

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

16518 *Resolución de 20 de junio de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Jaén n.º 3, por la que se suspende la inscripción de una escritura de compraventa.*

En el recurso interpuesto por don Antonio Roberto García García, Notario de Jaén, contra la calificación de la Registradora de la Propiedad de Jaén número 3, doña Ana María Bueno Cano, por la que suspende la inscripción de una escritura de compraventa.

Hechos

I

Mediante escritura otorgada el día 4 de enero de 2023 ante el Notario de Jaén, don Antonio Roberto García García, con el número 21 de protocolo, don F. P. C. O, casado en régimen legal de gananciales con doña R. B. C. –también compareciente–, compró para sí, con carácter privativo, la finca urbana descrita. En dicha escritura se pactaba lo siguiente:

«Primera.–(...)Doña R. B. C. y su esposo adquirente convienen dar carácter privativo absoluto o puro a la finca adquirida, por lo que solicitan del Sr. Registrador de la Propiedad inscriba dicha finca adquirida como privativa de don F. P. C. O., según lo previsto en los artículos 1.346-3.º del Código Civil y 95.1 del Reglamento Hipotecario, y Resolución de la Dirección Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 26 de febrero de 2020, así como en sus Resoluciones de 8 y 9 de septiembre de 2021 y 11 de abril de 2022. De ellas resulta lo siguiente:

Admitido ese trasvase patrimonial de un bien ya ganancial, debe igualmente admitirse que los cónyuges, con ocasión de la adquisición de un determinado bien a tercero, puedan convenir que este ingrese de manera directa y *erga omnes* en el patrimonio personal de uno de ellos a pesar de no haberse acreditado la privatividad de la contraprestación, siempre que dicho negocio conyugal atributivo obedezca a una causa adecuada que justifique la no operatividad del principio de subrogación real. Causa que resulta de los términos en los que está redactada esta estipulación primera.

También ha admitido esta Dirección General con base en el principio de la libertad de contratación ex artículos 1.255 y 1.355 del Código Civil, que los cónyuges pueden atribuir carácter privativo a un bien ganancial, pacten o no compensación a cargo de los bienes privativos y siempre que el desplazamiento pactado aparezca causalizado (cfr. Resoluciones de 25 de septiembre de 1990, 21 de enero de 1991, 30 de julio de 2018, 12 de junio y 17 de diciembre de 2020 y las citadas de 15 de enero y 8 y 9 de septiembre de 2021 y 11 de abril de 2022).»

II

Presentada el día 5 de enero de 2023 dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Jaén número 3, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Entrada n.º: 31 del año 2023.

Asiento n.º: 1144. Diario: 57.

Presentado el 5 de enero de 2023 a las 09:07:26.

Presentante: T. E., A.

Interesados: C. O. F. y B. C. R.
Naturaleza: Escritura Pública.
Objeto: Compraventa.
N.º Protocolo: 21/2023 de 4 de enero de 2023.
Notario: Antonio Roberto García García, Jaén.

En relación al documento arriba reseñado, se han observado los siguientes defectos u omisiones, que impiden la práctica de las operaciones solicitadas y que deberán subsanarse dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación acompañando la presente nota al documento subsanado.

El asiento de presentación, se entenderá prorrogado por el plazo legal establecido, es decir, sesenta días, a contar desde la recepción de la presente.

Hechos.

1. Por la escritura de compraventa otorgada en Jaén el día cuatro de enero de dos mil veintitrés, comparecen los cónyuges en régimen legal de gananciales don F. O. P. C. y doña R. B. Ch. conviniendo «dar carácter privativo absoluto o puro a la finca adquirida», finca registral 7.233-A de Jaén 03, que compra don F. O. P. C., según lo previsto en el art. 1.346-3º del Código Civil y 95.1 del Reglamento Hipotecario, y Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 26 de febrero de 2020.

2. La citada Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 26 de febrero de 2020, dice «el pacto de privatividad siempre será admisible si bien será necesaria su causalización, tanto en los supuestos en que sea previa o simultánea a la adquisición, como en los casos en que sea posterior, sin que ello signifique que haya que acudir a contratos de compraventa o donación entre cónyuges. Ahora bien, (...) dicha exigencia de especificación causal del negocio ha de ser interpretada en sus justos términos. En este sentido, se ha considerado suficiente que se mencione la onerosidad o gratuidad de la aportación, o que la misma resulte o se deduzca de los concretos términos empleados en la redacción de la escritura.

3. No se hace constar en la escritura de compraventa «causa adecuada que justifique la no operatividad del principio de subrogación real».

Fundamentos jurídicos.

No puede considerarse que de la cláusula mencionada de la citada escritura se deduzca, ni claramente ni por interpretación, ninguna causa que justifique la atribución de carácter privativo «absoluto o puro» a la finca adquirida, tal y como señalan las Resoluciones mencionadas, a las que se puede añadir la más reciente de 4 de julio de 2022, según la cual las opciones dentro de la sociedad de gananciales en relación a la situación jurídica de los bienes privativos son tres: 1) Justificar indubitadamente el carácter privativo del bien (no nos encontramos en este caso); 2) Que se atribuya al bien carácter privativo por confesión (tampoco estamos en este caso); y 3) Que los cónyuges celebren un negocio jurídico de atribución de carácter privativo, pero dejando claramente expresada la causa onerosa o gratuita de dicho negocio (supuesto en el que nos encontramos, y en el que considero que no puede entenderse expresa dicha causa de la atribución).

Deberá concretarse aquella causa o motivo que justifique tales extremos, dado que no resulta deducible de los términos empleados en la redacción de la escritura objeto de inscripción. Todo ello en virtud de lo dispuesto en las mencionadas resoluciones de la Dirección General de la Seguridad Jurídica y Fe Pública (26 de febrero de 2020, 9 de septiembre de 2021 y 11 de abril de 2022), y de los artículos 1.346-3.^a del Código Civil y 95.1 del Reglamento Hipotecario.

Contra la presente calificación (...)

Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por Ana María Bueno Cano registrador/a de Registro Propiedad de Jaén 3 a día veintiocho de marzo del dos mil veintitrés.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don Antonio Roberto García García, notario de Jaén, interpuso recurso el día 30 de marzo de 2023 mediante escrito con los siguientes fundamentos jurídicos:

«I.

La calificación de la Sra. registradora se fundamenta en la ausencia de una causa adecuada que justifique la no operatividad del principio de subrogación real.

La doctrina a este respecto de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública es distinta del criterio de la registradora. Así podemos citar, como más reciente, la doctrina sentada por el Centro Directivo en sus Resoluciones de 8 y 9 de septiembre de 2021, en la de 11 de abril de 2022 y en la citada por la Sra. registradora de 4 de julio de 2022. De ellas resulta lo siguiente:

Que el Centro Directivo ha admitido que los cónyuges puedan atribuir carácter privativo a un bien ganancial, pacten o no compensación a cargo de los bienes privativos y siempre que el desplazamiento pactado aparezca causalizado (cfr. Resoluciones de 25.09.1990, 21.01.1991, 30.07.2018, 12.06. y 17.12. de 2020 y 15.01.2021).

Admitido ese trasvase patrimonial de un bien ya ganancial, debe igualmente admitirse que los cónyuges, con ocasión de la adquisición de un determinado bien a tercero, puedan convenir que este ingrese de manera directa y *erga omnes* en el patrimonio personal de uno de ellos a pesar de no haberse acreditado la privatividad de la contraprestación, siempre que dicho negocio conyugal atributivo obedezca a una causa adecuada que justifique la no operatividad del principio de subrogación real (causa que resulta de la escritura calificada y que justifica la atribución efectuada). Dicho negocio atributivo no debe confundirse con la confesión de privatividad, pues la virtualidad de ésta a efectos de la calificación del bien, sobre ser relativa a su ámbito subjetivo, queda subordinada a la realidad o inexactitud del hecho confesado.

Como ya puso de relieve la Resolución del Centro Directivo de 30 de julio de 2018, el pacto de privatividad siempre será admisible si bien será necesaria su causalización, tanto en los supuestos en que sea previas o simultánea a la adquisición, como en los casos en que sea posterior, sin que ello signifique que haya que acudir a contratos de compraventa o donación entre cónyuges. En este sentido, se ha considerado suficiente que se mencione la onerosidad o gratuidad de la aportación, o que la misma resulte o se deduzca de los concretos términos empleados en la redacción de la escritura.

En la escritura calificada ambos cónyuges acuerdan atribuir carácter privativo de la mujer al inmueble adquirido en los siguientes términos: "Doña R. B. C. y su esposo adquirente convienen dar carácter privativo absoluto o puro a la finca adquirida, por lo que solicitan del Sr. Registrador de la Propiedad inscriba dicha finca adquirida como privativa de don F. P. C. O".

En este sentido la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 11 de abril de 2022 señaló lo siguiente: "...Pero no es menos cierto que, según el texto de la escritura calificada, los mismos cónyuges manifiestan que 'convienen dar carácter privativo absoluto o puro a la mitad indivisa de la finca adquirida'; y ello porque el dinero pagado por él a los anteriores copropietarios es de su exclusiva pertenencia... De este modo, si se tiene en cuenta no solo la simple y pura literalidad de los términos empleados en la escritura calificada, sino también la intención evidente de los otorgantes reflejada en el negocio documentado, la valoración global de sus cláusulas y su inteligencia en el sentido más adecuado para que produzca efecto (cfr. Artículos 1.281, 1.284 y 1.285 del Código Civil), debe concluirse que los cónyuges, por pacto, están determinando que una mitad indivisa de las fincas adjudicadas mediante la extinción de comunidad tenga carácter privativo del marido adjudicatario, con la voluntad de que se inscriba a nombre de éste por haber sido adquirida con tal carácter y no por confesión, abstracción hecha de que no haya podido acreditarse el carácter privativo de

dicha participación mediante aplicación directa del principio de subrogación real por la faltar la prueba fehaciente del carácter privativo del dinero empleado, de modo que ambos consortes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, excluyen la presunción de ganancialidad del artículo 1.361 del Código Civil; y como resulta de los concretos términos empleados en la redacción de la escritura, queda explicitado el carácter oneroso del negocio entre los esposos".

Y la resolución del Centro Directivo de 4 de julio de 2022 (citada por la sr.^a registradora) señaló lo siguiente: «En el presente caso debe concluirse que los cónyuges, por pacto, están determinando el carácter parcialmente privativo del bien comprado por el esposo, abstracción hecha de que no haya podido acreditarse el carácter privativo de dicha participación –mediante aplicación directa del principio de subrogación real– por faltar la prueba fehaciente del carácter privativo del dinero empleado (a falta en el Derecho común de una presunción legal como la establecida en el artículo 213 del Código de Derecho Foral de Aragón), de modo que ambos consortes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, excluyen el juego de la presunción de ganancialidad del artículo 1.361 del Código Civil».

Resulta, pues, con toda claridad, de los términos en que está redactada la escritura, el pacto de atribución de privatividad del inmueble adquirido y la causalización de esa atribución.

II.

En consonancia con lo anteriormente expuesto, debe decaer el defecto expresado en la calificación.»

IV

La registradora de la Propiedad emitió informe el día 4 de abril de 2023 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 609, 1224, 1225, 1227, 1255, 1261, 1274 a 1277, 1278, 1279, 1297, 1315, 1323, 1325, 1328, 1346, 1347, 1352, 1354, 1355, 1356, 1357, 1358, 1359 y 1361 del Código Civil; 4 y 125 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco; 9, 18, 21, 31, 34, 66, 326, 327, párrafo décimo y 328, párrafo cuarto, de la Ley Hipotecaria; 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 213 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas; 51.6.^a, 90, 93, 94, 95, 96 y 101 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1991, 26 de noviembre de 1993, 19 de abril y 29 de septiembre de 1997, 24 de febrero, 27 de marzo, 25 de octubre y 20 de noviembre de 2000, 11 de diciembre de 2001, 26 de febrero y 17 de abril de 2002, 11 de junio de 2003, 8 de octubre de 2004, 25 de mayo de 2005, 8 de octubre y 29 de noviembre de 2006, 27 de mayo de 2019 y 15 de enero y 12 de febrero de 2020, y de, Sala Tercera, 2 de octubre de 2001; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de septiembre de 1937, 7 de junio de 1972, 10 de marzo de 1989, 14 de abril de 1989, 25 de septiembre de 1990, 21 de enero de 1991, 7 y 26 de octubre de 1992, 11 de junio de 1993, 28 de mayo de 1996, 21 de diciembre de 1998, 15 de marzo, 26 de mayo y 15 y 30 de diciembre de 1999, 8 de mayo y 7 de diciembre de 2000, 21 de julio de 2001, 17 de abril de 2002, 12 de junio y 18 de septiembre de 2003, 22 de junio de 2006, 6 de junio y 25 de octubre de 2007, 29 y 31 de marzo y 19 de octubre de 2010, 19 de enero, 13 de junio y 3 de septiembre de 2011, 12 de junio de 2013, 2 de febrero y 13 de noviembre de 2017 y 24 de enero, 30 de julio y 7 de noviembre de 2018, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y

Fe Pública de 12 de junio y 17 de diciembre de 2020, 15 de enero y 8 y 9 de septiembre de 2021, 4 de julio y 30 de noviembre de 2022 y 24 de mayo de 2023.

1. En la escritura cuya calificación es impugnada compra determinada finca una persona casada en régimen de gananciales, si bien comparece su esposa y hacen constar que «convienen dar carácter privativo absoluto o puro a la finca adquirida, por lo que solicitan del Sr. Registrador de la Propiedad inscriba dicha finca adquirida como privativa de don F. P. O., según lo previsto en los artículos 1.346-3.º del Código Civil y 95.1 del Reglamento Hipotecario, y Resolución de la Dirección Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 26 de febrero de 2020, así como en sus Resoluciones de 8 y 9 de septiembre de 2021 y 11 de abril de 2022. De ellas resulta lo siguiente (...)».

La registradora de la Propiedad suspende la inscripción solicitada por entender, en síntesis, que, según la Resolución de esta Dirección General de 26 de febrero de 2020, «el pacto de privatividad siempre será admisible si bien será necesaria su causalización (...)»; y en la escritura calificada no se hace constar «causa adecuada que justifique la no operatividad del principio de subrogación real».

El notario recurrente alega que, de los términos en que está redactada la escritura, resulta, con toda claridad, el pacto de atribución de privatividad del inmueble adquirido y la causalización de esa atribución.

2. La cuestión planteada en este recurso debe resolverse según las Resoluciones de esta Dirección General de 12 de junio de 2020, 15 de enero y 8 y 9 de septiembre de 2021, 4 de julio y 30 de noviembre de 2022 y 24 de mayo de 2023, relativas a casos análogos.

La sociedad legal de gananciales constituye un régimen económico-matrimonial, de tipo comunitario, que se articula en torno al postulado según el cual se hacen comunes las ganancias obtenidas y que atribuye carácter consorcial o ganancial a los bienes adquiridos a título oneroso con cargo al acervo común, constante su vigencia. Esta última idea expresa lo que se conoce como el llamado principio de subrogación real, enunciado con carácter general en los artículos 1347.3.º del Código Civil («son bienes gananciales (...) Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común») y 1346.3.º («son privativos de cada uno de los cónyuges (...) Los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos»). Sin embargo, este principio no es de aplicación universal, pues a él se anteponen otros criterios que el legislador ha considerado como prioritarios para determinar la naturaleza de los bienes, como pueden ser el de la accesión (cfr. artículo 1359 del Código Civil), el de la autonomía de la voluntad (cfr. artículo 1355 del Código Civil) o el del carácter del propio bien del que deriva el derecho a la adquisición (cfr. artículos 1346.4, 1347.4 o 1352 del Código Civil).

Bien es verdad que en las adquisiciones onerosas, en caso de que no se aplique el denominado principio de subrogación real (con arreglo al cual los bienes adquiridos tienen la misma naturaleza privativa o ganancial que tuviesen los fondos utilizados o la contraprestación satisfecha), para evitar el desequilibrio entre los distintos patrimonios de los cónyuges, surge como contrapeso el correspondiente derecho de reembolso (a favor del patrimonio que sufraga la adquisición) consagrado en el artículo 1358 del Código Civil.

La regulación que del régimen económico matrimonial contiene el Código Civil se caracteriza por un marcado principio de libertad que se manifiesta, entre otros, en los artículos 1315 (libertad en la determinación del régimen económico), 1325 (libertad en cuanto a su estipulación, modificación o sustitución), 1328 (libertad de pacto en tanto las estipulaciones no sean contrarias a las leyes o las costumbres o limitativas de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge) y 1323 (posibilidad de transmitirse los cónyuges por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos), sin más limitaciones que las establecidas en el mismo Código (cfr. artículo 1315).

El propio artículo 1355 –al permitir que los cónyuges atribuyan carácter ganancial a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, con independencia de cuál sea la procedencia y la forma y plazos de satisfacción del precio o contraprestación– se encuadra dentro de ese amplio reconocimiento de la autonomía

privada, y constituye una manifestación más del principio de libertad de pactos que se hace patente en el mencionado artículo 1323, pero siempre causalizado y procediendo, en su caso, el reembolso previsto en el artículo 1358 del Código Civil.

Precisamente la aplicación de este principio hace posible también que, aun cuando no concurren los presupuestos de la norma del artículo 1355, los cónyuges atribuyan la condición de gananciales a bienes que fueran privativos.

Así lo admitió esta Dirección General en Resolución de 10 de marzo de 1989 que, respecto del pacto específico de atribución de ganancialidad a la edificación realizada con dinero ganancial sobre suelo privativo de uno de los cónyuges, señaló que «aun cuando la hipótesis considerada no encaje en el ámbito definido por la norma del artículo 1.355 del Código Civil (que contempla la posibilidad de asignar de modo definitivo el carácter ganancial solamente respecto de los bienes adquiridos a título oneroso, tanto si hubiere indeterminación sobre la naturaleza de la contraprestación al tiempo de la adquisición como si ésta fuera inequívocamente privativa), no por ello ha de negarse la validez y eficacia del acuerdo contenido en la (...) escritura calificada, toda vez que los amplios términos del artículo 1323 del Código Civil posibilitan cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges y, por ende, entre sus patrimonios privativos y el consorcial, siempre que aquéllos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto –entre los cuales no puede desconocerse el negocio de aportación de derechos concretos a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente o de comunicación de bienes como categoría autónoma y diferenciada con sus propios elementos y características–, y cuyo régimen jurídico vendrá determinado por las previsiones estipuladas por los contratantes dentro de los límites legales (artículos 609, 1255 y 1274 del Código Civil) y subsidiariamente por la normativa del Código Civil».

Este criterio ha sido posteriormente confirmado en Resoluciones de 14 de abril de 1989, 7 y 26 de octubre de 1992, 11 de junio de 1993, 28 de mayo de 1996, 15 y 30 de diciembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 21 de julio de 2001, 17 de abril de 2002, 12 de junio y 18 de septiembre de 2003, 22 de junio de 2006, 6 de junio de 2007, 29 y 31 de marzo y 19 de octubre de 2010, 19 de enero, 13 de junio y 3 de septiembre de 2011, 13 de noviembre de 2017, 30 de julio de 2018.

Ciertamente, según la referida doctrina de este Centro Directivo, los elementos constitutivos del negocio por el que se produce el desplazamiento entre los patrimonios privativos y el consorcial han de quedar precisados debidamente, también respecto de la causa de la transferencia patrimonial, que no puede presumirse a efectos registrales. Ahora bien, como se indicó en la referida Resolución de 22 de junio de 2006, dicha exigencia de especificación causal del negocio ha de ser interpretada en sus justos términos. En este sentido, se ha considerado suficiente que se mencione la onerosidad o gratuidad de la aportación, o que la misma resulte o se deduzca de los concretos términos empleados en la redacción de la escritura, toda vez que «los referidos pactos de atribución de ganancialidad tienen la finalidad de ampliar el ámbito objetivo del patrimonio consorcial, para la mejor satisfacción de las necesidades de la familia, y por ello están trascendidos por la relación jurídica básica –la de la sociedad de gananciales, cuyo sustrato es la propia relación matrimonial–. Se trata de sujetar el bien al peculiar régimen de afección propio de los bienes gananciales, en cuanto a su administración, disposición, cargas, responsabilidades, liquidación que puede conducir a su atribución definitiva a uno u otro cónyuge, de acuerdo con las circunstancias de cada uno, o sus respectivos herederos».

A lo que se añadió que cabe «entender que el desplazamiento patrimonial derivado del negocio jurídico de atribución de ganancialidad tiene una identidad causal propia que permite diferenciarlo de otros negocios jurídicos propiamente traslativos del dominio, como la compraventa, la permuta (el cónyuge que aporta no espera obtener un precio u otra contraprestación), o la donación (la aportación no se realiza por mera liberalidad). Por ello, se llega a afirmar que encuentran justificación en la denominada "causa matrimonii", de la que, históricamente puede encontrarse algunas manifestaciones como

la admisión de las donaciones "propter nuptias" de un consorte al otro –a pesar de la prohibición general de donaciones entre cónyuges–, o la antigua dote. Y es que, aun cuando no puedan confundirse la estipulación capitular y el pacto específico sobre un bien concreto, la misma causa que justifica la atribución patrimonial en caso de aportaciones realizadas mediante capitulaciones matrimoniales (cfr. la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1993, según la cual "Siendo los capítulos por su propia naturaleza actos jurídicos cuyo tratamiento es el de los onerosos, difícilmente podría ser impugnado como carente de causa"; y la Resolución de 21 de diciembre de 1998) debe considerarse suficiente para justificar los desplazamientos patrimoniales derivados de pactos extracapitulares de ganancialidad, sin necesidad de mayores especificaciones respecto del elemento causal del negocio. En ambos casos se trata de convenciones que participan de la misma "iusta causa traditionis", justificativa del desplazamiento patrimonial "ad sustinenda oneri matrimonii».

3. Este Centro Directivo ha admitido que los cónyuges pueden atribuir carácter privativo a un bien ganancial, pacten o no compensación a cargo de los bienes privativos y siempre que el desplazamiento pactado aparezca causalizado (cfr. Resoluciones de 25 de septiembre de 1990, 21 de enero de 1991, 30 de julio de 2018, 12 de junio y 17 de diciembre de 2020, 15 de enero de 2021 y 4 de julio y 30 de noviembre de 2022).

Ciertamente, se han aducido doctrinalmente determinados argumentos en contra de tal posibilidad: que no hay un principio general ni artículo que admita la atribución de privatividad, en sentido inverso a la de ganancialidad a que se refiere el artículo 1355 del Código Civil, en virtud del cual los cónyuges puedan atribuir carácter privativo a los bienes adquiridos a título oneroso, ya que la confesión de privatividad del artículo 1324 del Código Civil es en puridad un medio de prueba; que no puede confundirse la libre contratación entre los cónyuges (ex artículo 1323 del mismo Código), ni el principio informador del «favor consortialis» que inspira el artículo 1355 con la confesión de privatividad recogida en el artículo 1324, ya que ésta última es un medio de prueba; que el interés de los acreedores de la sociedad de gananciales debe estar protegido mediante una liquidación que contenga su inventario, por lo que, en consecuencia, la declaración de la privatividad tiene su marco en la confesión del artículo 1324, sin perjuicio de que se puedan producir transmisiones –con su causa– entre los cónyuges mediante donación, compraventa u otros contratos (ex artículo 1323).

Esta tesis negativa fue rechazada ya por este Centro Directivo en la citada Resolución de 25 de septiembre de 1990, en los siguientes términos: «Por una parte, las normas jurídicas no pueden ser interpretadas desde la perspectiva de evitar el fraude de los acreedores, el cual, además, tiene suficiente remedio en las correspondientes acciones de nulidad y rescisión o en la aplicación de las normas que se hubiere tratado de eludir. Por otra, no puede desconocerse la proclamación, tras la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981, de la libertad de contratación entre los cónyuges (principio recogido en el artículo 1.323 del Código Civil, respecto del cual, el artículo 1.355 del Código Civil no es sino una aplicación particular para una hipótesis concreta, de la que no puede inferirse, por tanto, la exclusión legal de los demás supuestos de contratación entre esposos) que posibilita a estos, para, actuando de mutuo acuerdo, provocar el desplazamiento de un concreto bien ganancial al patrimonio de uno de ellos por venta (vid. resolución de 2 de febrero de 1983), permuta, donación u otro título suficientemente causalizado y cuyo régimen jurídico vendrá determinado en función de esa específica causalización (609, 1.255, 1.261 del Código Civil), así pues, admitido ese trasvase patrimonial de un bien ya ganancial, debe igualmente admitirse que los cónyuges, con ocasión de la adquisición de determinado bien a tercero, puedan convenir que éste ingrese de manera directa y *erga omnes* en el patrimonio personal de uno de ellos a pesar de no haberse acreditado la privatividad de la contraprestación, siempre que dicho negocio conyugal atributivo (que mantiene su sustantividad y autonomía jurídica pese a su conjunción con el negocio adquisitivo) obedezca a una causa adecuada que justifique la no operatividad del principio de subrogación real (1.347.3.º del Código Civil) cual, por ejemplo, la previa transmisión gratuita de la contraprestación a favor del cónyuge

adquirente, el derecho de reembolso al que se refiere el artículo 1.358 del Código Civil, etc.. Dicho negocio atributivo no debe confundirse con la confesión de privatividad, pues la virtualidad de ésta a efectos de la calificación del bien, sobre ser relativa en su ámbito subjetivo (artículo 1.324 del Código Civil), queda subordinada a la realidad o inexactitud del hecho confesado (vid. artículo 1.234 del Código Civil)».

Como puso de relieve este Centro Directivo en Resolución de 30 de julio de 2018, el pacto de privatividad siempre será admisible si bien será necesaria su causalización, tanto en los supuestos en que sea previa o simultánea a la adquisición, como en los casos en que sea posterior, sin que ello signifique que haya que acudir a contratos de compraventa o donación entre cónyuges. Ahora bien, como se indicó en la referida Resolución de 22 de junio de 2006, dicha exigencia de especificación causal del negocio ha de ser interpretada en sus justos términos. En este sentido, se ha considerado suficiente que se mencione la onerosidad o gratuidad de la aportación, o que la misma resulte o se deduzca de los concretos términos empleados en la redacción de la escritura.

Esta necesidad de existencia de una causa se explica por su repercusión en los correspondientes requisitos y efectos del negocio jurídico.

Conceptualmente, para que la causa sea gratuita o a título lucrativo, debe concurrir el requisito de que el desplazamiento patrimonial que se opera con dicho negocio carezca de contraprestación equivalente, ni pasada, ni presente, ni futura. En cuanto a sus requisitos formales, el negocio jurídico de atribución gratuita de privatividad, si se refiere a bienes inmuebles, deberá constar en escritura pública como requisito «ad solemnitatem» (cfr. artículo 633 del Código Civil). Y en cuanto a sus efectos, existiendo legitimarios, esa liberalidad deberá computarse a los efectos de determinar si es inoficiosa (artículos 636, 654 y 817 del Código Civil), pues resulta evidente que por vía de atribución de privatividad gratuita no se pueden perjudicar los derechos legitimarios de los herederos forzosos. También podrá quedar sujeta a una posible rescisión por perjuicio a acreedores (artículos 1291.3 y 1297 del Código Civil); y, en materia concursal deberá tenerse en cuenta a los efectos de lo previsto en el artículo 227 de la Ley Concursal, al disponer que «el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real».

En sentido inverso, conceptualmente, para que sea onerosa la causa del negocio de atribución de privatividad a un bien que sin dicho negocio tendría carácter ganancial o presuntivamente ganancial, es preciso que ese desplazamiento patrimonial tenga su compensación correlativa, es decir, que concurra otro desplazamiento patrimonial de importe equivalente en sentido contrario, ya sea ese otro desplazamiento previo al negocio (cuando se compensa una deuda preexistente que identifique debidamente); simultáneo (cuando en el mismo acto se recibe una prestación equivalente); o futuro, (cuando el desplazamiento patrimonial equivalente y de signo contrario queda diferido a un momento posterior). Si se expresa que la causa del negocio de atribución de privatividad (o de ganancialidad) es onerosa, pero no se concreta si la compensación equivalente es pasada, presente o futura, el Código Civil presume esto último al disponer en su artículo 1358 que: «cuando conforme a este Código los bienes sean privativos o gananciales, con independencia de la procedencia del caudal con que la adquisición se realice, habrá de reembolsarse el valor satisfecho a costa, respectivamente, del caudal común o del propio, mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación».

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto son perfectamente lícitas las siguientes opciones en relación con la sociedad de gananciales, y la situación jurídica de los bienes privativos, en lo que se refiere al ámbito registral:

Primera.—Justificar indubitadamente el carácter privativo del bien. Si el bien es fungible, como ocurre con el dinero, dicha justificación debe realizarse siempre mediante prueba documental pública. En este sentido, esta Dirección General en su reciente

Resolución de fecha 30 de mayo de 2022 ha manifestado que «el rastro del dinero privativo que se dice invertido en la adquisición ha de gozar de una acreditación documental plena, pues en el procedimiento registral no existe la posibilidad de admisión de otros medios de prueba, cuya admisión habría de llevar pareja la posibilidad de contradicción. Esa conclusión viene avalada por el contenido del artículo 95.2 del Reglamento Hipotecario que, como se ha expuesto anteriormente, exige, con el limitado alcance de regular su acceso registral, que, en las adquisiciones a título oneroso, se justifique el carácter privativo del precio o de la contraprestación mediante prueba documental pública. Fuera del proceso esa exigencia se viene entendiendo necesario que sea directamente la fe notarial –y no tanto las manifestaciones de parte interesada plasmadas en soporte documental público– la que ampare la privatividad del precio invertido. En otro caso, la presunción de ganancialidad proyecta tabularmente sus efectos, hasta su impugnación judicial; y esta es la solución estricta que rige en el ámbito registral en tanto no haya una modificación normativa que flexibilice este extremo (como la legislación civil especial de Aragón, por ejemplo –vid. artículo 213 del Código de Derecho Foral de Aragón–). No obstante, no debe descartarse una interpretación flexible del referido artículo 95.2 del Reglamento Hipotecario que, atendiendo a la realidad social (cfr. artículo 3.1 del Código Civil), lleve a admitir la inscripción del bien con carácter privativo sobre la base de manifestaciones del comprador que, constandingo en documento público, tengan como soporte algún dato adicional como pudiera ser, por ejemplo, el documento bancario del que resulte la correspondencia del pago realizado con el previo ingreso en una cuenta de la titularidad del comprador de dinero procedente de donación constatada en escritura pública».

Segunda.–Que un cónyuge confiese el hecho del carácter privativo de la contraprestación con la que se adquirió el bien por el otro cónyuge, con lo que se sujeta al régimen especial de los artículos 1324 del Código Civil y 95.4 del Reglamento Hipotecario.

Tercera.–Que los cónyuges celebren un negocio jurídico de atribución de carácter privativo, pero dejando claramente expresada la causa onerosa o gratuita de dicho negocio.

4. En el presente caso debe concluirse que los cónyuges, por pacto, están determinando el carácter privativo del bien comprado por el esposo, abstracción hecha de que no haya podido acreditarse el carácter privativo de dicho bien –mediante aplicación directa del principio de subrogación real– por faltar la prueba fehaciente del carácter privativo del dinero empleado (a falta en el Derecho común de una presunción legal como la establecida en el artículo 213 del Código de Derecho Foral de Aragón), de modo que ambos consortes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, excluyen el juego de la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil. Pero nada se expresa sobre la causa onerosa o gratuita de dicho negocio. Por ello, la calificación debe ser confirmada.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la calificación impugnada.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 20 de junio de 2023.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago