

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**8908** *Resolución de 12 de junio de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de San Sebastián n.º 6, por la que se suspende la inscripción de una escritura de compraventa.*

En el recurso interpuesto por don Francisco Javier Oñate Cuadros, notario de San Sebastián, contra la calificación de la registradora de la propiedad de San Sebastián número 6, doña Amalia Machimbarrena Irazusta, por la que se suspende la inscripción de una escritura de compraventa.

#### Hechos

I

Mediante escritura otorgada el 27 de septiembre de 2019 ante el notario de San Sebastián, don Francisco Javier Oñate Cuadros, bajo el número 1912 de protocolo, la sociedad «Riberas del Urumea, S.L.», vende y transmite los inmuebles identificados como fincas registrales 13855, 13887, 13891 y 13893, a don J. S. F., quien comparece, junto con su esposa, doña I. I. U., cuya vecindad civil no consta, casados en régimen legal de gananciales, haciendo constar que compra y adquiere don J. S. F. con carácter privativo. Concretamente, en dicha escritura se expresa lo siguiente:

«Tercera. Los cónyuges don J. S. F. y doña I. I. U., haciendo uso de la preferencia del principio de autonomía de la voluntad (arts. 4 y 125 de la Ley 5/2015, del Derecho Civil Vasco, así como los arts. 1255 y 1355 del Código Civil), sobre el principio de subrogación real establecido por las normas del Código Civil para la sociedad de gananciales (Res DGRN 13–11–2017, BOE 30–11–2017), consienten en la adquisición de la finca con carácter privativo de don Jorge Sánchez Fuentes y solicitan expresamente que se inscriba a nombre del cónyuge adquirente por haber sido adquirida con tal carácter y no por confesión.

Igualmente manifiestan, a los únicos efectos de lo dispuesto en el artículo 1.358 del Código Civil, que el dinero con el que se ha efectuado la citada adquisición es privativo de don Jorge Sánchez Fuentes, por provenir de la herencia de su padre, don José Manuel Sánchez Gómez, otorgada ante mí el 21 de diciembre de 2018, número 2.709 de protocolo, 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.»

II

Dicha escritura fue presentada en el Registro de la Propiedad de San Sebastián número 6 día 28 de octubre de 2019 y fue objeto de la siguiente calificación:

«(...) Vistos los artículos 1324, 1346, 1347, 1355, 1361 del Código Civil, artículo 9 de la LH y 51 y 95 del RH, art. 385 LEC, Resoluciones de la DGRN de 7 de diciembre 2000, 25 octubre 2007, 12 junio 2013, 2 febrero 2017, 13 marzo 2017, 13 noviembre 2017, 24 enero 2018, 30 julio 2018, 7 noviembre 2018 y concordante,

La Registradora que suscribe, en base al principio de calificación registral que dimana el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, y en el ejercicio de las facultades que

legalmente tienen conferidas los Registradores en cuanto al control de legalidad de los documentos que acceden al Registro de la Propiedad, acuerda suspender la inscripción del documento, teniendo en cuenta las consideraciones jurídicas que resultan de los siguientes

Fundamentos de derecho:

Primero. La simple declaración, incluso de ambos cónyuges, no es suficiente para atribuir a los bienes carácter privativo y, por lo tanto, no tiene eficacia para destruir la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código civil. La confesión del art. 1324 CC es un medio de prueba que opera en la esfera interconyugal. Por lo tanto, no se acredita fehacientemente la privatividad de la contraprestación (art. 95.2 Reglamento hipotecario).

Por otra parte, se ha solicitado expresamente la no inscripción de la adquisición como privativa por confesión, que permitiría el art. 95.4 del Reglamento hipotecario.

Segundo. Para que la subrogación real en su modalidad de reemplazo otorgue la cualidad de privativo a un bien, se requiere probar, de manera indubitada y no meramente indiciaria, el nexo de unión entre el dinero privativo y el precio que se satisface; y esta prueba indubitada no ha sido acreditada. Como indican las Resoluciones del Centro Directivo de 7 de diciembre de 2000, 10 de octubre de 2005 y otras concordantes, la manifestación hecha bajo la fe del notario es prueba documental pública de la realidad de la manifestación en sí misma considerada y no de la realidad de los actos a los que la manifestación se refiere.

Tercero. La manifestación de los esposos de que no procede reembolso alguno entre los patrimonios ganancial y privativo de ambos pudiera inducirnos a pensar que los cónyuges desean realizar un negocio conyugal atributivo, si bien, no consta en el documento tal negocio ni se expresa la causa adecuada que justifique la no operatividad del principio de subrogación real (1347.3 CC). Es la causa uno de los elementos determinantes de su validez (art. 1261 CC), así como del régimen jurídico al que queda sujeto el negocio y que ha de ser debidamente calificado por el Registrador (RDGRN 25 septiembre 1990).

Por lo tanto, solo sería admisible la inscripción del título y de la adquisición con el carácter de privativo por confesión previsto en el artículo 95.4 RH. (RDGRN 25 de octubre de 2007 y 2 febrero 2017). Sin embargo, esta forma de inscripción ha sido expresamente rechazada por el adquirente en la cláusula 3.ª de la escritura calificada.

Contra la presente calificación registral cabe (...)

San Sebastián, 15 de noviembre de 2019. La Registradora. (...) Firmado digitalmente por doña Amalia Machimbarrena Irazusta.»

### III

Solicitada el 2 de diciembre de 2019 calificación sustitutoria, le correspondió al registrador de la propiedad de Irún, don José Ignacio Santos Suárez Márquez, quien el 17 de diciembre de 2019 confirmó la calificación de la registradora sustituida, dando por reproducidos los fundamentos de derecho señalados en dicha calificación, «por el defecto subsanable de no acreditarse fehacientemente la privatividad de la contraprestación (art. 95.2 Reglamento Hipotecario) ...».

### IV

El 15 de enero de 2020, mediante escrito que causó entrada en el Registro de la Propiedad número 6 de San Sebastián, don Francisco Javier Oñate Cuadros, como notario autorizante de la escritura, interpuso recurso contra la calificación de la registradora sustituida, con los siguientes fundamentos jurídicos:

«III. Acerca del carácter privativo del bien adquirido.

1. Principio de subrogación real y autonomía de la voluntad.

Señala la Sra. Registradora que “La simple declaración, incluso de ambos cónyuges, no es suficiente para atribuir a los bienes carácter privativo y, por lo tanto, no tiene eficacia para destruir la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código civil. La confesión del art. 1324 CC es un medio de prueba que opera en la esfera interconyugal. Por lo tanto, no se acredita fehacientemente la privatividad de la contraprestación (art. 95.2 Reglamento hipotecario).”. Continúa señalando que “Para que la subrogación real en su modalidad de reemplazo otorgue la cualidad de privativo a un bien, se requiere probar, de manera indubitada y no meramente indiciaria, el nexo de unión entre el dinero privativo y el precio que se satisface; y esta prueba indubitada no ha sido acreditada.” Y finalmente que “La manifestación de los esposos de que no procede reembolso alguno entre los patrimonios ganancial y privativo de ambos pudiera inducirnos a pensar que los cónyuges desean realizar un negocio conyugal atributivo, si bien, no consta en el documento tal negocio ni se expresa la causa adecuada que justifique la no operatividad del principio de subrogación real (1347.3 CC). Es la causa uno de los elementos determinantes de su validez (art. 1261 CC), así como del régimen jurídico al que queda sujeto el negocio y que ha de ser debidamente calificado por el Registrador (RDGRN 25 septiembre 1990). Por lo tanto, solo sería admisible la inscripción del título y de la adquisición con el carácter de privativo por confesión previsto en el artículo 95.4 RH. (RDGRN 25 de octubre de 2007 y 2 febrero 2017). Sin embargo, esta forma de inscripción ha sido expresamente rechazada por el adquirente en la cláusula 3.ª de la escritura calificada.”

Tal afirmación, piedra angular de su negativa a la inscripción en los términos en que ha sido solicitada, no es de recibo. Los adquirentes no sólo no han invocado en el título el principio de subrogación real como presupuesto legitimador del carácter privativo de lo adquirido, sino que, por el contrario, atribuyen carácter privativo a lo adquirido en uso de su autonomía de la voluntad y tienen derecho a que se inscriba de ese modo, sin restricción alguna. La autonomía de la voluntad prevalece sobre el principio de subrogación real y también sobre la presunción de ganancialidad, que sólo opera a falta de acuerdo en contrario entre los cónyuges, como ha sido expresamente reconocido por la doctrina de la DGRN y del Tribunal Supremo. En efecto, no puede ser más contradictoria la afirmación de la Sra. Registradora con la doctrina vinculante de nuestro Centro Directivo. A tal efecto citaremos por todas, la RDGRN de 13 de noviembre de 2017, cuya doctrina mantiene en resoluciones posteriores (los destacados son nuestros):

“La sociedad legal de gananciales constituye un régimen económico–matrimonial de tipo comunitario, que se articula en torno al postulado que declara 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).”

2. Carácter oneroso o gratuito del negocio de atribución de privatividad *ab initio* de lo adquirido.

Es preciso antes que nada, señalar que aun si íntimamente ligados entre sí en el complejo negocio, el contrato de adquisición que vincula a los cónyuges adquirentes con su transmitente y su causa gratuita u onerosa (donación, compraventa, etc.) son totalmente independientes del contrato de atribución de privatividad de lo adquirido y su propia causa. En efecto, en nada afectará al negocio adquisitivo la consideración privativa o ganancial que el acuerdo entre los cónyuges o la ley en su defecto, atribuyan a lo adquirido. La protección registral brindada a los cónyuges adquirentes desplegará sus efectos frente a sus transmitentes de acuerdo con la naturaleza onerosa o gratuita de su adquisición, siéndoles indiferente a estos efectos el carácter ganancial o privativo de lo adquirido.

A diferencia del contrato de adquisición, la atribución de privatividad o ganancialidad es se celebra exclusivamente entre cónyuges y tiene causa propia y atípica que, por gran parte de la doctrina se ha denominado *causa matrimonii*. En ocasiones, la necesidad de categorizar el negocio como oneroso o gratuito cuando a un bien previamente inscrito con un determinado carácter se le atribuya otro diferente (vid RDGRN 17-4-2002, entre otras muchas) ha llevado a concluir de forma precipitada que la onerosidad dependía de la existencia de un derecho de reembolso del valor actualizado del bien afectado en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales. Sin embargo, se trata de dos circunstancias totalmente diferentes. La propia DGRN señala que la existencia de un derecho de reembolso “por ejemplo” permite considerar que la causa sea onerosa, pero no la exige como presupuesto o requisito necesario de tal carácter.

Si el bien privativo se adquirió con dinero privativo de un cónyuge, se reconociera un derecho de reembolso a favor del patrimonio ganancial y se abonara su valor actualizado en la liquidación de la sociedad de gananciales, se producirá en este último momento una atribución gratuita a su favor y, en definitiva, del cónyuge que no aportó fondos en la adquisición. Aunque nada impediría que la causa potencialmente gratuita en su inicio deviniera en remuneratoria de servicios prestados por el cónyuge beneficiario a la sociedad de gananciales legalmente no exigibles o de difícil acreditación en cuanto a su cuantía. U onerosa, en caso de compensarse con otras aportaciones de fondos privativos por parte del otro cónyuge para satisfacer cargas o deudas gananciales.

La exclusión del derecho de reembolso cuando hay coincidencia entre el origen de los fondos y el carácter de los bienes, en absoluto convierte al negocio de atribución en gratuito, pues respeta el equilibrio sinalagmático, sin transmisión o traspaso alguno entre los cónyuges, ni entre sus distintas masas patrimoniales.

Es indiscutible, por tanto, que el negocio de atribución de ganancialidad o privatividad será gratuito cuando no coincidiendo el origen de los fondos con el carácter del bien adquirido, se excluya por acuerdo entre los cónyuges el derecho legal de reembolso. Pero también cuando coincidiendo, acuerden un derecho de reembolso en favor de uno de ellos.

Así resulta con claridad cegadora, de la tantas veces citada RDGRN 13-11-2017:

“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.”

3. Sobre la necesidad de acreditación “mediante prueba documental pública” del carácter privativo del dinero.

La nota de calificación se apuntala en el tan manido como superado tópico de considerar que todo aquello que se aparte de la ganancialidad o de la privatividad acreditada “mediante prueba documental pública”, es sospechoso o cuanto menos susceptible de constituir un *consortium fraudis* entre cónyuges, llamado a encubrir traspasos patrimoniales no declarados.

Como tiene reiteradamente declarado la DGRN, aunque es requisito previo para la inscripción la acreditación del cumplimiento de los deberes fiscales de presentación de la escritura en la administración competente, las funciones de liquidación, gestión, comprobación e inspección fiscal no corresponde al Registrador, sino a la administración fiscal o a la oficina liquidadora competente; el fraude o elusión no se presumen y deberán probarse. La acreditación de los posibles traspasos o movimientos de dinero entre cónyuges, requerirá la instrucción del correspondiente procedimiento administrativo por la Hacienda Foral de Gipuzkoa –ante quien se ha presentado y autoliquidado la copia autorizada de la escritura–, la cual a través de los instrumentos legales de que dispone, podrá exigir cumplida justificación de los movimientos de los fondos entre los cónyuges –en caso de haberse producido– y adoptar conforme a la Ley, las decisiones que estime oportunas, en el ámbito de sus competencias.

En opinión de este notario recurrente, el negocio jurídico por virtud del cual el dinero utilizado en la adquisición tenga carácter ganancial o privativo sólo puede ser objeto de calificación registral cuando es de aplicación el principio de subrogación real. Fuera de este caso no es calificable porque tal negocio entre cónyuges, sea de préstamo, donación, etc., es totalmente independiente de la naturaleza de lo adquirido, no tiene por objeto un bien inmueble y, en consecuencia, no es objeto de inscripción, pese a que una apresurada lectura del art. 95.2 del Reglamento Hipotecario pudiera hacer pensar lo contrario. Como tampoco es objeto de calificación registral –ni notarial– si el dinero con el que se paga una compraventa pertenece legítimamente al comprador (la posesión de los bienes muebles equivale al título y se presume de buena fe) o cuál es el título por virtud del cual está en su poder (préstamo, donación, etc.). El cumplimiento de los deberes fiscales y de la normativa sobre blanqueo de capitales imponen deberes específicos a notarios y registradores, pero no al punto de erigirnos en baluartes con competencias reservadas a las administraciones públicas y a los tribunales de justicia.

En todo caso, es esencial volver a recordar que salvo en el muy improbable caso de que el transmitente sea parte en la confabulación fraudulenta (recordemos, en la atribución de privatividad a lo adquirido), los acuerdos entre los cónyuges no pueden afectar a la validez y eficacia de la transmisión. Y que en ningún caso perjudicarán los derechos de acreedores y legitimarios que ni pasan por, ni se agotan en, el Registro de la Propiedad. La presunción legal de ganancialidad (que no es absoluta, como demuestra el hecho de que ni para la DGRN ni para la jurisprudencia se extienda a las deudas) no implica fatalmente –ni siquiera en el limitado ámbito del procedimiento administrativo registral– una prueba incontrovertible en contrario, sino que sólo deberá prevalecer cuando del título de adquisición (o de los hechos probados en sede judicial) no resulte otra cosa.

No debe olvidarse por último, que la escritura pública notarial ni puede ni debe limitarse en absoluto a obtener como sea la ansiada inscripción registral. Debe eliminar todo rastro de incertidumbre jurídica, con independencia del ámbito personal a que extienda sus efectos. La simple aunque precisa determinación del carácter privativo o ganancial de lo adquirido, ya por disposición legal, ya por acuerdo entre los cónyuges, no cierra por completo el círculo de relaciones jurídicas, ni entre éstos ni respecto de acreedores y legitimarios. Es esencial dejar claro si existe o no derecho de reembolso.

El art. 1358 del Código Civil se aplica siempre que exista desequilibrio patrimonial entre las masas patrimoniales afectadas, con independencia de que el bien sea carácter ganancial o privativo por disposición legal o incluso por acuerdo entre los cónyuges, siempre que no sea expresa (o quizás también tácitamente) excluido y prevalece sobre

la presunción de ganancialidad, incluso cuando uno o ambos cónyuges adquieren un bien para la sociedad de gananciales. Así lo señala la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo, que vamos a analizar a continuación.

4. Marco normativo de las adquisiciones conyugales y del derecho reembolso, según la Sentencia del Pleno de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 27-5-2019 (Ponente Excm. Sra. D.ª María Ángeles Parra Lucán).

La STS 27-5-2019 explica con detalle el marco legal en que se desenvuelve esta cuestión, de manera que en apariencia resulta contraintuitiva, pero con gran fundamento lógico-jurídico. El caso tratado es el inverso al contemplado en la escritura cuestionada: Adquisición por un cónyuge para la sociedad de gananciales con dinero privativo. Y resulta esencial comprender sus consecuencias, porque es meridianamente restrictiva del juego de la presunción de ganancialidad, que podría, por otra parte, haber apoyado perfectamente en el ámbito de los *facta concludentia*. De forma en apariencia sorprendente, cuando un cónyuge adquiere para la sociedad de gananciales, si demuestra que la adquisición se verificó con fondos propios, tiene derecho al reembolso actualizado del valor a la liquidación de la sociedad de gananciales, porque no se presume la aportación gratuita de los fondos. Es decir, desmonta toda la construcción pro ganancial tradicional, en la que se apoya la nota y coloca en primer término la autonomía de la voluntad y los acuerdos entre los cónyuges. Demos la palabra al máximo intérprete ordinario del ordenamiento jurídico, destacando lo más significativo a los efectos del presente recurso:

“la doctrina de las sentencias (...) de esta sala (...) en ocasiones anteriores ha mantenido que el hecho de que el cónyuge manifieste en la escritura que adquiere para la sociedad conyugal no impide que pueda demostrar que el dinero invertido era privativo, con la consecuencia de que el bien adquirido también lo sería. Igualmente, la sala ha mantenido que lo mismo sucede cuando la adquisición se hace por ambos cónyuges que, al otorgar la escritura, declaran comprar el bien con carácter ganancial, o para la sociedad de gananciales (...).”

Los problemas que se plantean tienen que ver con el ámbito y los efectos de las atribuciones de ganancialidad por voluntad de los cónyuges (arts. 1323 y 1355 CC) y su relación tanto con la presunción de ganancialidad (art. 1361 CC) como con los distintos criterios legales de determinación del carácter ganancial o privativo de los bienes (subrogación real, arts. 1346.3 y 1347.3 CC; adquisiciones mixtas, art. 1354 CC; “accesión económica”, art. 1356 CC), así como con la relevancia de no haber hecho reserva de que se aporta dinero privativo al adquirir un bien al que se va a atribuir carácter ganancial (art. 1358 CC) (...)

1. Marco normativo en el que debe resolverse el recurso.

a) Los bienes existentes en el matrimonio se presumen gananciales mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges (art. 1361 CC). Combinando esta presunción con la afirmación de que son bienes gananciales los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común (art. 1347.3 CC), resulta que todos los bienes adquiridos por título oneroso constante matrimonio son gananciales si no se demuestra que la adquisición se realizó con fondos propios.

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 (a efectos del art. 1346.3 CC o, en su caso, del art. 1354 CC, o del art. 1356 CC). Para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos (o que lo es el dinero empleado en su adquisición) es bastante la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola no perjudica a los herederos forzosos del confesante ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges (art. 1324 CC).

b) 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.

Puesto que los bienes adquiridos a costa de bienes privativos son privativos (art. 1346.3 CC), el art. 1355 CC permite que los cónyuges atribuyan carácter ganancial a los bienes adquiridos con fondos privativos de un cónyuge, sustituyendo con su voluntad la determinación legal de los bienes. Aunque el art. 1355 CC no lo menciona expresamente, los cónyuges también pueden atribuir carácter ganancial en su totalidad a bienes adquiridos mediante precio en parte ganancial y en parte privativo (art. 1354 CC).

Frente a la atribución de ganancialidad realizada de forma voluntaria por los cónyuges, la prueba posterior del carácter privativo del dinero invertido sería irrelevante a efectos de alterar la naturaleza del bien, que ha quedado fijada por la declaración de voluntad de los cónyuges.

d) Sin embargo, la prueba del carácter privativo del dinero (que, frente a la presunción de ganancialidad del art. 1361 CC, incumbe al que lo alegue) puede ser determinante del derecho de reembolso a favor del aportante (art. 1358 CC).

Cabe observar que la misma existencia del reembolso hace razonable la exigencia del consentimiento de ambos cónyuges para la atribución de ganancialidad a un bien que sería privativo, puesto que tal atribución hace nacer a favor de quien aportó los fondos un derecho de reembolso.

El derecho de reembolso procede, por aplicación del art. 1358 CC, aunque no se hubiera hecho reserva alguna en el momento de la adquisición.

Ello por varias razones: en nuestro ordenamiento la donación no se presume, por lo que el reembolso que prevé el art. 1358 CC para equilibrar los desplazamientos entre las masas patrimoniales procede siempre que no se excluya expresamente; el acuerdo de los cónyuges para atribuir la ganancialidad al bien no convierte en ganancial al dinero empleado para su adquisición, y genera un crédito "por el valor satisfecho" (art. 1358 CC); la adquisición de los bienes comunes es "de cargo" de la sociedad de gananciales (art. 1362.2.ª CC).

e) Para la atribución de ganancialidad, el art. 1355.I CC exige el "mutuo acuerdo", es decir, el consentimiento de ambos cónyuges. A continuación, el art. 1355.II CC facilita la prueba de la existencia del convenio de atribución de ganancialidad en los casos de adquisición en forma conjunta y sin atribución de cuotas, porque en este caso presume la voluntad favorable de los cónyuges al carácter ganancial de los bienes. Por ello, para desvirtuar esta presunción de la voluntad común favorable a la ganancialidad no basta con probar que el precio pagado es privativo. El que esté interesado en desvirtuar la presunción que establece el art. 1355.II CC debe probar que en el momento de realizar la adquisición no existía la voluntad común de que el bien se integrara en el patrimonio ganancial.

f) El art. 1355 CC no contempla la atribución de ganancialidad de manera unilateral, por voluntad de un solo cónyuge. La declaración del cónyuge que, al adquirir un bien en solitario, manifiesta hacerlo para su sociedad de gananciales, es coherente con la presunción de ganancialidad (art. 1361 CC), pero por sí sola no atribuye al bien adquirido la condición de ganancial.

Ante una norma que para la atribución de ganancialidad exige el "común acuerdo" de los cónyuges (y solo presume la voluntad común favorable en casos de adquisición conjunta sin atribución de cuotas), hay que entender que si adquiere uno solo es el no adquirente quien debe probar la existencia del acuerdo, dado que constituye un hecho positivo exigido por la norma como presupuesto para la atribución de la ganancialidad.

Si se trata de un inmueble, la manifestación del cónyuge de que el bien se adquiere para la sociedad da lugar a que el bien se inscriba a nombre del cónyuge adquirente con esta indicación (art. 93.4 RH), sin que para ello se exija demostración de que los fondos invertidos son gananciales. Por el contrario, aunque el dinero empleado fuera privativo, la inscripción del bien adquirido como privativo del cónyuge requiere la justificación del carácter privativo del precio mediante prueba documental pública. Esta previsión expresa del art. 95.2 RH es coherente con el tipo de prueba que puede apreciar el registrador de la propiedad.

En consecuencia, parece razonable concluir que la condición de ganancial basada en la sola declaración del cónyuge adquirente es meramente presuntiva y el adquirente puede probar en un proceso judicial el carácter privativo de los fondos a efectos de que se declare que el bien adquirido es privativo. (...)

En definitiva, como resumen de todo lo anterior, en primer lugar, frente al criterio de la sentencia recurrida, esta sala considera que cuando adquiere un bien uno solo de los cónyuges con su dinero privativo, aunque declare adquirir para la sociedad, es el no adquirente interesado en que se califique el bien como ganancial quien debe probar la existencia de acuerdo. Ello en atención a que el art. 1355 CC exige el "común acuerdo" de los cónyuges para atribuir carácter ganancial a un bien adquirido a título oneroso durante la vigencia de la sociedad, con independencia del origen de los fondos, y solo presume la voluntad común en casos de adquisición conjunta sin atribución de cuotas.

En segundo lugar, esta sala considera que cuando los cónyuges atribuyen de común acuerdo carácter ganancial a bienes adquiridos con dinero privativo de uno de ellos (o con dinero en parte privativo y en parte ganancial), la prueba del carácter privativo del dinero no es irrelevante, pues determina un derecho de reembolso a favor del aportante, aunque no haya hecho reserva en el momento de la adquisición (art. 1358 CC)."

Si conforme a la sentencia, cuando el cónyuge que realizó la adquisición para la sociedad de gananciales con fondos propios, a falta de acuerdo en contrario que no se presume, tiene derecho de reembolso de su valor actualizado, forzoso será considerar que a la inversa ocurrirá lo mismo. Como señala la propia sentencia, la única salvedad respecto del Registro de la Propiedad es que el cónyuge adquirente deberá acreditar mediante prueba documental pública el carácter privativo del dinero empleado y a falta de tal prueba, el bien se adquirirá a nombre del cónyuge adquirente con carácter presuntivamente ganancial (art. 94.1 RH).

Empero repárese en el hecho de que esta conclusión es válida en el supuesto de adquisición sólo por parte de uno de los cónyuges, que es el supuesto que contempla el art. 94.1 RH. La conclusión será la misma si adquieren ambos, pero sin acuerdo expreso de atribuir carácter ganancial o privativo a lo adquirido, que es el supuesto del art.93.1 RH. De manera que el acuerdo para atribuir carácter privativo o ganancial a lo adquirido hace inaplicable lo anterior, como demostraremos a continuación. Es en este marco normativo, como señala la sentencia citada, en el que debe entenderse e interpretarse la escritura cuestionada.

5. Adaptación del marco normativo del Código Civil al Registro de la Propiedad en el Reglamento Hipotecario.

Según la Sra. Registradora, sólo cabría inscribir con carácter privativo la adquisición de un bien inmueble en el Registro de la Propiedad cuando se acredite fehacientemente mediante prueba documental pública el carácter privativo del dinero empleado en su adquisición, presupuesto inexcusable para que entre en juego el principio de subrogación real; en otro caso sólo sería posible hacer constar el carácter privativo "por confesión". Veamos cómo se aborda la cuestión en el Reglamento Hipotecario (destacados nuestros), cuya lectura cuidadosa resulta imprescindible para su adecuada

interpretación conforme a la jurisprudencia del TS y contraste con la escritura cuestionada:

Art. 93. "1. Se inscribirán a nombre de marido y mujer, con carácter ganancial, los bienes adquiridos a título oneroso y a costa del caudal común por ambos cónyuges para la comunidad o atribuyéndoles de común acuerdo tal condición o adquiriéndolos en forma conjunta y sin atribución de cuotas. (...)".

En la escritura nos encontramos con una adquisición verificada por ambos cónyuges con carácter privativo por acuerdo que excluye los tres supuestos contemplados por el precepto.

Art. 94. "1. Los bienes adquiridos a título oneroso por uno solo de los cónyuges, sin expresar que adquiere para la sociedad de gananciales, se inscribirán a nombre del cónyuge adquirente con carácter presuntivamente ganancial. (...)".

Tampoco nos encontramos en este caso, ya que la adquisición es verificada por ambos cónyuges.

Art. 95. "1. Se inscribirán como bienes privativos del cónyuge adquirente los adquiridos durante la sociedad de gananciales que legalmente tengan tal carácter.

2. El carácter privativo del precio o de la contraprestación del bien adquirido deberá justificarse mediante prueba documental pública. (...)

4. Si la privatividad resultare sólo de la confesión del consorte, se expresará dicha circunstancia en la inscripción y ésta se practicará a nombre del cónyuge a cuyo favor se haga aquélla. (...)

6. La justificación o confesión de la privatividad hechas con posterioridad a la inscripción se harán constar por nota marginal. No se consignará la confesión contraria a una aseveración o a otra confesión previamente registrada de la misma persona.»

Artículo 96. "1. Lo dispuesto en los artículos 93, 94 y 95 se entiende sin perjuicio de lo establecido por la Ley para casos especiales y de lo válidamente pactado en capitulaciones matrimoniales."

El supuesto de la escritura encaja precisamente con el supuesto de los arts. 95.1 y 96.1 del Reglamento Hipotecario: Dado que la adquisición se verifica con carácter privativo por acuerdo entre ambos cónyuges, los bienes tienen legalmente tal carácter y como tal deberán inscribirse.

Estos preceptos, introducidos en 1982 para acomodar la legislación hipotecaria a la reforma del Código Civil por la ley de 13-5-1981, fueron interpretados inicialmente por la doctrina de modo claramente restrictivo, fruto de la inercia del sistema anterior que impedía o dificultaba enormemente la mutabilidad del régimen económico una vez celebrado el matrimonio, prohibía los contratos entre cónyuges y en consecuencia, establecía con carácter general e imperativo el principio de subrogación real, con algunas excepciones tasadas.

Con el tiempo, superados el temor y la sospecha al carácter pretendidamente fraudulento de los contratos entre cónyuges, motivo tradicionalmente esgrimido para su prohibición, la doctrina y la propia DGRN fueron perfilando el concepto de «prueba documental pública». Tempranamente se entendió de forma pacífica que no bastaba la simple manifestación del cónyuge adquirente en la escritura acerca del carácter privativo del dinero para entender cumplida la exigencia de la prueba del carácter del precio o contraprestación. De manera que se generalizó en la práctica la confesión de tal carácter por parte del cónyuge no adquirente, conforme a lo dispuesto en el art. 1324 CC, practicándose la inscripción con carácter privativo por confesión, con los efectos limitados respecto de los legitimarios diferidos al momento de la liquidación post mortem de la sociedad conyugal previstos en el art. 95.4 RH.

Más adelante, este esquema inicial, rígidamente anclado al principio de subrogación real, fue superado cuando la DGRN admitió los negocios de aportación a la sociedad de gananciales y los de atribución de ganancialidad primero y de privatividad después. Entendiendo que eran negocios jurídicos autónomos y atípicos inscribibles siempre que se explicitase si su causa era onerosa o gratuita, por la diferente protección brindada por el Registro a unos y otros negocios, no siendo suficiente a tal efecto la eficacia general del derecho de reembolso del art. 1358 CC.

En una tercera etapa, en línea con la jurisprudencia del TS, la DGRN va perfilando de forma cada vez más nítida la diferencia entre estos negocios y la confesión de privatividad, reducida a una simple manifestación de carácter procesal desvirtuadora de la presunción de ganancialidad con efectos limitados respecto de acreedores y legitimarios. Que culmina con la contundente doctrina de la tantas veces citada RDGRN 13-11-2017, ratificada por otras posteriores en que nuestro Centro Directivo y declara con rotundidad, como hemos visto, el orden legal de determinación del carácter ganancial o privativo de los bienes: La autonomía de la voluntad de los cónyuges, las disposiciones legales especiales y por último, el principio general de subrogación real.

Esta doctrina, claramente inspirada en las legislaciones forales de Aragón y Navarra, citadas expresamente por la DGRN en sus fundamentos jurídicos, desborda por completo la inicial interpretación de los preceptos transcritos del RH que, redactados cuidadosamente por juristas maestros, expertos y prácticos al tiempo, han permitido su aplicación sin grandes estridencias ni desajustes con el desarrollo doctrinal y jurisprudencial posterior y sin necesidad de forzar su interpretación. El examen de la regulación en los derechos aragonés y navarro permite visibilizar aún mejor los distintos supuestos, así como sus semejanzas y diferencias con el sistema del Código Civil:

Código de Derecho Foral de Aragón:

"Artículo 211. Bienes privativos.

Son bienes privativos de cada cónyuge los que le pertenecieren al iniciarse el consorcio y los enumerados en los apartados siguientes:

(...) d) Los adquiridos en escritura pública a costa del patrimonio común si en el título de adquisición ambos cónyuges establecen la atribución privativa a uno de ellos.

Artículo 213. Presunción de privatividad.

1. Adquirido bajo fe notarial dinero privativo, se presume que es privativo el bien que se adquiera por cantidad igual o inferior en escritura pública autorizada por el mismo notario o su sucesor, siempre que el adquirente declare en dicha escritura que el precio se paga con aquel dinero y no haya pasado el plazo de dos años entre ambas escrituras.

2. La presunción admite en juicio prueba en contrario.

Artículo 214. Reconocimiento de privatividad.

1. Se considerará privativo un bien determinado cuando la atribución por un cónyuge de tal carácter al dinero o contraprestación con que lo adquiera sea confirmada por declaración o confesión del otro, que habrá de constar en documento público si ha de acceder al Registro de la Propiedad.

2. La titularidad y libre disposición del bien así adquirido, aun fallecido el otro cónyuge, no puede quedar afectada o limitada sino por el ejercicio de las acciones que puedan corresponder a acreedores y legitimarios en defensa de su derecho.

Artículo 215. Ampliación o restricción de la comunidad.

1. A efectos de extender o restringir la comunidad, ambos cónyuges podrán, mediante pacto en escritura pública, atribuir a bienes privativos el carácter de comunes

o, a éstos, la condición de privativos, así como asignar, en el momento de su adquisición, carácter privativo o común a lo adquirido.

2. Salvo disposición en contrario, los pactos regulados en este precepto darán lugar al correspondiente derecho de reembolso o reintegro entre los patrimonios privativos y el común."

Por su parte, el derecho navarro recién reformado, no regula la cuestión de forma tan sistemática y opta por un sistema que minimiza los derechos de reembolso, presumiendo el pacto:

Compilación o Fuero de Navarra:

"Ley 89.

Bienes privativos. Son bienes privativos de cada cónyuge:

1. Los excluidos de las conquistas en virtud de pactos o disposiciones. (...)
5. Los adquiridos con cargo a bienes de conquista si en el título adquisitivo ambos cónyuges hacen constar la atribución privativa a uno de ellos. (...)

Reembolsos. Lo establecido en los números 2, 6, 7 y 8 se entenderá sin perjuicio de los reembolsos que procedan y que deberán ser actualizados al momento en que se hagan efectivos, ya sea durante la vigencia de la sociedad conyugal o al tiempo de su liquidación."

Como se ve, la interpretación del CC por parte del TS y la DGRN y las modificaciones sucesivas de la legislación aragonesa han acercado notablemente, aun sin llegar a identificarse plenamente, ambos sistemas. Por el contrario, en Navarra la adquisición con determinado carácter presupone el pacto y excluye el derecho de reembolso, salvo que sea expresamente salvado.

Como conclusión de lo expuesto, cabe señalar que el Reglamento Hipotecario no contempla expresamente el supuesto de adquisición por parte de ambos cónyuges atribuyendo a lo adquirido *ab initio* carácter privativo. La única alusión, a contrario, resulta del art. 93.1 cuando cuanto atribuye carácter ganancial a los bienes adquiridos a título oneroso y a costa del caudal común por ambos cónyuges en forma conjunta y sin atribución de cuotas, de manera que si adquieren con atribución de cuotas, esto es, con carácter privativo, la inscripción ganancial o privativa vendrá determinada por lo establecido en el título de adquisición, aunque fuera a costa del caudal común. Por su parte, los arts. 94.1 y 95.1 RH se refieren exclusivamente a la adquisición por parte de uno sólo de los cónyuges, esto es, al supuesto en que el cónyuge no adquirente no consiente la adquisición por el otro. Pero no al supuesto de adquisición por ambos cónyuges con carácter privativo o para uno de ellos con el consentimiento del otro.

En consecuencia, la exigencia de prueba documental pública de la procedencia privativa del dinero para poder inscribir con carácter privativo del adquirente sólo tendría sentido si nos encontrásemos en alguno de los siguientes casos:

a) Cuando la adquisición es verificada con carácter privativo por el cónyuge adquirente sin el consentimiento de su consorte, para enervar la ganancialidad a los efectos del Registro.

b) Si el principio de subrogación real tuviera carácter imperativo, de manera que no fuera posible atribuir por acuerdo, *ab initio*, carácter privativo a lo adquirido con fondos gananciales.

c) Si el principio de subrogación real restringiera la autonomía de la voluntad de los cónyuges, de manera que éstos sólo podrían atribuir carácter privativo a los bienes adquiridos con fondos gananciales en los casos expresamente previstos por la ley, no admitiéndose fuera de ellos otra excepción que la confesión de privatividad.

La calificación recurrida parece acogerse a las dos últimas posibilidades. Sin embargo, como tanto el TS como la DGRN tienen declarado que el Código Civil permite que los cónyuges de común acuerdo puedan adquirir bienes con carácter privativo con independencia del carácter de los fondos empleados en la adquisición surgiendo en tal caso el derecho de reembolso actualizado del valor, tal propósito no lo puede impedir u obstaculizar –y no lo hace– el Reglamento Hipotecario (STS Sala 3.ª 31–1–2001).

La mejor forma de conseguir un resultado acorde con la jurisprudencia más reciente es aplicar sus preceptos en sus propios términos. La recientísima STS 11–12–2019 acepta la alegación de la recurrente en el sentido de que “el hecho de que se ingresara el dinero privativo en cuentas comunes no convierte el dinero en común y que, de acuerdo con la doctrina de esta sala, cuando el dinero privativo se confunde con el ganancial, si no se prueba que se ha destinado a la adquisición de bienes determinados, hay que concluir que se ha destinado al levantamiento de las cargas familiares y procede el derecho a su reintegro a cosa del patrimonio común” y reitera que “De acuerdo con la jurisprudencia de esta sala, salvo que se demuestre que su titular lo aplicó en beneficio exclusivo, procede el reembolso del dinero privativo que se confundió con el dinero ganancial poseído conjuntamente pues, a falta de prueba, que incumbe al otro cónyuge, se presume que se gastó en interés de la sociedad.”

¿Qué debería entonces entenderse por prueba documental pública del carácter del dinero?

6. Trascendencia práctica de la causa jurídica concreta en cuya virtud el bien adquirido es privativo.

Según el art. 95.4 RH:

“Si la privatividad resultare sólo de la confesión del consorte, se expresará dicha circunstancia en la inscripción y ésta se practicará a nombre del cónyuge a cuyo favor se haga aquélla. Todos los actos inscribibles relativos a estos bienes se realizarán exclusivamente por el cónyuge a cuyo favor se haya hecho la confesión, quien no obstante necesitará para los actos de disposición realizados después del fallecimiento del cónyuge confesante el consentimiento de los herederos forzosos de éste, si los tuviere, salvo que el carácter privativo del bien resultare de la partición de la herencia.”

No es este el lugar indicado para discutir acerca de si este precepto constituye un exceso reglamentario, como sostiene una parte muy importante de la doctrina (vid. la reacción legislativa del art. 214.2 CDFA) ni tampoco su posible inaplicabilidad en aquellos sistemas sucesorios en que los legitimarios no tengan carácter de “herederos forzosos”. Interesa más subrayar que la consecuencia de la inscripción en los términos exigidos por la Sra. Registradora deja un fleco abierto incompatible con la seguridad jurídica que el sistema notarial–registral debe proporcionar. ¿Qué ocurriría en el caso de que se pretendiese, fallecido el “confesante” ejecutar una hipoteca posterior, si los legitimarios negaren la ratificación de tal confesión? De ahí la insistencia en que la inscripción se verifique con carácter privativo “a secas” por ser tal la voluntad de los cónyuges e interés legítimo de la entidad acreedora que financia la operación.

La exigencia de acreditación de prueba documental pública del origen privativo de los fondos cuando hay acuerdo entre los cónyuges no sólo restringe de forma discriminatoria e inconstitucional la libertad de contratación entre cónyuges, sino que sobre no resultar de ningún precepto con rango legal ni ninguna razón objetiva, carece de proporcionalidad y nos lleva al campo de la *probatio diabolica*. Si además se ignora que la confusión del dinero, bien fungible por definición, privativo con el ganancial no afecta a su naturaleza, según el Tribunal Supremo, quedando sujeta la apreciación de tal carácter a la discrecionalidad del Registrador, entonces habremos salido del mundo del Derecho para adentrarnos en el de la Literatura.

#### 7. Incidencia de la Ley 5/2015, del Derecho civil vasco.

Aunque en nuestro derecho interno rige el principio de inmutabilidad de la ley aplicable al matrimonio (art. 9.2 CC), dicho principio no excluye que pueda alterarse el contenido concreto establecido por dicha ley e, incluso, en determinadas circunstancias, el cambio de dicha ley, si llegara a ser aplicable al caso el Reglamento UE 2016/1103. Por otra parte, el propio art. 9.3 CC admite la validez no sólo de las capitulaciones matrimoniales sino también de los pactos por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio en relación con determinados bienes, con respeto siempre de las disposiciones imperativas establecidas por la ley aplicable y en especial, los derechos adquiridos (no los simplemente expectantes) por terceros de buena fe. Una alteración de la regulación del régimen de gananciales del Código Civil, como ya ocurrió con la reforma introducida por la Ley de 13-5-1981, afectaría no sólo a los matrimonios sujetos al régimen legal que se celebren en el futuro, sino también a los actos futuros de los casados con anterioridad con sujeción al régimen legal supletorio.

Viene a colación esta reflexión porque la entrada en vigor de la ley 5/2015 del Derecho civil vasco refuerza el principio de autonomía de la voluntad que rige en el sistema de régimen económico matrimonial del Código Civil. En efecto, según el art. 127 LDCV:

“Artículo 127. Régimen económico matrimonial en ausencia de capitulaciones.

1. A falta de capitulaciones o cuando resulten insuficientes o nulas, el matrimonio se regirá por las normas de la sociedad de gananciales establecidas en el Código Civil. (...)”.

Es discutible si esta previsión debe entenderse como una remisión directa y por tanto estática, a la regulación del Código Civil en el momento de la entrada en vigor de la Ley o por el contrario, si por su carácter genérico y de referencia a una normativa en bloque debe tener carácter dinámico, incluyendo los cambios en la orientación jurisprudencial, consecuencia de su aplicación supletoria. Pero con independencia de la postura que se siga, en cualquier caso serán aplicables los principios generales de la legislación civil vasca que implican la aplicación del derecho supletorio siempre en forma que no sea contraria a los principios inspiradores del derecho civil vasco, entre los cuales tiene carácter destacado, como fuente del derecho, el principio de libertad civil:

“Título Preliminar. Capítulo Primero. De las fuentes del Derecho Civil Vasco.

Artículo 1. Fuentes jurídicas.

1. Constituyen el Derecho civil de la Comunidad Autónoma del País Vasco las disposiciones de esta ley, la costumbre y los principios generales del Derecho que lo inspiran. (...)

Artículo 3. El derecho supletorio.

1. En defecto de ley o de costumbre foral aplicable, regirá como supletorio el Código Civil y las demás disposiciones generales.

2. Las futuras modificaciones de estas leyes se aplicarán cuando no sean contrarias a los principios inspiradores del Derecho civil vasco.

Artículo 4. El principio de libertad civil.

De acuerdo con el principio de libertad civil, tradicional en el Derecho civil vasco, las leyes se presumen dispositivas y la renuncia a los derechos de ellas derivados será válida en tanto no contraríen el interés o el orden público ni perjudique a tercero.”.

En consecuencia, una interpretación rigorista de los preceptos del CC y del RH, abrogatoria o limitativa de forma desproporcionada de la autonomía de la voluntad de los

cónyuges, no sólo sería contraria a los principios y preceptos que inspiran el sistema del Código Civil, sino también a los del derecho civil vasco que, por disposición legal no cuestionada, coincidente por lo demás con los restantes derechos civiles autonómicos, necesariamente modulan la aplicación supletoria o por remisión del derecho civil común.

#### Tercero. Conclusiones.

Aunque sean diferentes las esferas de actuación de notarios y registradores por una parte y de los jueces y tribunales por otra, en atención a las distintas circunstancias y procedimientos en que se ejercen sus respectivas funciones y los efectos de sus respectivas decisiones, por imperativo de elementales razones de seguridad jurídica, deben estar basadas en los criterios que la jurisprudencia ha asentado como doctrina legal (argumento que la DGRN utiliza con profusión cuando en las adquisiciones y transmisiones verificadas por cónyuges sujetos a un derecho extranjero exige no sólo acreditar su contenido sino también su interpretación y aplicación por parte de la jurisprudencia).

La calificación recurrida restringe de forma antijurídica el ámbito de autonomía de la voluntad y de contratación entre los cónyuges reconocido entre otros, por los arts. 1323, 1355 y 1255 CC. Por otra parte, no se entiende la alusión a que el Registrador puede cuestionar –dentro de los límites de su función calificadora– los juicios del Notario pero no los hechos que estén bajo su fe (arts. 1 LN y 1 RN), puesto que ningún juicio del notario se proyecta a la naturaleza de lo adquirido, que es consecuencia del acuerdo entre los cónyuges y no de los principios de subrogación real ni de presunción de ganancialidad, siempre subsidiarios de aquélla.

La práctica de algunos registros de inscribir la adquisición con carácter privativo consentida o acordada por ambos cónyuges por confesión por si acaso, no está ajustada a derecho cuando del título público resulta que la privatividad no resulta sólo de la confesión del carácter privativo del dinero sino de la autonomía de la voluntad de los cónyuges en el sentido de adquirir *ab initio* determinados bienes con carácter privativo. En tal circunstancia, el reconocimiento del carácter privativo del precio, no condicionará en modo alguno el carácter de la adquisición y sus efectos se limitarán a explicitar si existe o no el derecho de reembolso, en atención a las circunstancias del caso. De no ser así, el acuerdo o negocio de atribución sería irrelevante.

Parafraseando la Sentencia del Pleno de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 27-5-2019 se trata de la atribución de privatividad en el momento de la adquisición. El efecto del art. 1355 CC (a contrario) es que el bien ingresa directamente en el patrimonio privativo. Si los fondos utilizados fueran privativos, el bien adquirido sería privativo por aplicación del art. 1346.3 CC. No haría falta la voluntad de las partes para atribuir al bien adquirido carácter privativo. Puesto que los bienes adquiridos a costa de bienes privativos son privativos (art. 1346.3 CC) pero el art. 1361 CC establece una presunción de ganancialidad, a falta de acuerdo, deberá acreditarse el carácter privativo del dinero o el precio mediante prueba documental pública cuando la adquisición la verifique uno sólo de los cónyuges (art. 95.2 RH) o por ambos cónyuges sin especificar que lo hacen para la sociedad de gananciales o sin especial atribución de cuotas (art. 93.1 RH). Pero lo que permiten los arts. 1355 CC y 1323 CC es que los cónyuges atribuyan carácter privativo a bienes adquiridos con fondos gananciales, sustituyendo con su voluntad la determinación legal de los bienes.

La protección de acreedores y legitimarios no sólo es necesaria cuando se confiesa el carácter privativo del dinero, lo es en todo caso y siempre podrán frente a los cónyuges o sus herederos ejercitar las acciones que en derecho les asistan, con independencia de la mayor o menor dificultad probatoria derivada del juego de las presunciones legales y del carácter personal o real de las mismas.

Entendemos, por tanto, que no sólo no existe problema alguno, sino que es forzosamente obligado inscribir la lo adquirido con carácter privativo “a secas” porque al ser esa la voluntad de los cónyuges, tiene legalmente tal carácter, conforme a los arts. 95.1 y 96.1 RH. Lo incorrecto e ilegal sería inscribirlos con carácter de “privativos por

confesión” porque no se anida a ésta el carácter privativo del bien vía subrogación real por destrucción de la presunción legal de ganancialidad.

En definitiva, la escritura es perfectamente inscribible por cuanto:

a) Los cónyuges casados en régimen legal de gananciales pueden atribuir libremente *ab initio* a lo adquirido carácter privativo, con independencia del carácter del dinero o los fondos empleados en su adquisición.

b) Dicho acuerdo excluye la aplicación de los preceptos que presuponen una adquisición conforme al juego de los principios codiciales subsidiarios de subrogación real y presunción legal de ganancialidad.

c) En la escritura queda perfectamente explicitado el carácter oneroso del negocio entre los esposos, en el sentido de que hay una perfecta conmutatividad sinalagmática entre el carácter de lo adquirido y los fondos empleados en la adquisición.

d) En este caso, no existe derecho de reembolso alguno entre las masas patrimoniales ganancial y privativas.

e) Se cumple con las exigencias legales en relación con la acreditación de los medios de pago.

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

V

La registradora de la propiedad emitió informe el día 27 de febrero de 2020 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 Código de Derecho Foral de Aragón; 51.6.<sup>a</sup>, 90, 93, 94, 95, 96 y 101 del Reglamento Hipotecario; Sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera) 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; la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera, Sección 2) de 2 de octubre de 2001; 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 de 2018 y 7 de noviembre de 2018.

1. Mediante la escritura cuya calificación es impugnada, compra una persona casada en régimen de gananciales, si bien comparece su esposa y hacen constar que «haciendo uso de la preferencia del principio de autonomía de la voluntad (arts. 4 y 125 de la Ley 5/2015, del Derecho Civil Vasco, así como los arts. 1255 y 1355 del Código

Civil), sobre el principio de subrogación real establecido por las normas del Código Civil para la sociedad de gananciales (Res DGRN 13-11-2017, BOE 30-11-2017), consienten en la adquisición de la finca con carácter privativo» del marido «y solicitan expresamente que se inscriba a nombre del cónyuge adquirente por haber sido adquirida con tal carácter y no por confesión». Además, «manifiestan, a los únicos efectos de lo dispuesto en el artículo 1.358 del Código Civil, que el dinero con el que se ha efectuado la citada adquisición es privativo» del marido comprador, por provenir de la herencia de su padre, formalizada en la escritura que se reseña, «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».

La registradora de la propiedad suspende la inscripción solicitada por entender: a) Que la simple declaración, incluso de ambos cónyuges, no es suficiente para atribuir a los bienes carácter privativo y, por lo tanto, no tiene eficacia para destruir la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código civil; b) Que para que la subrogación real en su modalidad de reemplazo otorgue la cualidad de privativo a un bien, se requiere probar, de manera indubitada y no meramente indiciaria, el nexo de unión entre el dinero privativo y el precio que se satisface; y esta prueba indubitada no ha sido acreditada; y c) Que la manifestación de los esposos de que no procede reembolso alguno entre los patrimonios ganancial y privativo de ambos pudiera inducir a pensar que los cónyuges desean realizar un negocio conyugal atributivo, si bien, no consta en el documento tal negocio ni se expresa la causa adecuada que justifique la no operatividad del principio de subrogación real. Por ello concluye que sólo sería admisible la inscripción del título y de la adquisición con el carácter de privativo por confesión previsto en el artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario, pero esta forma de inscripción ha sido expresamente rechazada por el adquirente en la cláusula tercera de la escritura calificada.

El notario recurrente alega, en síntesis: a) Que los cónyuges casados en régimen legal de gananciales pueden atribuir libremente «*ab initio*» a lo adquirido carácter privativo, con independencia del carácter del dinero o los fondos empleados en su adquisición; b) Que dicho acuerdo excluye la aplicación de los preceptos que presuponen una adquisición conforme al juego de los principios de subrogación real y presunción legal de ganancialidad; c) Que en la escritura calificada queda perfectamente explicitado el carácter oneroso del negocio entre los esposos, en el sentido de que hay una perfecta conmutatividad sinalagmática entre el carácter de lo adquirido y los fondos empleados en la adquisición; y d) Que, en este caso, no existe derecho de reembolso alguno entre las masas patrimoniales ganancial y privativas.

2. 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, 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 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)».

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

En el presente caso debe concluirse que los cónyuges, por pacto, están determinando el carácter privativo de los bienes comprados por el marido, abstracción hecha de que no haya podido acreditarse el carácter privativo de los mismos mediante aplicación directa del principio de subrogación real por faltar la prueba fehaciente del carácter privativo del dinero empleado (a falta en el Derecho común de una presunción legal como la establecida en el artículo 213 del Código de Derecho Foral de Aragón), de modo que ambos consortes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, excluyen el juego de la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil; y, como alega el recurrente, en la escritura calificada queda explicitado el carácter oneroso del negocio entre los esposos, en el sentido de que hay una perfecta conmutatividad sinalagmática entre el carácter de lo adquirido y los fondos empleados en la adquisición.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar la calificación impugnada, en los términos que anteceden.

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, 12 de junio de 2020.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.