

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**9310** *Resolución de 8 de junio de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad interino de Markina-Xemein, por la que se suspende la inscripción de una escritura de segregación, compraventa y agregación.*

En el recurso interpuesto por don Igor Ispizua Omar, Notario de Markina-Xemein, contra la calificación del registrador de la Propiedad interino de Markina-Xemein, don Álvaro García Armentia, por la que se suspende la inscripción de una escritura de segregación, compraventa y agregación.

#### Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el Notario de Markina-Xemein, don Igor Ispizua Omar, de fecha 19 de enero de 2012, con el número 20 de orden de su protocolo de ese año, doña M. L. O. A. con el consentimiento de su esposo don I. U. I., hizo una segregación sobre una finca de su propiedad, y en el mismo acto, vendió la misma porción segregada a favor de los cónyuges doña M. M. I. A. y don J. L. B. M., y de don M. M. I. A., quienes la compraron por terceras partes indivisas, con carácter privativo de cada uno de ellos, para a continuación en la misma escritura, agregar la porción adquirida a otra finca de la propiedad de estas tres personas. Don M. M. I. A. está casado en régimen de separación de bienes de Derecho Foral catalán. Pero los cónyuges doña M. M. I. A. y don J. L. B. M., están sometidos al régimen de sociedad de gananciales, por lo que en la cláusula de la compraventa, literalmente figura que «compran y adquieren, por terceras e iguales partes indivisas y con carácter privativo en los tres casos (ya que se trata del matrimonio y del tercero casado en separación de bienes), en los dos primeros por realizarse con fondos privativos la adquisición...».

II

La referida escritura se presentó en el Registro de la Propiedad de Markina-Xemein, el día 20 de enero de 2012 y tras la liquidación del impuesto correspondiente, se justifica la satisfacción de importe correspondiente al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales con fecha 2 de febrero de 2012. Inicialmente se suspende la inscripción señalándose dos defectos en la nota de calificación y tras la subsanación del primero de ellos, de nuevo es objeto de calificación negativa de 7 de marzo de 2012, que a continuación se transcribe en lo pertinente: «De conformidad con el artículo 322 de la Ley Hipotecaria se notifica la nota de calificación correspondiente a la escritura de segregación, compraventa y agregación autorizada por el notario de Markina-Xemein, don Igor Ispizua Omar, el día 19 de enero de 2012, número 20 de protocolo, que causó el asiento 1153 del Diario 68 (entrada 88/2012): Calificado el precedente documento, el registrador que suscribe ha resuelto no practicar la inscripción solicitada por los siguientes motivos: 1) En la presente escritura se segrega una porción de terreno de la finca registral 855/J para ser objeto, a renglón seguido, de venta. Esta venta se formaliza por un precio de 1.000 euros; sin embargo, no se ha identificado la forma en que se ha hecho el pago (artículo 10 LH.; art. 24 LN; art. 177 RN). 2) Doña M. M. I. A. y don J. L. B. M. son dueños, cada uno de ellos, de una tercera parte indivisa de la finca registral 628/J, con carácter privativo, por los títulos de donación la primera y compra en estado de soltero el segundo. Ahora ambos están casados en régimen de gananciales y compran, cada uno, una tercera parte indivisa

de la finca que es objeto de venta en esta escritura. Se dice que compran con carácter privativo, no se puede hacer constar en el Registro este carácter privativo puro por no haberse justificado mediante prueba documental pública. Lo único que podría hacerse es practicar la inscripción que corresponde a cada uno con carácter privativo por confesión de su cónyuge ex. artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario, y dada la comparecencia de ambos en la escritura. En otro caso, la inscripción de cada participación se practicará con carácter presuntivamente ganancial. (artículos 95.2 y 4 RH; Resolución de 18 de octubre de 1999; Resolución de 7 de diciembre de 2000 de la Dirección General de los Registros y del Notariado). Dicho matrimonio, en unión de don M. M. I. A., proceden, a continuación, a agregar la finca que compran a la finca registral 628/J antes mencionada. Se suman aquí participaciones que tienen carácter privativo puro con participaciones (las de los expresados cónyuges) que, a falta de prueba en contrario, tendrán un carácter distinto, o privativo por confesión, o presuntivamente ganancial. Debe especificarse, así, en la finca resultante de la agregación qué porción de la tercera parte indivisa que pertenece a cada cónyuge tiene uno y otro carácter. (artículo 45 RH). No se toma anotación preventiva de suspensión por no haberse solicitado expresamente. Contra la referida calificación () Markina Xemein, 20 de febrero de 2012. El Registrador.–Fdo. Alvaro García Armentia».

«Calificado nuevamente el precedente documento esta vez en unión de diligencia de subsanación de fecha 29 de febrero de 2012, el registrador que suscribe ha resuelto lo siguiente: 1) Con la diligencia de subsanación citada se entiende subsanado el defecto número 1 de la nota de calificación de 20 de febrero de 2012 que precede a ésta. 2) No se ha subsanado, sin embargo, el defecto número 2 de la citada nota de calificación, por lo que se mantiene la imposibilidad de practicar la inscripción deseada. Los plazos para recurrir, impugnar o instar la aplicación del cuadro de sustituciones se mantienen intactos al no haberse aportado ninguna documentación complementaria dirigida a subsanar el defecto número 2) de la precedente nota de calificación; esto es, se computan desde el día de su notificación, el 21 de febrero de 2012. Markina-Xemein, 7 de marzo de 2012.–El Registrador.»

### III

El día 19 de marzo de 2012, don Igor Ispizua Omar, notario de Markina-Xemein, interpuso recurso contra la calificación, en el que en síntesis, alega lo siguiente: «I.–El artículo 1347.3.º del Código Civil señala son bienes gananciales los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno sólo de los esposos. Sin embargo, dicho precepto plantea el problema de cómo acreditar el origen de los fondos o de la contraprestación con la que se ha realizado la adquisición, cuando aquellos fondos no tienen carácter ganancial. II.–El artículo 95 del Reglamento Hipotecario permite la inscripción con carácter privativo de bienes del cónyuge adquirente casado bajo el régimen de sociedad de gananciales siempre que el carácter privativo del precio o de la contraprestación del bien adquirido se justifique mediante prueba documental pública. Pero el apartado cuarto de dicho artículo prevé también la posibilidad de que dicho carácter privativo a favor de uno de los cónyuges resulte de la confesión del otro, dando lugar a los llamados "bienes privativos por confesión". Dichos bienes gozan de un régimen o normativa especial en relación a los bienes privativos puros. 1.–El artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario señala que los actos de disposición que lleve a cabo el cónyuge a cuyo favor se haya hecho la confesión, requerirán después del fallecimiento del confesante, el consentimiento de los herederos forzosos de éste, si los tuviere. 2.–El artículo 1324 del Código Civil, por su parte, señala que la confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges. III.–Ahora bien, cabe plantear la cuestión de cómo cabe exteriorizar la confesión a que se refieren los artículos 95.4 del Reglamento Hipotecario y 1324 del Código Civil, a los efectos de poder constatar el carácter privativo del bien adquirido, o bien de los fondos con los que se realiza la adquisición. Para ello es necesario tener presente los siguientes aspectos: 1.–

Los artículos 95.4 del Reglamento Hipotecario y 1324 del Código Civil no pueden ser interpretados más que con arreglo a su espíritu y finalidad. Así lo ordena la propia regulación del artículo 3.1 del Código Civil, cuando al enumerar los criterios de interpretación de las normas, señala con carácter preferente el "espíritu y finalidad" de las mismas. Es relativamente sencillo vislumbrar que lo que realmente atribuye en estos preceptos el carácter privativo al bien adquirido, es el reconocimiento, confesión, afirmación, o declaración de uno de los cónyuges a favor del otro. 2.—Tampoco puede perderse de vista que en nuestro ordenamiento jurídico se ha consagrado, incluso como Principio General del Derecho, el principio de libertad de forma de los negocios jurídicos, salvo para aquellos casos en los que de la propia norma resulte que la forma en la que debe formalizarse un determinado negocio jurídico o realizarse una determinada manifestación, tiene carácter esencial o solemne. IV.—Visto todo ello, cabe plantear la cuestión de si la palabra "confesión" que utiliza la regulación del Código Civil y el Reglamento Hipotecario, tienen un carácter sacramental, o si por el contrario, deben admitirse otras formas que por participar de la misma naturaleza jurídica que la citada confesión, deben producir los mismos efectos jurídicos. Desde luego, es ésta segunda postura la más ajustada a Derecho y la más conforme con la necesidad de hacer prevalecer la auténtica voluntad de los comparecientes en la escritura. Por eso mismo entiende el notario recurrente que no debe existir ningún obstáculo para que un cónyuge casado en régimen de gananciales pueda adquirir con carácter privativo, siempre que el otro confiese, reconozca, manifieste o declare que la adquisición de cada uno de ellos se realiza con sus fondos privativos. Por eso, si dos cónyuges casados en régimen de gananciales, como los que comparecen en la escritura, manifiestan en la misma que adquieren con carácter privativo porque la adquisición de cada uno de ellos se realiza con fondos de dicha naturaleza, es ciertamente difícil no ver en sus manifestaciones una confesión de privatividad, como la que se pretende hacer valer. V.—No puede admitirse como apoyo para la argumentación del registrador, la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 7 de diciembre de 2000, puesto que se refiere a un supuesto radicalmente distinto al de la escritura calificada. Ciertamente, la citada Resolución no admite la inscripción de un bien privativo por confesión, cuando esta confesión procede del mismo cónyuge favorecido por la misma. No se puede perder de vista que en la escritura calificada, los dos cónyuges adquirentes comparecen en la escritura para realizar la confesión a favor del otro. Tampoco tiene demasiado sentido la remisión hecha por el registrador a la Resolución de 18 de octubre de 1999, en la que compareciendo ambos cónyuges, no se permitió la inscripción de un bien como privativo con carácter absoluto, sino solamente con carácter confesado. Es precisamente esto segundo lo pretendido por los comparecientes en el caso que ahora nos ocupa, tal y como resulta de la lectura del clausulado de la escritura. VI.—Visto lo anterior, decae también el segundo defecto señalado por el registrador cuando exige hacer constar la proporción de la finca resultante que tiene carácter privativo y ganancial de cada cónyuge, puesto que, tal y como se viene indicando, la totalidad de la finca tiene carácter privativo. Ahora bien, admitiendo los argumentos del notario que suscribe, cabría plantear seguidamente, aunque ya no lo haga el registrador en su nota de calificación, si sería necesario entonces determinar las proporciones de la finca resultante que hayan de tener carácter privativo puro, por un lado, y carácter privativo por confesión, por otro. Pero la postura afirmativa sólo podría resultar de una aplicación indiscriminada, ilógica y abusiva del artículo 45 del Reglamento hipotecario. Al igual que cuando se agrega una finca hipotecada a otra que no lo está, no es necesario, o más bien, no es posible, determinar la proporción de la finca resultante que está gravada por la hipoteca y la que no lo está, cuando se agregue una finca privativa por confesión, a otra privativa pura, no será posible determinar qué proporción de la finca resultante ha de tener carácter privativo por confesión, y cuál ha de tener carácter privativo puro, puesto que al igual que ocurre con la hipoteca, la confesión de privatividad seguirá afectando, en relación a los acreedores, legitimarios, y los actos de disposición antes mencionados, a la finca que en su día se agregó, y no a un determinado porcentaje en el dominio de la finca resultante».

## IV

Mediante escrito con fecha de 27 de marzo de 2012, el registrador de la Propiedad emitió el informe correspondiente y elevó el expediente a este Centro Directivo (con registro de entrada el día 2 de abril del mismo año).

**Fundamentos de Derecho**

Vistos los artículos 1.324, 1.361 y 1.441 del Código Civil; 18 y 19 bis de la Ley Hipotecaria; 95.2 y 95.4 del Reglamento Hipotecario; Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1994; 26 de septiembre de 1996, y 25 de septiembre de 2001; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de febrero de 1999, y 12 de mayo de 2007.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible con carácter privativo a favor de los cónyuges adquirentes, una escritura de compraventa de participaciones indivisas de una finca, en la que concurren las circunstancias siguientes: comparecen e intervienen ambos cónyuges simultáneamente en la escritura para la adquisición; adquiere cada uno de ellos una parte indivisa de la finca; manifiestan adquirir cada uno su parte con carácter privativo, y además, que lo hacen con fondos privativos de cada uno de ellos; no acreditan la privaticidad de esos fondos con prueba documental pública, lo que señala el registrador en su calificación como motivo para denegar la inscripción de las adquisiciones con carácter privativo puro en virtud del artículo 95.2 del Reglamento Hipotecario; pero además entiende el registrador que la comparecencia de ambos cónyuges en la escritura no es suficiente para la inscripción con carácter privativo por confesión de conformidad con los 1324 del Código Civil y 95.4 del Reglamento Hipotecario.

En principio, es absolutamente correcta la apreciación del registrador por lo que se refiere a que la necesidad de acreditación con prueba documental pública, de la privaticidad de los fondos a los efectos de su inscripción con carácter privativo puro del artículo 95.2 del Reglamento Hipotecario, por lo que sólo resta establecer si se cumplen los requisitos de una confesión de privaticidad del 1324 Código Civil, para proceder a su inscripción conforme con al artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario.

2. En definitiva, se trata de interpretar a la vista de las manifestaciones de los cónyuges en el otorgamiento, si existe una confesión de privaticidad de sus respectivas adquisiciones. Ambos, otorgan la escritura, y concurren al otorgamiento; hacen dos manifestaciones: por un lado, la de adquirir respectivamente con carácter privativo, y por otro, la de que sus adquisiciones respectivas lo fueron con fondos privativos. Pero no hay una declaración formal de confesión de privaticidad.

Como consecuencia de todo esto, se señala por el registrador un segundo defecto en la nota de calificación, ya que al confluir participaciones de diversas naturalezas –privativa y ganancial– se hace precisa la especificación de qué porciones indivisas corresponden a cada uno de los cónyuges y con qué carácter.

3. Para determinar la formalidad exigible a la declaración de la confesión de privaticidad, es preciso analizar el alcance y trascendencia de la misma en la Jurisprudencia. La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1994, establece que la confesión de privaticidad actúa como medio de prueba de un negocio jurídico y no es un negocio jurídico en sí mismo. Por lo tanto es necesario determinar cuándo estamos ante un negocio jurídico translativo, cuando ante un negocio de fijación –que trata de dotar de certidumbre a una situación jurídica previa carente de ella– y cuándo estamos ante una auténtica prueba de confesión –judicial o extrajudicial–, con un valor meramente probatorio. Al amparo de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, es innegable que el Alto Tribunal considera la confesión de privaticidad como un medio de prueba suficiente entre cónyuges e insuficiente en relación a los herederos forzosos y acreedores; es decir, entre los cónyuges, aún siendo suficiente y hábil por sí sola para destruir las

presunciones de comunidad vigentes, puede ser desvirtuada por otras pruebas del carácter ganancial o privativo del confesante. Por su parte, en relación a los herederos forzosos y acreedores no es suficiente debiendo ser acreditado por otros medios de prueba la privatividad del cónyuge del confesante.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1996, determina que el precepto «no supuso la introducción de ninguna variación en perjuicio de los derechos adquiridos con arreglo a la legislación anterior, estableciendo, tan sólo, un instrumento probatorio en torno a la apreciación valorativa sobre determinados bienes existentes en el matrimonio».

En la misma línea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2001 señala que: «el artículo 1324 contempla una prueba lícita, que se presenta perjudicial a los intereses económicos del que la presta». Así pues, sin perjuicio de que se trate de una norma de carácter probatorio, debe entenderse en un sentido más amplio que el puramente procesal ya que no sólo tiene el precepto una eficacia en el ámbito judicial sino extrajudicial, afectando a la administración y disposición de los bienes, régimen de responsabilidad y ámbito registral. La misma consideración de la confesión de privatividad como prueba bastante es aseverada por este Centro Directivo en Resolución de 13 de febrero de 1999 que establece: «la confesión de privatividad no aparece configurada en nuestro ordenamiento como una declaración de voluntad que fija frente a todos el carácter privativo del bien al que se refiere (sin perjuicio de su posible impugnación si se efectúa en fraude o perjuicio de terceros o no se corresponde con la realidad), sino como un simple medio de prueba de esta circunstancia, que opera en la esfera interconyugal y que carece de virtualidad para desvirtuar por sí sola la presunción de ganancialidad recogida en el artículo 1361 del Código Civil; pero no lo es menos que la presunción de ganancialidad tampoco es un título de atribución legal de esa cualidad a los bienes del matrimonio en tanto no conste que pertenecen privativamente a uno u otro cónyuge –o a ambos pro indiviso–, sino uno más de los medios de prueba.»

Así pues, la confesión de privatividad se configura como un negocio de fijación de la verdadera naturaleza del bien, cuando existe incertidumbre sobre su pertenencia a una u otra masa patrimonial. En resumen, respecto de los cónyuges, la confesión de privatividad se configura como un medio de prueba especialmente hábil para acreditar que la adquisición del bien se realizó por el patrimonio privativo de cónyuge del confesante. En definitiva, destruye el juego de las presunciones de los artículos 1361 y 1441 del Código Civil, creando otra presunción de privatividad que puede ser destruida, a su vez por una prueba fehaciente y suficiente de la ganancialidad o privatividad del cónyuge confesante. Pero para estos efectos, debe reunir determinados requisitos: a.–Que se trate de una declaración de conocimiento del confesante sobre hechos personales suyos. b.–Que sobre el bien que se reconoce privativo del otro cónyuge, exista incertidumbre acerca de la naturaleza, de forma que no opera este efecto si el bien tiene una naturaleza ganancial o privativa claramente definida. c.–La confesión puede referirse al título de adquisición, al precio o contraprestación y de manera especial es preciso que la confesión se realice durante la vigencia del matrimonio –y por tanto del régimen económico de gananciales–, por lo que la confesión realizada por cualquiera de los que fueron cónyuges una vez disuelto el matrimonio tendrá los efectos propios que le otorga la Ley de Enjuiciamiento Civil, un efecto limitado ya que dispone que tendrá eficacia probatoria si no lo contradice el resultado de las demás pruebas.

4. Es cierto que no se requiere una solemnidad especial, distinta de que la declaración de confesión por ambos cónyuges deba ser realizada en escritura pública, pero también es cierto que la declaración de ciencia del adquirente sobre la privatividad y procedencia de los fondos para la adquisición, precisa la confesión o expresa ratificación del otro cónyuge. En el presente expediente, habida cuenta que ambos consortes han comparecido en la escritura y cada uno de ellos ha manifestado adquirir con fondos privativos, que la escritura ha sido leída por el notario a los comparecientes y que éstos han manifestado su conformidad con la misma, no puede sostenerse que no ha habido

confesión de privacidad de la adquisición del otro o, al menos, ratificación expresa de la misma. Por tanto, no puede mantenerse el primero de los defectos señalados.

5. Debe sin embargo mantenerse el segundo defecto de la nota de calificación, ya que deben distinguirse las participaciones privativas ordinarias, de las confesadas y de las gananciales, debido a su distinto régimen jurídico, conforme al principio de especialidad y por imperativo del artículo 54.2 del Reglamento Hipotecario.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar parcialmente el recurso, en el sentido de revocar el primer defecto señalado en la nota de calificación y confirmar el segundo.

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, 8 de junio de 2012.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.