

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

16911 *Resolución de 9 de septiembre de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Colmenar Viejo n.º 1, por la que se suspende la inscripción de una escritura de adjudicación de determinadas fincas.*

En el recurso interpuesto por don Alfonso García-Perrote Latorre, notario de Tres Cantos, contra la calificación del registrador de la Propiedad de Colmenar Viejo número 1, don Ignacio del Río García de Sola, por la que se suspende la inscripción de una escritura de adjudicación de determinadas fincas.

Hechos

I

Mediante escritura otorgada el día 29 de abril de 2021 ante el notario de Tres Cantos, don Alfonso García-Perrote Latorre, con el número 496 de protocolo, la cooperativa de viviendas denominada «Sierranova, S. Coop. Mad.» adjudicó, por mitad pro indiviso, dos fincas (una vivienda y una plaza de garaje) a don F. M. y doña M. F. P. R., casados, respectivamente, en régimen legal de gananciales, con doña M. M. M. R. y don V. R. G. G. En esta escritura se hacía constar lo siguiente:

«Carácter privativo de la adquisición:

Los cónyuges Don F. M. P. R. y Doña M. M. M. R. acuerdan que la mitad indivisa de las fincas objeto de la presente, tenga carácter privativo de Don F. M. P. R. y solicitan que se inscriba a nombre del citado adquirente por haber sido adquirido 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 de la mitad del valor de adquisición privativos del mencionado adquirente, y no procederá el reembolso previsto en el art. 1358 del Código civil.

Los cónyuges Doña M. F. P. R. y Don V. R. G. G. acuerdan que la mitad indivisa de las fincas objeto de la presente, tenga carácter privativo de Doña M. F. P. R. y solicitan que se inscriba a nombre de la citada adquirente por haber sido adquirido 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 de la mitad del valor de adquisición privativos de la mencionada adquirente, y no procederá el reembolso previsto en el art. 1358 del Código civil».

II

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Colmenar Viejo número 1, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Número de Entrada / Año: /2021.

Asiento/Diario: 1844/128.

Notario: Alfonso García-Perrote Latorre Tres Cantos –Madrid.

Protocolo: 496.

El Registrador de la Propiedad que suscribe, previo examen y calificación del precedente documento, ha resuelto no admitir su inscripción en los Libros del Archivo de

este Registro de la Propiedad de Colmenar Viejo, número uno a su cargo en base a los siguientes:

Hechos: Con fecha treinta de abril de dos mil veintiuno, el notario autorizante del documento de referencia presenta telemáticamente, en este Registro, escritura de Documento Notarial en la que se solicita, en la estipulación primera, que se inscriban la participación en las fincas objeto de la adjudicación por mitades indivisas con carácter privativo a nombre de don F. M. P. R. y doña M. F. P. R., por haber sido adquirida con tal carácter por acuerdo entre los cónyuges y no por confesión, teniendo este pacto como oneroso.

Fundamentos de Derecho

De conformidad con los artículos 429 y 434 del Reglamento Hipotecario, el presentante o interesado deben manifestar [sic] su conformidad o disconformidad con el despacho del documento practicándose la inscripción de sus participaciones en las fincas adjudicadas a nombre de don F. M. P. R. y doña M. F. P. R., por mitades indivisas con carácter privativo por confesión de su cónyuge en virtud de los siguientes fundamentos:

– No se acredita fehacientemente la procedencia de los abonos a la transmitente con fondos privativos tanto de don F. M. P. R. como de doña M. F. P. R., ni el acuerdo contractual entre los cónyuges, con expresión de su causa, objeto y contenido que identifique el pacto con causa onerosa.

– Disposiciones normativas: artículos 1315, 1316, 1317, 1318, 1323, 1324, 1344, 1346 a 1348 y 1367 del Código Civil, y los artículos 94 y 95 del Reglamento Hipotecario, así como sentencia del Tribunal Supremo 10/2020 de 15 de enero, sala 1.ª de lo Civil, recurso 3147/2017.

– Motivación: La STS 10/2020 confirma la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de mayo de 2017, que reitera la exigencia de acreditación auténtica de la naturaleza privativa del precio pagado para la adjudicación de las fincas, siendo necesario para la inscripción de bienes inmuebles o derechos reales con carácter privativo en el régimen de la sociedad de gananciales la prueba de la privatividad del precio o contraprestación que destruya la presunción de ganancialidad en las adquisiciones [sic] onerosas.

En el mismo sentido, la STS 295/2019, de 27 de mayo, dice: “El cónyuge que sostenga el carácter privativo de un bien adquirido a título oneroso, debe probar el carácter privativo del dinero empleado en su adquisición”.

Calificación

Se suspende la inscripción por los defectos expresados que se califican como subsanables.

Queda prorrogado el asiento de presentación por plazo de sesenta días (...)

Contra esta nota de calificación puede (...)

En Colmenar Viejo, a 3 de junio de 2.021 (...)

Este documento ha sido firmado digitalmente por el registrador: don Ignacio del Río García de Sola con firma electrónica reconocida».

III

Contra la anterior nota de calificación, don Alfonso García-Perrote Latorre, notario de Tres Cantos, interpuso recurso el día 14 de junio de 2021 mediante escrito con los siguientes fundamentos jurídicos:

«1. Sobre la no acreditación fehaciente de la procedencia de los abonos a la transmitente con fondos privativos ni el acuerdo contractual entre los cónyuges con expresión de su causa objeto y contenido que identifique el pacto con causa onerosa.

Que, en cuanto a la existencia de acuerdo entre los cónyuges, no se entiende dicha afirmación del Sr. Registrador, puesto que en la escritura calificada, se ha hecho constar expresamente lo siguiente:

“Carácter privativo de la adquisición:

Los cónyuges Don F. M. R. P. y Doña M. M. M. R. acuerdan que la mitad indivisa de las fincas objeto de la presente, tenga carácter privativo de Don F. M. P. R. y solicitan que se inscriba a nombre del citado adquirente por haber sido adquirido 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 de la mitad del valor de adquisición privativos del mencionado adquirente, y no procederá el reembolso previsto en el art. 1358 del Código civil.

Los cónyuges Doña M. F. P. R. y Don V. R. G. G. acuerdan que la mitad indivisa de las fincas objeto de la presente, tenga carácter privativo de Doña M. F. P. R. y solicitan que se inscriba a nombre de la citada adquirente por haber sido adquirido 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 de la mitad del valor de adquisición privativos de la mencionada adquirente, y no procederá el reembolso previsto en el art. 1358 del Código civil.”

Luego sí que existe acuerdo entre los cónyuges respectivos, en relación con la mitad indivisa que adquieren cada uno de ellos, y se expresa la causa onerosa de dicho acuerdo, por ser los fondos empleados para el pago de cada mitad indivisa privativos respectivamente [sic] de cada uno de los cónyuges adquirentes y darse correspondencia entre ambos, fondos y carácter del bien, es decir, que no tiene causa gratuita, como ocurriría si los fondos empleados hubieran sido gananciales y no existiera derecho de reembolso.

Que dicho acuerdo excluye la aplicación de los preceptos que presuponen una adquisición conforme al juego de los principios de subrogación real y presunción de ganancialidad.

Como señaló la Resolución de 12 de junio de 2020 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública:

“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).”

Asimismo que:

“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 la Dirección general de los Registros y del Notariado de 25 de septiembre de 1990, 21 de enero de 1991 y 30 de julio de 2018).

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 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).’”

Por tanto el acuerdo entre los cónyuges recogido en la escritura calificada obedece al principio de la autonomía de su voluntad, que excluye la necesidad de la acreditación fehaciente de la procedencia privativa de los abonos a la entidad transmitente.

Fundamentos jurídicos ratificados por otra Resolución posterior de fecha 15 de enero de 2021, de la que, en relación con la no expresión de la causa que alega el Sr. Registrador, podemos destacar el siguiente pronunciamiento:

“Como puso de relieve esta Dirección General en Resolución de 30 de julio de 2018, el pacto de privaticidad 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.”

Pues bien, en la escritura calificada se menciona expresamente la onerosidad de la aportación, o como dice a continuación la mencionada Resolución “...en la escritura calificada queda explicitado el carácter oneroso del negocio entre los esposos”.

De ésta última resolución, cabe destacar además, que no se aceptó el argumento de la Sra. Registradora, según el cual, para destruir la presunción de ganancialidad hubiera sido necesario que en la escritura de compraventa se hubiera hecho constar un previo documento público (con citación de Notario, fecha y número de protocolo) por el que se alegara haber adquirido de forma privativa el cónyuge adquirente los fondos utilizados en la compra, puesto que, como señaló de forma diáfana la Notaria recurrente, por más títulos previos que se hicieran constar en ningún caso se podría inscribir por el principio de subrogación real, debido a la imposible trazabilidad o seguimiento de los mismos fondos, sino que por el contrario la solicitud de inscripción se enmarca en un ámbito totalmente diferente, como es la facultad de los cónyuges de atribuir carácter ganancial o privativo al bien o parte de los bienes adquiridos con independencia del origen de los fondos, sólo relevante a la hora de determinar el derecho de reembolso a la liquidación del régimen.

En definitiva, podemos concluir que la configuración como requisito imprescindible para la inscripción de los acuerdos del tipo del que es objeto de la presente, de la necesidad de en todo caso alegar títulos previos públicos por los que se habría adquirido de forma privativa los fondos que se hayan utilizado en la adquisición que contiene el acuerdo entre los cónyuges, o al menos alegar “algo al respecto”, supondría dejar prácticamente sin efecto toda la doctrina anterior y atribuir al Registrador un control cuasijudicial sobre la suficiencia o insuficiencia de dichas alegaciones previas para decidir si el libre acuerdo entre los cónyuges, está o no, a su juicio, lo bastante fundamentado con manifestaciones varias. Todo lo anterior es, sin perjuicio en cualquier caso, de las acciones que en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, pudieran corresponder a acreedores y legitimarios en caso de demostrarse la falta de certeza sobre el hecho de realizarse la adquisición con dinero privativo, lo cual habría de hacerse, ahora sí, en el proceso judicial correspondiente y con todos los medios de prueba admisibles en el mismo.

2. Que no se aprecia la relación o cuando menos la fundamentación de la calificación del Sr. Registrador, en las sentencias que cita.

La STS, sala de lo civil 10/2020, de 15 de enero, trata sobre la pretensión de uno de los cónyuges, en concreto el marido, de desvirtuar o dejar sin efecto, la manifestación que había realizado en una escritura de compraventa de un inmueble del año 1975, reconociendo ser privativo de su esposa del dinero empleado en la adquisición. Pretensión que por las razones que considera dicha sentencia, fue desestimada. Por lo que, ya sólo por la fecha de los hechos a los que se refiere, anterior incluso a la vigencia del propio art. 1324 del Código civil (cuya aplicación en cualquier caso se excluye en la escritura calificada precisamente por voluntad de los cónyuges), es intraslabable al caso que nos ocupa.

Y la STS, sala de lo civil, 295/2019, de 27 de mayo, referente a un caso de liquidación judicial de bienes gananciales, está absolutamente cercenada con la cita que de ella hace el Sr. Registrador, y fuera de contexto, al resaltar que dicha sentencia dice:

“El cónyuge que sostenga el carácter privativo de un bien adquirido a título oneroso, debe probar el carácter privativo del dinero empleado en la adquisición”, lo que podría no dejar de ser cierto en caso de pretensión unilateral de uno de los cónyuges en tal sentido, pero que vuelve a tener poco que ver con el supuesto de un acuerdo expreso entre cónyuges.

Es más, la mencionada sentencia del TS de 27 de mayo de 2019, fue alegada por el Notario recurrente en la antes citada Resolución de la DG y FP de fecha 12 de junio de 2020, en defensa de un pacto o consentimiento incluido en una escritura de compraventa por la que los cónyuges adquirentes consentían en la adquisición de la finca con carácter privativo de uno de ellos. Sentencia que, si bien se refería a un caso inverso al contemplado en la escritura que nos ocupa, como es el de la adquisición por un cónyuge para la sociedad de gananciales, pero con dinero privativo, contiene diferentes pronunciamientos relativos a la libertad de pactos y contratos entre los cónyuges, y por tanto de la consecuente restricción del juego de la presunción de ganancialidad, que fueron reseñados por extenso por el mencionado Notario recurrente y a cuya cita nos remitimos. Terminó concluyendo la sentencia referida que, cuando un cónyuge adquiere para la sociedad de gananciales, si demuestra que la adquisición se verificó con fondos propios (en sede judicial se entiende), tiene derecho al reembolso actualizado del valor en la liquidación de la sociedad de gananciales, debido a que en nuestro ordenamiento la donación no se presume, y aunque no se hubiera hecho reserva alguna en el momento de la adquisición.

Supuesto que, como se ha dicho es diferente del recogido en la escritura calificada, y que en último término perfila los posibles derechos de reembolsos o compensaciones entre cónyuges, si al tiempo de la liquidación de la sociedad de gananciales, se demuestra en sede judicial, y por tanto, por los medios que en ella sean admisibles, la procedencia de los fondos empleados, sin alterar por ello la naturaleza del bien, pero que contiene importantes pronunciamientos sobre la libertad de pactos entre cónyuges, de los que al menos, nos permitimos reseñar los siguientes:

“Dada la amplitud con que el art. 1323 CC admite la libertad de pactos y contratos entre los cónyuges, son posibles acuerdos por los que se atribuya carácter ganancial a bienes privativos de uno de ellos (por ejemplo, por haber sido adquiridos antes de la sociedad, o adquiridos a título gratuito constante la sociedad, etc.).

c) En este marco, en particular, el art. 1355 CC permite que los cónyuges atribuyan de común acuerdo carácter ganancial a un bien adquirido a título oneroso durante la vigencia de la sociedad de gananciales, con independencia de la procedencia de los fondos utilizados para la adquisición.

Se trata de la atribución de ganancialidad en el momento de la adquisición. El efecto del art. 1355 CC es que el bien ingresa directamente en el patrimonio ganancial. Si los fondos utilizados fueran gananciales, el bien adquirido sería ganancial por aplicación del art. 1347.3 CC. No haría falta la voluntad de las partes para atribuir al bien adquirido carácter ganancial.

Lo que permite el art. 1355 CC es que los cónyuges atribuyan carácter ganancial a bienes que, de no existir tal acuerdo, serían privativos con arreglo a los criterios de determinación legal”.

Con lo que, volvemos a reiterar, alude a la posibilidad, fuera del principio de subrogación real y del de presunción de ganancialidad, que un bien determinado tenga un carácter o naturaleza diferente del dinero que se hubiera empleado en su adquisición, y precisamente por acuerdo entre los cónyuges.»

IV

El registrador de la Propiedad emitió informe el día 24 de junio de 2021 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, 1323, 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 y 326 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 la 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 de septiembre de 2021.

1. Mediante la escritura cuya calificación es impugnada, una cooperativa de viviendas adjudica el pleno dominio de dos fincas (una vivienda y una plaza de garaje) a dos personas que lo adquieren por mitad pro indiviso, haciéndose constar por ellos y sus respectivos cónyuges –casados en régimen legal de gananciales– que acuerdan que cada una de esas mitades indivisas tenga carácter privativo del cónyuge adquirente «y solicitan que se inscriba a nombre del citado adquirente por haber sido adquirido 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 de la mitad del valor de adquisición privativos del mencionado adquirente, y no procederá el reembolso previsto en el art. 1358 del Código civil».

El registrador de la Propiedad suspende la inscripción solicitada por entender, en esencia, que las referidas mitades indivisas sólo pueden inscribirse con carácter privativo por confesión de los respectivos cónyuges de los adquirentes, pues no se acredita fehacientemente la procedencia de los abonos a la transmitente con fondos privativos de los adquirentes, ni el acuerdo contractual entre los cónyuges, con expresión de su causa, objeto y contenido que identifique el pacto con causa onerosa.

El notario recurrente alega que no se entiende la afirmación del registrador, dado el contenido de la estipulación contenida en la escritura sobre el carácter privativo de la adquisición, toda vez que existe acuerdo entre los cónyuges respectivos, en relación con la mitad indivisa que adquieren cada uno de ellos, y se expresa la causa onerosa de dicho acuerdo, por ser los fondos empleados para el pago de cada mitad indivisa privativos respectivamente de cada uno de los cónyuges adquirentes y darse correspondencia entre los fondos y el carácter del bien, es decir que no tiene causa gratuita, como ocurriría si los fondos empleados hubieran sido gananciales y no existiera derecho de reembolso. Añade que la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2020 no es aplicable al presente caso, por tratarse de un supuesto diferente, y la Sentencia del mismo Tribunal de 27 de mayo de 2019, también citada en la calificación, alude a la posibilidad, fuera del principio de subrogación real y del de presunción de

ganancialidad, de que un bien determinado tenga carácter o naturaleza diferente del dinero que se hubiera empleado en su adquisición, y precisamente por acuerdo entre los cónyuges. Asimismo, alega el recurrente que esta Dirección General ha admitido la inscripción de adquisiciones análoga a la presente en Resoluciones de 12 de junio de 2020 y 15 de enero de 2021.

2. La cuestión planteada en este recurso debe resolverse según las citadas Resoluciones de esta Dirección General de 12 de junio de 2020 y 15 de enero y 8 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 se 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 el Código Civil según los artículos 1347.3.º («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. 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, afirmó que «aun cuando la hipótesis considerada no encaje en el ámbito definido por la norma del artículo 1355 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 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 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 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 la convención 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 los bienes comprados por el respectivo consorte, abstracción hecha de que no se haya acreditado el carácter privativo de la participación indivisa adquirida 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 los cónyuges otorgantes, 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 respectivos esposos.

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, 9 de septiembre de 2021.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.