

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

14854 *Resolución de 4 de julio de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Oliva, por la que se deniega la inscripción de una escritura de compraventa.*

En el recurso interpuesto por don Juan Manuel Perelló Font, notario de Madrid, contra la calificación del registrador de la Propiedad de Oliva, don Bernardo Felipe Ariño, por la que deniega la inscripción de una escritura de compraventa.

Hechos

I

Mediante escritura otorgada el día 30 de diciembre de 2021 ante el notario de Madrid don Juan Manuel Perelló Font, con el número 3.105 de protocolo, los cónyuges en régimen de gananciales, don F. J. F. G. y doña M. L. T. compraron determinada finca (el esposo una participación del 80 % del pleno dominio con carácter privativo y el 20 % restante ambos cónyuges con carácter ganancial), manifestando que «en ejercicio de su autonomía de voluntad, acuerdan que el 80 % del pleno dominio de la finca objeto de la presente tenga carácter privativo del esposo don F. J. F. G. y solicitan que se inscriba a su nombre por haber sido adquirida con tal carácter por acuerdo entre los cónyuges y no por confesión, teniendo este pacto causa onerosa por ser los fondos empleados para el pago del valor de adquisición privativos del mencionado adquirente, procedentes de una venta de carácter privativo, y no procediendo por ello el reembolso previsto en el artículo 1.358 del Código civil».

II

Presentada el día 30 de diciembre de 2021 dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Oliva, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Entrada: 7363 de fecha 30.12.2021
Asiento: 1147 del Diario 61.
Documento: Escritura de compraventa, otorgada en Madrid, el día 30 de diciembre de 2.021, ante el Notario D. Juan Manuel Perelló Font.
Presentante: Serviblack, S.L.
Protocolo: 3105/21
Calificación negativa de denegación
Previo examen y calificación del título anteriormente referenciado, con sus documentos complementarios, deniego la inscripción solicitada, por el siguiente defecto:

Primero.

Hechos: Los adquirentes, don F. J. F. G. y doña M. L. T., manifiestan estar casados en régimen legal de gananciales y la adquisición se pretende: en cuanto al 80 % a favor de D. F. J. F. G. con carácter privativo y no por confesión y el 20 % a favor de ambos cónyuges con carácter ganancial. Solicitando se inscriba el 80 % con carácter privativo y no por confesión a favor del marido, por ser los fondos empleados para el pago del valor de adquisición, privativos del Señor Fábregas, procedentes de una venta de carácter privativo y no procediendo por ello el reembolso previsto en al artículo 1.358 del Código Civil, pero sin acreditación alguna de lo manifestado.

Fundamentos de Derecho: La pretendida exclusión de la presunción de ganancialidad que establece el artículo 1361 del Código Civil, el cual exige la prueba del carácter privativo del precio o contraprestación, para destruir la presunción de ganancialidad de los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, supone dejar sin efecto no solo el tenor literal de dicho artículo, sino también derogar tácitamente el 1324 del mismo cuerpo legal, en cuanto a las cautelas que el mismo establece para salvaguarda de los herederos forzosos del confesante (o renunciante) y de los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges. Dichas cautelas, totalmente convertidas en polvo o agua de borrajas conforme a la argumentación esgrimida, son las expresadas en el artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario: "4. Si la privatividad resultare solo de la confesión del consorte, se expresará dicha circunstancia en la inscripción y esta se practicará a nombre del cónyuge a cuyo favor se haga aquella. Todos los actos inscribibles relativos a estos bienes se realizarán exclusivamente por el cónyuge a cuyo favor se haya hecho la confesión, quien no obstante necesitará para los actos de disposición realizados después del fallecimiento del cónyuge confesante el consentimiento de los herederos forzosos de este, si los tuviere, salvo que el carácter privativo del bien resultare de la partición de la herencia".

Dicha pretensión se apoya en la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 12 de junio de 2020, cuya doctrina de persistir conducirá a la total derogación fáctica de los artículos citados 1.361 y 1.324 del Código Civil, así como 95.4 del Reglamento Hipotecario, al permitir que sin prueba alguna del carácter privativo del precio o contraprestación, la mera manifestación de los cónyuges pueda atribuir el carácter privativo al inmueble, deviniendo absolutamente ineficaces las cautelas que nuestro ordenamiento jurídico establece para la protección de acreedores y herederos forzosos.

No obstante y a juicio del Registrador que suscribe, ello supone vulnerar artículos vigentes de nuestro derecho positivo, al amparo de aquellos otros que sancionan la autonomía de la voluntad de las partes, por tanto fraude de ley a tenor del artículo 6.4 del Código Civil: "Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir". Por esta razón, y dicho sea con todos los respetos debidos a la Dirección General y en estrictos términos de calificación registral independiente, estimo la existencia de defecto que impide la inscripción.

Observaciones: El defecto señalado se considera insubsanable, por lo que no procede solicitar anotación preventiva de suspensión. No obstante, el plazo de vigencia del asiento de presentación queda prorrogado por sesenta días desde la fecha en que se reciba la notificación de la presente Calificación.

Contra la presente Calificación (...)

Oliva, a fecha de sello electrónico subsiguiente. El Registrador. Fdo. Bernardo Felipe Ariño. Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por Bernardo Felipe Ariño, registrador/a de Registro Propiedad de Oliva a día veintiuno de febrero del año dos mil veintidós.»

III

El día 23 de febrero de 2022, el notario autorizante de la escritura, don Juan Manuel Perelló Font, solicitó calificación conforme al cuadro de sustituciones, correspondiéndole a la registradora Mercantil II de Valencia, doña Laura María de la Cruz Cano Zamorano, quien, el día 4 de marzo de 2022, confirmó la calificación del registrador de la Propiedad de Oliva.

IV

Contra la nota de calificación sustituida, don Juan Manuel Perelló Font, notario de Madrid, interpuso recurso el día 4 de abril de 2022 mediante escrito con los siguientes fundamentos jurídicos:

«Primero. Me bastaría a este objeto sencillamente en reiterar la amplia, consistente y documentada argumentación propuesta por mi compañero, Javier Oñate Cuadros, en el recurso resuelto por esa Dirección General, en un supuesto idéntico al que nos ocupa, de fecha 12 de junio de 2020, publicada en el BOE de 31 de Julio de 2020,

Incluso puedo adherirme y reiterar asimismo la fundamentada respuesta de la propia Dirección General en apoyo de la resolución desestimatoria de la calificación impugnada. Con estos sólidos argumentos de peso jurídicos, quedaría resuelta obligación de este recurrente de respaldar y justificar la interposición del recurso. Por ello, doy por reiterados, por un tema de economía procesal, tanto las razones aportadas por el recurrente como las confirmatorias de la propia Dirección General; y que, (...) ignora o contradice el titular registral de Oliva.

Segundo. Desconoce este recurrente en base a qué criterios jurídicos establece el funcionario calificador la presunta superioridad de unos preceptos sobre otros. Cuál es el fundamento de la superioridad jurídica del precepto que establece la presunción de ganancialidad, sobre la libertad contractual. En que se basa para determinar que resultan perjudicados, no solo los derechos de los acreedores, sino las legítimas aspiraciones (Que no los derechos) de los herederos forzosos. Cuáles son las razones que esgrime en la denegación de la inscripción, para que la libre atribución de privatividad de unas adquisiciones realizadas por los esposos, sea la causante de esta monumental quiebra de nuestro sistema jurídico de garantías a herederos y acreedores. No aporta el Sr. Registrador ningún argumento en favor de su resolución denegatoria, simplemente hace constar la aparente contradicción entre unos y otros preceptos mencionados, decantándose por la aplicación de unos en detrimento de otros, a los que supone en franca oposición. a la presunción de ganancialidad en todo caso.

A título de ejemplo, el artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario, por cuya infracción sustenta, entre otros preceptos, el recurrente su calificación, con toda seguridad seguirá el mismo camino que el ya fenecido artículo 28 de la Ley Hipotecaria.

También se alega la infracción del artículo 1361 del CC por el que se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges. Pero no se trata de bienes existentes, sino de bienes que van a ingresar en el patrimonio de los cónyuges, en este caso de forma mixta, parte ganancial, y parte privativa de uno de los cónyuges. Y que mejor medio de prueba que la escritura pública. ¿O es que el Sr. Registrador tampoco considera la escritura pública como un medio de prueba? Resulta necesario traer a colación estos párrafos de la Resolución citada.

"Como puso de relieve este Centro 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.

En el presente caso debe concluirse que los cónyuges, por pacto, están determinando el carácter privativo de la participación indivisa del bien comprada por la esposa, 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 1361 del Código Civil; y, como alega el recurrente, en la escritura calificada queda explicitado el carácter oneroso del negocio entre los esposos, en el sentido de que hay una perfecta conmutatividad sinalagmática entre el carácter de lo adquirido y los fondos empleados en la adquisición."

No podemos estar más de acuerdo con esta argumentación. Nuestro ordenamiento jurídico no limita la voluntad de los cónyuges, o futuros cónyuges, de regular su régimen económico matrimonial, a través de los capítulos matrimoniales. Tampoco se limita la libertad negocial, incluso en el seno del matrimonio, o la capacidad de cualquiera de los cónyuges de comprar y vender sin más limitaciones que las derivadas del régimen jurídico matrimonial, al que están sometidos los bienes una vez que ingresan en patrimonio ganancial. Estas limitaciones no tienen más alcance que el régimen especial cotitularidad al que están sometidos los bienes gananciales, de la misma forma que se exige el consentimiento de todos los partícipes, cuando se pretende algún acto de gravamen o disposición de los bienes en proindiviso. Sin que un acto de disposición, consentido por todos los partícipes pueda ser interpretado como un intento de eludir la responsabilidad patrimonial de alguno de los partícipes disponentes, o siguiendo la argumentación esgrimida en el recurso, que se perjudicará las expectativas de futuros herederos.

Tercero. El principio de libertad contractual, ya sea genérico (art. 1.255 CC), ya establecido a favor de los cónyuges con independencia de su régimen económico matrimonial (arts. 1.315, 1.323, 1.325, 1.328, 1.355 CC) es una constante en nuestro ordenamiento, y tienen todo caso carácter de principio rector, y a través de cuya síntesis debe de interpretarse todos los preceptos que modalizan o restringen dicho principio.

Cualquier limitación del principio de igualdad y de libertad, debe de aplicarse con mesura y de forma garantista, compatibilizándolo con la tutela efectiva de la integridad patrimonial de los cónyuges, y del principio de responsabilidad universal.

No entiende este recurrente, siguiendo le [sic] resolución recurrida: como las lógicas aspiraciones a heredar por parte de los legitimarios, limitan de alguna forma la libertad de disposición de los padres sobre sus bienes «*inter vivos*»; o se pueden entender vulnerados los derechos de los acreedores, de la sociedad ganancial. Acaso tienen estos (los acreedores), un derecho o expectativa de derecho sobre los bienes que deberían ingresar en la comunidad ganancial, y que se adquieren de forma privativa. En qué medida resultan disminuidas las garantías patrimoniales de estos acreedores. No tiene en nuestro derecho, a efectos de responsabilidad, el patrimonio ganancial, la consideración de patrimonio separado del patrimonio privativo. No hay una barrera invisible que desvincule los bienes privativos o gananciales de la responsabilidad del artículo 1.911 del Código Civil. Por otra parte los llamados acreedores de los bienes gananciales disponen de recursos legales para la defensa de sus derechos económicos. (Art. 1373 y 1374 CC).

Es más, a mi juicio, y sin tener en cuenta casos muy concretos, la atribución de privatividad, no solo no perjudica a acreedores y legitimarios, sino que tiene un comportamiento neutro en términos Jurídico-económicos.

Cuarto. Es la configuración de la potente presunción de ganancialidad, de los bienes existentes con la comunidad ganancial, del artículo 1.361 CC (En absoluto incompatible con los artículos 1.323 y 1.324 CC), la que, con una interpretación muy restrictiva, como la manifestada por la calificación, lastra la libre circulación patrimonial; de la misma forma que un sistema rígido y amplio de legítimas, cada vez más puesto en entredicho por la Doctrina, el que perjudica la libertad de testar. La libertad de pactos entre los cónyuges, la libertad de testar, son principios de orden público que deben de prevalecer sobre otras disposiciones de carácter subordinado, que establecen medidas complementarias o supletorias del vacío legal, o de la voluntad declarada por los otorgantes. El sistema de legítimas, por ejemplo, en el Derecho común, no puede ser una excusa para restringir, los derechos de las personas a disponer libremente de su

patrimonio en vida. Los derechos de herederos o legitimarios solo nacen cuando se produce la muerte de la persona, y no antes. Salvo disposiciones reguladas en derecho foral (Heredamientos) no se permiten actos dispositivos sobre la herencia futura (art. 1.271 CC), por lo que las lógicas expectativas a heredar, no deben de prevalecer sobre la libre disposición de los sujetos de derecho.

Y son estas normas, algunas caducas, las que impiden, según el funcionario calificador, la inscripción en un Registro Público, de cuyo buen funcionamiento es responsable su titular; de un negocio jurídico, perfectamente legal, libremente consentido por los otorgantes, y formalizado públicamente con todas las garantías. No podemos aceptar que (...) pueda perjudicar; los legítimos derechos de los otorgantes, al extremo de calificar como "insubsanable" el defecto alegado, con términos duros, como el "fraude de ley", como si los otorgantes fueran delincuentes, situándolos fuera de la Ley. No se puede calificar en base a un pretendido ánimo elusorio, ni suponer una intención fraudulenta en los otorgantes. Es totalmente desproporcionado. El funcionario calificador se excede en sus atribuciones, reinterpreta la Ley, contradice a su superior jerárquico, e imputa a los otorgantes un ánimo defraudatorio, como mínimo de forma injusta e ilusoria.

Tampoco podemos desconocer que una injustificada dilación en la inscripción de los títulos presentados, que por otra parte es necesaria, para otras necesidades de los otorgantes, como conseguir financiación hipotecaria; puede provocar, y muy principalmente, perjuicios económicos a los mismos; pero además, forzando de forma artificial una revisión sistemática de los títulos presentados, se producen indeseables derivadas, como el perjuicio reputacional para la función notarial.

En atención a todo lo cual, con reserva de acciones judiciales ante una eventual exigencia de reparación de los daños y perjuicios que se pudieren irrogar al notario recurrente, incluyendo los daños morales, solicita de esta Dirección General la revocación de la nota de calificación impugnada y ordene la inscripción del título presentado.»

V

El registrador de la Propiedad emitió informe el día 19 de abril de 2022 y elevó el expediente a este centro directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 609, 1.224, 1.225, 1.227, 1.255, 1.261, 1.274 a 1.277, 1.278, 1.279, 1.297, 1.315, 1.323, 1.325, 1.328, 1.346, 1.347, 1.323, 1.352, 1.354, 1.355, 1.356, 1.357, 1.358, 1.359 y 1.361 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, 313.B).k), 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, Sala Tercera, Sección Segunda, de 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 y 15 de enero y 8 y 9 de septiembre de 2021.

1. En la escritura cuya calificación es impugnada los compradores de determinada finca, casados entre sí en régimen legal de gananciales, manifiestan que «en ejercicio de su autonomía de voluntad, acuerdan que el 80 % del pleno dominio de la finca objeto de la presente tenga carácter privativo del esposo don F. J. F. G. y solicitan que se inscriba a su nombre por haber sido adquirida con tal carácter por acuerdo entre los cónyuges y no por confesión, teniendo este pacto causa onerosa por ser los fondos empleados para el pago del valor de adquisición privativos del mencionado adquirente, procedentes de una venta de carácter privativo, y no procediendo por ello el reembolso previsto en el art. 1358 del Código civil».

El registrador de la Propiedad deniega la inscripción solicitada por entender: a) que la pretendida exclusión de la presunción de ganancialidad que establece el artículo 1361 del Código Civil, el cual exige la prueba del carácter privativo del precio o contraprestación, para destruir la presunción de ganancialidad de los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, supone dejar sin efecto no solo el tenor literal de dicho artículo, sino también derogar tácitamente el 1.324 del mismo cuerpo legal, en cuanto a las cautelas que el mismo establece para salvaguarda de los herederos forzosos del confesante (o renunciante) y de los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges; cautelas que son las expresadas en el artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario; b) que dicha pretensión se apoya en la Resolución de esta Dirección General de 12 de junio de 2020, cuya doctrina de persistir conducirá a la total derogación fáctica de los artículos citados 1.361 y 1.324 del Código Civil, así como 95.4 del Reglamento Hipotecario, al permitir que sin prueba alguna del carácter privativo del precio o contraprestación, la mera manifestación de los cónyuges pueda atribuir el carácter privativo al inmueble, deviniendo absolutamente ineficaces las cautelas que nuestro ordenamiento jurídico establece para la protección de acreedores y herederos forzosos, y c) que, a su juicio, ello supone fraude de Ley a tenor del artículo 6.4 del Código Civil, por vulnerar artículos vigentes de nuestro derecho positivo, al amparo de aquellos otros que sancionan la autonomía de la voluntad de las partes.

El notario recurrente alega, en síntesis: a) que la calificación es contraria a la doctrina de esta Dirección General que resulta de la Resolución de 12 de junio de 2020 para un caso idéntico; b) que el principio de libertad contractual, ya sea genérico (artículo 1.255 del Código Civil), ya establecido a favor de los cónyuges con independencia de su régimen económico-matrimonial (artículos 1.315, 1.323, 1.325, 1.328 y 1.355 del mismo Código), es una constante en nuestro ordenamiento, y tiene en todo caso carácter de principio rector, a través de cuya síntesis deben interpretarse todos los preceptos que modalizan o restringen dicho principio; c) que es la configuración de la potente presunción de ganancialidad, del artículo 1.361 del Código Civil (en absoluto incompatible con los artículos 1.323 y 1.324), la que, con una interpretación muy restrictiva, como la manifestada por la calificación, lastra la libre circulación patrimonial; d) que el registrador se excede en sus atribuciones, reinterpreta la ley, contradice a su superior jerárquico, e imputa a los otorgantes un ánimo defraudatorio, como mínimo de forma injusta e ilusoria; y e) que tampoco se puede «desconocer que una injustificada dilación en la inscripción de los títulos presentados, que por otra parte es necesaria, para otras necesidades de los otorgantes, como conseguir financiación hipotecaria; puede provocar, y muy principalmente, perjuicios económicos a los mismos; pero además, forzando de forma artificial una revisión sistemática de los títulos presentados, se producen indeseables derivadas, como el perjuicio reputacional para la función notarial».

2. La cuestión planteada en este recurso debe resolverse según las Resoluciones de esta Dirección General de 12 de junio de 2020 y 15 de enero y 8 y 9 de septiembre de 2021, 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 1.346.3.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 1.355 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 1.358 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), 1.325 (libertad en cuanto a su estipulación, modificación o sustitución), 1.328 (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 1.323 (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 1.315).

El propio artículo 1.355 –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 1.323.

Precisamente la aplicación de este principio hace posible también que, aun cuando no concurren los presupuestos de la norma del artículo 1.355, 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 en la 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 1.323 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, 1.255 y 1.274 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 y 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 y 15 de enero de 2021).

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 1.355

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 1.324 del Código Civil es en puridad un medio de prueba; que no puede confundirse la libre contratación entre los cónyuges (ex artículo 1.323 del mismo Código), ni el principio informador del «favor consortialis» que inspira el artículo 1.355 con la confesión de privatividad recogida en el artículo 1.324, 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 1.324, sin perjuicio de que se puedan producir transmisiones –con su causa– entre los cónyuges mediante donación, compraventa u otros contratos (ex artículo 1.323).

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 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 1.291.3 y 1.297 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 1.358 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. Atendiendo a los términos de la nota de calificación, esta debe ser revocada. 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.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar 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, 4 de julio de 2022.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.