÑA LEGISLATIVA 51

La revista Lunes 4.30 agradece y respeta los trabajos de todos sus colaboradores sin asumir las opiniones vertidas en los mismos.

Cristina Martínez Ruíz. Registradora de la Propiedad

PARTICIÓN HEREDITARIA.

Se presenta en el Registro una escritura de partición herencia de un señor. El causante había otorgado testamento en los siguientes términos:

1 - Lega a su viuda el pleno dominio del tercio de libre disposición, además de la cuota legal usufructuaria.

2- Al hijo X le deja un piso gravado con sustitución fideicomisaria a favor de sus hijos (nietos del causante) que los designa nominativamente y son mayores de edad.

3- Al hijo Y le deja otro piso gravado con sustitución fideicomisaria a favor de sus hijos (nietos del causante) que los designa nominativamente y son mayores de edad.

En la partición de la herencia se hacen las siguientes adjudicaciones:

- la parte que a la viuda le corresponde se le conmuta mediante la entrega del dinero hereditario que equivale a su participación hereditaria, tanto por el tercio libre como por la legítima,

- a los hijos X e Y se les adjudica a cada uno el piso respectivo, únicos bienes existentes en la herencia, diciendo que sólo se entiende gravado por la sustitución fideicomisaria en la parte que corresponda al tercio de mejora y al de libre disposición, mientras que se considera que no queda gravada con la sustitución la parte correspondiente al tercio de legítima estricta, sin que se cuantifiquen numéricamente esas cuotas.

Esta escritura no puede inscribirse ya que no queda determinada en qué parte el piso está libre y en qué parte está gravado con la sustitución, ya que el tercio de libre disposición pertenecía a la viuda, por lo que la fórmula empleada por el Notario no sirve.

Es esencial determinar la cuota libre y la cuota gravada ya que cada una quedará sujeta a un régimen jurídico y a unas limitaciones diferentes, básicamente porque la cuota libre será del pleno dominio del hijo, mientras que respecto de la cuota gravada sólo tiene una titularidad fiduciaria que pasará a su muerte necesariamente a los fideicomisarios.

La subsanación de este defecto se puede hacer de dos formas:

- o bien que los fideicomisarios, dado que están determinados y son mayores de edad, junto con el fiduciario determinen de común acuerdo esas cuotas,

- o bien que concurra sólo el fiduciario para indicar que toda la finca queda gravada con la sustitución ya que, como no hay perjuicio para los fideicomisarios, no será necesaria su intervención.

CONJUNTO INMOBILIARIO

Se presentan en el Registro varias escrituras relativas a modificaciones de entidades hipotecarias (agrupaciones, segregaciones,...) de varias parcelas y edificaciones integrantes en un complejo urbanístico que se rige por las normas de la propiedad horizontal.

La Registradora tras calificar estas escrituras pone nota de calificación por existir, entre otros defectos, la falta del acuerdo de la comunidad de propietarios para realizar dichas agrupaciones, segregaciones,_

Para subsanar este defecto se acompaña posteriormente certificación de un acuerdo de la comunidad de propietarios en el siguiente sentido: *"Estando todos los presentes informados, se somete a votación, resultando aprobado por unanimidad, la modificación del título constitutivo de la manzana 3 ... para aquéllas variaciones que puedan necesitar los propietarios de la misma para la mejor construcción de esta, necesitarán la aprobación previa de la Comunidad de Propietarios de la modificación en concreto, cuando se necesite alterar la organización general de la misma*

Del acuerdo transcrito parece resultar que:

-los propietarios no necesitarán el acuerdo de la Comunidad para las variaciones que puedan necesitarse para la mejor construcción ,

- pero sí necesitarán dicho acuerdo cuando para esa modificación se necesite alterar la organización general de la manzana.

Tal y como resulta de todo lo anteriormente expuesto resulta claro que no se sabe muy bien qué es lo que ha acordado la Comunidad, pero ese acuerdo, en ningún caso autoriza a los propietarios a segregar o agrupar sin el consentimiento de la Comunidad ya que es imposible saber qué se entiende por " variaciones para la mejor construcción" y por " modificaciones que alteran la organización general".

ANA Mª SABATER, CONSUELO GARCÍA, ALVARO DE LANZAS, FRANCISCO MOLINA, PEDRO FANDOS Y SUSANA JUSTE (Registradores de la Propiedad)

R. 10 DE ENERO 2004 (BOE 2-03-04)

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. ADQUISICIÓN POR EXTRANJEROS

Se presenta en el Registro de la Propiedad escritura de compraventa por la que los cónyuges de nacionalidad paquistaní adquieren una finca con arreglo a su régimen económico matrimonial.

Calificado dicho documento por el Registrador por conocer la legislación extranjera, (en Pakistán rige el derecho musulmán clásico y, por tanto, la absoluta separación de bienes), suspende la inscripción al no determinarse en la escritura la cuota indivisa correspondiente a cada uno de los adquirentes. Artículo 54 RH.

La Dirección General confirma la calificación registral.

(Ana Mª Sabater)

R. 13 DE FEBRERO 2004 (BOE 24-03-04)

PRÉSTAMO HIPOTECARIO. CLÁUSULA RELATIVA A LA DETERMINACIÓN DE LOS INTERESES. PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL

Se presenta en el Registro escritura de préstamo hipotecario. Se establecen entre otras las siguientes cláusulas:

Tercera. Bis. Tipo de interés variable. 1. Cada período de doce meses posterior al día 1 de agosto del año 2000, se determinará "período de interés". 2. En cada período de interés hasta que finaliza el plazo del contrato, se aplicará un tipo de interés nominal que será la suma resultante de añadir 0.50 puntos al "tipo de referencia" o 0.50 puntos al "tipo de referencia sustitutivo", redondeados al alza al más cercano múltiplo de un cuarto de punto. (...)

Séptima. Constitución de hipoteca. (...) constituyen hipoteca, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 217 del Reglamento Hipotecario, a favor del Banco Español de Crédito, S.A. que, por medio de sus representantes la acepta (...) en garantía de la devolución del capital del préstamo (...)

de sus intereses ordinarios de un año, al tipo nominal pactado señalándose a efectos hipotecarios un tipo máximo del 18% anual, hasta un máximo de cinco millones ... equivalentes a treinta y dos mil ... euros, de los intereses moratorios de tres años al tipo nominal resultantes de lo establecido en la cláusula financiera 6ª, señalándose a efectos hipotecarios un tipo nominal anual máximo de 19% hasta un máximo de diecisiete millones de pesetas equivalentes a ... euros.

Undécima. Procedimiento extrajudicial. Para el caso de que la ejecución de la hipoteca tenga lugar por el procedimiento extrajudicial a que se refieren los artículos 129 de la LH y 234 y ss del RH, los otorgantes hacen constar:

1.- valor en que tasan la finca ...
2.- domicilio para la práctica de requerimientos y notificaciones ...
3.- se designa persona que en su día haya de otorgar escritura de venta de la finca hipotecada...

El Registrador suspende la inscripción por los siguientes defectos:
1.- No se fija límite alguno a la variabilidad del tipo de interés al alza y a la baja.

2.- En la cláusula de constitución de hipoteca se establece un tipo máximo del 18% anual "a efectos hipotecarios", cuando el tipo máximo debe operar tanto en las relaciones entre acreedor hipotecario y deudor hipotecario, como en las que se produzcan entre aquél y el tercer poseedor.

3.- Procedimiento extrajudicial es declarado inviable por la derogación del mismo por las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998 y 20 de abril de 1999.

Se interpone recurso gubernativo.

La Dirección General estima el recurso revocando la calificación del Registrador.

En cuanto al primer defecto:
No cabe imponer al amparo del Principio de determinación, la fijación de un tipo máximo al que puedan ascender los intereses ordinarios o de demora en las relaciones personales entre el acreedor y el deudor, si se señala el límite al que puede ascender la cobertura hipotecaria. La hipoteca, derecho real que se inscribe, queda perfectamente determinada en su alcance y extensión. Siendo irrelevante aquellos aspectos del préstamo que no influyan en el juego de la garantía.

En cuanto al segundo defecto:
La expresión a efectos hipotecarios debe ser entendida en el sentido de fijar la cobertura hipotecaria de tales intereses y tanto interpartes como erga omnes.

En cuanto al tercer defecto:
El Centro Directivo, después de hacer referencia histórica al Procedimiento extrajudicial, mantiene la admisibilidad del mismo, pues la enajenación está en el mismo acto de constitución de hipoteca; pero tal enajenación no la podrá realizar por sí el acreedor, sino habrá de formalizarse por escritura pública con los trámites que señalan los artículos 236 del RH.

A mayor abundamiento, el legislador se pronuncia sobre su admisibilidad en el artículo 129 de la LH.

(Ana Mª Sabater)

R. 6 DE FEBRERO 2004 (BOE 24-03-04)

REGISTRO DE BIENES MUEBLES. CANCELACIÓN DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO

El Registrador deniega la cancelación de un arrendamiento financiero "leasing" a instancia del titular de la tarjeta de transporte del vehículo objeto de dicho arrendamiento, por no cumplirse lo dispuesto en los arts. 22 y 24.2 de la Orden de 19 de julio de 1999 que exigen solicitud del arrendador-titular del bien o resolución judicial que lo ordena.

La DG desestima los dos argumentos del recurrente: en primer lugar, sobre la improcedencia de la constancia del arrendamientos financiero en el Registro de Bienes Muebles por haberse practicado de oficio por el Registrador, en contra del principio de rogación, puesto que en virtud del Convenio suscrito entre la DG de Tráfico y la DGRN se constituye entre el Registro de Bienes Muebles Central y el Registro de Vehículo dependiente de la Jefatura Central de Tráfico, una base de datos común mediante la interconexión de sus respectivos redes telemáticas. Todo ello en base a la delegación legislativa de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles y de lo dispuesto en la Ordenanza de 19 de julio de 1999 en desarrollo de aquella.

En segundo lugar, ante la alegación del recurrente de que la cancelación debería practicarse por haber transcurrido más de cuatro años desde que se practicó la anotación de la prohibición de disponer que improcedentemente, a juicio del recurrente, se convirtió en inscripción de leassing, no puede olvidarse que se trata de una inscripción de arrendamiento financiero que no está sujeta a caducidad, sino que exige mandamiento con cancelatorio dictado por el Tribunal competente o solicitud del titular registral en escritura pública.

(Consuelo García)

R. 2 DE FEBRERO 2004 (BOE 20-04-04)

URBANISMO

Negativa de la Registradora de la Propiedad a inscribir escritura de elevación a público de un convenio urbanístico.

El Ayuntamiento, en dicho convenio, transmite 2 fincas a una sociedad a cambio de que se realice la construcción de 180 plazas de garaje.

Se deniega la inscripción:

1.- por faltar el requisito de la enajenación mediante pública subasta que exige la ley de contratos de las Administraciones Públicas.

2.- Respecto de la modificación del Plan de Ordenación: no se acredita que haya tenido lugar el trámite de información pública de su aprobación inicial durante dos meses en el Boletín Oficial del Principado y en un periódico de gran difusión de la Comunidad Autónoma.

3.- La fincas objeto de la transmisión son declaradas en el título de dominio público, carácter que no coincide con el inscrito.

4.- Debe aclararse el valor de los bienes a permutar.

Se interpone recurso gubernativo contra el primer defecto. El recurrente alega que la permuta es la excepción a la regla general de pública subasta.

La Dirección General confirma la calificación registral. En el presente caso no estamos ante una permuta. La contraprestación del cesionario es una obligación de hacer y no de dar una cosa.

(Ana Mª Sabater)

R. 20 DE FEBRERO 2004 (BOE 22-04-04)

SEPARACIÓN

Se presenta en el Registro testimonio de sentencia firme de separación.

En los fundamentos de derecho se acuerda "la asignación del uso del domicilio conyugal a la esposa y a los hijos que con ella conviven"

El fallo de la sentencia "se concede la vivienda familiar a la esposa".

El Registrador suspende la inscripción por los siguientes defectos:

1.- Falta de determinación suficiente del contenido y alcance del derecho de uso.

2.- No apreciarse la extensión temporal del derecho de uso.

Se interpone recurso gubernativo alegando la recurrente que no es preciso señalar un plazo, ya que el uso dura mientras dure la necesidad que lo motivó. Y en cuanto a la naturaleza del derecho atribuido queda claro por la sentencia que se atribuye el derecho de uso.

La Dirección General revoca la calificación del Registrador. Aunque, según el Centro Directivo, lo determinante de una sentencia es el fallo, éste ha de ser interpretado de conformidad con los fundamentos de derecho de la misma, y según éstos lo que se atribuye es el uso de la vivienda.

En cuanto a la duración del derecho de uso no es necesario la constancia de tal plazo, pues siempre tendrá un término máximo: la vida del cónyuge a quien se atribuye.

(Ana Mª Sabater)

R.M 25 DE FEBRERO 2004 (BOE 22-04-04)

JUNTA GENERAL. ELEVACIÓN A PÚBLICO DE ACUERDOS SOCIALES.

Se deniega la inscripción de elevación a público del acuerdo de Reducción de capital social por los siguientes defectos:

1.- No haber constituido el depósito de Cuentas Anuales de los años 1995 a 1998.

2.- El capital social se halla pendiente de desembolso.

3.-El balance que sirve de base a la Reducción del Capital social debe ser de seis meses anteriores al acuerdo y no consta su aprobación por la Junta General.

Se interpone recurso gubernativo alegando el recurrente:

En cuanto al primer defecto:

La presentación de las cuentas anuales tuvo lugar en su día con la escritura de cese

y nombramiento de cargos y reducción del capital social.

En cuanto al segundo defecto:
El desembolso del capital social se hizo efectivo, aunque no trascendió a los libros registrales. La falta de constancia del desembolso del capital no es causa de nulidad total del acuerdo de reducción del capital social, pues no viene enunciada taxativamente en el art. 34 L.S.A .

En cuanto al tercer defecto:
El art. 168 L.S.A no exige que el balance que sirve de base a la reducción sea de fecha anterior en 6 meses.

La Dirección General estima parcialmente el recurso. Revoca la calificación del Registrador en cuanto a la exigencia de que el balance sea 6 meses anteriores al acuerdo de Reducir el capital social.
Mantiene la calificación en cuanto al resto de los defectos:
1º defecto.- confirmado. Necesidad de depósito efectivo de Cuentas anuales y no simple presentación de las mismas.

2º defecto.- confirmado. Principios de tracto sucesivo. Presunción de exactitud del contenido registral, art. 20 del Código de Comercio. Es necesario que los asientos reflejen sucesivas modificaciones del capital social. No es posible inscribir reducción del capital social partiendo de situaciones que no se corresponden con lo que el Registro publica.

3º.- defecto.- Parcialmente confirmado. El art. 168 L.S.A sólo exige que el balance que sirve de base esté aprobado por la Junta General. Se revoca la necesidad del cierre del balance 6 meses anteriores al acuerdo.

(Ana Mª Sabater)

R. 12 DE MARZO 2004 (BOE 23-04-04)

ANOTACIÓN DE DEMANDA

1.- Se presenta en el Registro un mandamiento de anotación preventiva de demanda en la cual se reclama una cantidad de dinero.

2.-El Registrador suspende por carecer de transcendencia real.

3.-Se vuelve a presentar el mandamiento con adición haciendo constar que se trata de un crédito refaccionario.

4.-El Registrador reitera la suspensión. Interpuesto recurso la DGRN dice que no es la anotación de demanda el cauce adecuado sino la anotación de crédito refaccionario del artículo 42-8 LH.

(Alvaro de Lanzas)

R. 15 DE MARZO 2004 (BOE 23-04-04)

PROPIEDAD HORIZONTAL. DESVINCULACIÓN DE ANEJO

Se halla inscrito en el Registro un edificio en régimen de Propiedad Horizontal. Los dos sótanos están dedicados a plazas de aparcamiento de vehículos, siendo unas plazas elementos privativos y otras están vinculadas como anejos a determinados pisos, y resultando del Registro la descripción (linderos y superficie) de las que son elementos privativos pero no la de las demás.

En los Estatutos inscritos se autoriza a los titulares de los pisos para realizar, por sí solos, operaciones de "agrupación, agregación, segregación, desvinculación, división y subdivisión" de dichos elementos privativos, si se cuenta con la autorización administrativa.

Se presenta escritura por la que la titular de un elemento privativo que tiene como anejo una plaza de aparcamiento, desvincula ésta de aquél, para convertirla en elemento privativo. A dicho efecto en la escritura se describe la plaza y se expresa su superficie.

El Registrador califica negativamente por estimar que no puede el titular, por sí solo, realizar la descripción de superficie y linderos, que no constan en el Registro, si no es con el consentimiento de la Junta de Propietarios con los requisitos para la modificación del título constitutivo. El Notario recurre.

La DG desestima el recurso.

(Alvaro de Lanzas)

R. 17 Y 16 DE MARZO 2004 (BOE 23-04-04)

REGISTRO DE BIENES MUEBLES. ANOTACIÓN DE EMBARGO. RESERVA DE DOMINIO.

El Registrador de Bienes Muebles deniega la práctica de una anotación de embargo sobre un vehículo, respecto del que existía previamente inscrita una reserva de dominio a favor del propio demandante y ejecutante, por figurar el bien inscrito a favor de persona distinta del demandado-deudor.

La DG confirma la calificación del Registrador aplicando para ello el principio de tracto sucesivo, y basándose en el apartado 15 de la Instrucción de la DGRN de 3-12-2002 -en virtud de la cual los Registradores denegarán mandamientos de embargo sobre bienes vendidos a plazos con pacto de reserva de dominio cuando el objeto del embargo sea la propiedad de los mismos y el embargo se dirija contra persona distinta del vendedor- y en el propio contenido de la reserva de dominio, que supone el reconocimiento de la titularidad del vendedor y la imposibilidad absoluta de disponer del bien por parte del comprador.

Por último, la DG alude a la anotación prevista en el apartado 15, párrafo 2 de la referida Instrucción, como la única posibilidad existente por vía de embargo para evitar la indefensión del vendedor ante el incumplimiento del comprador. Anotación que no se ha practicado por no haber sido solicitada previamente al Registrador.

(Alicia Villalmanzo)

R. 18 DE MARZO 2004 (BOE 23-04-04)

REGISTRO DE BIENES MUEBLES. EMBARGO

Se presenta en el Registro de Bienes Muebles mandamiento de anotación preventiva de embargo por la Tesorería General de la Seguridad Social.

El embargo se pretende sobre el derecho de traspaso de local comercial.

La Registradora suspende la inscripción porque del contrato de arrendamiento resulta que arrendatario no tiene facultad de traspasar, requisito necesario para que pueda tener lugar el embargo sobre el derecho de traspaso.

Se interpone recurso gubernativo alegando que el contrato señalaba que el arrendatario no podía traspasar sin el consentimiento expreso y por escrito del propietario.

La Dirección General revoca la calificación del Registrador. El Art. 19 de la LHMPSD según el cual: "Para que puedan ser hipotecados los establecimientos mercantiles deberán estar instalados en local o negocio del que el titular sea dueño o arrendatario tenga facultad de disponer."

Este precepto no es aplicable a los embargos, pues su finalidad es prohibir posibles actos de enajenación voluntaria por parte del arrendatario. Si llegado el caso se adjudicase por subasta pública, el adquirente del mismo estará sujeto a las mismas limitaciones del arrendatario, adquiere un derecho al uso del mismo, pero sin facultad de traspaso.

(Ana Mª Sabater)

R. 20 DE MARZO 2004 (BOE 23-04-04)

REGISTRO DE BIENES MUEBLES. ANOTACIÓN DE EMBARGO DE ESTABLECIMIENTO MERCANTIL.

Se presenta mandamiento de embargo por la Tesorería General de la Seguridad Social. Dicho embargo tiene por objeto el derecho de traspaso del local de negocio sobre el que existe un contrato de arrendamiento.

El Registrador suspende la inscripción por el siguiente defecto:

No resulta del contrato de arrendamiento que el arrendatario tenga facultad de traspasar, requisito necesario para que pueda tener lugar el embargo ordenado, art. 68 y 19 de la Ley HMPSD.

Se interpone recurso gubernativo alegando el Letrado de la Tesorería, ser un contrato de arrendamiento de uso distinto del de la vivienda formalizado según Ley de 19/ 1994, de 24 de noviembre, que se rige por la voluntad de las partes y en su defecto por el Título III de la propia Ley. Al no existir pacto en contrario rige el artículo 32 de la Ley, según el cual el arrendatario puede subarrendar la finca o ceder el contrato de arrendamiento sin necesidad de contar con el consentimiento del arrendador.

El Registrador en defensa de su nota pone de manifiesto el cierre del Registro a la anotación de embargo sobre establecimiento mercantil al no existir derecho de traspaso (facultad de disposición), por aplicación analógica del artículo 19 de la LHMPSD.

La Dirección General revoca la calificación del Registrador.

El art. 19 de la LHMPSD. "Para que puedan ser hipotecados establecimientos mercantiles deberán estar instalados en locales o negocios del que el titular sea dueño

o arrendatario tenga facultad de disposición.

Este precepto no puede ser aplicado a las anotaciones de embargo. Constituye una excepción al Principio de responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 del Código: Civil, que debe ser objeto de interpretación restrictiva.

(Ana Mª Sabater)

R. 22 DE MARZO 2004 (BOE 24-04-04)

INDIVISIBILIDAD DE PARCELAS RUSTICAS, EXCEPCIONES

Se presenta escritura en la que se segrega una finca rústica, sobre la cual se declara la existencia de una vivienda unifamiliar y posterior venta a los recurrentes; Se acompaña la correspondiente licencia municipal de segregación y construcción de vivienda unifamiliar aislada.

El registrador remite la escritura a la consejería de agricultura y pesca por considerar que la segregación infringe la normativa de unidades mínimas de cultivo, para que declare si se encuentra ante la excepción del art 25 de la ley de modernización de 1995.

Se recibe resolución de la consejería declarando nula la segregación.

El registrador deniega la inscripción y el interesado recurre.

La DGRN revoca la nota ya que el caso planteado encaja en el art 25 de la antedicha ley, que declara como excepción a la prohibición de división, que la porción segregada se destine a construcción permanente de carácter no agrario.

Esta circunstancia y el hecho de haber obtenido la licencia, es suficiente para practicar la inscripción, sin perjuicio de poder declarar la nulidad de la licencia a través del procedimiento legal adecuado.

(Susana Juste)

R. 23 DE MARZO 2004 (BOE 26-04-04)

RECONOCIMIENTO DE PRIVATICIDAD

Se presenta escritura por la que unos cónyuges comparecen ante notario, reconociendo el esposo que determinadas fincas fueron adquiridas con dinero exclusivo de la esposa, solicitando que se haga constar el carácter privativo por confesión.

El registrador practica la nota marginal a que se refiere el art 95-6 del reglamento hipotecario respecto de determinadas fincas que adquirió exclusivamente la esposa, denegando análoga nota respecto de otra que fue adquirida por los dos esposos y, en consecuencia, se inscribió a nombre de ambos con carácter ganancial, por resultar el marido vinculado por actos propios, conforme al art 95 del R.H.

Se vuelve a presentar la misma escritura acompañada de otra en la que comparecen ambos esposos y la sociedad vendedora, ratificando esta última la escritura anterior.

El registrador mantiene la calificación y el notario recurre.

La DGRN confirma la nota y distingue dos supuestos:

1) confesión de privaticidad de un cónyuge respecto de un bien en cuya adquisición no hizo confesión, y que figura inscrito sólo a nombre del otro cónyuge.

Y 2) cuando ambos cónyuges adquirieron y el bien se inscribió como ganancial.

En este caso hay un error rectificable con el consentimiento de todos los que intervinieron en el negocio conforme al art 40, d) de la ley hipotecaria, siendo necesario que se declare el error padecido, y el asiento a practicar será inscripción de rectificación.

(Susana Juste)

R. 24 DE MARZO DE 2004 (BOE 27 ABRIL 2004)

EJECUTORIA: INSCRIBIBLE SIN MANDAMIENTO

Se presenta testimonio de sentencia firme acompañado de varios autos aclaratorios, por la que se estima una acción reivindicatoria, declarándose la propiedad a favor del demandante. La registradora suspende la inscripción por los siguientes defectos:

1) el testimonio debe ir acompañado del correspondiente mandamiento;

2) el documento se refiere a dos fincas, cuando de los antecedentes de la demanda era sólo una, debiéndose aclarar cuál de ellas es. La DGRN revoca la nota en ambos defectos, el primero porque el art 257 de la L.H no exige mandamiento cuando se trate de ejecutoria (documento publico y solemne en que se consigna una sentencia firme). El segundo porque los autos aclaratorios identifican la finca a que se refiere la demanda.

(Susana Juste)

R. 25 DE MARZO 2004 (BOE 27-04-04)

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE QUERELLA

La DGRN estima el recurso y revoca la nota del Registrador que denegó la práctica de una anotación de querella, por no ser una de las recogidas en el artículo 42 LH y por perseguir el cumplimiento de una obligación personal sin trascendencia real, pues es doctrina reiterada del centro, que dicha anotación si que se puede practicar, cuando se ejercita también la acción civil que tenga trascendencia real y pueda afectar a la situación jurídico-registral de la finca; como en el presente caso en el que se persigue la declaración de nulidad de una compraventa, realizada por apoderado, con poder obtenido bajo coacciones y amenazas.

(Pedro Fandos)

R. 26 DE MARZO 2004 (BOE 27-04-04)

EXTINCIÓN DE CONDOMINIO

Por no acreditarse la identidad de uno de los titulares registrales con el otorgante,se suspende la inscripción de una escritura de extinción de condominio otorgada por un comunero, por sí y en representación del

otro de nacionalidad francesa, que ratifica mediante escritura autoridad por el mismo notario; en la escritura y en la inscripción previa, se identificaba al súbdito francés por su tarjeta de residencia, mientras que en la escritura de ratificación, se identifica con el número de identidad francés, pues se dice que es residente en Francia. El Notario recurre, alegando que el juicio de identidad es competencia notarial. La DG no estima el recurso, pues no es una cuestión de juicio de identidad sino de tracto sucesivo, es decir, si quien realmente ratifica, es el titular registral, dada la diferencia de los medios de identificación entre la escritura previa y la inscripción y la posterior que ahora ha sido suspendida.

(Pedro Fandos)

R. 29 DE MARZO 2004 (BOE 29-04-04)

PARTICIÓN. CONTADOR PARTIDOR.

Se suspende la inscripción de una escritura de entrega de legados por el albacea contador- partidor, por falta de consentimiento de los demás legitimarios, sin que se haya procedido a la liquidación y partición de la herencia, El Notario alega, que no quedan más bienes en la herencia, ya que los restantes ya fueron transmitidos por los causantes a los demás hijos legitimarios y, de los testamentos otorgados se deduce la voluntad de que la legataria no adquiera más bienes que los legados. La DG estima el recurso y revoca la nota, pues es doctrina reiterada que, cuando no exista perjuicio de los legitimarios, no hay obstáculo para la entrega de los legados ordenados por el testador, por parte del albacea contador-partidor que, (por otra parte, tiene como una de sus facultades la interpretación del testamento), sin necesidad del consentimiento de los legitimarios, pues no resultan perjudicados por esa entrega.

(Pedro Fandos)

R. 19 DE ABRIL 2004 (BOE 19-05-04)

HIPOTECA. CUOTA INDIVISA DE GARAJE QUE ATRIBUYE EL USO DE ESPACIO DETERMINADO. NECESIDAD DE DISTRIBUCIÓN.

Al presentarse escritura de compraventa de una vivienda y una participación indivisa de un local destinado a aparcamiento y trasteros, que atribuye la facultad exclusiva y excluyente de utilización de dos plazas de garaje y un trastero, descritos perfectamente delimitados, el Registrador opta por abrir folio independiente a cada uno de los elementos. A continuación se presenta la escritura de constitución de la hipoteca, sobre la vivienda, y sobre la cuota indivisa, suspendiendo el Registrador la inscripción en cuanto a dicha cuota, al entender que la configuración como fincas registrales independientes de cada uno de los elementos cuyo uso atribuye, exige la distribución de la carga hipotecaria.

La DG no entra a valorar lo acertado de abrir folio independiente para cada una de las plazas de garaje y el trastero, pero entiende que, dado que la participación indivisa atribuye el uso conjunto de los tres elementos, como cuota global adquirida por un solo precio y con un único valor de tasación, y todas las referencias del docu-

mento demuestran la voluntad manifiesta de las partes de constituir hipoteca sobre la participación indivisa global, sin distribución entre las eventuales participaciones indivisas en que se concrete cada plaza de garaje o trastero, no ha de ser exigible tal distribución. La forma en que practicaron las inscripciones no puede ser obstáculo para la inscripción de la hipoteca sobre el conjunto de los tres elementos, sin distribución, ya que el RD 1093/97 contempla este modo de proceder, sólo a efectos de mayor claridad y descongestión del Registro.

(Franscisco Molina)

R 4 DE MAYO 2004 (BOE 3-06-04)

RÉGIMEN MATRIMONIAL EXTRANJERO.

Se presenta en el Registro de la Propiedad una escritura de adición de herencia otorgada por los únicos herederos del causante la viuda y sus seis hijos.

En el Registro de la Propiedad figura inscritoun tanto por ciento de la finca a favor del causante y otro tanto por ciento a favor de la viuda "con arreglo a la legislación de su país".

La Registradora expresa que "Hay que aclarar cual era el régimen económico matrimonial de dichos cónyuges en la fecha de otorgamiento de la escritura de compra, porque si fuera ganancial tendrían carácter ganancial, y la viuda y los herederos tendrían que liquidar la sociedad de gananciales como trámite previo a la partición de herencia.

Según la DGR el criterio de la Registradora no puede ser confirmado, toda vez que concurriendo al otorgamiento de la escritura calificada todos los herederos del causante (la viuda y todos sus hijos) y siendo mayores de edad y plenamente capaces, no es imaginable que pueda existir alguna circunstancia que impida que, entre ellos, engloben todos los intereses existentes para la manifestación, adjudicación y adición de herencia (cfr.la Resolución de 27 de noviembre de 2003). Y respecto de la participación indivisa inscrita a nombre de la viuda que no es objeto del negocio jurídico contenido en la escritura ahora calificada, se trata de un problema que quedará diferido para el momento de la enajenación posterior de tal participación

(Pedro Fandos)

R.M. 6 DE MAYO 2004 (BOE 4-06-04)

CESIÓN GLOBAL DEL ACTIVO Y EL PASIVO Y EXTINCIÓN DE LA SOCIEDAD.

Se suspende la inscripción de una escritura de elevación a público de los acuerdos sociales de la Junta de una sociedad unipersonal, por la que se extingue la misma, previa disolución sin liquidación, por cesión global del activo y del pasivo, al socio único que expresó su aceptación, por acuerdo del Consejo de Administración, por no constar el acuerdo de la Junta de la sociedad cesionaria, aceptando la cesión, tal como exigió para un supuesto idéntico la RDGRN de 22 de Mayo de 2002. La DG

confirmando dicha resolución, no estima el recurso y confirma la nota del Registrador.

(Pedro Fandos)

SOBRE SANTIAGO DE COMPOSTELA

¿Por qué la vieira es el símbolo de los peregrinos desde hace siglos?

Las conchas de vieira que los peregrinos adquirían cuando llegaban a Santiago, casi siempre tras un viaje muy peligroso, acreditaban que habían alcanzado su objetivo. Sin embargo, esta rudimentaria certificación podía ser falsificada fácilmente, una práctica que se extendió incluso pese a que la Iglesia había decretado la excomunión para quienes lo hicieran. Por ello, en el siglo XIII empezaron a expedirse las denominadas Cartas Probatorias, el origen directo de la actual acreditación, la Compostela.

¿Qué es el Códice Calixtino?

El Códice Calixtino o Liber Sanctilacobi es una compilación de textos jacobeos realizada durante el papado de Calixto II (1119-1124). Aunque se le atribuyen algunos de sus escritos, no sabemos con certeza quién los reunió. La obra está distribuida en 5 libros, independientes en su temática, pero relacionados de una u otra forma con Santiago y la peregrinación. Así, en él se examina desde todo lo relacionado con el culto al Apóstol, incluidos sus 12 milagros, hasta la descripción de la ruta de peregrinación a través del Camino Francés. A mediados del siglo XII, Aymeric Picaud, un clérigo de Poitou, escribió el Liber Peregrinatronis, una guía con indicaciones topográficas muy precisas que fue incluida en el libros V del Códex.

SENTENCIAS

ALICIA DE LARUANAVARRO *Registradora de la Propiedad*

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE DICIEMBRE DE 2003.

RESOLUCIÓN DE COMPRAVENTA DE BIEN INMUEBLE POR FALTA DE PAGO DEL PRECIO: REQUERIMIENTO RESOLUTORIO A INSTANCIA DE LOS ADMINISTRADORES DE LA SOCIEDAD VENDEDORA; PACTO COMISORIO; CLÁUSULA PENAL.

ARTÍCULOS CITADOS: 1113, 1114, 1123, 1154, 1259 Y 1504 DEL CÓDIGO CIVIL.

Hechos:

1º.- Por escritura pública de 12 de diciembre de 1989, modificada parcialmente por otra de 27 de noviembre de 1991, la entidad A, S.A. vende a B, S.L. la finca registral X, con precio aplazado y pacto resolutorio expreso, pactándose la cláusula penal de quedar en beneficio del vendedor los plazos pagados en caso de resolución. Ambas escrituras quedan debidamente inscritas en el Registro de la Propiedad.

2º.- Ante el impago del precio, la vendedora A, S.A. procede a la resolución mediante acta notarial de notificación a la compradora de 15 de noviembre de 1993.

3º.- A, S.A. presenta demanda contra B, S.L. suplicando se declare eficaz la resolución por incumplimiento de la compradora en el pago del precio, que queden sin efecto las inscripciones a que dieron lugar la compraventa y su modificación, con la consiguiente cancelación de tales asientos registrales y los posteriores, y se condene a la demandada a perder, en beneficio de la vendedora, el importe de cuanto tenía abonado a cuenta del precio a la misma, en concepto de la convenida pena por el incumplimiento de la compraventa resuelta.

4º.- El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, siendo confirmada su sentencia por la Audiencia Provincial en apelación. La demandada recurre en casación.

Fundamentos de Derecho:

Se plantea, en el presente caso, la resolución del contrato de compraventa de inmueble por impago del precio, del art. 1504 C.c., que estaba prevista como condición resolutoria explícita en el contrato de compraventa, inscrito en el Registro de la Propiedad, condición a la que se añadía la cláusula penal de quedar en beneficio del

vendedor los plazos pagados en caso de resolución.

El art. 1504 C.c. exige el requerimiento previo para dar lugar a la resolución del contrato de compraventa de bien inmueble por falta de pago del precio, aunque medie el pacto expreso de lex commissoria. Dicho requerimiento implica una intimación a que el comprador se avenga a resolver la obligación y a no poner obstáculos a ese modo de extinguirla, declaración unilateral de voluntad a la que la ley anuda un efecto resolutorio.

En el presente caso, el requerimiento se practicó notarialmente a instancia de quien era representante de la sociedad vendedora A, S.A., lo que se había acreditado en escrituras anteriores, aunque no en el acta de requerimiento. Frente a la alegación de que tal persona carecía por ello de legitimación para instar la resolución, el Tribunal Supremo señala que sí había acreditado la representación de la vendedora en los contratos de compraventa y de modificación del mismo, lo cual era aceptado por la compradora; y que el requerimiento puede verificarse a instancia de la parte vendedora por su representante o un simple mandatario sin representación, es decir, por cuenta del vendedor y no necesariamente en nombre de ella; además, el acto jurídico resolutorio que es el requerimiento, ha sido ratificado plenamente por la demanda de resolución que ha ejercitado la sociedad vendedora.

El pacto comisorio, contemplado en el art. 1504 C.c., es una garantía para el vendedor de cosa inmueble. El incumplimiento de la obligación de pago produce el efecto de resolver el contrato de compraventa, con efecto retroactivo, con efectos ex tunc, lo que supone volver al estado jurídico preexistente, como si el negocio no se hubiere concluido, quedando resueltos los derechos que se hubieren constituido. El pacto comisorio es una condición resolutoria, que, si se cumple, produce la resolución. En el presente caso, se pactó una condición resolutoria explícita, aplicable aunque el impago hubiera sido parcial, pero con cláusula penal.

La cláusula penal establece una pena: la pérdida de las cantidades pagadas en caso de resolución; obligación accesoria, que se ha dado en el presente caso. El art. 1154 C.c. prevé la moderación equitativa por el órgano jurisdiccional, cuando la obligación principal se ha incumplido parcialmente. Pero son de advertir dos extremos: no cabe moderación cuando el incumplimiento parcial era el previsto expresamente en la cláusula penal; y la moderación es una facultad de los juzgados de instancia.

Por todo ello, procede desestimar el recurso de casación.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE DICIEMBRE DE 2003.

SEPARACIÓN MATRIMONIAL: NATURALEZA JURÍDICA DEL CONVENIO REGULADOR.

ARTÍCULOS CITADOS: 1074 Y 14 10 DEL CÓDIGO CIVIL.

Hechos:

1º.- Dª AAA contrae matrimonio con D.BBB el 26 de marzo de 1976 y por sentencia del Juzgado de Primera Instancia,

se decreta la separación matrimonial, aprobándose íntegramente el Convenio Regulador que ambos cónyuges habían elaborado y suscrito en fecha 5 de octubre de 1990, el que fue ratificado a presencia judicial, sin que conste se hubiera llevado a cabo posteriormente alguna modificación del mismo.

2º.- Dª AAA fórmula demanda contra D.BBB suplicando se condene al demandado a la reparación causada a Dª AAA en el convenio regulador de su separación matrimonial, aprobado judicialmente, quedando por ello rescindido en la parte correspondiente a la liquidación de la sociedad de gananciales.

3º.- El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial, en apelación, revoca la sentencia recurrida y desestima la demanda. La demandante recurre en casación.

Fundamentos de Derecho:

La naturaleza de los Convenios Reguladores viene representada por constituir un efectivo negocio de naturaleza mixta, al intervenir en su perfección y consolidación la autoridad judicial que no elimina ni desplaza su naturaleza esencial de tipo contractual privada, ya que su elaboración dimana de la voluntad de los otorgantes que se expresa en el acto material de llevar a cabo la división y adjudicación del haber ganancial.

Si la cuestión fuera que se hubieran omitido bienes relevantes por no haberlos incluido en el Convenio Regulador, procedería su subsanación conforme al art. 1079, complementando o adicionando los objetos o valores omitidos, mediante convenios posteriores.

Lo que integra la cuestión nuclear del recurso es si procede rescindir por lesión el Convenio Regulador discutido y que produjo liquidación de la sociedad de gananciales. La respuesta ha de ser afirmativa, dado que el negocio jurídico que representa el Convenio Regulador no es propia transacción, pues las partes nada discuten sobre sus derechos en la titularidad y aceptan transformar sus cuotas (participaciones abstractas) en titularidades concretas sobre objetos singulares por propias conveniencias. Lo mismo que todo contrato de partición es el resultado de un equilibrio de intereses y una composición de los mismos, por lo que tan fuera de lugar estaría denominarla jurídicamente transacción como a cualquier contrato oneroso.

Si la partición no es por sí misma una transacción, no hay ninguna posibilidad legal de eximirla de su sujeción a rescisión por lesión según el art. 1074 C.c., que es de aplicación a la partición de una sociedad de gananciales disuelta por mandato del art. 1410, sin que a ello obste que haya ocurrido con ocasión de un Convenio Regulador de separación matrimonial.

Con ocasión de la valoración de la vivienda, el Tribunal Supremo manifiesta que el hecho de que se hubiera adjudicado la ocupación de la misma al marido para servirle de vivienda con los hijos del matrimonio, conforme autoriza el art. 90 B) C.c., no significa instauración de derecho real de usufructo, sino de un derecho de ocupación oponible a terceros, y no actúa como causa impeditiva de la rescisión cuando resulta procedente, pues a lo que ha de atenderse es al valor real en el momento de la adjudicación, dejando de lado las posibilidades de venta en el futuro en situación de vivienda

ocupada y su hipotético valor, sin olvidar que la propia recurrente prestó su plena conformidad a que la vivienda continuara ocupada por el esposo e hijos.

Atendiendo a las pruebas periciales se evidencia que existe lesión en más de la cuarta parte.

Por todo ello, se declara haber lugar al recurso de casación.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31 DE DICIEMBRE DE 2003.

SUCESIÓN TESTAMENTARIA: LEGADO DE UN INMUEBLE QUE EL CÓNYUGE VIUDO SE NEGÓ A ENTREGAR AL LEGATARIO ALEGANDO LA NECESIDAD DE DETERMINAR SI PERJUDICABA SU LEGÍTIMA COMO ÚNICO HEREDERO FORZOSO; PRODUCIDO EL FALLECIMIENTO DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE, EL USUFRUCTO DERIVADO DE SU DERECHO LEGITIMARIO SE HA EXTINGUIDO, POR LO QUE PROCEDE LA ENTREGA DEL INMUEBLE AL LEGATARIO.

ARTÍCULOS CITADOS: 807, 838, 817 Y 882 DEL CÓDIGO CIVIL.

Hechos:

1º.- La causante Dª AAA otorgó testamento el 25 de enero de 1992, en el que, tras instituir heredero único a su esposo D.BBB, legaba a D.CCC la finca X, perteneciente a aquélla con carácter privativo.

2º.- Dicho inmueble es incluido por el viudo en la escritura de manifestación de herencia, ante lo cual el legatario solicita la entrega y posesión del mismo, lo que le es negado por aquél al alegar la necesidad de determinar si dicho legado perjudica su legítima como único heredero forzoso.

3º.- D. CCC presenta demanda contra D. BBB, solicitando se le condene a entregarle la finca y otorgar la correspondiente escritura pública de entrega de legado. El demandado formula reconvención suplicando se declare inoficiosa la cláusula del testamento que contiene el legado por perjudicar la legítima del heredero forzoso.

4º.- Durante el procedimiento, D.BBB fallece y su posición es ocupada por su hijo y único heredero D. DDD.

5º.- El Juzgado de la Instancia desestima la demanda y la reconvención. La Audiencia Provincial, en apelación, estima la demanda, aclarando posteriormente el fallo, para referirse a D. DDD como parte demandada desde su personación en autos como único heredero de su padre, el inicial demandado. D. DDD recurre en casación.

Fundamentos de Derecho:

La negativa del viudo a la entrega y posesión del legado ante la necesidad de determinar si dicho legado perjudicaba su legítima como único heredero forzoso, es una facultad que le otorga el art. 806 y el art. 817, ambos del C.c., en relación al art. 818 de dicho Cuerpo legal.

Pero, ahora bien, actualmente ha acaecido el evento del fallecimiento de dicho cónyuge supérstite, por lo que el usufructo derivado de su derecho legitimario establecido en el art. 807-3 y en el art. 838 se ha extinguido, a tenor de lo dispuesto en el art. 513-1, todos del C.c., y no se ha dado, en el presente caso, paso alguno para determinar la inoficiosidad del legado, a tenor de lo dispuesto en el artículo 817 del Código Civil.

Y como no ha habido entrega de legado y no cabe determinación de la masa hereditaria a efectos de preservar la cuota vidual usufructuaria, es por lo que debe resplandecer en su totalidad el derecho del legatario.

En consecuencia, se declara no haber lugar al recurso de casación.

Anecdotario histórico

Francisco I de Francia fue mecenas de artistas como Leaonardo da Vinci, pero entre sus protegidos destacó un bufón llamado Triboulet. En una ocasión, el cómico ofendió a un cortesano, que molesto, lo amenazó de muerte. El bufón pidió ayuda al Rey. Franciso I le aseguró que si alguien le ponía una mano encima él lo ahorcaría una hora después, a lo que Triboulet respondió: "Señor, os agradecería que lo hicierais una hora antes".

Misicus Scurramus fue uno de los esclavos más célebres de Roma. Perteneció al emperador Tiberio y era un hombre culto y refinado. Lo más sorprendente es que él mismo tenía para su servicio otros 16 esclavos. Su inscripción indica los cargos de cada uno de ellos -a excepción de uno-: un agente de negocios, un contable, tres secretarios, un médico, dos chambelanes, dos cocineros, dos sirvientes y tres esclavos más el cargo del oro, la plata y su ropa. ¡Y eso que la ley romana prohibía a un esclavo poseer nada!

En el siglo XIV la ciudad de Barcelona imponía duras penas a aquellos que robaban o comerciaban fraudulentamente con los alimentos. A los que vendían carne de oveja sin una de las marcas oficiales que aseguraba su buen estado sanitario se les daba a elegir la amputación de una mano o un pie. Muchas veces estas operaciones las realizaban verdugos sin preparación y el resultado era la muerte del acusado.

ESCRIBE PARA LUNES

CÉSAR-CARLOS PASCUAL DE LA PARTE. Notario

PARTICIÓN DE HERENCIA; CÓNYUGE VIUDO E HIJOS MENORES. A PROPÓSITO DE LA RESOLUCIÓN DE SU DUDOSA DOCTRINA.

PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Recuerdo que, cuando tuve a la vista por primera vez la resolución de 10 de enero de 1994*, me dio la impresión de que algo importante había cambiado en la doctrina de la Dirección General sobre el particular objeto de este trabajo. Ocupaciones del momento hicieron que dejara para después el sencillo comentario que hoy ofrezco; pues es hora de examinar una década de doctrina que, particularmente, me ha parecido siempre oscura, cuando no claramente errónea. La cuestión no tendría mayores consecuencias, ni hubiera llamado mi atención, si se hubiera quedado ahí la cosa; pero ya son legión las resoluciones posteriores hasta nuestros días que siguen ese camino oscuro.

El supuesto de hecho, tan frecuente en la práctica, es el de una partición de herencia otorgada por el cónyuge viudo y padre de los hijos comunes, interviniendo en nombre propio y, a su vez, como representante legal de sus hijos menores de edad; adjudicándose el caudal relicto en porciones indivisas ajustadas a su respectivo llamamiento (usufructo, nuda propiedad y propiedad plena, según los casos).

*Cuyo contenido se va transcribiendo a lo largo del artículo.

A este problema trató de dar respuesta y novedosa solución la resolución que comentamos; pero con una doctrina tan original y unas disquisiciones tan artificiosas como, en mi opinión, erróneas; toda vez que hacía depender el nombramiento y necesidad de intervención del defensor judicial, en estos casos, nada más y nada menos que de la forma de estar inscritos los bienes gananciales en el Registro de la Propiedad, como detalladamente vamos a ver a continuación. Mi sorpresa fue mayúscula.

Y pienso que tal sorpresa debieron de llevársela, antes que yo, otros compañeros (notarios y registradores) mucho más veteranos. Pues, en efecto, después de las socorridas frases tales como: "es difícil dar, en esta materia, reglas generales, dada la diversidad de supuestos y situaciones prácticas susceptibles de configurar un conflicto de intereses, debiéndose de calificar cada caso concreto, ponderando las circunstancias particulares que en él concurren..." (que no son ejemplo, precisamente, de literatura comprometida); después, digo, de tales o parecidas fórmulas, la Dirección General ha configurado una doctrina tal, tras la resolución objeto de este comentario, que lo cierto y verdad es que hay un antes y un después en esta materia que comentamos.

Pues, si ante el mismo o idéntico supuesto (o, al menos, con la misma identidad de razón), una constante Jurisprudencia y Doctrina, tanto del Tribunal Supremo como de la Dirección General de los Registros y del Notariado (resoluciones de 10 de enero de 1894, 25 de mayo de 1906, 4 de diciembre de 1912, 30 de junio de 1914, 30 de enero y 17 de julio de 1915, 13 de mayo de 1916; incluso las modernas de 14 de marzo de 1991 y 3 de abril de 1995, por citar las más clásicas), se han pronunciado afirmando que ***la inclusión o exclusión de determinados bienes en el INVENTARIO de una herencia implica ¡por sí sola! una incompatibilidad de intereses entre el padre y el hijo, aunque haya renunciado aquél a la parte que pueda corresponderle en la herencia de la madre*** (resolución de 17 de julio de 1915. El subrayado es mío), o frases parecidas; de manera que todos nosotros, notarios y registradores, parecíamos tener muy clara esta cuestión. SIN EMBARGO, y por contra, AHORA, tras las más modernas o recientes resoluciones de la DGRN de fechas 27 de enero de 1987, 14 de marzo de 1991, 10 de enero de 1994, 6 de febrero de 1995, 3 de abril de 1995, 11 de mayo de 1998, 6 de noviembre de 1998, 25 de abril de 2001, 15 de mayo de 2002, 6 de noviembre de 2002, 18 de diciembre de 2002, 11 de marzo de 2003, 18 de junio de 2003 y 15 de septiembre de 2003, el criterio parece haberse cambiado; toda vez que, como resume Angel VALERO FERNÁNDEZ-REYES (RCDI núm. 637; cuyo artículo selecciono por que en él parecen estar recogidas, básicamente y de forma breve, las ideas esenciales de la anterior doctrina de la Dirección General sobre el particular): "Estas resoluciones sientan el criterio de que no es preciso el nombramiento de defensor judicial en la disolución de la sociedad de gananciales y posterior partición, en que el cónyuge viudo interviene por sí y en representación de un hijo o hijos menores, si los bienes que integran la herencia se adjudican en la proporción prevista en el testamento o en la Ley, constituyendo una comunidad romana entre dicho cónyuge supérstite y los distintos herederos, porque, en este caso, consideran que no hay conflicto de intereses", si bien alguna lo exige si se trata de una partición parcial. (Resolución de 3- 4-95.)

Y este resumen que hace VALERO parece que ha sido la interpretación generalizada; pues me temo que ese rosario de resoluciones, con su singular doctrina, haya llevado a muchos compañeros a otorgar o inscribir, sin ton ni son, determinadas escrituras de partición hereditaria, siempre que se les pudiese aplicar este patrón (basta con leer algunos trabajos de unos y otros, en este sentido).

Sin embargo, yo no creo que lo esencial de tales resoluciones sea la doctrina que acabamos de resumir y transcribir. Lo crucial y capital de este cambio de postura se encuentra, como antes apuntamos, en un dato tan accesorio como inquietante, cual es la forma en que aparecen inscritos los bienes gananciales, objeto de partición, en el Registro. Como **intentaremos demostrar** a continuación, este criterio meramente registral no se puede sostener ni mantener con un mínimo de rigor científico. Y si de lo que se trata es de arbitrar medios prácticos que no entorpezcan el tráfico jurídico más de lo necesario, facilitando las operaciones de partición de su herencia (a veces muy modesta) a los ciudadanos, el camino a seguir es el científico. En este sentido, se ofrece al final del trabajo unas nuevas reflexiones jurídicas sobre este problema, con el fin de dar solución radical y para siempre a estas situaciones, sin los remilgos, tanto

pasados como presentes, que parece haber tenido siempre la Dirección General en este asunto. No es ninguna pócima mágica; es simplemente una interpretación alternativa al problema. En todo caso, lo que no se puede hacer es quitárselo de encima o abrir caminos novedosos, con construcciones -en mi opinión- nada rigurosas.

Pero, ¿QUÉ HA OCURRIDO Y QUÉ ES LO QUE HA PASADO en este asunto? En mi opinión, el punto de inflexión y cambio de opinión y de postura tiene lugar con la resolución de 27 de enero de 1987; la cual, en su considerando 4.º, dice: ***"Es cierto que, de acuerdo con la doctrina científica y con reiterada jurisprudencia, existe contradicción de intereses en una partición de herencia en la que aparezcan interesados como partícipes el cónyuge viudo y sus hijos menores. Ahora bien, es necesario descender de esta afirmación general al examen del caso específico ..."***.

Y "el caso específico" era que se trataba de un supuesto sujeto a la Compilación Balear; por lo que se advertía previamente en el considerando 2.º que: ***"... Este hecho tiene gran importancia porque, dado el régimen matrimonial legal de absoluta separación de bienes vigente en Baleares, no resulta necesaria una previa liquidación de los bienes comunes de la sociedad conyugal, en la cual, para la concreción del haber hereditario, podrían resultar enfrentados los intereses respectivos de la madre y de sus hijas"*** (obsérvese que se llama especialmente la atención respecto al régimen económico matrimonial entre los esposos).

Y estas mismas ideas se van repitiendo, con más o menos matices del caso propuesto, como una. salmodia jurídica, por todas las resoluciones posteriores y antes citadas; por lo que no les presto mayor atención, salvo a la de 11 de enero de 1994, que es la realmente importante, como ahora veremos. De suerte que, en resumen, se podría afirmar que tan sólo en los supuestos de que el patrimonio ganancial partible (esto es, los bienes que tienen tal carácter) esté perfectamente delimitado, por así resultar de la titulación inscrita o haberlo decretado así la autoridad judicial, en su caso, se podrá prescindir del recurso al defensor judicial, al entender que no existe conflicto ni contraposición de intereses.

PERO el problema está, precisamente, en determinar con precisión CUÁNDO SE PUEDE AFIRMAR QUE LOS BIENES QUE INTEGRAN EL PATRIMONIO GANANCIAL ESTÁN PERFECTAMENTE DELIMITADOS. Pues, por mucha cantinela de que no se pueden dar reglas generales en materia de conflicto y oposición de intereses, debiendo de descender al caso concreto, lo cierto es que habrá que determinar con precisión los principios a los que, necesariamente, haya que atenerse para esa delimitación conceptual, procurando "una uniformidad que evite la INSEGURIDAD JURÍDICA".

En mi opinión, esta uniformidad conceptual la intenta proporcionar la importante resolución de 10 de enero de 1994. En efecto, sin la doctrina de esta resolución, las restantes referenciadas me parecen puro humo, pues si bien resuelven el caso concreto, nos dejan sin esos criterios precisos a los que ajustarnos para solucionar el problema. Sólo que, como después veremos, resulta poco rigurosa en sus dictados, induce a confusión y nos sigue dejando a oscuras, por más que muchos opinen lo contrario.

En este sentido, el mencionado A. VALERO E-R., recogiendo argumentos convincentes (a su mencionado artículo me remito) de una histórica y tradicional doctrina científica, asegura que "TÉCNICA Y TEÓRICAMENTE **el conflicto de intereses se da siempre en** estos casos. Por lo menos, si entendemos por «conflicto de intereses», como dice el Código civil, su «incompatibilidad», su «oposición». O, en palabras de este autor -un conflicto REAL Y OBJETIVO (es decir, que no se trate de intereses paralelos, simplemente distintos o intrascendentes; sino verdaderamente incompatibles o antagónicos «por sí mismos», independientemente del comportamiento concreto observado o que vaya a tener el representante, en la relación de la que se deriva el conflicto); -ACTUAL (en el sentido de que, en el momento de la realización del acto o negocio jurídico por el representante, se den o subsistan aquellas condiciones objetivas de las cuales deriva el peligro del daño para el representado-. Así el art. 163 del C.c.". Siempre que en algún asunto el padre y la madre "tengan" un interés opuesto al de sus hijos no emancipados ..., y en el 299-1: "Cuando en algún asunto «exista» conflicto de intereses con el verbo. en presente -y teniendo presente que este requisito es independiente de si se producen o no consecuencias dañosas); e -IMPORTANTE Y OCASIONAL (es decir, no un conflicto intrascendente, ni tampoco reiterado-, que daría lugar a la constitución de una tutela o curatela). En base a todo ello, VALERO Concluye que:

"De lo dicho se infiere que la determinación de qué bienes son gananciales" (recuerda el fenómeno de la desinscripción en grandes zonas rurales o casi rurales, que propicia que, muchas veces, dicha determinación quede al arbitrio del cónyuge supérstite, que puede excluir del inventario como suyos bienes que no lo son o atribuir carácter ganancial a los privativos del otro cónyuge), la existencia de otros bienes distintos a los inventariados, el distinto valor que pueda darse a los mismos al formar el inventario e, incluso, la posible existencia de créditos del cónyuge premuerto frente al sobreviviente, o viceversa (y no sólo de otras deudas del causante frente a terceros, como hablan las resoluciones), claramente demuestran la posibilidad de conflicto de intereses entre el menor y el cónyuge viudo que ejerce la patria potestad y, por tanto, la necesidad del nombramiento del defensor judicial". Además, añade, todas las particiones pueden ser parciales, pues no es infrecuente la realización de particiones adicionales. Aparte de que cuando se convierte la sociedad de gananciales (o sociedad germánica en mano común que requiere el consentimiento unánime de todos los partícipes, para realizar cualquier acto que le afecte) en un proindiviso ordinario, o comunidad romana o por cuotas (en las que cada condueño puede disponer libremente de su cuota, y en donde cabe el ejercicio de la acción de división de la cosa común), sí puede existir un claro conflicto de intereses (en contra de lo que afirman estas resoluciones que califican este supuesto de "operación sin trascendencia económica" ... "que no envuelve peligro alguno de perjuicio o lesión para el hijo..."); Piénsese, por ejemplo, el perjuicio que pudiera causar al menor el hecho de que su padre/madre viudo, queriendo hacerse con dinero rápidamente y no pudiendo esperar una autorización judicial, vendiera su cuota a un tercero por su propia iniciativa (cosa que no le sería posible estando en comunidad germánica), a un precio incontrolable, y que el menor tuviera que compartir su ya comunidad romana con un extraño y con unos intereses nada coincidentes con los suyos, acaso per-

turbadores y molestos. ¿Qué norma jurídica le va impedir a la madre vender su mitad indivisa en ese condominio?

Finalmente, señala A. V. FERNÁNDEZ-REYES un poderoso argumento (que no se ha tenido nunca en consideración por la Dirección General y es, según yo pienso, de capital importancia); a saber, que "la determinación de la VECINDAD CIVIL del premuerto al tiempo del fallecimiento, de la que derivan derechos sucesorios del cónyuge supérstite distintos según cuál sea la misma, depende, en la mayoría de las ocasiones, de la simple manifestación de éste, y ello implica también una contraposición de intereses" (Pregunta: ¿Cómo supo la Dirección General, en las Resoluciones de 27 de enero de 1987, 11 de marzo y 18 de junio de 2003, 11 de marzo y 18 de junio de 2003, por ejemplo, que el régimen económico matrimonial era el balear o el catalán?).

Por lo demás, en opinión de FERNÁNDEZ-REYES, "la única razón... por la que pueden sostenerse el criterio de estas resoluciones es el **principio** PRÁCTICO de economía jurídica", descargando de trabajo a los tribunales y de molestias sin cuento a los interesados, en aquellos CASOS EN QUE LA PARTICIÓN NO PRODUCE UN DAÑO **ACTUAL** AL REPRESENTADO; y todo ello, asegura, sobre la base de cierta doctrina que, siguiendo a DONSI, entiende que la finalidad de la norma es, más que prevenir un conflicto de intereses, neutralizar las consecuencias dañosas que del mismo podrían derivarse. Si sólo se atiende al conflicto de intereses, dicen, se tendrán grandes dificultades de orden probatorio, que no se producirían si se atiene a la concreta lesión, pues ésta será más fácilmente demostrable.

No comparto, en absoluto, esta última opinión (cuya refutación ahora no me interesa, pues mi razonamiento va por otro camino); pero parece claro que la Dirección General busca esos criterios prácticos exentos de molestias, o con las menores posibles (así parece reconocerlo expresamente en la resolución de fecha 24 de abril de 2001, que alude a la "necesidad de agilizar y simplificar el tráfico jurídico, reduciendo sus costes en la medida en que queden debidamente salvaguardados los intereses de menores e incapacitados". Véase también resolución de 23 de julio de 90).

Loable intención.

EL FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Pero, como es natural, no basta con afirmar que la Dirección General en este punto se deja llevar por criterios prácticos (como por otro lado yo también lo creo). De lo que se trata es de determinar EL FUNDAMENTO JURÍDICO que ha servido de base a nuestro Centro Directivo para brindarle cobertura y respaldo seguro a su doctrina. No basta con meros criterios económicos y prácticos; pues el mero ropaje práctico sin el científico es claramente insuficiente.

Y, en este sentido, yo creo que **la clave** está contenida en esta resolución de **10 de enero de 1994;** pues es la que da plena cobertura jurídica a su doctrina, en base a algunas consideraciones jurídicas que DESPUÉS NO SE HAN REITERADO en toda su extensión, sino que parecen haberse dado por supuestas (tampoco me interesa ahora esa reiterada salmodia sobre si la adjudicación en proindiviso es o no una operación

de trascendencia económica -algo se dejó apuntado ya antes-; sobre todo porque la lesión o perjuicio, de producirse, tendrán lugar, básicamente, ¡en un momento anterior!: el del INVENTARIO Y AVALÚO DE LOS BIENES, como operaciones previas a las adjudicaciones definitivas).

Pues lo DETERMINANTE Y CRUCIAL, la clave del asunto, si mucho no nos equivocamos, viene recogido en SU CONSIDERANDO 4.º: "4. Fundamentaba su aserto la mencionada resolución "-la de 14 de marzo de 1991, que entendió la necesidad de nombramiento de defensor judicial- "en que la oposición de intereses tenía lugar en la misma determinación del inventario de los bienes que son gananciales, pues en su formación se plantea un problema de determinación de masas patrimoniales -gananciales, parafernales, dotales, capital del marido- que no viene resuelto mecánicamente, pues la presunción de gananciales no es indestructible y por eso, al existir un conflicto de intereses, priva, en estas operaciones, a la viuda de la representación legal y exige que ésta sea conferida a un defensor nombrado por el juez.

"No obstante, hay que tener en cuenta que la posibilidad cierta de destruir la presunción de ganancialidad tiene unos límites que no pueden rebasar los de la propia presunción, que no actúa con carácter de generalidad, superponiéndose a todas las normas que atribuyen tal carácter a determinados bienes del matrimonio, sino que, dentro de éstos, se ha de distinguir LOS QUE TIENEN LA CUALIDAD DE GANANCIALES EN VIRTUD DE LA PROPIA PRESUNCIÓN (COMO los bienes muebles que carecen de título conocido o los propios bienes inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad cuando no conste expresamente que la adquisición se realizó- para la sociedad conyugal), la cual, por consiguiente, puede ser contradicha y destruida, de aquellos otros que RECIBEN AQUELLA CUALIDAD DEL TITULO DE ADQUISICIÓN (ART 1.347 DEL CÓDIGO CIVIL) O POR LA VOLUNTAD DE LOS ADQUIRENTES (ART 1.355 DEL CÓDIGO Cim), respecto a los que, cualquiera que sean las consecuencias colaterales de la adquisición o de la voluntad de los cónyuges, al no operar la presunción, no se da la posibilidad de ser destruida".

"Dejando ahora aparte la cuestión respecto de los bienes presuntivamente gananciales y limitándonos al otro grupo de bienes, como es el que forma parte de la sociedad conyugal disuelta a que se contrae el título sometido a controversia, la cuestión relativa a la contradicción de intereses no puede producirse en la formación del inventario, sino en el momento de las adjudicaciones. En el supuesto de que se adjudiquen bienes concretos, sí puede producirse la contradicción de intereses como consecuencia de la distinta valoración que se atribuya a cada uno de ellos, pero esta posibilidad decae si los bienes se adjudican en comunidad romana, en cuya situación la proindivisión elimina la posibilidad de perjuicio para cualquiera de las partes" (sic).

Lo que ocurre es que, al no haber sido reiterado este considerando y doctrina en toda su amplitud, sino que, literalmente, es un considerando aislado, ha quedado como oculto, aunque presumiéndose sabido y conocido por todos; con lo cual, tampoco ha sido matizado, Pulido, aquilatado o precisado. Porque, según yo lo veo, la doctrina de este considerando, tan clave y tan crucial, es DEFECTUOSA, OSCURA Y ESTÁ

MAL REDACTADA; ya que no delimita bien ni los conceptos ni los supuestos. Lo que ha podido conducir a esa confusión posterior y esa generalizada idea de que, en todos estos casos que comentamos, "ya ha resuelto la Dirección General y no hay problema".

Pero veamos si esta afirmación y creencia son ciertas.

La verdad es que, por mucho que lea y que relea el definitivo párrafo 2º de este considerando cuarto, no acabo de comprender los supuestos de hecho que contempla con nitidez; pues parece contraponer:

1) Los bienes que tienen la cualidad de gananciales, en virtud de la mera y propia PRESUNCIÓN; aclarando que estos tales son aquellos bienes inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad, cuando no consta expresamente que la adquisición se realizó para la sociedad conyugal. Cualidad, ésta, que puede ser contradicha y destruida. En tal caso, y ante tal clase de bien « es, la D.G. entiende necesario, siempre, la intervención del defensor judicial (ej., res. 3 de abril de 1995...).

2) De aquellos otros bienes que, al no operar la presunción, NO se da la posibilidad de ser destruida (hasta aquí todo parece correcto y acompasado con el C. civil y el Reglamento Hipotecario). En tales supuestos, y ante tal clase de bienes, la D.G. No entiende necesario (por este solo hecho) la intervención del Defensor judicial.

AHORA BIEN, la oscuridad y la duda que, en mi opinión, genera esta resolución viene ocasionada por la falta de precisión en este punto, al ENGLOBAR Y DAR UN MISMO TRATAMIENTO a diferentes categorías de bienes, cuales son:

- Los bienes que reciben la cualidad de gananciales por voluntad de los adquirentes (también aquí, de acuerdo).

-***Y "aquellos otros que reciben aquella cualidad (de gananciales) del título de adquisición (art. 1.347 del Código civil)".***

Pues bien, ¿A QUÉ BIENES SE ESTÁ REFIRIENDO EXACTAMENTE LA D.G. cuando hace esta alusión? Ya que, del título de adquisición, SÓLO puede resultar con CERTEZA ser gananciales: los declarados así por la autoridad judicial, o aquellos comprados por ambos cónyuges sin atribución de cuotas o para su sociedad conyugal; es decir, y de conformidad con el artículo 1.355 del C. civil, aquellos en los que ha intervenido la voluntad y consentimiento concorde de los dos esposos, casados en régimen de gananciales. ¿Qué pasa con la inmensa mayoría de bienes que no son de los anteriores y que más frecuentemente se dan en la práctica, cuales son LOS ADQUIRIDOS A TÍTULO ONEROSO POR UNO SOLO DE LOS CÓNYUGES, CON LA MANIFESTACIÓN DE QUE ADQUIERE PARA LA SOCIEDAD DE GANANCIALES? Pues, en tal caso, el Reglamento Hipotecario manda que se inscriban con esta indicación "a nombre del cónyuge adquirente" (art. 93-4).

En efecto, el registrador de la propiedad no puede inscribir al tuntún, sino que, en atención al título de adquisición presentado para su registración, está sujeto a una **normativa precisa e imperativa,** que no puede eludir y a la que se debe someter.

Y es que, tras la Reforma del Reglamento Hipotecario de 12 de noviembre de 1982, que quiso acompasar el régimen registral de publicidad con la reforma sustantiva del

Código Civil, de 13 de mayo de 1981, se han establecido normas prácticas y rigurosas en orden a la inscripción de este tipo de bienes, intentando superar las muchas discusiones que se habían producido con la anterior reforma hipotecaria de 1959. En este sentido, es de recordar el luminoso auto de la Audiencia Territorial de Granada de 23 de julio de 1984 (a propósito de un recurso, a efectos doctrinales, sobre la aplicación de la antigua o nueva normativa al respecto). Y es de recordarlo porque en el **supuesto de hecho** de la resolución que comentamos (según el considerando 1º de la misma), se trataba de un bien "comprado durante el matrimonio por el marido para su sociedad conyugal, constando inscrito en el R. de la Prop. a nombre de los dos cónyuges para su sociedad conyugal de gananciales" -sic- (lo cual por cierto, nos lleva a la conclusión de que se compró antes de la indicada reforma reglamentaria de 1982).

Resulta que, antes de la indicada reforma, el artículo 95-1ª del RH ordenaba inscribir los bienes adquiridos por uno solo de los cónyuges sin que se haga declaración alguna sobre la procedencia del precio o contraprestación, "a nombre de ambos conjuntamente, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal".

Y el mencionado auto nos recordaba que: "Las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, interpretando correctamente este desdichado precepto, felizmente derogado, lo calificaron de «muy singular» (Resolución de 7 de abril de 1978), de «desviación de las normas legales de carácter general de nuestro sistema inmobiliario», de «carácter anómalo y singular» (Resolución de 10 de marzo de 1978), que produce «una situación un tanto excepcional de discordancia entre el título y la inscripción» (Resolución de 5 de mayo de 1978)". Doctrina, ésta, que sostuvo antes en múltiples ocasiones (así, resoluciones de 9 de marzo de 1917, 19 de octubre de 1949, 17 de febrero de 1969 y 29 de septiembre de 1967, entre otras muchas); y que incluso el propio Tribunal Supremo, en sentencia de 8 de enero de 1968, había calificado a este desgraciado precepto reglamentario de "norma excepcional". De suerte que, como se criticaba a este precepto, NO se debe practicar una inscripción a favor de persona que no comparece en el título, ni se halla representada, y a la que nada se atribuye expresamente. "El Registro de la Propiedad es un REGISTRO DE TÍTULOS (art. 51-9 del Reglamento Hipotecario) Y ES LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS LA QUE ESTÁ AMPARADA por los principios de legitimación y fe pública. La inscripción de la adquisición por uno solo de los cónyuges debe hacerse de conformidad con el título y, por consiguiente, a favor de quien en él aparezca como adquirente, y en modo alguno puede estimarse que un precepto reglamentario modifica los artículos 1, 2, 3 y 9 de la Ley Hipotecaria, que son de rango superior".

En resumen, de toda esa copiosa jurisprudencia resultaba de manera categórica que la titularidad está en el título, y de éste y sólo de éste la refleja la inscripción. De manera que esta discordancia entre el Registro de la Propiedad y el título que servía de base a la inscripción (forzada por el tan repetido antiguo art. 95-1.0 del RH) fue solucionada por la reforma de 1982. Antes de esta reforma, en el acta de inscripción en las adquisiciones onerosas practicadas por un solo cónyuge figuraban a nombre de los dos cónyuges, en base a que el bien se integraba en un patrimonio autónomo del

que ambos cónyuges son titulares; con lo cual el Registro publica la "titularidad de una persona que no ha sido parte en el acto o contrato de adquisición" (la del cónyuge no adquirente, además de la del adquirente); por eso, tras la reforma del RH, por el RD 3215/1982, de 12 de noviembre, y respecto de las adquisiciones realizadas por uno solo de los cónyuges a título oneroso durante el matrimonio, los actuales artículos 93- 4 y 94-1 (como nos recuerda el repetido auto del TSJ Granada) son "una norma dirigida a los Registradores de la Propiedad acerca de la forma de practicar las inscripciones de los bienes de los cónyuges y de la sociedad conyugal ...", suprimiéndose, por tanto, la discordancia apuntada anteriormente entre título e inscripción. De suerte que las adquisiciones que antes se inscribían a nombre de ambos cónyuges, ahora se inscriben a nombre sólo del cónyuge adquirente.

Y es que, como escribe LACRUZ (Elementos de Derecho Civil, IV,- Derecho de Familia, p. 386): "Hay, pues, en la sociedad de gananciales, un «principio social»; hay un patrimonio autónomo pero falta personalidad. Consiguientemente, los derechos sobre fincas han de constar en el Registro de la Propiedad bajo la titularidad prima facie de una persona física, de uno de los cónyuges o los dos. Ahora bien, ello no impide que el Registro dé a conocer la adscripción de tales bienes, casi definitiva, o probable o posible, al patrimonio ganancial, el cual será entonces, según el libro, su atributario material, mientras que con la persona física se cuenta, de una parte, como partícipe en el consorcio, y de otra, a los efectos formales de ser el soporte subjetivo de la titularidad registral.

Así pues, resulta que los bienes adquiridos, a título oneroso, por los cónyuges que viven bajo el régimen de gananciales se **"tienen"** que inscribir de una de estas tres maneras, que **señala y ordena el nuevo Reglamento Hipotecario:**

-Bienes adquiridos por AMBOS cónyuges para la comunidad, o de forma conjunta y sin atribución de cuotas o atribuyéndoles tal carácter: se inscribirán a nombre del marido y la mujer, con carácter ganancial (art. 93-1).

-Bienes adquiridos a título, oneroso por UNO solo de los cónyuges **sin indicación** alguna: se inscribirán a nombre del cónyuge adquirente con carácter presuntivamente ganancial (art. 94-1).

- Bienes adquiridos a título oneroso por UNO de los cónyuges **con indicación** de que adquiere para la sociedad de gananciales: se inscribirán, con esta indicación, a nombre del cónyuge adquirente (art. 93-4).

PUES BIEN, a la vista de lo anterior, ¿qué es lo que nos quiere decir la Dirección General en la mencionada resolución que comentamos, y a qué tipo de bienes se refiere de entre las tres categorías anteriores (¡únicas posibles!, si se atiende a criterios estrictamente registrales, como ella hace y luego veremos), cuando habla de los bienes que son gananciales por ***"recibir aquella cualidad del título de adquisición (art 1.347 del Código civil)"***, y para los que dispensa la intervención del defensor judicial? Pues, como escribe LACRUZ (obra citada, p. 398), el artículo 1.347 no es más que un marco de referencia; no califica los bienes de una u otra naturaleza; de manera que: "Bien ganancial es el que, hallándose en el patrimonio de los cónyuges, cumple alguna de las especificaciones del artículo 1.347.- es fruto, sueldo, adquisición cuya condi-

ción privativa no pueda probarse, etc. " Es decir, que, cumplidos esos presupuestos que recoge el mencionado artículo, el bien será ganancial. Ahora bien, dentro de esa categoría ganancial, unos tendrán este carácter prácticamente definitivo, o, por el contrario, más bien probable o presunto.

O, si se los quiere clasificar **exclusivamente conforme a criterios hipotecarios,** tendríamos, unos: a) bienes gananciales comprobados; b) bienes gananciales "manifestados" o "declarados" por uno solo de los esposos y c) bienes gananciales "presuntos". Y ese carácter más o menos definitivo lo otorga el título de adquisición y las manifestaciones (o falta de ellas) allí vertidas; a lo cual, en todo caso, manda el legislador que se atenga el registrador (sin mayor investigación al respecto, carga de la cual le releva), según dejamos dicho y explicado más arriba, a fin de acompasar título de adquisición e inscripción.

Y esta clasificación parece reconocerla, en principio, la misma Dirección General, en su tan aludido considerando 4.º; al empezar aclarando que los bienes inmuebles que son presuntivamente gananciales lo son ***"cuando no consta expresamente que la adquisición se realizó para la sociedad conyugal"*** (sic), y de conformidad con el artículo 94-1 del RH.

LO GRAVE DEL ASUNTO, como antes dejé apuntado, en que frente o en oposición a estos bienes inscritos como presuntivamente gananciales, la Dirección General coloque a todos los demás en que así resulten del título de adquisición, y respecto de los que parece dar por sentado que:

... "al no operar la presunción, no se da la posibilidad de ser destruida".

CRÍTICA DE LAS ANTERIORES IDEAS

Lógicamente, no se comparte este punto de vista, pues, aparte de lo que al final veremos, resulta prácticamente imposible, o muy difícil, probar el carácter ganancial (o privativo) de los bienes del matrimonio. Es cierto que el patrimonio ganancial tiene a su favor la presunción del artículo 1.361 del Código civil, para absorber y acoger en su seno a todos aquellos adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, conforme el artículo 1.347 C. civil, y cuyo carácter privativo no se demuestre o se pueda demostrar. PERO tal carácter no suele ser, casi nunca, definitivo, rotundo o incontestable. En efecto, téngase presente que, ni siquiera en las adquisiciones realizadas por ambos cónyuges, se puede tener esa certeza. Pues, como escribe LACRUZ (p. 386, obra citada): "... teóricamente podría ocurrir que los cónyuges, pagando a medias con fondos privativos, entendieran que el inmueble adquirido había de ser igualmente privativo por mitad, y, sin embargo, no lo hicieron constar así (en la práctica, con el asesoramiento del notario, esto es imposible)" -he aquí a un hombre optimista- "Pero tales bienes se inscribirán como gananciales aun no siéndolo" (arts. 93-1 RH y 1.355-2 del Código civil).

Y si con estos bienes puede ocurrir lo que se acaba de decir, no digamos el semillero de problemas que pueden ocasionar los que aparecen inscritos con una naturaleza que hemos denominado: ***"gananciales*** *manifestados o confesados"* (por no hablar de los gananciales "presuntivos", claro está). Ya que, desde un punto de vista exclusivamente hipotecarista, los bienes gananciales "MANIFESTADOS" NO son gananciales con carácter firme, sino **que también** se **presumen** tales (salvo prueba en contra-

rio). *"Presunción tanto más urgente cuando se corrobora con la confesión del perjudicado." "0 sea, un cónyuge solo adquiere unos bienes inmuebles que él mismo califica de gananciales... no exigiendo más prueba de la condición común del bien adquirido que la mera afirmación del cónyuge... lo que, en algún caso, podría ser falso... como si un esposo, casado en segundas nupcias y sin descendencia de ellas, vende sus bienes propios y reinvierte el importe en fincas que califica de comunes en perjuicio de la legítima de los hijos del primer matrimonio. Pero el RH no exige ninguna demostración del carácter ganancial de los fondos invertidos... La condición ganancial del bien adquirido sigue siendo, en cierta medida, presuntiva" (LACRUZ; obra citada, pp. 387 y 388. -Véase también el mismo texto en "Los bienes conyugales y el Registro de la Propiedad"; AAMN, tomo XXVI; pp. 336 a 355-). Es cierto que esta "manifestación" es irrevocable por el cónyuge adquirente: "Dicho cónyuge no podría hacer luego una manifestación contraria que tuviera, en esa condición, acceso al Registro (art. 95-6 RH). Mas, sin duda, sí lo tiene la manifestación conjunta de ambos cónyuges en escritura pública en el sentido de ser realmente privativos del adquirente los bienes que éste dijo comprar para la sociedad de gananciales"* (p. -388).

Finalmente, y respecto a los bienes inscritos como **"presuntivamente"** gananciales, es claro -dice LACRUZ- que "en cualquier momento puede demostrar el titular registral ser dueño privativo de tales bienes".

LA TITULARIDAD ESTÁ EN EL TÍTULO, ... y de éste, y sólo de éste, la refleja la inscripción; decíamos un poco más arriba.

De manera que, RECAPITULANDO, se puede afirmar que el criterio tradicional de la necesidad del defensor judicial en estos casos que comentamos, que viene resumido en el considerando 2.º de la resolución de 14 de marzo de 1991 (en donde allí los bienes comunes estaban inscritos como presuntivamente gananciales) y recogido en el párrafo 1º del considerando 4.º de la resolución de 10 de enero de 1994, objeto de este artículo (y antes visto), ha quebrado.

Lo que ocurre es que esta última resolución ha introducido unas matizaciones y novedades, sobre la base de separar los bienes inscritos como presuntivamente gananciales y los restantes (antes examinados) que, por lo impreciso y poco riguroso de su formulación, creo que han aclarado poco y enturbiado mucho, pues ¿qué es lo que ha querido decir exactamente esta resolución? ¿Qué criterios ha seguido para distinguir y separar entre los bienes gananciales presuntos y aquellos otros respecto a los que "NO opera la presunción y, por lo tanto, no se da la posibilidad de ser destruida?".

Sin lugar a dudas (y a la vista de sus propias palabras), la Dirección General ha atendido, **exclusivamente, a la manera de estar inscritos los bienes en el Registro de la Propiedad.** Ya que, si califica a unos bienes gananciales de "presuntos" cuando en el Registro de la Propiedad *"no consta expresamente que la adquisición se realizó para la sociedad conyugal",* por el contrario (y por lógica conclusión), los que en el Registro de la Propiedad aparecen inscritos a nombre de uno o de ambos cónyuges, pero para la sociedad de gananciales (por haberlos adquirido uno de los esposos con su sola manifestación en tal sentido, o por los dos -art. 93.1 y 4 del RH-), éstos ya no son

gananciales presuntos. Tan sólo, quizá, para aquellos bienes que tengan la condición de gananciales, porque su título de adquisición provenga de una declaración de la autoridad judicial, no será necesario el pronunciamiento registral, siendo su condición de gananciales incuestionable.

Lo que sucede es que, aún aceptando este criterio hipotecarista, resulta más que dudoso que, porque unos bienes no consten registrados como presuntamente gananciales (por tratarse de los supuestos mencionados del art. 93-1 y 4 del RH), puedan catalogarse de o se les dé el mismo tratamiento que a bienes gananciales definitivos, a los efectos de NO provocar un conflicto de intereses en una partición de herencia, y prescindir del nombramiento del defensor judicial. Pues ya hemos visto antes, siguiendo a LACRUZ, que, al menos en la realidad, no hay tal carácter incontrovertible de tales bienes; y que incluso cuando la adquisición del bien la realiza un solo cónyuge manifestando que adquiere para su sociedad de gananciales (supuesto de hecho contemplado en la resolución que comentamos de 10 de enero de 1994), tales bienes siguen teniendo un carácter en cierto modo presunto.

Piénsese, por otra parte, que, por mucha vis atractiva o remolino engullidor que tenga la presunción de ganancialidad del artículo 1.361 del C.c., a la hora de calificar o tener determinados bienes como tales, no se puede ser con estos bienes menos rigurosos y cautelosos que con los bienes privativos. Y si, respecto de ciertos bienes privativos, en los que su carácter de tal deriva de la manifestación del cónyuge adquirente acompañada de la CONFESIÓN del no adquirente, la Ley (mejor, el Reglamento Hipotecario) establece fuertes restricciones, en orden a comprobar su carácter definitivo (véase art. 95-4 RH), no vemos motivos ni excusas para que, con los bienes gananciales, no ocurra lo mismo en supuestos análogos, que tengan una misma identidad de razón (como vamos a ver enseguida). En efecto, nótese que en este caso de **bienes "privativos confesados"** (y, a diferencia de lo que ocurre para los bienes gananciales, según el art. 93-4 del RH), no basta con la manifestación en ese sentido privativo del adquirente (pues, en este caso, seguirían inscribiéndose como presuntivamente gananciales: art. 94-1 RH), sino que, además, se requiere la confesión de privaticidad por parte del cónyuge no adquirente (art. 95-4 RH), confesión, ésta, que es la que, en realidad, otorga el carácter privativo al bien adquirido de esta manera. Pero, aun así y a pesar de que ambos cónyuges han manifestado una declaración de voluntad concorde y ninguno de ellos puede contradecirse (al menos con efectos registrales, véase art. 95-6, in fine), fallecido que sea el cónyuge confesante, el viudo o cónyuge a cuyo favor se practicó la inscripción privativa precisará, para proceder a la práctica de la partición hereditaria, el consentimiento de los legitimarlos o herederos forzosos de aquél. Y todo ello porque, a pesar de las manifestaciones del adquirente (y posterior titular registral), acompañada de la confesión de su difunto consorte, el carácter privativo del bien adquirido no está plenamente demostrado o justificado. Justificación que requiere el consentimiento de todos los interesados en el citado bien, o sea, de aquellos a los que la confesión les puede perjudicar, siempre que sean mayores de edad y plenamente capaces; pues, en otro caso, se hace necesario el nombramiento de un defensor judicial.

PUES BIEN, en mi opinión, desde un punto exclusivamente hipotecarista, y si se sigue hasta sus últimas consecuencias la doctrina sentada por la DG, no hay razones para que, además de a los bienes inscritos como presuntivamente gananciales, a los bienes inscritos a nombre de UNO SOLO de los esposos para la sociedad de gananciales no se les aplique un régimen jurídico similar o análogo a los privativos "confesados". Lo dicho más arriba sobre el particular parece convencer de todo lo contrario. Ya que, si se parte de la base de que **los bienes inscritos conforme al artículo 93-4 RH (es decir, a nombre del adquirente, para la sociedad de gananciales), no se pueden calificar como de gananciales cuyo carácter firme o definitivo esté justificado hipotecariamente,** es evidente que esa justificación o confirmación definitiva tiene que producirse en algún momento posterior (bien expresamente, incluso, tácitamente por actos concluyentes); y, de no haberse producido en vida de los dos esposos, ese momento posterior, necesariamente, tendrá que ser el de las operaciones de INVENTARIO Y AVALÚO, en la oportuna partición hereditaria.

EN EFECTO, de seguir la disquisición que hace la DG en la resolución de 1994, **esta categoría de bienes (al igual que los inscritos "expresamente" como presuntivamente gananciales), también tendría un carácter de PROVISIONALIDAD, carente de firmeza actual**, HASTA, como queda dicho, con posterioridad se confirme definitivamente su carácter ganancial, con el necesario y unánime consentimiento de todos los interesados en esa comunidad germánica o en mano común, que supone la sociedad de gananciales o la comunidad hereditaria. En el supuesto de partición hereditaria entre el cónyuge viudo y los hijos comunes, de la misma manera que en el supuesto del artículo 95-4 del RH, para los bienes privativos confesados, cabe el RIESGO de que se formen bienes privativos a costa de los gananciales, y por eso se exige por la norma reglamentaria su confirmación o ratificación por parte de los herederos forzosos del confesante (salvo que el carácter privativo del bien "resultare de la partición de la herencia" -o sea, según yo lo veo, que resulte de actos concluyentes, cuales pueden ser el haberse inventariado y evaluado los bienes con ese carácter de privativos, sin que nadie, mayor de edad y plenamente capaz, se haya opuesto y dando por buena la partición así efectuada-); de igual manera, cuando lo que se dilucida y debe darse por bueno es el carácter definitivamente ganancial del bien adquirido por uno de los esposos, y que ostenta tal carácter en el registro por la propia voluntad y manifestación del adquirente, declarada en el título adquisitivo; en este supuesto, digo, se debe dar una misma identidad de razón y exigir el consentimiento de todos los interesados, según los casos (ahora matizaremos esto).

Es decir, siempre que **haya un peligro de** PERJUICIO para los interesados, se requiere esa cautela de la confirmación del carácter del bien o bienes sometidos a reparto; solo que si tales interesados o alguno de ellos es menor o incapaz, habrá de nombrarse un Defensor judicial. EL FUNDAMENTO es el mismo en uno y en otro caso, con una u otra clase de bienes el riesgo de perjuicio para los herederos forzosos. Peligro y riesgo que, si en el caso del artículo 95-4, lo supone el poder formarse bienes privativos a costa de los gananciales, en el supuesto de comentamos del artículo 93-4 RH, el riesgo es el de poder formar bienes gananciales a costa de los privativos, con lo

que el cónyuge viudo verá aumentada la base sobre la que recaen sus derechos (sobre todo si existen hijos de dos o más matrimonios) en perjuicio de los hijos comunes. Todo lo cual exige un mismo o similar tratamiento; toda vez que el peligro y potencial perjuicio que encierra ese "trasiego de bienes", de carácter no comprobado, de una masa patrimonial a otra de los esposos, es precisamente lo que justifica la intervención de los herederos forzosos o del Defensor judicial, cuando aquéllos sean menores o incapaces.

EN RESUMEN, **la clave de la incompatibilidad de intereses entre el cónyuge viudo y los hijos comunes y herederos forzosos, en el supuesto de la resolución de 10 de enero de 1994, que comentamos, estriba en ese peligro de perjuicio, ocasionado por desplazamientos patrimoniales prohibidos entre los esposos, que se puede producir para los hijos menores o incapaces que, por su condición de tales, no pueden ni confirmar o ratificar, ni negar o contradecir, el carácter definitivo del bien en cuestión, y cuya constancia registral, fuera de ser ambos los esposos comparecientes y adquirentes en el título, parece obligar a ello.**

AHORA BIEN, llegados a este punto, el problema hace tránsito a otro último, cual es el **dilucidar** QUIÉNES SON LOS INTERESADOS que pueden oponerse o convalidar este carácter provisional, del bien ganancial inscrito conforme el artículo 93-4 RH. En mi opinión, puede haber, básicamente, dos posturas:

1ª) Si se piensa que es el cónyuge no adquirente el que tiene que confirmar o contradecir el carácter definitivamente ganancial del bien, sobre la base de que, si aquél lo podría hacer, por sí solo, en vida (cerrando, así, definitivamente el circulo de consentimientos necesarios al efecto -salvo, naturalmente, fraude o falsedad, a invocar y demostrar a posteriori por terceros perjudicados-), no se ve razón para que no lo pueda realizar, también solo, después de la muerte del adquirente. En tal caso, bastaría con que el cónyuge viudo resultara ser el cónyuge no adquirente y con su actuación confirme ese carácter de ganancial del bien, cerrando el círculo (por así decirlo) de calificación definitiva del mismo; sin que se diera un conflicto de intereses entre el cónyuge viudo y el hijo menor e incapaz. Y, al contrario, si el viudo resulta ser el cónyuge adquirente, la justificación o ratificación definitiva del carácter ganancial del bien tendrán que realizarla los hijos comunes habidos con el cónyuge no adquirente (toda vez que la manifestación del viudo -adquirente es irrevocable, como dijimos). Y si ocurre que éstos son menores o incapaces resulta que, no obstante corresponderles a ellos, sin embargo no pueden romper ni contradecir esa presunción, ni confirmar el carácter provisional de tal bien ganancial; por lo que se podrá proceder a la partición si no media la intervención de un defensor judicial.

2ª) Por otro lado, si se piensa que en estos casos de inscripción de bienes gananciales, conforme al artículo 93-4 RH, el cónyuge no adquirente no sufre perjuicio alguno (pues ni se le perjudican sus bienes propios ni sus gananciales), sino que sólo se le puede favorecer (aumentando la base sobre la que recaen sus derechos y formando gananciales a costa de privativos del marido), en tal caso, al ser irrevocable la manifestación hecha por el cónyuge adquirente, los únicos interesados que podrían resultar perjudicados serán los hijos

comunes y herederos forzosos de ambos. En cuyo caso, deberán ser éstos y no el cónyuge viudo no adquirente los que deben dar su consentimiento; requiriéndose, no obstante, la intervención del defensor judicial si alguno resulta ser menor o incapaz.

Particularmente, esta segunda opinión me parece más dudosa; sobre todo, porque no pienso que, en todo caso, se pueda dar este posible perjuicio (según ya dejé dicho en la hipótesis anterior y al final abundaré sobre ello). Por otro lado, se podría argumentar que, aunque el cónyuge no adquirente no queda perjudicado por el carácter ganancial que manifiesta el adquirente, sin embargo, y de ser cierta la opinión de LACRUZ de que tal manifestación de ganancialidad (que es irrevocable para quien la hace), si bien no la puede contradecir el adquirente (no teniendo acceso al registro una tal manifestación contraria), sin duda sí tendría acceso al registro la manifestación conjunta de ambos esposos en documento público, en el sentido de ser privativo el bien en cuestión; en tal caso, fallecido el cónyuge adquirente, sólo sería necesario el consentimiento simultáneo viudo-hijos, mayores de edad y plenamente capaces, para *"variar"* el carácter ganancial; pero no para confirmar el carácter ganancial de tales bienes así manifestados, para lo que bastaría con el beneplácito del cónyuge viudo no adquirente.

UN SUPUESTO DE LABORATORIO

Sea como fuere, lo cierto es que una cosa es evidente: que, con la anterior normativa, un caso como el que comentamos no se habría producido (y habría sido necesario inexcusablemente el nombramiento de un defensor judicial, en el caso de que los hijos fueran menores o incapaces); porque el supuesto de hecho que comentamos (bienes inscritos a nombre del cónyuge adquirente, pero para su sociedad de gananciales) era inexistente. Ya que el anterior artículo 95-1 disponía que, no obstante haberse efectuado la adquisición por uno solo 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. Ahora, al contrario; si sólo adquiere uno de los cónyuges, la inscripción se practicará tan sólo a su nombre, lo mismo si la adquisición se hace para la sociedad de gananciales (hipótesis del art. 93-4 RH -que es la que examinamos en este trabajo-), o sin indicación alguna al respecto (hipótesis del art. 94-1 RH).

Después de las feroces críticas de que había sido objeto la antigua reglamentación (vistas anteriormente), se trataba ahora de salvar la discordancia entre el Registro y el título que servía de base a la inscripción, y que había provocado esa regla tan singular o excepcional, se decía, del derogado artículo 95-1 RH.

Sin embargo, y siguiendo a **Manuel de la CÁMARA ÁLVAREZ** (en su impecable y rigurosa monografía -como nos tiene acostumbrados-, "La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad"; *Anuario de Derecho Civil, t.* XXXIX, fascículo II, abril-junio 1986), tales críticas acaso eran excesivas; pues escribe (pp. 343 y 344): "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 figurase uno (generalmente, el marido); segunda, porque además hubiera de agregarse la coletilla "para la sociedad

conyugal (en este sentido, SANZ, "Los bienes gananciales en el Registro de la Propiedad", en volúmenes conmemorativos del centenario de la Ley del Notariado, sección tercera, volumen 1º, pp. 279/280, y ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario,* 6.ª ed., Barcelona, 1968, IV-1.º, pp. 39/41). 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 practicara a nombre de ambos cónyuges, aunque sólo uno figurara 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".

De hecho, en el supuesto que comentamos (bienes adquiridos por uno solo de los cónyuges, para la sociedad de gananciales), teniendo en cuenta que la sociedad de gananciales no tiene personalidad jurídica y atendiendo al citado principio de subrogación real, no hubiera sido improcedente (a juicio de CÁMARA) extender la inscripción a nombre de los dos. Por eso, el citado autor piensa que, independientemente de esta razón de concordancia entre título adquisitivo e inscripción en el Registro, es fácil suponer que existía otra razón para que tales bienes se inscribiesen ahora en la forma que determina el artículo 93-4, del RH. Y, probablemente, más decisiva, a saber, que el artículo 1.384 del Código civil (relativo a la realización de actos de administración de bienes por el cónyuge titular) no tropezara con dificultades en su aplicación. Y otro tanto cabe decir, básicamente, para los bienes inscritos con carácter presumiblemente ganancial (aparte de otras diferencias menores).

En realidad, la DIFERENCIA MÁS NOTABLE entre las dos formas de inscribir en el Registro de la Propiedad que ahora recogen los artículos 93-4 y 94-1 RH, cuando adquiere uno solo de los cónyuges (aparte otras diferencias menores), hacen referencia a la realización de los ACTOS DISPOSITIVOS por los esposos. De manera que (siguiendo a CÁMARA):

- Cuando el inmueble se haya inscrito a nombre de uno de los cónyuges y para la sociedad de gananciales (porque así resulta del título en cuya virtud se practicó la inscripción), la disposición de los bienes así inscritos se rige por las reglas de los apartados 2 y 3 del artículo 93, a los cuales reenvía el núm. 4 del mismo artículo. Por consiguiente, caben:

1.º) la disposición por ambos cónyuges (que resulta, pues, correcta, a pesar de que sólo uno de los esposos figura como titular registral);

2.º) la disposición de uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, o

3.º) disposición de uno de los esposos con autorización judicial. Es decir, igual que si estuviésemos en un supuesto de adquisición conjunta e inscripción a nombre de los dos esposos para la sociedad de gananciales.

- Por el contrario, si el bien o derecho se ha inscrito conforme al artículo 94-1 (como presuntivamente ganancial), *"el acto ha de ser otorgado, en todo caso, por 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 judicial. No es viable la hipótesis inversa"*.

PERO la verdad es que, en frase de CÁMARA (obra citada, p. 364), esta forma de inscribir que preceptúa el artículo 93-4 del RH es una FÓRMULA DE LABORATORIO, pues, en la práctica (como todos los que estamos en contacto con ella lo sabemos), el 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, aleatorios o fortuitos, cuando no a razones de simple comodidad, y sin que el hecho se deba a un designio preconcebido (lo absurdo o inútil de esta disquisición se puede ver más plásticamente en el momento de la venta de un bien ganancial, adquirido e inscrito de una u otra forma de las tres posibles; en este sentido, y de cuanto llevamos dicho, resulta que, en puridad, cuando se formalice esa venta, habría que distinguir en la escritura según comparecieran ambos cónyuges de consumo, uno cualquiera de ellos con el consentimiento del otro, o necesariamente a iniciativa de uno de ellos -el titular registral, en caso de bienes inscritos expresamente como presuntivamente gananciales- con el consentimiento del otro. ¿Algún notario o registrador de España ha visto, a lo largo de su dilatada vida profesional, estos distingos; o, más bien, las escrituras se han limitado a consignar sencillamente que don y doña venden, prescindiendo de esa alambicada, fútil e irrelevante fórmula de laboratorio que el RH nos ha endilgado?).

Sin embargo, esta fórmula de laboratorio es muy peligrosa, pues el adquirir e inscribir de una u otra manera, aparte de los distintos efectos que en orden a los actos dispositivos acabamos de indicar, y a lo que se ve AHORA con la resolución de 10 de enero de 1994 que comentamos, repercute, ADEMÁS, EN LA PARTICIÓN HEREDITARIA (siendo así que, antes de la reforma hipotecaria de 1982, el criterio de la DG era unívoco en este punto, a la hora de calificar a los bienes gananciales y necesitar la intervención del defensor judicial cuando comparecieran el viudo y sus hijos menores, respecto de cónyuges casados en régimen de gananciales); cuando la realidad y la propia técnica jurídica nos viene a convencer de que tan presuntos son unos bienes (los inscritos conforme al art. 93-4 RH) como los otros (art. 94-1 RH); por más que su carácter presunto resulte expreso en este último caso y tácito (art. 1.361 C. civil) en el primero (como después veremos más ampliamente). Y, por lo tanto, sometidos a un mismo tratamiento jurídico, que rechaza esa pretendida disquisición que hace la resolución que comentamos.

RESUMEN Y CONCLUSIÓN

La Dirección General, con esta resolución que comentamos de 10 de enero de 1994, creo ha abierto la caja de Pandora; ha realizado una disquisición turbia, innecesaria e imprudente, concediendo demasiada

importancia al hecho de que la finca o el bien figure inscrita a nombre del cónyuge adquirente. Pero, a poco que se rasque, se da uno cuenta que se trata de una disquisición de laboratorio, cuyos efectos hipotecarios se han querido trasladar, de manera inaceptable, al campo civil. De manera que la cacareada y depurada técnica jurídica que se predicaba para la nueva normativa hipotecaria en este punto, ha supuesto modificar y cambiar un criterio jurisprudencial anterior inconcluso: necesidad del nombramiento del defensor judicial en estos casos de bienes gananciales comprados por uno de los esposos (sin distinguir), cuando se proceda a su partición por el viudo y los hijos y herederos menores de edad.

En opinión de CÁMARA (p. 359 obra citada): *"El análisis de los artículos 93 y 94 RH 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, cual es la relativa a la interpretación del artículo 1.377 del Código civil".*

Es decir, aparte de la indicada concordancia entre inscripción y título adquisitivo, parece como si la tan aludida reforma hipotecaria de 1982 hubiese tratado de solucionar, ya de paso, las numerosas interrogantes que en sede de ganancialidad planteaban los artículos 1.384 y 1.377 del C. civil. Para ello, la técnica jurídica se ha depurado tanto que ha creado verdaderas fórmulas de laboratorio, que no suelen tener prácticamente ningún sustento en la realidad. Y ahora, con esta resolución, parece que este cajón de sastre que supone la susodicha fórmula es más flexible que un chicle, y se la ha tirado y retorcido para crear una doctrina, la de la resolución de 14 de enero de 1994, que yo considero, en la parte que precisamente comentamos en este breve artículo, francamente artificiosa y sin fundamento legal alguno. En efecto, parece que, para la Dirección General, los bienes inscritos en el Registro de la Propiedad con carácter "presuntivamente ganancial tienen como un carácter provisional, carente de firmeza, hasta que se confirme su naturaleza definitiva o se les dé fijeza. Pero ya antes dijimos que este pretendido carácter de provisionalidad lo tendrían también los bienes y derechos inscritos a nombre del cónyuge adquirente, pero para la sociedad de gananciales. Con todo ello parece que, en base a una norma hipotecaria de inferior rango, se vulneran principios sustantivos y civiles.

PORQUE, como atinadamente me comenta mi querido amigo y compañero José-Luis FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, **¿qué diferencia existe o puede existir entre un bien o derecho "presuntivamente" ganancial** y uno simplemente ganancial en el orden puramente civil y sustantivo? Nosotros creemos que ninguna: los dos admiten prueba en contrario (ya, al principio de este trabajo, dije, siguiendo a LACRUZ, que ni siquiera en los bienes adquiridos por los dos esposos para la sociedad de gananciales había certeza de que ello fuera verdad); SALVO que se piense (como parece hacerlo la Dirección General en la resolución comentada de 1994, y que se viene reiterando machaconamente) que aquellos bienes y derechos que no están inscritos como "presuntamente" gananciales no admiten prueba en contrario; en cuyo caso, nos estaremos cargando y vamos en contra del artículo 1.361 del Código civil ("Se presumen

gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer"). Y ya sabemos que Ubi lex non distinguit.. Por consiguiente, tan "EXISTENTES" son los adquiridos por los dos que por uno sólo de los esposos, con manifestación o no de si adquiere para la sociedad de gananciales. El Código civil habla de bienes "existentes", no de bienes "adquiridos"; de manera que el Reglamento Hipotecario no debe servir para distinguir lo que la propia ley no distingue, en orden al carácter más o menos definitivo del bien ganancial (recuérdese, además, el principio de jerarquía normativa de las normas). Es cierto, como comenta CÁMARA (p. 354, ob. cit.), que si el cónyuge adquirente manifiesta que adquiere para la sociedad de gananciales, tal como dice el número cuatro del artículo 93, al configurar el supuesto al que se refiere, parece que tal declaración comporta la aseveración implícita de que se adquiere con dinero ganancial, por lo que, desde una perspectiva meramente registral, esta hipótesis no tendría por qué haber sido separada de la adquisición realizada por los dos cónyuges. En base a ello, quizá se pudieran separar (como parece hacer la Dirección General, aunque con una redacción tan defectuosa como oscura e indescifrable) estos supuestos de la adquisición realizada por un cónyuge sin manifestación alguna al respecto y, por lo tanto, inscrita "con carácter presuntivamente ganancial". PERO, como también añade CÁMARA (p. 357, ob. cit.), 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 declaración 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, por cuanto que preveía que también en este caso la finca o derecho debía inscribirse a nombre de ambos cónyuges, estaba justificado. Sin embargo, el vigente artículo 94-1 se ha apartado, como hemos dicho tantas veces, de la línea seguida por su antecesor, artículo 95-1, justificándose esta forma de inscribir porque el titular registral debe ser el adquirente (cosa por otra parte obvia, al no haberse acreditado el carácter privativo del dinero o contraprestación).

Es decir, parece que lo que realmente le preocupa al Reglamento, aparte de resolver problemas de interpretación de algún artículo del C. civil, tales como los mencionados 1.384 y 1.377, es reflejar en el Registro de la Propiedad, de la manera más exacta posible, la titularidad de los bienes (se suele decir que en el Registro español se presentan documentos -títulos formales-, se inscriben actos -títulos materiales- y se publican derechos). Es decir, el Registro español es un registro de títulos, y es la titularidad de los derechos lo que se protege con los principios hipotecarios. Por lo tanto, ¿qué tiene que ver esta reglamentación casuística de la titularidad de los derechos en la calificación jurídica de los bienes del matrimonio? Y, lo que es más grave, ¿cómo puede atenerse la Dirección General a la manera en que están inscritos unos bienes, para calificarlos de una manera o de otra y, en consecuencia, aplicarles uno u otro régimen jurídico? Eso es hacer magia. Como comenta CÁMARA -siguiendo a LACRUZ- [a propósito de los bienes inscritos como "presuntivamente" gananciales -p. 366, nota (45)-), cabe entender que la inscripción sólo proclama una presunción... (lo que en realidad acontece, no sólo en el caso del art. 94-1, sino también en el del art. 94-4, inclu-

so si han adquirido los dos cónyuges conjuntamente, por lo menos si no hicieron manifestación ninguna sobre la procedencia del dinero)... 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 misma, no engendra una situación de apariencia que pueda amparar la adquisición del tercero. Y más tarde añade- nota (48): *"La opinión de ROCA me parece muy débil.* ***El Registro no puede, ni frente a terceros 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"* (lógicamente, en los demás casos, esa presunción no resultará de forma expresa; pero habrá tal).

Por lo tanto, si el Registro de la Propiedad (que tiende únicamente a publicar, presumir y proteger la titularidad de los derechos inscritos) no puede garantizar la ganancialidad del bien inscrito como tal, sino que lo máximo que puede es presumirla, en cualesquiera formas que aparezcan inscritos tales bienes (excepto cuando ello tenga lugar al amparo del art. 1.355 del C. civil o los bienes determinados con ese carácter ganancial por la autoridad judicial, en donde su carácter será firme e irrebatible), ¿qué es lo que tenemos y nos queda? Pues, sencillamente, la mencionada presunción civil del artículo 1.961; que no distingue entre esas categorías de bienes gananciales.

Sin embargo, la DG ha dotado a un supuesto de laboratorio (la inscripción conforme al art. 93-4) de unas consecuencias que no se ajustan ni a la normativa civil (art. 1.361 C.c.) ni al limitado alcance y finalidad de una norma de desarrollo reglamentario.

UNA DOCTRINA DISTINTA

Pero, llegados a este punto, cabría preguntar, como hace José-Luis FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, si no es hora de que, por la Dirección General, se dé un paso más audaz hacia delante, cambiando definitivamente el criterio anterior y prescindiendo de esas artificiosas construcciones doctrinales, sobre la base de distinguir entre bienes con carácter ganancial más o menos definitivos, manifestados o presuntos.

En efecto, si, como acabamos de exponer, no existe diferencia civil alguna entre bienes catalogados de "presuntivamente" gananciales o simples gananciales, ¿por qué y para qué hacer este distingo al fallecimiento de uno de los cónyuges? Pues, ciertamente, y según el C. civil, todos los bienes que "existen" en el matrimonio, y cuyo carácter privativo no se pueda demostrar, se presumen que son gananciales. Por tanto, se trata de un carácter que ya les otorga la misma Ley: no son unos más gananciales que otros, sino que todos ellos quedan sometidos a una igual normativa. Ya que, el que se manifieste por uno de los esposos o por los dos que se adquiere para la sociedad de gananciales, ¿qué plus añade a la propia configuración y naturaleza que, de tales bienes, realiza el artículo 1.361 del C. civil?

Sin embargo, y según el Reglamento Hipotecarlo (como antes hemos visto), de seguirse una u otra calificación hipotecaria de los mismos, se producen consecuencias

muy diferentes. De manera que si la Dirección General, siguiendo con su línea argumental (que atiende exclusivamente al modo de estar inscritos los bienes en el Registro de la Propiedad), hubiese formulado bien su confusa teoría (véase el considerando 4º de la tan repetida resolución de 10 de enero de 1994), tendría que haber distinguido entre:

1.º) Bienes inscritos expresamente como presuntivamente gananciales, en donde la presunción puede ser destruida por los dos cónyuges;

2.º) Bienes inscritos a nombre de uno de los esposos, pero manifestando que adquiere para la sociedad de gananciales, en donde este carácter presunto (aunque no sea expreso) de tales bienes gananciales sólo podría ser destruido por el cónyuge no adquirente (al ser irrevocable la manifestación del adquirente); y

3.º) Bienes inscritos a nombre del marido y la mujer con carácter ganancial, por haber sido adquiridos por los dos esposos para la sociedad de gananciales, en donde no habría presunción que destruir por ninguno de los cónyuges.

Pero todo esto es un ARTIFICIO, ya que, como venimos repitiendo, el C. civil sólo habla de bienes gananciales como aquellos que "existan" en el matrimonio, y no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer (art. 1.361). Y también antes dijimos que tan "existentes" son los bienes adquiridos por los dos esposos, que por uno de ellos, manifestando que adquiere para la comunidad, o sin tal indicación. La Ley no distingue (ni autoriza a hacerlo) y les hace a todos susceptibles de un mismo y único tratamiento jurídico.

Pues bien, al igual que la Ley no distingue en este punto, tampoco parece que distinga entre el carácter de los bienes gananciales, según "existan" en vida de los esposos o a la muerte de éstos, para no exigir en aquel caso y sí en éste consentimientos distintos que el de los esposos. Por eso, la polémica que se suscita en todas estas resoluciones que comentamos en la partición de bienes entre el viudo y los hijos y herederos forzosos parece artificial y forzada. En efecto, ¿por qué, tratándose de bienes gananciales inscritos en el Registro de la Propiedad expresamente como "presuntos", tienen que confirmar ese carácter ganancial los herederos y el cónyuge viudo?; pues se trataría no de probar (habida cuenta su condición de tales), sino de ratificar o confirmar un carácter ¡que ya les otorga y les brinda la misma Ley sustantiva! Siendo así que, durante su vida terrenal, los cónyuges no dijeron ni añadieron nada más sobre el carácter de estos bienes y dejaron operar a la presunción de ganancialidad civil y sustantiva; y, después, a la muerte de uno de ellos, y merced a unas palabras cuasimágicas y solemnes, cuales son las del Reglamento Hipotecario en cuanto a la forma de inscribir los bienes en el Registro de la Propiedad, se producen unos efectos desproporcionados y se exigen unos consentimientos o ratificaciones y cautelas que no se exigieron en vida (ni siquiera, en su caso, para disolver y liquidar la comunidad). Entonces, **¿por qué existe esa polémica a la muerte?**

Se podría contestar que ello es así porque, como antes dijimos, tales bienes tienen un carácter provisional carente de firmeza; firmeza que adquieren definitivamente a la muerte de uno de los esposos (si es que no se había ya producido en vida), con el consentimiento de todos los posibles inte-

resados en ellos: cónyuge e hijos (por cierto, puestos ya a pedir consentimientos, ¿por qué no exigir también el de los acreedores?). Pero esta es una afirmación gratuita, que no se basa en ninguna norma jurídica sustantiva. Aparte que, como antes también dijimos, fuera de los supuestos de adquisición, conforme al artículo 1.355 del Código civil y de la existencia de un auto judicial que así lo determine, no existe certeza absoluta respecto al efectivo carácter ganancial de los bienes, bien se adquieran por uno o por ambos esposos, con manifestación o sin ella. Y si resulta que los cónyuges no dijeron en vida nada en contrario, ¿por qué habría de indagarse ahora por los hijos y herederos?

Por otra parte, **¿es que los esposos podrían haber hecho mucho más en vida que dejar operar la presunción de gananciali**dad? Veamos. Respecto a la compra por ambos, o por uno con manifestación de que adquíere para la sociedad de gananciales o sin esa indicación, es claro que opera tal presunción (salvo que exista una prueba tan irrefutable de que lo son, que la haga innecesaria). Desde luego, si adquieren los dos conjuntamente y manifiestan (pero no prueban ni justifican) que lo adquirido es privativo, tal adquisición se inscribirá expresamente como "presuntivamente ganancial". Es decir, tampoco podrían haber atribuido carácter privativo a unos bienes así comprados. Sin embargo, a la hora de la muerte, se exigen cautelas que no se sabe muy bien por qué ni para qué: si los esposos, en vida, dejaron estar las cosas y pasaron por ello, no se entiende por qué, fruto de unas palabras inscritas en el Registro con la exclusiva finalidad de reflejar una titularidad, se puedan desencadenar tales efectos distorsionadores. Además, si los esposos nada contradijeron ni impugnaron, ¿podrían hacerlo sus herederos?; ¿nos les vincularía, más bien, la teoría de los "actos propios", teniéndolos que acatar y pasar por ellos?

EN RESUMEN, el Reglamento Hipotecario (antes y después de la reforma de 1982) ha introducido novedades en el régimen económico matrimonial de gananciales que desvirtúan la regulación sustantiva civil y el natural discurrir de las cosas. Y si los cónyuges nunca pudieron atribuir carácter privativo a los bienes adquiridos a título oneroso durante su matrimonio (lógicamente, quitando los supuestos de atribución de ganancialidad y/o privaticidad, que más bien caen dentro de los arts. 1.355 y 1.323 del C. civil), ¿para qué hay necesidad de que a su muerte sean precisas nuevas indagaciones, consentimientos y confirmaciones?, ¿acaso podrían hacer algo que ni siquiera podrían haber hecho los esposos? Es cierto que, **a lo sumo, y por un intrincado laberinto jurídico** (muy alejado de los profanos y aún de juristas no expertos y especialistas en la materia), podría CONFESARSE que la mitad de lo comprado pertenece al otro cónyuge, con lo que tal adquisición se inscribiría por mitades indivisas entre los dos, como privativos confesados y con el alcance del artículo 95-4 (en donde, por cierto, se exigen, igualmente, requisitos y consentimientos que no requiere la legislación civil; aunque aquí más explicables que en el caso que nos ocupa). Habría, pues, que hacer comparecer al Minotauro de Minos, para que les enseñara a los cónyuges el recto camino hacia la salida de un túnel jurídico tan intrincado...

Por consiguiente, si lo máximo que pudieron haber hecho los esposos en vida fue esa "minotaúrica" adquisición por mitad privativa confesada y, a su fallecimiento, resulta que no lo llegaron a hacer, ni simul-

tánea ni posteriormente, ni nada parecido; ni, por otra parte, nada se reclamaron ni impugnaron en todo lo concerniente a sus bienes gananciales, ¿por qué esas cautelas posteriores? Se podría decir y argumentar, como ya hicimos antes, su identidad de razón con el supuesto de los bienes privativos confesados del artículo 95-4 del Reglamento Hipotecario. Pero el supuesto ni es el mismo ni admite analogía. Porque, rigiendo en el régimen económico matrimonial de los esposos la presunción de gananciales, es precisamente esa presunción la que hay que destruir; no a la inversa. Sería una hipótesis imposible. Precisamente por eso, las cautelas sólo las prevé la Ley para estos supuestos de bienes privativos (art. 95-4 RH), pero no para los gananciales, cualesquiera que sea la manera en que fueron inscritos. Pues el principio de subrogación real que contempla el artículo 1.347 en relación con la presunción del 1.361 del C. civil, las hace innecesarias, toda vez que los bienes en cuestión (de que tratamos en este trabajo) siguen bajo la órbita ganancial; aparte de evitar una *probatio diabólica* (la prueba de ganancialidad de los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio).

¿A dónde nos conduciría todo esto? Veamos. Si la idea de que hablamos es que a lo sumo y a lo más que se podría llegar por los hijos y herederos, en estos casos, es el poder destruir la presunción de ganancialidad, probando que el bien era privativo del cónyuge adquirente; en este caso, digo, habría que matizar y distinguir (como ya antes hicimos, siguiendo a LACRUZ, sin llegar tan lejos como ahora se propone), según que el cónyuge viudo que tenga que acometer las operaciones particionales, habiendo hijos menores, sea el adquirente o no lo sea.

De manera que, **si el viudo es el cónyuge adquirente,** es decir, aquél que manifestó adquirir para su sociedad de gananciales (art. 93-4 RH) y estamos (por lógica consecuencia) ante la herencia del cónyuge NO adquirente (el que nada dijo, hizo ni declaró); en tal supuesto no se entiende para qué va a necesitar el viudo y adquirente el consentimiento de los hijos y, en su defecto, el nombramiento de un defensor judicial. Y ello, por la simple y obvia razón de que los hijos, en absoluto, quedan perjudicados, sino que ocurre todo lo contrario. En efecto, en esta hipótesis que comentamos se produciría un incremento de los bienes a heredar por tales hijos; pues, si en lugar de ser gananciales, tales bienes fueran privativos del adquirente y viudo, es elemental concluir que, al no tratarse de su herencia (él está aún vivito y coleando), nada de ellos habría que repartir a los hijos en la herencia del cónyuge premuerto y no adquirente. Y ello es lógico; pues si cualquiera de los esposos puede hacer en vida cualquier clase de donaciones (prototipo del acto o negocio a título gratuito) y, mientras no fallezca, nada se puede hacer por los hijos y herederos (quizá declararle pródigo y pedir su curatela), no se entiende por qué ni para qué tienen que intervenir sus hijos cuando se trate de bienes gananciales "confesados" o " manifestados", en estos casos en que el cónyuge premuerto sea el no adquirente; ya que, como acabamos de decir, tales "manifestaciones" les beneficia a la hora de heredar al premuerto en su herencia. Y como el cónyuge adquirente aún no ha fallecido, nada se podría aún impugnar.

Todo lo cual hace tránsito al segundo supuesto: que el viudo sea el cónyuge No **adquirente** (es decir, el que nada dijo, ni hizo ni declaró cuando su marido -ahora fallecido- manifestó adquirir para su socie-

dad de gananciales). En este supuesto, si partimos de la base de que cada persona puede hacer con sus bienes lo que le venga en gana (respetando los límites genéricos de su propiedad), parece que lo único que les quedaría a los hijos y herederos en estos casos sería una acción de impugnación de donaciones, por inoficiosas; entonces, bastaría, también en este caso, con el consentimiento del viudo no adquirente, para "cerrar" el círculo de los consentimientos necesarios al respecto, sin que los hijos ni el defensor judicial tengan nada que decir o hacer al respecto en este momento particional. Es cierto que el artículo 95-4 del RH, y para los bienes privativos confesados, requiere para los actos de disposición realizados tras fallecer el confesante el consentimiento de los herederos forzosos. Pero, según hemos dicho en este apartado del trabajo, no se puede extrapolar la doctrina de este precepto al supuesto de bienes gananciales, y así parece entenderlo la propia Ley, que guarda silencio en este punto. En todo caso, ya LACRUZ (y también CÁMARA después) empezó criticando este precepto por la ironía y absurdo que supone el que los herederos forzosos estén más protegidos, por el RH, frente a la confesión de privaticidad que frente a la mismísima donación (¡el paradigma de los actos gratuitos!); exigiendo el Reglamento para inscribir en el Registro de la Propiedad consentimientos que no preceptúa ni exige la Ley sustantiva civil. Y, en el supuesto objeto de este trabajo, de bienes gananciales "manifestados", se podría decir otro tanto: que los hijos y herederos forzosos están más protegidos en el RH, de acuerdo con la interpretación dada por la DGRN, que en el caso de la misma donación. Y FERNÁNDEZ ÁLVAREZ no cree que esto pueda ser posible en materia de bienes gananciales (por más que respecto a los bienes privativos haya un precepto preciso -art. 95-4 RH- que no tiene aplicación analógica a la inversa). Incluso piensa que, al contrario de la confesión de privaticidad, en donde basta con que se perjudique la legítima (y que supondría la computación hereditaria posterior del bien confesado), en estos casos de bienes gananciales "manifestados", los herederos, además, tendrían que probar que tal acto o "manifestación" **es fraudulenta o falsa;** es decir, que encubre una donación que es, a fin de cuentas, a donde nos conduce todo esto y para lo que están previstas tantas cautelas por la DGRN. Con lo cual, y en definitiva, tampoco en estos supuestos de partición, en que el viudo sea el cónyuge no adquirente, deben ser los hijos y herederos, menores o no, ser oídos ni consentir nada respecto a la naturaleza de los bienes manifestados como gananciales por el cónyuge premuerto. Tan sólo les restaría impugnar tales actos como una donación inoficiosa; y ello, cuando se perjudique su legítima y se pruebe la simulación, falsedad o fraude; y, lógicamente, siguiendo el riguroso orden de nuestro Código civil al respecto: (arts. 819-821 y concordantes), de donde resulta que las donaciones inoficiosas son... las últimas que se reducen, por orden inverso de fechas. No parece que puedan hacer mucho más ni entorpecer las operaciones particionales del viudo en este punto.

En definitiva, el artículo 1.361 no hace distingos entre distintas clases ni categorías de bienes gananciales; y nada añade a este carácter que uno, los dos o ninguno de los cónyuges haga manifestación alguna al respecto. Pues una manifestación de tal naturaleza sólo serviría para que los dos esposos, uno o ninguno, según los casos, pudiera destruir o impugnar (no para confirmar), como ya dijimos, tal presunción. El artículo 1.361 ya confirma el carácter ganancial de

tales bienes y nada hay que probar al respecto, como no sea, por el contrario, el carácter privativo de la adquisición. Y si en vida los esposos nada dijeron ni probaron o impugnaron, ni contradijeron ni confirmaron, dando por buenas sus relaciones patrimoniales y causando estado con las mismas, no se entiende de dónde pueda nacer el fundamento lógico y jurídico para hacer comparecer a los herederos (o, en su caso, al Defensor judicial), además del cónyuge viudo, y reclamar consentimientos adicionales; máxime si lo más que pudieron haber hecho en vida los esposos al respecto es adquirir el o los bienes por mitad y carácter privativo confesado. Y, si no lo hicieron, sin embargo, lo que sí hicieron (es decir, estar y pasar por lo actuado) debe vincular a sus herederos, según la teoría jurídica de los "actos propios". Y máxime cuando éstos, según se acaba de decir, lo más que pueden hacer es interponer, en su caso, acciones de reducción de donaciones, por inoficiosas; que son a posterior¡ y en nada paralizan estas operaciones particionales en este punto.

Quizá aquí encuentren buen acomodo las palabras de Víctor-Manuel GARRIDO DE PALMA ("Adquisición a título oneroso de bienes por un cónyuge, sociedad de gananciales y Registro de la Propiedad". *Revista de Derecho Notarial, enero-marzo 1988, p. 371) cuando escribe: "Si uno de los cónyuges realiza una adquisición a título oneroso, el otro puede oponerse, guardar silencio o manifestarse afirmativamente, positivamente. En la realidad de la vida, el silencio es la actitud más frecuente, con lo que se entiende que consiente cuando calla, debiendo y pudiendo hablar; es más, la libertad de movimientos de cada cónyuge, disponiendo de numerario en su poder...* ***parte de un consentimiento de su consorte claro, concluyente, aunque tácito, implícito"*** ' - pudiendo incluso oponerse al acto en cuestión, aunque no impugne cuando proceda (art. 1.390 C. Civil).

"Y es que -como enseñó ROCA SASTRE- el juego de la subrogación real tiene una especial actuación en sede ganancial: al existir tres patrimonios, el privativo de cada cónyuge y el ganancial, perteneciente en común por mitad a ambos, la subrogación real es la regla ordenadora que permite mantener diferenciadas las tres masas patrimoniales; sin tal pauta -afirmaba- sería factible que imperase la inseguridad y el desorden respecto del contenido de cada uno de los patrimonios dichos, prestándose a abusos y fraudes."

Y ya en el momento concreto de la partición hereditaria y dilucidar si es menester o no el nombramiento de un Defensor judicial ad hoc, para un posible conflicto de intereses entre el viudo y los hijos menores, además de lo dicho anteriormente, se deberá de tener en cuenta la forma de actuar en el tráfico jurídico corriente. De manera que no se diga, por ejemplo, que hay otros factores que hacen necesario hacer comparecer al Defensor judicial (lo cual puede ser cierto y nadie duda), tales como (y esto ya se duda) que la alegación de la vecindad civil no debe dejarse al arbitrio de sólo el cónyuge viudo. Porque esos remilgos jurídicos que se predican a la muerte de uno de los esposos, durante su vida nunca se tuvieron en cuenta, en donde la vecindad y el estado civil (incluso el separado legalmente) se hacen depender de la exclusiva voluntad de los esposos, sin mayores comprobaciones ni problemas.

Se podría alegar que en vida se atiende a la rapidez del tráfico jurídico y, a la muerte, a la seguridad de dicho tráfico. Pero eso no

parece muy serio y muy legal, habida cuenta la globalidad y unicidad de las normas del ordenamiento jurídico.

En todo caso, tal es el pensamiento de J. L. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Y queda abierta esta nueva línea de pensamiento sobre el particular. **Yo, por mi parte,** opino que, por lo menos, existen tantos argumentos a favor como en contra de la necesidad del nombramiento e intervención del defensor judicial en estos casos. Sin embargo, y aunque descartando de plano la artificiosa construcción de la Dirección General en este punto, **prefiero un sistema de seguridad previa o preventiva, antes que otro de control judicial a posteriori;** cuando el posible daño, que puede comportar los distintos intereses en juego, quizá esté ya hecho y sea irreparable; es decir, que, en esta materia, prefiero el sistema latino de *"seguridad del Derecho"* antes que el germánico de la "seguridad del tráfico". Por otra parte, pienso que el actual sistema de legítimas y derechos sucesorios contemplados por el Código civil respecto de los hijos y descendientes, parece aconsejar esta postura negativa como regla general. Y para ello no es necesario acudir a los distingos y doctrina que, como caja de Pandora, abrió e inauguró la tan aludida resolución de 10 de enero de 1994; sino que bastan los que, hasta esa fecha, se venían esgrimiendo por los autores y el Centro Directivo (y que dejamos esbozados al principio del trabajo). De hecho, parece que los tribunales de justicia, con el sentido común que les suele caracterizar, parecen seguir pronunciándose sobre este punto de vista (véanse, recientemente, los autos del Tribunal superior de Justicia de Cataluña de fechas 4 de enero de 1999 y 17 de enero de 2003, que parecen hacer caso omiso a la última década de resoluciones de la DGRN en este punto; ... y, posiblemente, con más razón de lo que muchos de mis compañeros piensan y escriben al respecto -a veces de manera incomprensiblemente furibunda).

(NOTA. Hoy, tras la reforma de ciertos artículos del Código civil, según Ley 41/2003, de 18 de noviembre, su pésimamente redactado -en mi opinión- artículo 831 abre una posibilidad a que cualquiera de los cónyuges pueda solucionar esta cuestión en su testamento. Véase el inciso final de su párrafo primero.)

COLOFÓN A LO EXPUESTO

En vista de todo lo anterior, podríamos concluir diciendo que, en estos supuestos de partición de herencia otorgada por el cónyuge viudo y legal representante de sus hijos menores de edad, la Dirección General se pronunció de manera reiterada e inconusa (por lo menos, yo no he localizado ninguna resolución en sentido contrario), **antes de la Reforma Hipotecaria de** 1982, exigiendo el nombramiento de un Defensor judicial para salvar la contraposición de intereses que se podía producir en tales casos; y esto aunque los bienes hereditarios se adjudiquen en la proporción prevista en el testamento o en la Ley, pasando de una comunidad germana en mano común a otra romana o proindiviso ordinario. Sin embargo, con posterioridad a dicha reforma, se ha cambiado radicalmente tal criterio; de suerte que tan sólo para los bienes que consten inscritos en el Registro de la Propiedad, de manera expresa, como presuntivamente gananciales, les aplica la misma doctrina anterior de necesidad de nombramiento del defensor judicial. Y este cambio de posición y de doctrina se ha producido como consecuencia de unas disquisiciones o fór-

mulas de laboratorio, diferenciando supuestos que, en mi opinión, deben de recibir un idéntico tratamiento jurídico, a estos menesteres; cuales son los bienes inscritos expresamente como presuntivamente gananciales (art. 94-1 RH) y los inscritos a nombre de un solo cónyuge, pero para la sociedad de gananciales (art. 93-4 RH), ya que estos últimos también son presuntivos (art. 1.361 C. Civil) aunque no se registren expresamente como tales por cuestión de su titularidad registral; demostrando, asimismo, que las mismas razones de desplazamientos patrimoniales prohibidos entre cónyuges, se pueden dar con unos que con otra clase de bienes, siendo así que su carácter ganancial NO es firme en ninguno de los dos casos, sino presunto, como se acaba de decir. De todas formas, resulta sorprendente e incomprensible (por no decir ridículo) que un mismo supuesto de hecho, sin haber cambiado en absoluto la naturaleza jurídica de la sociedad conyugal de gananciales (véase la famosa resolución de 2 de febrero de 1983) necesitase antes sí y ahora no, por el mero hecho de constar registrados de distinta manera, del nombramiento de un Defensor judicial.

Finalmente, se ha propuesto un nuevo punto de vista que evite estas anormalidades (bienes perfectamente delimitados por la normativa civil en vida de los esposos que, a su muerte, hay que confirmar, comprobar o desmentir) y discusiones sin cuento, sobre la base de que, en estos casos que comentamos de bienes gananciales más o menos presuntos, NO se da ni se puede dar una identidad de razón con el supuesto de bienes privativos confesados (art. 95-4 RH) -que, en el fondo, es el criterio que siempre, antes y ahora, parece latir en las resoluciones de la DG sobre este asunto para imponer la necesidad del Defensor judicial.

Pero a la espera de esas posibles y deseables matizaciones o aclaraciones o cambios en la doctrina de la Dirección General, nos tenemos que contentar y movernos con los que hay. De manera que, expuesto todo lo anterior, y visto que sólo los bienes inscritos en el Registro de la Propiedad, expresamente, como "presuntivamente gananciales" son los que, en opinión de la Dirección General, van a necesitar la intervención del Defensor judicial en estos casos de herencia indivisa entre viudo e hijo menor, toda vez que no tienen un carácter fijo o definitivo (a diferencia de aquellos otros que detalla la resolución de 10 de enero de 1994 y que no tenemos idea exacta de cuáles puedan ser) y, en fin, de no corregirse o matizarse esta postura doctrinal que parece ser la definitiva del Centro Directivo y evitar males mayores o discusiones sin cuento, séame lícito reproducir unas líneas escritas por Manuel de la CÁMARA (obra citada, pp. 367 y 368), que vienen a cuento y son al caso, pues, en asunto que nos ocupa, yo no lo podría decir mejor: "... vistas las distintas consecuencias que comporta el 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 que, por lo regular, aparecerán 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 delibera-

da 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 un precio aplazado preferirá que figuren como compradores los dos esposos) para que en la escritura aparezcan 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 inadmisible 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 cómo se otorgue la escritura, ésta la firmen, con el vendedor o transmitente, el marido a la mujer por sí solos, sobre todo sin que se manifieste que la adquisición se hace para la sociedad de gananciales".

Palabras proféticas éstas, a las que, sin duda, CÁMARA no previó tan larga vida; sobre todo por el inaudito juego que les ha proporcionado la Dirección General en tan curiosa y sorprendente resolución de 10 de enero de 1994, que ha creado nueva escuela.

César-Carlos Pascual de la Parte

FRANCISCO MOLINA BALAGUER *Registrador de la Propiedad*

¿Cómo se liquidaría ...? Un caso típico de:

CONSTITUCIÓN DE RENTA VITALICIA

La Liquidación de la constitución de renta vitalicia: en la medida en que ésta se constituye contra la transmisión de un capital en dinero o más frecuentemente en bienes, podemos considerar, a efectos fiscales, que se efectúa una permuta de bienes por renta. El supuesto más habitual que nos encontraremos en las Oficinas Liquidadoras de Distrito será la cesión de vivienda a un familiar, a cambio de la renta, y reservándose el cedente el derecho de habitación sobre vivienda transmitida, en cuyo caso, se girarán las siguientes liquidaciones:

-por la transmisión de la nuda propiedad del inmueble, entre particulares, sujeta y no exenta de TPO;

-por la constitución de la renta vitalicia, sujeta y no exenta en TPO;

-y por la constitución del derecho de habitación, si bien, verificándose por vía de reserva, no existe transmisión patrimonial alguna, ni por tanto tributación por TPO.

Pero hay que atender al art. 14-6 LITP y 22 RITP, que, en orden a la prevención de donaciones encubiertas, prevé girar una liquidación a cargo del cesionario por el valor coincidente de los bienes y la pensión, y otra a cargo del cedente, en concepto de donación, por el exceso, si la base imponible de la cesión es superior a la de la renta en más del 20% y de 12.020'24 C:

-base imponible de la cesión del inmueble es el valor comprobado del mismo; pero como en nuestro caso lo transmitido realmente es la nuda propiedad, por reserva del derecho de habitación, hay que restar de ese valor comprobado la valoración que corresponda a este derecho, art. 10-2-b) LITP y 41-8 RITP:

89 - edad del habitacionista = X X% s/ valor comprobado = Y

75% s/ Y = valor del derecho de habitación

valor comprobado - valor del derecho de habitación = base imponible de la transmisión de la nuda propiedad

-conforme art. 10-2-f LITP y 49 RITP, la base imponible de la pensión se obtiene capitalizando su importe por el interés legal del dinero determinado por la Ley de Presupuestos Generales del Estado, y aplicando al resultante las normas de valoración del usufructo que corresponda, según la edad del pensionista:

valor anual de la renta x interés legal del dinero = X

89 - edad del pensionista = Y

Y% s/ X = base imponible de la pensión

Por lo tanto, a cargo del cesionario, se girará, en su caso:

-la liquidación por la transmisión de la nuda propiedad, por la base calculada según lo expuesto, al 6% o 7% según CC.AA por TPO;

-y la liquidación por ISD por la parte no coincidente de las bases, conforme a lo ya antes mencionado.

Y, a cargo del pensionista, se girará la liquidación correspondiente a la constitución de la pensión., valorada la base según las normas anteriores, al tipo del 1%, art. 11- I-c LITP.

Pero, supongamos que la cesión no se hace a un particular, sino a una compañía de seguros: todas las entregas que ésta efectúe estarán sujetas a IVA, aunque exentas, y no habrá que practicar ninguna liquidación por ellas; pero sí debería tributar (art. 7-5 LITP y 22 RITP) en TPO por la transmisión del inmueble a favor de la aseguradora (la posible donación encubierta tributaría en lSoc al 35% como renta a título gratuito) No obstante, y aunque *ubi lex* non distinguit..., en el contrato celebrado en este caso es dificil apreciar el ánimo de liberalidad, por lo que, más que aplicar el art. 14-6 LITP, parecería razonable esperar a la extinción de la renta o a la enajenación del inmueble para determinar con precisión la renta obtenida, y tributar por ella en ISoc.

RESEÑA LEGISLATIVA
(BOE 1 a 31-07 de 2004)

DISPOSICIONES ESTATALES

ADOPCIÓN

INSTRUCCIÓN de 1 de julio de 2004 (BOE 5/07), de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se modifica la regla primera de la Instrucción de 15 de febrero de 1999, sobre constancia registral de la adopción.

PATENTES

MODIFICACIONES del Reglamento de Ejecución del Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (PCT) (publicado en el BOE de 7 de noviembre de 1989), adoptadas en la 27 sesión de la Asamblea de la Unión Internacional de Cooperación en materia de Patentes el 29 de septiembre de 1999 (BOE 12/07).

MODIFICACIONES del Reglamento de Ejecución del Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (publicado en el BOE de 7 de noviembre de 1989), adoptadas en la 28.a sesión de la Asamblea de la Unión Internacional de Cooperación en materia de Patentes. el 17 de marzo de 2000 (BOE 13/07).

MODIFICACIONES del artículo 22 del Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PTC). modificaciones del Reglamento de ejecución, decisiones sobre la entrada en vigor y disposiciones transitorias y modificaciones de la tabla de tasas ajenas al Reglamento de ejecución del PCT, adoptadas en la 30 Sesión de la Asamblea de la Unión Internacional de Cooperación en materia de Patentes, el 3 de octubre de 2001 (BOE 14/07).

VIVIENDA. ARRENDAMIENTOS

REAL DECRETO 1721/2004, de 2-3) de julio (BOE 28/07), por el que se modifica el RD 1/2002. de 11 de enero, sobre medidas de financiación de actuaciones protegidas en materia de vivienda y suelo del Plan 2002-2005, y se crean nuevas líneas de actuaciones protegidas para fomentar el arrendamiento de viviendas.

DISPOSICIONES AUTONÓMICAS

COMUNIDAD VALENCIANA - URBANISMO

LEY 3/2004, de 30 de junio (DOGV 2/07), de la Generalitat, de Ordenación y Fomento de la Calidad de la Edificación (LOFCE).

LEY 4/2004, de 30 de junio (DOGV 2/07), de la Generalitat, de Ordenación del Territorio y Protección de Paisaje.

COMUNIDAD DE MADRID - PRESUPUESTOS

LEY 1/2004, de 31 de mayo (BOE 6/07) , de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2004.

LEY 2/2004, de 31 de mayo (BOE 6/07), de Medidas Fiscales y Administrativas.

NAVARRA - VIVIENDA

LEY FORAL 8/2004, de 24 de junio (BOE 17/07), de protección pública a la vivienda en Navarra.

SOBRE SANTIAGO DE COMPOSTELA

¿Está enterrado Santiago en Compostela?

Aunque así lo afirma la tradición y la Iglesia, que a finales del siglo XIX encargó una "prueba científica" para confirmarlo, algunos investigadores, sostienen que los dos millones de peregrinos que visitan Santiago de Compostela cada año veneran sin saberlo los restos del hereje Prisciliano, ejecutado en Tréveris (Alemania) en 385, y cuyo cuerpo habría sido trasladado por sus seguidores hasta Galicia a través de una ruta que luego seguirían los peregrinos. Según señala el periodista Ramón Chao en su obra Prisciliano de Compostela, el mito de Santiago nació como una necesidad política y militar de los cristianos europeos.

Las fechas claves del Camino de Santiago

1140: Ayneric Picaud lleva a Santiago del Códice Calixtino.

1188: El maestro Mateo concluye el Pórtico de la Gloria.

1211: El rey Alfonso IX de León asiste a la consagración de la Catedral de Santiago.

1215 (apróx): San Francisco de Asís peregrina a Santiago y funda en Compostela su primer convento.

1436: El rey Juan II hace un llamamiento a los habitantes de numerosos países europeos para que con su salvaconducto y bajo su protección puedan visitar Santiago de Compostela.

1488: Los Reyes Católicos llegan por primera vez en peregrinación a Santiago. Volverán en 1496, en acción de gracias por su victoria en Granada y el descubrimiento del Nuevo Mundo.

1589: El corsario inglés Francis Drake anuncia su propósito de destruir la ciudad de Santiago a la que define como "centro de perniciosa superstición". Se ocultan las reliquias del Apóstol.

1717: Durante este año Santo Felipe V reitera que Santiago es el Patrón Único de España.

1801: Las tropas de Napoleón se llevan el antiguo botafumeiro de plata de la Catedral.

Editada por Registradores de la Comunidad Valenciana