

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**16905** *Resolución de 8 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 Villajoyosa n.º 2, por la que se suspende la inscripción de una escritura de compraventa.*

En el recurso interpuesto por doña I. O. P. y don G. G. M. contra la calificación del registrador de la Propiedad de Villajoyosa número 2, don Luis Fernando Pellón González, por la que se suspende la inscripción de una escritura de compraventa.

#### Hechos

##### I

Mediante escritura otorgada el día 3 de marzo de 2021 ante el notario de Villajoyosa, don Juan Guillermo Giménez Giménez, con el número 418 de protocolo, doña I. O. P., casada con don G. G. M., en régimen legal supletorio de gananciales, compró dos inmuebles haciendo constar ambos cónyuges lo siguiente:

«Primera bis.—Los cónyuges doña I. O. P. y don G. G. M., haciendo uso de la preferencia del principio de autonomía de la voluntad, conforme a los artículos 1255 y 1355 del código civil, declaran que la adquisición de las fincas se realiza con carácter privativo de Doña I. O. P., y solicitan expresamente que se inscriba la misma a nombre del cónyuge adquirente con tal carácter, y no por confesión.

Igualmente manifiestan a los únicos efectos de lo dispuesto en el artículo 1358 del código civil, que el dinero con el que se ha efectuado la citada adquisición es privativo de Doña I. O. P., por provenir de la venta de una finca de carácter privativo, de modo que no procederá compensación o reembolso alguno actual o futuro entre los patrimonios ganancial y privativo de los cónyuges, sin perjuicio de las acciones que en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales pudieran corresponder a acreedores o legitimarios en caso de demostrarse su falta de certeza.

Todo ello de conformidad con la doctrina de las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de fecha 12 de junio de 2020 (BOE 31/07/2020)».

##### II

Presentada el día 3 de marzo de 2021 dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Villajoyosa número 2, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Presentada telemáticamente en este Registro a las 14 horas y 52 minutos del día 3 de marzo del 2021 una copia autorizada en soporte electrónico del precedente documento —escritura otorgada en La Vila Joiosa el 3 de marzo del 2021 ante el señor Notario don Juan-Guillermo Giménez Giménez, con el número 418 de protocolo—, habiendo causado el asiento de presentación número 304 del Libro Diario número 179, aportada una primera copia autorizada del mismo en soporte papel el día 23 de marzo del 2021, según consta por nota al margen de dicho asiento de presentación, y resultando acreditada la declaración-liquidación del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, se ha procedido a su calificación registral, habiéndose tenido también a la vista, para dicha calificación, el siguiente documento: (...)

Tras dicha calificación, se suspende la inscripción del documento presentado por los Motivos que se hacen constar a continuación, en los que se recogen los correspondientes Hechos y Fundamentos de Derecho:

Primero.

1. En la escritura presentada doña I. O. P., casada en régimen supletorio legal de gananciales con don G. G. M., quien también comparece, compra, con carácter privativo, las fincas registrales números 44699 y 44721 de La Vila Joiosa.

2. En la estipulación primera bis de la escritura los citados cónyuges, doña I. O. P. y don G. G. M., "haciendo uso de la preferencia del principio de autonomía de la voluntad, conforme a los artículos 1255 y 1355 del código civil, declaran que la adquisición de las fincas se realiza con carácter privativo de Doña I. O. P., y solicitan expresamente que se inscriba la misma a nombre del cónyuge adquirente con tal carácter, y no por confesión. Igualmente manifiestan a los únicos efectos de lo dispuesto en el artículo 1358 del código civil, que el dinero con el que se ha efectuado la citada adquisición es privativo de Doña I. O. P., por provenir de la venta de una finca de carácter privativo, de modo que no procederá compensación o reembolso alguno actual o futuro entre los patrimonios ganancial y privativo de los cónyuges, sin perjuicio de las acciones que en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales pudieran corresponder a acreedores o legitimarios en caso de demostrarse su falta de certeza. Todo ello de conformidad con la doctrina de las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de fecha 12 de junio de 2020 (BOE 31/07/2020)".

3. Doctrinalmente siempre se ha exigido que, para inscribir como privativa una adquisición, vigente la sociedad de gananciales, se acredite que en la adquisición se emplee el mismo dinero que se empleó en el acto previo que pretende servir de justificación, y esta exigencia no se puede pretender desvirtuar por un pacto abstracto de privaticidad basado en la autonomía de voluntad, que siempre ha tener su correspondiente limitación para salvaguardar los límites marcados por la ley. Así, para la atribución por pacto del carácter de bien privativo por parte de los cónyuges, solo cabrían dos vías: a.–La de la confesión del consorte como prueba de la privaticidad entre cónyuges conforme al artículo 1324 del Código civil y como forma de inscripción de bien privativo "por confesión del consorte" conforme al artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario; y b.–La de un pacto expreso de atribución al bien del carácter privativo basado, no en la autonomía de voluntad de los consortes, sino en lo que preceptúa el artículo 1323 del Código Civil, que permite celebrar todo tipo de contratos entre los cónyuges en sede de gananciales, dentro de su tipicidad contractual y con una causa específica para cada contrato.

4. El artículo 1324 del Código Civil, regulado en sede de gananciales, se refiere a un supuesto fáctico sin acreditación efectiva y a una prueba como la confesión por parte del cónyuge no adquirente sobre el carácter del bien privativo de su cónyuge. La certeza en todo caso derivada de dicha confesión corresponderá acreditarla al cónyuge declarante de tal manifestación. Inscribir la adquisición como privativa del cónyuge favorecido por la confesión dejaría sin efecto tanto el apartado 2 del artículo 144 del Reglamento Hipotecario como la exigencia del artículo 95.4 de igual texto reglamentario respecto a la intervención de los herederos forzosos del cónyuge confesante después del fallecimiento de éste.

5. La *causa matrimonii* ha sido admitida por la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre del 2015) como base del pacto de atribución de ganancialidad y como causa de liberalidad institucional resultante de la institución matrimonial solo para el caso de justificar la atribución patrimonial de bienes privativos de uno de los cónyuges a la sociedad de gananciales como nuevo género de la causa, esto es, onerosa, remuneratoria o gratuita (artículo 1274 del Código Civil), integrándola como causa de liberalidad con características propias derivadas de la especial relación que existe entre los cónyuges. El artículo 1355 que se alega en la escritura calificada no se considera que sea de aplicación, porque este artículo, basado en la voluntad de los cónyuges, permite atribuir la condición de gananciales a bienes que serían privativos,

voluntariedad que juega a favor de la ganancialidad, pero no, como en este caso, de la privaticidad, ya que para esto último la posibilidad análoga viene dada por la confesión extrajudicial del artículo 1324 del Código Civil, antes expresado.

6. La atribución de privaticidad en sede de gananciales exige una prueba evidente y no basada en meras afirmaciones de las partes, como en la escritura calificada (de la que no resulta acreditada ni justificada la causa de la atribución de la privaticidad alegada), porque el régimen de disponibilidad del bien derivada de esa confesión de privaticidad repercute directamente sobre el mismo durante la vigencia de la sociedad de gananciales, sin que la mera autonomía de la voluntad invocada sea causa suficiente para pretender atribuir una disponibilidad ilimitada al cónyuge titular favorecido por dicha confesión.

7. Por tanto, a la vista de lo expuesto en los apartados que anteceden, procede la mentada suspensión.

No se practica anotación preventiva de suspensión por no cumplirse lo previsto en el último inciso del párrafo primero del artículo 19 de la Ley Hipotecaria.

Contra la presente calificación, los interesados pueden: (...)

Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por Luis Fernando Pellón González registrador/a de Registro Propiedad de Villajoyosa 2 a día catorce de Abril del año dos mil veintiuno».

La calificación se notificó a la presentante de la escritura el día 11 de mayo de 2021.

### III

Contra la anterior nota de calificación, doña I. O. P. y don G. G. M. interpusieron recurso el día 8 de junio de 2021 mediante escrito con los siguientes fundamentos jurídicos:

«Primero. El principio de autonomía de la voluntad en las relaciones económicas entre los cónyuges está reconocido en el artículo 1323 del Código Civil: los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos.

Segundo. En base a dicho principio, los cónyuges pueden atribuir carácter ganancial a los bienes privativos y, viceversa, tanto en el momento de la adquisición, como es el caso, como en un momento posterior.

Sin perjuicio del derecho de reembolso, así lo reconoce expresamente, en el caso de atribución por pacto de ganancialidad, el artículo 1355 del Código Civil.

Tercero. No hay argumentos legales para excluir, por no previsto por el artículo 1355, el pacto por el que los cónyuges atribuyen naturaleza privativa a lo adquirido, porque, por el principio general de libertad de pactos del artículo 1255 del código civil, y el específico del artículo 1323, la norma tiene naturaleza dispositiva.

Y porque expresamente el artículo 1358 del Código Civil prevé implícitamente atribuir carácter privativo a un bien adquirido con fondos gananciales, sin perjuicio del mecanismo compensatorio del reembolso.

Cuarto. El negocio de aportación no es un pacto abstracto al haber reconocido el cónyuge de la adquirente, a los solos efectos del derecho de reembolso, la no procedencia de éste por tener el dinero invertido en la adquisición naturaleza privativa.

Quinto. La «prueba evidente» del pago del precio tan solo se exigiría si los cónyuges desearan, por el principio de subrogación real, atribuir a lo adquirido el carácter que corresponda por aplicación de los artículos 1346,3.º y 1347,3.º, que no es el caso.

Sexto. La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública ya ha resuelto, en el sentido pretendido por los recurrentes, otros casos que guardan identidad de razón con el presente en las Resoluciones de fecha 12 de junio de 2020, alegadas en la escritura, a cuyos fundamentos nos remitimos».

## IV

Notificada la interposición del recurso a don Juan Guillermo Giménez Giménez, notario de Villajoyosa, como autorizante de la escritura calificada, formuló las siguientes alegaciones el día 21 de junio de 2021:

«I. Mediante escritura autorizada en esta villa por mí el día 3 de marzo de 2021, número 418 de protocolo, doña I. O. P., casada en régimen de gananciales con don G. G. M. (también otorgante de la escritura), adquirió ciertas fincas. Ambos cónyuges, solicitaron la inscripción de dichas fincas con carácter privativo en base al principio de autonomía de la voluntad, declarando que el dinero empleado en la adquisición era privativo de la compradora.

II. Se debate, a mi juicio, en este recurso sobre el alcance del Principio de Autonomía de la Voluntad, en el que, en esencia, puede haber dos planteamientos: entender que los cónyuges casados en gananciales pueden operar todo tipo de desplazamientos patrimoniales entre sus respectivos patrimonios privativos o entre éstos y su patrimonio ganancial, mediante la celebración de los correspondientes contratos y con sujeción a las normas generales del Derecho de la contratación; o supeditar la viabilidad de tales desplazamientos a los límites y exigencias que derivan del régimen de gananciales.

Existe un consenso generalizado acerca del papel preponderante del Principio de Autonomía de la Voluntad en el ámbito del derecho de Familia, que da lugar a que en esta materia el principio del que debe partirse es la presunción de que el Derecho es dispositivo, supletorio de la voluntad de las partes. En ausencia de norma imperativa, todo lo que no sea contrario a las normas y valores constitucionales es materia disponible y, por lo tanto, susceptible de pacto entre los interesados. En materia de contratación entre cónyuges, el principio está especialmente recogido en el artículo 1323 del código civil.

Si nos adentramos en el régimen de gananciales, en base a estas consideraciones, se puede afirmar que los criterios legales que determinan la calificación de los bienes como gananciales o privativos no tienen carácter imperativo, sino meramente dispositivo y, por lo tanto, los cónyuges, en uso de su autonomía personal, pueden determinar el carácter de los bienes, excluyendo la operatividad del principio de subrogación real o de otros previstos por la ley. Prueba de ello es el artículo 1355 del código civil, que admite la atribución de naturaleza ganancial, por voluntad de los cónyuges, a bienes que, por aplicación del principio de subrogación real, deberían ser adquiridos como privativos. Precepto que no excluye la situación inversa.

III. Los negocios que celebren los cónyuges en orden a la transmisión de bienes y derechos deben quedar sujetos a las normas de validez y eficacia en materia de contratos. Y en este sentido, si bien en la calificación del Sr. Registrador parece aludirse a la falta de expresión o de existencia de causa, la Dirección General de los Registros y del Notariado, ya en la Resolución de 25 de septiembre de 1990, consideró, en un supuesto en el que se atribuía carácter privativo a un bien ganancial, que el derecho de reembolso es causa adecuada que justifica la no operatividad del principio de subrogación real. Y a dicho derecho de reembolso aluden los cónyuges en la escritura a los efectos previstos en el artículo 1358 del código civil.

IV. Finalmente, supuestos análogos al contemplado en esta escritura han sido resueltos por la Dirección General, no solo en las Resoluciones citadas de 12 de junio de 2020, sino también en la de 15 de enero de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública».

## V

El registrador de la Propiedad emitió informe el día 29 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 de 2021.

1. Mediante la escritura cuya calificación es impugnada, doña I. O. P., ahora recurrente, casada en régimen legal de gananciales, compró determinados inmuebles, haciendo constar ella y su esposo que «haciendo uso de la preferencia del principio de autonomía de la voluntad, conforme a los artículos 1255 y 1355 del código civil, declaran que la adquisición de las fincas se realiza con carácter privativo de Doña I. O. P., y solicitan expresamente que se inscriba la misma a nombre del cónyuge adquirente con tal carácter, y no por confesión». Además, «manifiestan a los únicos efectos de lo dispuesto en el artículo 1358 del código civil, que el dinero con el que se ha efectuado la citada adquisición es privativo de Doña I. O. P., por provenir de la venta de una finca de carácter privativo, de modo que no procederá compensación o reembolso alguno actual o futuro entre los patrimonios ganancial y privativo de los cónyuges, sin perjuicio de las acciones que en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales pudieran corresponder a acreedores o legitimarios en caso de demostrarse su falta de certeza. Todo ello de conformidad con la doctrina de las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de fecha 12 de junio de 2020 (BOE 31/07/2020)».

El registrador de la Propiedad suspende la inscripción solicitada por entender: a) Que para inscribir como privativa una adquisición, vigente la sociedad de gananciales, debe acreditarse que en la adquisición se emplea el mismo dinero que se empleó en el acto previo que pretende servir de justificación, sin que esta exigencia pueda desvirtuarse por un pacto abstracto de privatividad basado en la autonomía de la voluntad, de modo que para la atribución por pacto del carácter de bien privativo por parte de los cónyuges solo cabrían dos vías, bien la de la confesión respecto de la privatividad conforme a los artículos 1324 del Código Civil y 95.4 del Reglamento Hipotecario, o bien la de un pacto expreso de atribución al bien del carácter privativo basado, no en la autonomía de voluntad de los consortes, sino en lo dispuesto en el artículo 1323 del Código Civil, que permite celebrar todo tipo de contratos entre los cónyuges, dentro de su tipicidad contractual y con una causa específica para cada contrato; b) Que el artículo 1355 del Código Civil permite atribuir carácter ganancial a bienes que serían privativos, pero no a la inversa, pues la posibilidad análoga viene dada por la confesión extrajudicial del

artículo 1324 del mismo Código, y c) Que la atribución de privatividad en sede de gananciales exige una prueba evidente y no basada en meras afirmaciones de las partes, como en la escritura calificada, de la que no resulta acreditada ni justificada la causa de la atribución de la privatividad alegada.

Los recurrentes alegan: a) Que no hay argumentos legales para excluir, por no previsto por el artículo 1355, el pacto por el que los cónyuges atribuyen naturaleza privativa a lo adquirido, porque, por el principio general de libertad de pactos del artículo 1255 del Código Civil, y el específico del artículo 1323, la norma tiene naturaleza dispositiva; y el artículo 1358 del mismo Código prevé implícitamente atribuir carácter privativo a un bien adquirido con fondos gananciales, sin perjuicio del mecanismo compensatorio del reembolso; b) Que el negocio de aportación no es un pacto abstracto al haber reconocido el cónyuge de la adquirente, a los solos efectos del derecho de reembolso, la no procedencia de éste por tener el dinero invertido en la adquisición naturaleza privativa; c) Que la «prueba evidente» del pago del precio tan solo se exigirá si los cónyuges desearan, por el principio de subrogación real, atribuir a lo adquirido el carácter que corresponda por aplicación de los artículos 1346,3.º y 1347,3.º del Código Civil, que no es el caso, y d) Que este Centro Directivo ya ha resuelto, en el sentido pretendido por los recurrentes, otros casos que guardan identidad de razón con el presente en las Resoluciones de 12 de junio de 2020, alegadas en la escritura.

El notario autorizante de la escritura formuló alegaciones según las cuales: a) Que existe un consenso generalizado acerca del papel preponderante del principio de autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho de familia, que da lugar a que en esta materia el principio del que debe partirse es la presunción de que el Derecho es dispositivo y, por lo tanto, susceptible de pacto entre los interesados, principio que, en materia de contratación entre cónyuges, está especialmente recogido en el artículo 1323 del Código Civil, por lo que los cónyuges, en uso de su autonomía personal, pueden determinar el carácter de los bienes, excluyendo la operatividad del principio de subrogación real o de otros previstos por la ley, como lo prueba el artículo 1355 del Código Civil, que admite la atribución de naturaleza ganancial, por voluntad de los cónyuges, a bienes que, por aplicación del principio de subrogación real, deberían ser adquiridos como privativos; y este precepto que no excluye la situación inversa; b) Que los negocios que celebren los cónyuges en orden a la transmisión de bienes y derechos deben quedar sujetos a las normas de validez y eficacia en materia de contratos; y, si bien en la calificación impugnada parece aludirse a la falta de expresión o de existencia de causa, la Dirección General de los Registros y del Notariado, ya en la Resolución de 25 de septiembre de 1990, consideró, en un supuesto en el que se atribuía carácter privativo a un bien ganancial, que el derecho de reembolso es causa adecuada que justifica la no operatividad del principio de subrogación real; y a dicho derecho de reembolso aluden los cónyuges en la escritura a los efectos previstos en el artículo 1358 del Código Civil; y c) Que supuestos análogos al contemplado en esta escritura han sido resueltos por esta Dirección General, no solo en las Resoluciones citadas de 12 de junio de 2020, sino también en la de 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 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 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, señaló 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 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 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 Directivo en Resolución de 30 de julio de 2018, el pacto de privatividad siempre será admisible si bien será necesaria su causalización, tanto en los supuestos en que sea previa o simultánea a la adquisición, como en los casos en que sea posterior, sin que ello signifique que haya que acudir a contratos de compraventa o donación entre cónyuges. Ahora bien, como se indicó en la referida Resolución de 22 de junio de 2006, dicha exigencia de especificación causal del negocio ha de ser interpretada en sus justos términos. En este sentido, se ha considerado suficiente que se mencione la onerosidad o gratuidad de la aportación, o que la misma resulte o se deduzca de los concretos términos empleados en la redacción de la escritura.

En el presente caso debe concluirse que los cónyuges, por pacto, están determinando el carácter privativo de los bienes comprados 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 alegan los recurrentes, en la escritura calificada queda explicitado el carácter oneroso del negocio entre los 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, 8 de septiembre de 2021.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.