

INSCRIPCIÓN BIENES GANANCIALES Y PRIVATIVOS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. ANALISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA D.G.R.N*

PILAR BENAVENTE MOREDA**

Resumen: Se aborda en esta lección el sistema y criterios de inscripción de los bienes privativos y gananciales en el Registro de la Propiedad, durante la vigencia de la sociedad de gananciales, desde la vertiente jurisprudencial, y atendiendo fundamentalmente a la posición mantenida por la Dirección General de los Registros y Notariado ante los diferentes supuestos prácticos planteados a la luz de la normativa sustantiva civil aplicable y su encaje en las diferentes vías previstas de acceso al Registro de la Propiedad.

Palabras clave: Inscripción de bienes privativos y gananciales. Posición mantenida por la Dirección General de los Registros y Notariado.

Abstract: In this lesson, the system and the criteria for registration of separate property and marital property in the Property Registry, during the life of the community property, is analyzed from a jurisprudential point of view, and taking fundamentally the position held by the “Dirección General de los Registros y Notariado” to the different practical cases presented, taking into account the substantive civil law applicable and its place in the different access ways to the Property Registry provided.

Keywords: Registration of separate property and marital property in the Property Registry. The position held by the “Dirección General de los Registros y Notariado” to the different practical cases presented.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. INSCRIPCIÓN DE BIENES PRIVATIVOS; 1. Bienes privativos demostrados (arts.95.1, 2 y 5 R.H.); 2. Bienes privativos por confesión de privatividad (art.1324 C.C. en relación con el art.95.4 y 5 R.H); III. INSCRIPCIÓN DE BIENES GANANCIALES; 1. Adquisiciones realizadas conjuntamente por ambos cónyuges (art.93.1 RH); 2. Adquisiciones realizadas por uno sólo de los cónyuges para la sociedad o sin expresar que adquiere para la sociedad (arts.93.4 y 94.1 RH); 3. Análisis de algunos supuestos especiales; A. Adquisiciones realizadas constante la sociedad por uno sólo de los cónyuges mediante precio parte ganancial, parte privativo (art.1354 C.C); B. Adquisición de la vivienda familiar por precio aplazado, antes de comenzar la sociedad (art.1375.2 C.C., art.91 RH); C. Los pactos de

* Fecha de recepción: 5 de noviembre de 2010.

Fecha de aceptación: 23 de noviembre de 2010.

** Profesora titular de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid.

atribución de ganancialidad ex.art.1355 C.C. Los negocios de aportación de bienes privativos ex.art.1323 C.C. Los pactos de atribución de privatividad.

I. INTRODUCCIÓN

Abordamos en esta lección el sistema y criterios de inscripción de los bienes privativos y gananciales en el Registro de la Propiedad, durante la vigencia de la Sociedad de Gananciales, desde la vertiente jurisprudencial, y atendiendo fundamentalmente a la posición mantenida por la Dirección General de los Registros y Notariado ante los diferentes supuestos prácticos planteados a la luz de la normativa sustantiva civil aplicable y su encaje en las diferentes vías de acceso al Registro de la Propiedad previstas.

No se pretende sin embargo realizar un análisis exhaustivo de la materia, estudiada con gran profundidad por otros autores¹, sino resaltar los aspectos más relevantes del sistema de inscripción de bienes gananciales y privativos en el Registro de la Propiedad, desde la posición de la jurisprudencia de la D.G.R.N.

El punto de partida por tanto, de este trabajo, se encuentra en los preceptos que en la Legislación Hipotecaria, en el Reglamento Hipotecario, regulan el sistema de inscripción del patrimonio ganancial y privativo, el régimen de publicidad de tales patrimonios: Los arts. 91 a 95 del R.H analizados en consonancia con los preceptos específicos del C.C. relativos a la calificación del patrimonio ganancial y privativo de los cónyuges (arts. 1346 a 1361 C.C.) y todo ello desde la visión de las más relevantes resoluciones de la DGRN. La regulación actual del régimen de inscripción de tales patrimonios se debe a la reforma introducida en el R.H. por RD 3215/1982 de 12 de noviembre (BOE nº 285, del 27), para adaptarse a la reforma producida en el C.C. por Ley 11/1981, de 13 de mayo, en materia de Filiación, Patria Potestad y Régimen Económico del Matrimonio². Tales preceptos, en lo que al régimen de inscripción previsto se refiere, no han experimentado variaciones desde entonces, no obstante conviene, y este es el objeto del presente trabajo, analizar la evolución e interpretación que la DGRN ha realizado de los mismos así como del régimen de su aplicación e interpretación a la casuística planteada durante los últimos años.

¹ *Vid.* al respecto el completo trabajo realizado por MARTÍN HUERTAS, M^a A., “Inscripción de bienes gananciales en el Registro de la Propiedad”, *R.C.D.I.*, nº 657-Febrero 2000, pp. 513 -615.

² GIMÉNEZ DUART justificaba, ya antes de la reforma, la necesidad de ésta, entendiéndola así, con apoyo en el pfo.3 del art. 1347 del C.C, la posibilidad de las inscripciones individuales, de bienes gananciales, a nombre del cónyuge adquirente, frente al sistema previsto por el RH que exigía la inscripción de tales adquisiciones a nombre de ambos cónyuges (“Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981”, *R.C.D.I.*, nº 548, enero-febrero 1982, p.134).

Vid en el mismo sentido LACRUZ BERDEJO, “Los bienes conyugales y el Registro de la Propiedad tras la reforma del RH”, (Conferencia pronunciada en la A.M.N el día 9 de junio de 1983), *A.A.M.M.*, T.XXVI, 1985, p. 333 ss., y, en concreto, p. 338.

Esa casuística, planteada y resuelta por la DGRN, constituye el hilo conductor del presente trabajo. No se trata tan sólo de analizar cómo acceden al Registro de la Propiedad los bienes que conforman el patrimonio de la sociedad de gananciales según lo define el C.C., sino de plasmar la variedad de situaciones que en la práctica se han ido presentando y su ubicación en los diferentes supuestos recogidos por la Legislación Hipotecaria y Civil.

II. INSCRIPCIÓN DE BIENES PRIVATIVOS

Regula el art.95 RH la inscripción de los bienes privativos, estableciendo una diferenciación entre los que podemos denominar “bienes privativos demostrados” (pfo.1 y 2) y los “bienes privativos confesados” (pf.4).

1. Bienes privativos demostrados (art.95.1, 2, 5 y 6 R.H)

Establece el art.95 RH: “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.

5. Si la justificación...se refiriese solamente a una parte del precio o contraprestación, la inscripción se practicará a nombre del cónyuge a cuyo favor se haga aquella en la participación indivisa que se indique en el título y a nombre de uno o ambos cónyuges, según proceda, para su sociedad de gananciales, en la participación indivisa restante del bien adquirido.

6. La justificación ...de la privatividad hechas con posterioridad a la inscripción se harán constar por nota marginal.....”.

Del contenido del mismo se desprenden una serie de requisitos para proceder a la inscripción de los bienes adquiridos como privativos:

a) Necesidad de prueba de la privatividad.

El precepto señalado guarda consonancia lógica con lo dispuesto en el art. 1346 C.C. que se refiere a los bienes privativos de los cónyuges, aludiendo expresamente no obstante el pfo.1 del art.95 del RH a los que merecen tal calificación habiendo sido adquiridos durante la vigencia de la sociedad de gananciales. Igualmente guarda consonancia con el régimen de titularidad establecido en el art.1354 C.C., para las adquisiciones realizadas mediante precio en parte ganancial y en parte privativo, así como el establecido en el art. 1356 C.C

para las adquisiciones realizadas por precio aplazado cuando el primer desembolso tuviera carácter privativo, aunque el resto de los plazos se paguen con fondos gananciales.

Claro y contundente resultó en legislador hipotecario al exigir la justificación de la privatividad del precio o contraprestación mediante prueba documental pública. La razón de tal exigencia se encuentra básicamente en la fuerza “de arrastre” que tiene en el sistema la presunción de ganancialidad prevista en el art. 1361 C.C, conforme al cual, se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio, mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges³.

De la exigencia de tal prueba se hace eco la DGRN en numerosas resoluciones en las que, ante la adquisición realizada por uno sólo de los cónyuges, sin expresar que adquiere para la Sociedad de Gananciales o con expresión de que lo hace con fondos privativos sin acreditar la privatividad de los fondos utilizados, considera los bienes adquiridos como presuntivamente gananciales (art.1361 C.C.) y objeto de inscripción por vía del art.94.1 RH, pero no como privativos del cónyuge adquirente, tal y como se pone de manifiesto en los supuestos siguientes:

1. Adquisiciones realizadas por persona casada bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales por título de compraventa, pretendiendo su inscripción registral con el carácter privativo en virtud de la manifestación del adquirente de que el precio –confesado recibido– fue satisfecho con el importe procedente de la venta, cinco meses antes, de un bien privativo suyo, sin prueba documental de tal carácter.

La DGRN deniega la inscripción del bien como privativo *de los bienes adquiridos por persona casada bajo el régimen de gananciales porque se exige que se acrediten por medios fehacientes –arts. 3 de la Ley Hipotecaria y 95-2.º del Reglamento Hipotecario (RCL 1947\476, 642 y NDL 18733)– todas las circunstancias que con arreglo a los artículos 1346 y siguientes del Código Civil, y según las hipótesis determinen aquel carácter*. La ausencia de la prueba documental pública viene evidenciada por: a) las dificultades que la esencial fungibilidad del numerario con que se pagó el precio plantea a la demostración en este caso del carácter privativo; b) el carácter «confesado recibido» del precio estipulado en la primera de las operaciones realizadas, pues ello impide considerar suficientemente acreditado el ingreso de la cantidad correspondiente en el patrimonio del ahora adquirente, y c) la posible verificación, durante el tiempo intermedio, de otros actos dispositivos sobre dicha cantidad que la hubiesen agotado o disminuido de tal modo que no pudiera cubrir el precio estipulado en la operación calificada, posibilidad que ni siquiera se ha pretendido desvirtuar. *En consecuencia, pese a la invocación del comprador el asiento registral ha de practicarse en los términos hoy posibles, es decir, a nombre del cónyuge adquirente, con carácter presuntivamente ganancial (cf. art. 94 del Reglamento Hipotecario), sin perjui-*

³ Afirma sin embargo MARTÍN HUERTAS, siguiendo la posición de diferentes autores, que la regla general sería sin embargo la privatividad de los bienes, pues el art. 1361 C.C no es más que una presunción que se establece para los casos dudosos, consecuentemente con naturaleza iuris tantum (*ob.cit.*, p. 602 y nota 193).

cio de consignar, en su día, el carácter privativo si se presenta justificación suficiente, o confesión por el consorte, de la privatividad (cf. art. 95-6 del Reglamento Hipotecario). (RDGRN 22 noviembre 1988 (RJ/1988/9010). En el mismo sentido RDGRN 21 de mayo 1998 (RJ/1998/4456).

2. Adquisiciones realizadas por persona casada bajo régimen de gananciales, afirmando haber pagado el precio con dinero procedente de donación de dinero realizada en su día, sin justificar el carácter privativo del precio satisfecho, que no se justifica sea el mismo recibido por donación (RDGRN 7 diciembre 2000(RJ/2000/2580).

La DGRN considera que no se destruye en el ámbito registral la presunción de ganancialidad del bien. En esta caso, *“hay prueba documental pública de que el adquirente recibió por título de donación una cantidad de dinero igual a la luego satisfecha; hay igualmente prueba documental pública de que el adquirente manifestó en el momento de recibir el dinero su propósito de adquirir con él determinada vivienda y hay asimismo prueba documental pública de que en el momento de comprar, el adquirente manifestó estar haciéndolo con el dinero recibido en donación. Ahora bien, al margen de que, tratándose de vivienda habitual, como es el caso, y que, puesto que sólo una parte del precio se dice satisfecho con la cantidad donada, nunca podría ser inscrita toda la finca como privativa del adquirente (cfr. el segundo párrafo del artículo 1357 del Código Civil), el hecho de que el adquirente haya recibido con anterioridad una donación en metálico sólo prueba que un día existió en su patrimonio una cierta cantidad de dinero privativo, pero no que sea precisamente ese dinero el que se está empleando ahora en la adquisición”*.

3. Inscrita una finca como ganancial, por haber sido adquirida por el marido, por compra, para su sociedad de gananciales, no procede rectificación registral de tal inscripción, como privativa del mismo por la simple presentación de un acta de manifestaciones en que se afirma que el inmueble se adquirió con el precio obtenido por la venta de otra finca de su propiedad.

La DGRN estima que aun en el caso de que se estimara que el bien adquirido sólo es presuntivamente ganancial, ninguna de las afirmaciones que se hacen en el Acta pueden destruir la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del C.C, *“pues para ello sería necesario que se aportara prueba documental pública suficiente, de manera que la simple manifestación del adquirente de que emplea dinero privativo es insuficiente, dado sobre todo el carácter fungible del dinero, y, aunque la manifestación se realice ante Notario, la fe pública notarial no se extiende a la veracidad intrínseca de las declaraciones de los otorgantes. Además de ello, hay que tener en cuenta que el interesado declaró en la compra que adquiriría para su sociedad de gananciales, por lo que su declaración actual va contra sus propios actos y su consignación registral sería contraria a lo establecido por el artículo 95.6 del Reglamento Hipotecario”*.(R 13 octubre 2003(RJ/2003/8545).

4. En la RDGRN 9 marzo 2005 (RJ/2005/1961) se trataba de dilucidar si la parte indivisa de una de las finca de origen y objeto de reparcelación, inscrita desde 1907 a nombre

de persona casada, por título de compra y «sin condición alguna especial», tenía carácter ganancial, como sostenía el Registrador, o bien carácter privativo, como mantenían los recurrentes y se expresaba en la escritura de partición de la herencia del comprador y en determinadas escrituras posteriores.

La DGRN mantiene que ha de estarse a la redacción del C.C vigente a la fecha de la compra. Entonces, como ahora, se presumían gananciales todos los bienes de los cónyuges, mientras no se probase su carácter privativo. La carga de probar, por tanto, la privatividad de la parte indivisa comprada por el marido ha pesado sobre éste y, desde su muerte, sobre sus herederos y, en su caso, sobre los herederos de los herederos. No consta, sin embargo, que ninguno de los citados haya cumplido con tal probanza, ni que la esposa del comprador o, en su caso, los herederos de ésta, hayan reconocido en momento alguno dicha privatividad. En consecuencia, por más que en el Registro no figure expresamente el carácter ganancial de la porción indivisa, la más elemental lógica jurídica conduce ineludiblemente a tenerla por tal, como hace el Registrador en la calificación.

b) *La justificación de privatividad posterior a la inscripción ha de constar por nota marginal.*

Así se puso de manifiesto en la *RDRN 15 febrero 2005(RJ/2005/2455)* en que se debatía sobre la inscripción como privativa o ganancial de una parte de una finca objeto de discusión en la liquidación de gananciales de un matrimonio. En tal proceso, el JPI estimó suficiente la prueba presentada sobre la privatividad de la finca en cuestión, que inicialmente aparecía inscrita en el Registro como presuntivamente ganancial, motivo por el cual en el fallo de la sentencia no se alude expresamente a dicho bien, pues únicamente se refiere a los bienes que se ha de incluir en el activo de la sociedad conyugal, y, lógicamente, la finca objeto del recurso no se incluye en tal inventario, incluyéndose sólo los bienes muebles situados en la misma. El Registrador denegó la inscripción de la finca como privativa porque del fallo de la sentencia de liquidación solo se declaraba el carácter ganancial de diversos muebles y vehículos, que no tienen acceso al Registro de la Propiedad, y no consta en dicho fallo el carácter ganancial o privativo de los inmuebles citados.

La DGRN estimaba el recuso entendiendo que *“aunque el fallo de la sentencia no se pronuncia sobre el carácter del bien objeto del recurso, el artículo 95.2 del Reglamento Hipotecario (RCL 1947, 476, 642) permite la constancia registral del carácter del precio o contraprestación del bien adquirido siempre que se presente prueba documental pública, y tal prueba documental se realiza cumplidamente en el presente supuesto, pues el juez, con unos elementos de juicio mucho más amplios que aquellos que pudiera tener el Registrador, considera probado que el precio con el que se adquirió era privativo de la titular registral. Por tanto, el carácter privativo, respecto de la tercera parte de finca inscrita en nuda propiedad a favor de la recurrente, deberá hacerse constar en el Registro por medio de la nota marginal a que se refiere el artículo 95.6 del Reglamento Hipotecario”*.

- c) *No afecta a la calificación del bien como privativo el hecho de que su adquisición se haga con fondos gananciales si trae causa en un derecho de carácter privativo (art.1346.2 en relación con 95.1 R.H).*

Así lo puso de manifiesto la DGRN en *R. 14 abril 2005(RJ/2005/5018)* en un supuesto en que se inscribió en el Registro de la Propiedad el dominio de una finca registral a nombre una mujer, casada bajo el régimen de la Sociedad de Gananciales, por título de herencia paterna y materna como consecuencia de la adjudicación llevada a cabo en el cuaderno particional de las herencias de ambos progenitores. En dichas operaciones se adjudicó la reseñada finca, único bien integrante de ambas herencias, a la heredera doña Carmen «en calidad de abonar a los otros –los otros seis coherederos– el exceso de dinero». El marido consideró que en la inscripción registral mencionada se cometió un error material al practicarla con carácter privativo a nombre de la heredera(su esposa) pues 6/7 partes indivisas se habían adquirido durante el matrimonio, con dinero de la sociedad de gananciales, dado que no se probó la procedencia del dinero con que se adquirieron esas participaciones indivisas a los hermanos y coherederos, ni hubo manifestación de privatividad por el cónyuge de la adjudicataria, con lo que aplicando la presunción del artículo 1361 CC habían de presumirse gananciales. Y por tanto, solicitaba la rectificación de la inscripción en ese sentido.

La DGRN consideró que el bien así adquirido debía inscribirse como privativo de la esposa entendiendo que “*la partición legalmente hecha, dice el artículo 1068 del Código Civil, confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados, de suerte que a través de la misma, y cualquiera que sea la naturaleza que se le quiera atribuir, se concreta en bienes o derechos determinados el que al coheredero le correspondía en su condición de tal, de sucesor a título universal del causante, en la masa hereditaria. Y este principio no quiebra en aquellos supuestos en que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1062 del mismo Código, se adjudique a uno de los herederos una cosa indivisible o que desmerezca mucho con su división debiendo abonar a los demás en dinero el exceso que esa adjudicación le suponga sobre su haber, pues la causa de la adquisición sigue siendo el derecho que el adjudicatario tenía como heredero.*

.....la adjudicación hecha a uno de los herederos con la obligación de compensar en metálico a los demás por razón del exceso de valor de lo adjudicado en relación con el de su cuota hereditaria no implica enajenación; tal adjudicación no envuelve una transmisión de dominio de unos herederos a otros, sino directamente del causante al adjudicatario, con la eficacia declarativa de toda partición y con los efectos civiles e hipotecarios que le son propios. ..En el supuesto de hecho objeto del recurso la adquisición inscrita se produjo como consecuencia de una adjudicación hereditaria, no por adquisición onerosa previa de derechos hereditarios o posterior de cuotas adjudicadas previamente en pro indiviso, con lo que la forma en que se practicó la inscripción que se solicita rectificar fue correcta, ajustándose a lo dispuesto en el artículo 95.1 del Reglamento Hipotecario.

La presunción del artículo 1361 del Código Civil... cede, por su propio carácter de tal, ante un título adquisitivo que determine la privatividad de lo adquirido según las reglas del artículo 1346 del mismo Código –en el caso contemplado estaríamos ante la de su apartado 2.º–. Y a ese título habrá de estar el registrador a la hora de practicar la inscripción correspondiente, sin desvirtuarlo por el hecho de que existan compensaciones en metálico cualquiera que sea su procedencia si su presencia no altera la naturaleza de aquel título. ...”.

2. Bienes privativos por confesión de privatividad (art.1324 C.C en relación con 95.4, 5 Y 6 RH)

Establece el art.95 RH: “4. Si la privatividad resultare solo de la confesión del con-sorte, se expresará dicha circunstancia en la inscripción y ésta se practicará a nombre del 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 tuviera, salvo que le carácter privativo del bien resultare de la partición de la herencia.

5. Si la confesión ...de privatividad se refriere solamente a una parte del precio o contraprestación, la inscripción se practicará a nombre del cónyuge a cuyo favor se haga aquella en la participación indivisa que se indique en el título y a nombre de uno o ambos cónyuges, según proceda, para su sociedad de gananciales, en la participación indivisa restante del bien adquirido.

6. La confesión ...de la privatividad hechas con posterioridad a la inscripción se harán constar por nota marginal.....”.

Resulta relevante en la regulación que confiere el RH a los bienes “privativos confesados” el hecho de que su inscripción, tras la reforma operada en el RH en 1982, se incardina dentro de la inscripción de bienes privativos y no, como antes ocurría, como presuntivamente gananciales. La razón que justifica tal inscripción se encuentra en el art.1324 C.C. y la consideración que el mismo otorga a la confesión de privatividad realizada por un cónyuge a favor del otro.

La pregunta que de aquí se desprende es clara: ¿Puede una simple confesión de privatividad destruir la presunción de ganancialidad de los bienes del matrimonio prevista en el art.1361 C.C?

Tradicionalmente existían ciertos obstáculos relevantes para admitir que con la simple declaración de un cónyuge, a favor de la privatividad del bien adquirido constante matrimonio, tal bien fuese calificado como privativo del otro: Por un lado, la imposibilidad de mutar el régimen económico constante la sociedad de gananciales, mutación que, de dar validez

a la confesión de privatividad se podría entender producida por la simple declaración de un cónyuge confesando que un bien, de naturaleza presuntamente ganancial, pasaba a tener otra condición al ser privativo del otro. Un segundo obstáculo se encontraba en la prohibición de contratación entre los cónyuges, por lo que admitir que la confesión fuese suficiente para alterar el régimen de titularidad de un bien, podría ser entendido claramente como una suerte de contratación entre los cónyuges, conforme a la cual el cónyuge confesante cedía a favor del otro la titularidad de un determinado bien. Por último, dar valor a la confesión de privatividad podría suponer, claramente, un perjuicio para los terceros, acreedores de la sociedad de gananciales o de cada uno de los cónyuges, o en caso de fallecimiento del confesante, para los herederos forzosos del mismo, en definitiva, podía suponer un acto de connivencia entre los cónyuges para defraudar a aquellos.

Los dos primeros inconvenientes señalados desaparecen, el primero, con la Ley 14/1975, de 2 de mayo, al permitir la modificación del régimen económico matrimonial por voluntad de los cónyuges (art. 1326 C.C.). El segundo, al permitir en el art.1323 C.C. (introducido con la reforma operada por Ley 11/1981, de 13 de mayo) que los cónyuges celebren entre sí todo tipo de contratos, así como que se transmitan por cualquier título bienes y derechos. El tercer inconveniente– el perjuicio de terceros–, subsiste, lo que precisamente determina que, desde un punto de vista sustantivo, el art.1324 del C.C. haya atribuido validez “inter partes” a la confesión de privatividad, bastando para probar entre cónyuges que determinados bienes son de propiedad de uno de ellos, la confesión del otro. No así “frente a determinados terceros”, porque la confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges⁴.

Tal es la posición mantenida por la DGRN como vemos a continuación:

1. La confesión de privatividad tiene un efecto limitado que sólo opera en el ámbito interconyugal (cfr. artículos 1232 y 1324 del Código Civil), sin perjudicar a los herederos forzosos del confesante ni a los acreedores comunes o de uno de los cónyuges, lo que implica que dicha confesión no es suficiente para desvirtuar la presunción de ganancialidad en perjuicio de éstos. Así pues, comprado un inmueble por persona casada bajo el régimen de gananciales, manifestando el comprador que el dinero empleado era de su exclusiva pertenencia y aseverando su consorte la exactitud de esta manifestación, se practicó la inscripción a favor del cónyuge adquirente, como «privativo al amparo de lo dispuesto en el artículo 1324 del Código Civil y con el solo alcance que este precepto previene», pero no cabe que, fallecido el cónyuge confesante, pueda extenderse la nota marginal prevenida en el artículo 95.6 del Reglamento Hipotecario, aportándose al efecto el documento particional privado relativo a la herencia de la madre de la ahora recurrente, otorgado el mismo año en

⁴ Así lo señalaba PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de Familia*, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, 1989, p.186.

que se realizó la adquisición cuestionada, del que resulta que ésta había heredado en metálico una cantidad superior al precio de compra del inmueble en cuestión. (*RDGRN 5 marzo 1999(RJ/1999/1376)*)

2. El artículo 1361 C.C presume gananciales los bienes existentes en el matrimonio, si bien esta presunción tiene valor «iuris tantum» al añadir el precepto que dicha presunción opera mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer. Tratándose de un bien adquirido a título oneroso por uno de los cónyuges constante matrimonio, el bien se presume ganancial mientras no se demuestre lo contrario. La confesión del otro cónyuge no destruye absolutamente la presunción, sino sólo con los efectos relativos que la Ley le atribuye, por lo que el bien se puede inscribir como privativo confesado, pero no como privativo demostrado, para lo que se requeriría justificación documental pública. (*RDGRN 18 octubre 1999(RJ/1999/7674)*)
3. Para la adjudicación de herencia de un bien inscrito con carácter privativo por confesión –que luego se vende– se necesita, una vez fallecido el confesante, la intervención de los legitimarios del mismo o acreditar su inexistencia. Disuelta la sociedad de gananciales por fallecimiento del confesante, los actos de disposición necesitarían de su consentimiento o intervención y a la hora de liquidarla también ésta es preceptiva para la ratificación del carácter privativo en la confección del inventario, a los efectos de quedar salvaguardada la cuantía de su legítima. Sólo de la confirmación de la privatividad del bien en el inventario, puede accederse libremente por los herederos del titular a la venta del mismo. (*RDGRN 13 junio 2003(RJ/2003/4225)*)
4. Procede la inscripción como bien privativo en el Registro a favor de la esposa como consecuencia de la manifestación realizada por ambos cónyuges en convenio regulador aprobado judicialmente y dictado como consecuencia de una separación judicial. Respecto del citado bien ambos cónyuges manifiestan que es totalmente privativo de la esposa por haberse adquirido con dinero proveniente de herencia de su padre. La Registradora suspende la inscripción, por ser la aseveración actual contraria a otra anterior, pues tal bien se adquirió conjuntamente por ambos cónyuges, y en aplicación del artículo 95.6 del R.H. La DGRN estima el recurso por las siguientes razones: a) Realmente no existe una aseveración contraria anterior pues, aunque adquirieron ambos cónyuges no afirmaron nada sobre la procedencia del dinero invertido; b) Porque ningún obstáculo existe hoy a los contratos entre cónyuges (artículo 1323 del Código Civil), los cuales pueden liquidar el consorcio como tengan por conveniente (cfr. artículos 1410 y 1058 del Código Civil); y c) Porque el artículo 1324 del Código Civil establece que, entre cónyuges, es prueba la confesión, y si bien es cierto que la misma no puede perjudicar a los acreedores, no consta que existan tales acreedores. (*RDGRN 27 junio 2005(RJ/2005/5399)*)

5. Procede la inscripción de la venta del bien, realizado por la viuda a cuyo nombre constaba el mismo por confesión de parafernalia de los fondos utilizados para adquirir. No es necesario el consentimiento de los legitimarios del confesante, porque cuando los derechos legitimarios aparecen configurados como un mero derecho a un valor patrimonial atribuible por cualquier título (como ocurre con la legítima catalana conforme al artículo 350 y siguientes de la Ley Catalana núm. 40/1991, de 30 de diciembre [RCL 1992, 456 y LCAT 1992, 46 y 205]), el consentimiento de tales legitimarios para la enajenación del bien puede resultar innecesario, pues en tales casos, los derechos de los legitimarios del confesante quedan perfectamente salvaguardados con la mera inclusión contable del valor del bien al que se contrae la confesión en la masa relicta, a los efectos de determinar el importe de sus legítimas (cfr. artículo 355 de la citada Ley Catalana); mas como ese derecho legitimario no recae sobre los propios bienes relictos, sino sobre el valor económico correspondiente, nada impide compatibilizar aquella inclusión contable, con la enajenación de los bienes que integran dicha masa, antes de la determinación y pago de las legítimas. Y como por otra parte, los actos del causante vinculan a los herederos (cfr. artículo 1 de la Ley 40/1991 ya reseñada), el cónyuge supérstite podrá disponer plenamente del bien privativo suyo o por confesión del causante premuerto, con independencia de las cuestiones económicas suscitadas o que se susciten luego entre los legitimados y los herederos del confesante sobre la exactitud y eficacia de la confesión. (*RDGR 16 octubre 2003 (RJ\2004\705)*)
6. En relación con el valor de la confesión de privatividad del bien, realizada con posterioridad a la inscripción del mismo (art.95.6 RH): La DGRN extiende en algún supuesto la posibilidad de confesar la privatividad del bien a los herederos del confesante. Tal es el supuesto recogido en *R. de 27 junio 2003(RJ/2003/6080)*. En este caso, la finca se encontraba inscrita en el Registro a favor de unos esposos para su sociedad de gananciales, por haberla adquirido el esposo sin haber hecho ninguna afirmación sobre el carácter del dinero pagado. Fallecida la esposa, el marido, actuando en su propio nombre y en el de los hijos comunes, que son los únicos legitimarios de ambos, en virtud de poder, que es suficiente, y en el que se le autoriza aunque exista autocontratación o contraposición de intereses, hacen constar que el dinero que se invirtió en la compra era privativo del marido.

Frente a la calificación del Registrador, que entendió (creemos que acertadamente), que la confesión de privatividad sólo puede ser realizada por el consorte (fallecido) o resultar de la partición hereditaria, la DGRN considera que la confesión puede hacerse en cualquier momento, y no es un acto personalísimo, por lo que, fallecido un cónyuge, la posibilidad de confesar se transmite a sus herederos, sin que exista precepto legal alguno que imponga que se haga dentro de una partición hereditaria.

III. INSCRIPCIÓN DE BIENES GANANCIALES

1. Adquisiciones realizadas conjuntamente por ambos cónyuges

A tal tipo de adquisiciones hace referencia expresamente el art.93.1 RH para regular el sistema de inscripción de aquellos bienes que, calificándose como gananciales conforme a las normas sustantivas previstas en los art.1347.3 y 1355 C.C, son adquiridos conjuntamente por ambos cónyuges a costa del caudal común o atribuyéndole tal carácter por acuerdo de los mismos.

En tales supuestos se incluyen:

- Las adquisiciones realizadas a título oneroso y a costa del caudal común conjuntamente por ambos cónyuges para la sociedad de gananciales (1347.3) (93.1.RH).
- Las adquisiciones realizadas por ambos cónyuges atribuyéndoles tal condición de ganancial (1355) (93.1 RH).
- Las adquisiciones realizadas conjuntamente por ambos cónyuges sin atribución de cuotas (art.1355.2 CC y 93.1 RH).
- Las adquisiciones de bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente sin designación de partes, constante la sociedad, siempre que el donante o testador no hubiera dispuesto lo contrario y que la liberalidad fuera aceptada por ambos (art.1353 C.C) (93.1 RH).

La inscripción en tales supuestos se realizará a nombre de ambos cónyuges, con carácter ganancial. Ambos son los adquirentes, ambos intervienen en su caso en el negocio adquisitivo y por tanto, el bien se inscribe con carácter ganancial por ser esta la calificación del bien adquirido conforme a las normas previstas en el C.C, y se practica a nombre de ambos, por ser los cónyuges los adquirentes formalmente del mismo. Ello es así porque en el RH se regulan diferentes formas de inscripción de las adquisiciones en el Registro de la Propiedad, teniendo en cuenta no sólo la naturaleza del bien adquirido (ganancial), sino también el título de adquisición que lo origina.

Siguiendo tal criterio, la DGRN, en *R. 9 abril de 2010 (RJ/2010/2503)* considera que no procede la inscripción de un bien a nombre del marido, con carácter privativo, en un supuesto de adquisición de una finca urbana realizada constante matrimonio mediante contrato privado en que constan ambos cónyuges como compradores, sin especificar régimen económico y constando sólo la firma del esposo. En tal caso el marido elevó a escritura pública posteriormente el citado contrato, apareciendo exclusivamente éste como comprador que lo adquiere como privativo alegando la existencia de capitulaciones matrimoniales anteriores por las que se pactó separación de bienes.

La DGRN considera que, tratándose de una elevación a público de documento privado, dado que en modo alguno consta expresamente su carácter novatorio (cfr. artículo 1224 del Código Civil), y a fin de evitar trasladar al Registro posibles errores que sólo por el común acuerdo de los interesados pueden ser salvados, son acertadas las observaciones que hace el Registrador en la nota de defectos al exigir, tal como está redactado el documento calificado y el privado que le sirve de antecedente, la comparecencia de la que aparece como compradora en el documento privado de compraventa. Se exige por tanto que si la adquisición se hizo en virtud de contrato celebrado por ambos, comparezcan ambos para la inscripción.

Será igualmente aplicable el art. 93.1 RH en aquellos supuestos en los que la adquisición por ambos cónyuges se produzca en el ámbito del art. 1354 del C.C. Supuesto que se refiere a las adquisiciones realizadas mediante precio, en parte ganancial y en parte privativo, cuando a la adquisición del bien hayan concurrido ambos cónyuges, aportando caudal común para la adquisición, con independencia de que parte de las aportaciones sean privativas de uno de ellos. En tal caso, el bien así adquirido se inscribirá, en la parte ganancial, a nombre de ambos cónyuges, con carácter ganancial, y en la parte privativa, a nombre del cónyuge o cónyuges con carácter privativo, en la proporción correspondiente a la aportación privativa de cada uno. Siguiendo en este caso para la inscripción de la parte privativa lo establecido en el art. 95.1 y 2 RH a que hicimos referencia más arriba.

2. Adquisiciones realizadas por uno sólo de los cónyuges

Acceden al Registro de la Propiedad como bienes gananciales, aquellos que, aun siendo adquiridos por uno sólo de los cónyuges, merecen tal calificación, conforme a los arts. 1347.3 (cuando uno sólo de los cónyuges adquiere a costa del caudal común, bien para la sociedad de gananciales, bien para sí mismo) o art. 1356 (cuando uno sólo de los cónyuges adquiere por precio aplazado un bien, abonando el primer desembolso con fondos gananciales), manifestando el cónyuge que adquiere para la sociedad de gananciales.

Igualmente las adquisiciones realizadas por uno sólo de los cónyuges, sin expresar si lo hace para la sociedad de gananciales, o con expresión de que se adquiere con fondos privativos, sin acreditar la privatividad de los mismos. En tal caso prevalece la presunción de ganancialidad prevista en el art. 1361 C.C.

Todos estos supuestos, que tienen en común el hecho de que la adquisición se produce exclusivamente por uno sólo de los cónyuges, tienen sin embargo un tratamiento diferente según el cónyuge manifieste en la adquisición que lo hace para la sociedad de gananciales o no.

- *En el primer caso:* Bienes adquiridos por uno sólo de los cónyuges a título oneroso para la sociedad de gananciales, el bien así adquirido se inscribe con tal indicación a nombre del cónyuge adquirente (93.4 RH). La inscripción prevista exclusivamente

a nombre del adquirente supone una ruptura con el sistema anterior, que convertía en titulares registrales a ambos cónyuges, con independencia de quien fuese el adquirente, con los problemas que ello planteaba en la práctica, al aparecer como adquirente y titular de los derechos sobre el bien inscrito quien, pese a la calificación como ganancial del bien, no había sido parte en la relación jurídica nacida del contrato⁵.

- *En el segundo caso*: Bienes adquiridos a título oneroso sin expresar que se adquiere para la sociedad de gananciales, o con expresión de que la adquisición se hace con fondos privativos sin acreditar la privatividad, al no quedar destruida la presunción de ganancialidad prevista en el art. 1361 CC, el bien se inscribe a nombre del cónyuge adquirente con carácter presuntivamente ganancial (94.1 RH). Este es el criterio mantenido por la DGRN en las RR ya analizadas anteriormente de 22 noviembre 1988(RJ/1988/9010), 21 mayo 1998 (RJ/1998/4456), 7 diciembre 2000(RJ/2001\2580), 13 octubre 2003(RJ/2003\8545), RDGRN 9 marzo 2005 (RJ/2005\1961).

Las consecuencias de uno y otro sistema de inscripción, o más bien, las consecuencias previstas registralmente para uno u otro tipo de bienes son diferentes. Para la inscripción de los actos de administración o de disposición a título oneroso de los bienes inscritos a nombre del cónyuge adquirente para su sociedad de gananciales (art.93.4 RH), se requiere que se hayan realizado conjuntamente o por uno cualquiera de ellos con el consentimiento del otro o con la autorización judicial supletoria (art.93.2 RH) (art.93.4 in fine). Para la inscripción de los actos de disposición a título gratuito sobre los mismos se requiere que hayan sido realizados conjuntamente por ambos cónyuges o por uno de ellos concurriendo el consentimiento del otro (art.93.3 RH).

Sin embargo, para la inscripción de los actos de disposición a título oneroso sobre los bienes adquiridos por uno sólo de los cónyuges con carácter presuntivamente ganancial

⁵ Señalaba GIMÉNEZ DUART, que la razón de ser del nº1 del art. 95 del RH anterior a la reforma de 1982 estaba en el temor del legislador a las confabulaciones frente a la prohibición de liberalidades entre cónyuges. Al desaparecer tal limitación, desaparecía la razón de ser de tal tipo de inscripciones (GIMÉNEZ DUART, *R.C.D.I.*, nº 548, 1982, p. 134).

PAU PEDRÓN consideró sin embargo que si el bien es ganancial o presuntivamente ganancial, los titulares son ambos cónyuges y por ello el inmueble debería constar a nombre de los dos ("El acta de Inscripción", *R.C.D.I.*, 1999, nº 650, pp.18-20).

Realmente, la cuestión de fondo que late sobre este tema se encuentra en el tradicional e histórico debate sobre la Naturaleza que se confiera a la Sociedad de Gananciales y la forma de concebir el patrimonio ganancial: Si hemos de entender, como admite un sector doctrinal y mayoritariamente la doctrina del TS, que titularidad y ganancialidad ha de ser identificadas en el patrimonio ganancial o si, por el contrario ha de admitirse que no necesariamente ambos conceptos han de coincidir, de forma que, bien puede hablarse de la titularidad por un solo cónyuge sobre bienes calificados como gananciales o de la titularidad de ambos, cuestión que abordó y plantearon autores como BLANQUER UBEROS y sobre la que no me detendré en este momento pero que abordé con amplitud en la monografía, *Naturaleza de la Sociedad de Gananciales. Legitimación individual de los cónyuges*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid, 1993.

(art.94.1 RH), bastará con que hayan sido otorgados por el titular registral con el consentimiento de su consorte o, en su defecto, con autorización judicial (art.94.3 RH), siendo necesario para inscribir los actos de disposición a título gratuito que hayan sido realizados por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos concurriendo el consentimiento del otro (art.94.4 RH)

3. Supuestos especiales

Nos referimos a continuación a una serie de supuestos en los que procede hacer alguna matización en cuanto a la forma en que los bienes acceden al Registro de la Propiedad, bien por la forma en que la adquisición se produce (supuesto del art.1354 C.C. en relación con los arts. 93, 94 y 95 del RH citados), bien por la naturaleza especial del bien de que se trate (supuesto de la inscripción de la vivienda familiar adquirida por precio aplazado antes de comenzar la sociedad de gananciales, ex. Art.1357.2 en relación con el art.91.2 y 3 RH).

Igualmente, y puesto que analizamos el sistema de inscripción de los bienes gananciales o privativos en el Registro desde un enfoque jurisprudencial, nos referiremos aquí a algún supuesto concreto en que la DGRN ha resuelto sobre situaciones complejas en las que la adquisición del bien, mediante contrato privado, se ha producido en momento diferente del otorgamiento de la escritura pública objeto de inscripción (antes de comenzar la sociedad de gananciales) o compareciendo diferentes adquirentes en uno y otra, o aquellos otros en los que se aborda por el Centro Directivo la validez de los denominados “pactos de atribución de ganancialidad”, así como de los “pactos de privatividad”.

Veamos cada uno de los supuestos mencionados:

A. *Adquisiciones realizadas constante la sociedad por uno sólo de los cónyuges mediante precio parte ganancial, parte privativo (art.1354)*

En tales casos, la forma de inscripción del bien dependerá no sólo de las manifestaciones realizadas por el cónyuge adquirente sobre el carácter de la adquisición respecto de la parte ganancial, sino también de la existencia de justificación o no requerida sobre la condición privativa de las aportaciones realizadas.

A la inscripción del bien adquirido resultarán aplicables por tanto los preceptos del RH que venimos mencionando dependiendo de la forma y condiciones en que se produzca la adquisición: a) Si el cónyuge adquirente aporta para la adquisición fondos privativos, justificando la privatividad de los mismos, y fondos gananciales o presuntivamente gananciales por no acreditar la privatividad de los mismos, manifestando que la adquisición de la parte ganancial se hace para la sociedad de gananciales, el bien así adquirido se inscribiría, conforme al art. 95.1 y 93.4 RH, a nombre del cónyuge adquirente, como bien privativo en la parte que corresponda a la aportación privativa, y como bien adquirido para la sociedad de gananciales

en la proporción de la aportación ganancial o presuntivamente ganancial. b) Si el cónyuge adquirente aporta para la adquisición fondos privativos, justificando la privatividad de los mismos, y fondos gananciales o presuntivamente gananciales por no acreditar la privatividad de los mismos, sin manifestar que lo hace en tal parte para la sociedad de gananciales, o manifestando sin acreditarlo, que adquiere con fondos privativos, el bien así adquirido se inscribiría, conforme al art. 95.1 y 94.1 RH, a nombre del cónyuge adquirente, como bien privativo en la parte que corresponda a la aportación privativa, y como bien presuntivamente ganancial, en proporción de la aportación ganancial o presuntivamente ganancial. c) Si el cónyuge adquirente aporta para la adquisición fondos “confesados privativos por el otro cónyuge”, sin justificar la privatividad de los mismos, y fondos gananciales o presuntivamente gananciales por no acreditar la privatividad de los mismos, manifestando que la adquisición de la parte ganancial se hace para la sociedad de gananciales, o bien sin hacer manifestación alguna sobre la atribución de ganancialidad a la adquisición, el bien así adquirido se inscribiría, conforme al art. 95.4, 93.4 o 94.1 RH, a nombre del cónyuge adquirente, como bien privativo confesado en la parte que corresponda a la aportación confesada como privativa, y como bien adquirido para la sociedad de gananciales, o presuntivamente ganancial, en la proporción de la aportación ganancial o presuntivamente ganancial.

Ello supone, básicamente, aplicar las mismas reglas sobre inscripción de los bienes que hemos venido analizando, pero sobre la base de la existencia de un proindiviso ordinario sobre el bien de que se trate, en proporción a las aportaciones realizadas y la calificación de las mismas (ex. Art.1354 C.C.).

B. Adquisición de la vivienda familiar por precio aplazado antes de comenzar la sociedad de gananciales (art.1357.2 CC, art. 91 RH)

Obligado es hacer en este trabajo una referencia al supuesto de adquisición de vivienda familiar por precio aplazado, antes de comenzar la Sociedad de Gananciales. A ello se refiere, desde un punto de vista sustantivo-civil el art.1357.2 del C.C. con remisión al art.1354 del mismo cuerpo legal. El R.H por su parte regula la forma de inscripción de tales adquisiciones específicamente en el art.91.2 y 3.

Nos referiremos aquí a los diferentes supuestos en que nos podemos encontrar: a) vivienda adquirida antes de comenzar la sociedad para destino a hogar familiar, b) posterior destino a vivienda familiar de la adquirida antes de comenzar la sociedad de gananciales—art.91.2 y 3 RH—.

Para referirnos a la especialidad que implica la adquisición e inscripción de vivienda familiar comprada a plazos antes de comenzar la sociedad, necesario es señalar que, con carácter general, los bienes comprados a plazos por uno sólo de los cónyuges antes de comenzar la Sociedad, tendrán carácter privativo conforme al art.1375.1 del C.C., sin perjuicio del correspondiente derecho de reembolso a favor de la sociedad de gananciales, conforme al art.1358 C.C cuando el resto de los pagos aplazados, o algunos de ellos se hayan realizados constante la sociedad de gananciales y a costa de patrimonio ganancial.

Sin embargo, cuando el bien adquirido pasa a constituir la vivienda familiar, ya sea en el momento de comenzar la sociedad de gananciales o en un momento posterior, el régimen de titularidad de la misma se altera. De tal forma que, al devenir aplicable el art.1354 del C.C. al que se remite el pfo.2 del art.1357 del mismo cuerpo legal, la vivienda pertenecerá en proindiviso ordinario al cónyuge que la adquirió y a la sociedad de gananciales, en proporción a las aportaciones realizadas con patrimonio ganancial o privativo.

El elemento decisivo para alterar el régimen de titularidad de la vivienda, que de no ser o pasar a ser vivienda familiar, sería privativa del conyugue adquirente siguiendo lo dispuesto en el pf.1º del art.1357 C.C., es la mera voluntad de los cónyuges de constituir en ella la sede del hogar familiar. Voluntad y decisión que, tomada por ambos cónyuges no podrá ser alterada unilateralmente por la voluntad exclusiva del cónyuge que la adquirió.

Ello supone, por un lado, que hasta el momento en que se pague por entero la citada vivienda, no se podrá tener conocimiento exacto de la parte o proporción en que la sociedad de gananciales es titular de la vivienda y la parte en que lo es el cónyuge que la adquirió antes de comenzar la sociedad. Y ello implica igualmente, y frente a lo que ocurre respecto del resto de los bienes que constituyen el patrimonio ganancial o privativo, que la calificación y naturaleza del bien no está determinada desde el momento mismo de su adquisición, sino que, por un lado, siendo inicialmente privativa, por mor del acuerdo de los cónyuges, pasa a formar parte del patrimonio ganancial en la proporción correspondiente al valor de las aportaciones que para el pago del resto de los plazos se satisfagan con fondos gananciales, porcentajes que se desconocerá hasta el momento en el que se haya terminado de abonar íntegramente el total de su importe.

Por otro lado hay que tener en cuenta que tras la *STS de 31 octubre 1989(RJ/1989/7038)*, a los efectos de considerar aplicable el régimen de titularidad previsto en el art. 1357.2 C.C., han de entenderse asimilados a los plazos pagados constante la sociedad de gananciales, los pagos y plazos de hipoteca que se amorticen después de contraer matrimonio. Por tanto, aun en aquellos casos en los que, pagada íntegramente la vivienda antes de comenzar la sociedad de gananciales(al haberse obtenido crédito hipotecario para ello), se consideran equiparables a estos efectos las amortizaciones de la hipoteca y los pagos de una compraventa a plazos.

El criterio que se desprende de la normativa señalada resulta aplicable en cualquier caso, aun cuando la parte abonada por la sociedad de gananciales sea uno sólo de los plazos del total de los fijados para el abono del precio, tal como se desprende de la *STS de 7 de junio de 1996(RJ/1996/4826)* y *17 de marzo de 2007(La Ley 2532270/2007)*.

- ¿Cómo procede inscribir la vivienda familiar en tales casos?

La respuesta se encuentra en el art.91.2 del RH, conforme al cual: *“el posterior destino a vivienda familiar de la comprada a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad, no alterará la inscripción a favor de éste, si bien, en las notas marginales*

en las que se hagan constar con posterioridad los pagos a cuenta del precio aplazado se especificará el carácter ganancial o privativo del dinero entregado”.

La inscripción de la vivienda se hará, por tanto, a nombre de quien la adquirió antes de comenzar la sociedad de gananciales. Respuesta obvia que no podría ser de otra forma, teniendo en cuenta que cuando se adquiere e inscribe, antes de comenzar la sociedad, bien podía no existir matrimonio y por tanto nada podía saberse sobre el futuro destino de la vivienda adquirida. El carácter ganancial o la parte ganancial de la vivienda quedará determinada mediante las correspondientes notas marginales como se ha indicado.

En todo caso, complementando lo señalado, el art.91.3 del RH especifica cómo ha de determinarse la cuota indivisa que sobre la vivienda familiar ha de tener carácter ganancial. Se requiere el consentimiento de ambos cónyuges y se practicará mediante nota marginal igualmente.

- *¿Qué ocurre en aquellos casos en los que la vivienda adquirida por precio aplazado constituye el hogar familiar de sucesivas sociedades de gananciales no liquidadas, con abono durante las mismas de parte de los citados plazos?*

La cuestión fue abordada por la *STS 12 marzo 1993(RJ/1993/1794)*, en un supuesto en que la vivienda fue adquirida por precio aplazado constante la primera sociedad de gananciales, durante cuya vigencia se abonaron plazos con fondos gananciales. Disuelta la sociedad por fallecimiento de la esposa, el marido contrajo nuevo matrimonio, pasando a constituir la citada vivienda la sede del hogar familiar del segundo matrimonio, durante cuya vigencia se abonaron igualmente plazos de la misma. El precio fue abonado por tanto: parte con fondos gananciales de la primera sociedad, parte con fondos privativos del cónyuge viudo, parte con fondos gananciales de la segunda sociedad y los últimos plazos, una vez fallecido el marido, por uno de sus herederos.

El TS entendió que el inmueble litigioso fue adquirido por la primera sociedad de gananciales, en cuyo patrimonio se incluye la misma por aplicación del art.1356 C.C., sin perjuicio del reembolso que la sociedad debiera hacer por los créditos existentes contra ella por los pagos realizados durante la vigencia de la segunda sociedad⁶.

- C. *Los pactos de atribución de ganancialidad ex art.1355 CC. Los negocios de aportación de bienes privativos ex. Art.1323 C.C. Los pactos de atribución de privaticidad ex art.1323 C.C.*

⁶ Apunta con razón RIVERA FERNÁNDEZ, que si aplicáramos estrictamente lo dispuesto en el art.1357.2 C.C. nos encontraríamos con un bien que ostenta un doble carácter ganancial. Sería ganancial de la primera sociedad, por encontrarse en supuesto ubicado en el art.1356 C.C. y sería ganancial de la segunda sociedad en la parte proporcional a los plazos pagados constante dicha sociedad, al cumplirse los requisitos, respecto del segundo matrimonio, previstos en el art.1357.2 C.C. Ante ello, apunta, llegaríamos al absurdo, por lo que entiende habría de aplicar la regla establecida en el art. 1409 del C.C. para los supuestos de liquidación de dos o más sociedades de gananciales concurrentes (*Jurisprudencia Civil Comentada*, 2ª ed., Tomo III (arts.1315 a 1976), dir. por PASQUAU LIAÑO, M., 2009, p. 2684).

Merece que nos detengamos en estos momentos en una serie de supuestos debatidos por la doctrina⁷ y resueltos en diversas resoluciones de la DGRN relativas a la atribución de ganancialidad o privatividad de los bienes en función de la existencia de un pacto o acuerdo de los cónyuges por el que, rompiendo con los criterios generales establecidos en el C.C. para determinar la naturaleza ganancial o privativa de un bien, se plantea si ha de prevalecer el acuerdo de los cónyuges por encima de la virtual calificación que el mismo pudiera tener.

Dos preceptos sirven de apoyo al debate:

- a) Por un lado el art.1355 C.C., conforme al cual: *“Podrán los cónyuges de común acuerdo atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga.*

Si la adquisición se hiciera en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes”.

- b) Por otro, el art.1323 C.C., conforme al cual: *“Los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos”.*

La admisión y validez de tales pactos entre los cónyuges, prevista en el art. 1355, se ha indicado que es consecuencia lógica del nuevo régimen de contratación entre cónyuges que pueden celebrar entre sí todo tipo de contratos, es consecuencia por tanto de la libertad de contratación prevista en el art.1323 C.C. Si bien el centro del debate sobre el carácter de tales pactos se encuentra fundamentalmente, en cuanto nos interesa en estos momentos, en varios aspectos: a) Por un lado, si el acuerdo de los cónyuges sobre la atribución de la ganancialidad de los bienes sólo cabe en el momento de la adquisición⁸ o cabe en un momento posterior⁹;

⁷ Aborda el tema con detalle y resumiendo la diversidad de posturas y criterios mantenidos por la doctrina y en la jurisprudencia MARTÍN HUERTAS, M^a A., (“Inscripción de bienes gananciales en el Registro de la Propiedad”, *R.C.D.I.*, nº 657-Febrero 2000, pp. 573 y ss.).

La autora se manifiesta a favor de la admisión de los negocios de aportación, pese a las “muchas y muy intrincadas cuestiones”, como el tema de la causa, la posibilidad de extensión analógica del art.1355, la viabilidad del pacto de accesión invertida estipulado en contra de lo dispuesto en el art.1359 C.C., el fraude de ley que se puede provocar al amparo de los mismos, y también el fraude de acreedores, la problemática fiscal que suscitan...(p. 604).

⁸ Ninguna duda ofrecen los supuestos de inscripción en aquellos casos en los que la atribución de ganancialidad se produce en el momento mismo de la adquisición, que son básicamente a los que se refiere el art.1355 C.C. y recoge expresamente el art.93.1 R.H al señalar que :”...*Se inscribirán a nombre de marido y mujer , con carácter ganancial los bienes adquiridos a título oneroso.....atribuyéndoles de común acuerdo tal condición”.*

⁹ Así lo admitió parte de la doctrina, entre los que se encuentran PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de Familia*, Madrid, 1989, p. 238; Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS lo mantuvieron expresamente en algún momento (*Sistema de Derecho Civil IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, 5^a ed., 1989, p. 182). Sin embargo posteriormente no parece tan clara la postura mantenida sobre tal posible atribución de ganancialidad posterior a la adquisición al señalar que “...*para ello tienen (los cónyuges) que proceder de “común acuerdo”*

b) Por otro, si cabe admitir, de una lectura coordinada de ambos preceptos, la validez no sólo de los pactos de ganancialidad, sino también de los pactos de privatividad¹⁰.

El primero de los problemas planteados, sobre el que en el ámbito doctrinal ha existido disparidad de posiciones, nos conduce a debatir sobre la validez de los denominados “negocios de aportación a la sociedad de gananciales” y fundamentalmente dentro del contexto en el que se presenta este trabajo, a la valoración que de ellos ha realizado la DGRN cuando se pretende la inscripción en el Registro de la Propiedad de bienes adquiridos e inscritos inicialmente como privativos, cuya ganancialidad se pretende a posteriori como consecuencia del pacto o acuerdo entre los cónyuges de atribución de tal condición y consiguiente pretensión de constancia registral del nuevo carácter o naturaleza del bien. ¿Que se requiere o que se exige registralmente para admitir la mutación en la naturaleza de tales bienes?

La segunda cuestión reseñada, la posibilidad de atribuir carácter privativo a un bien inscrito inicialmente como ganancial por acuerdo entre los cónyuges, igualmente debatida por la doctrina sin que al respecto exista una postura unánime, plantea igualmente no pocos problemas, desde un punto de vista sustantivo si tenemos en cuenta la confluencia de criterios aparentemente contradictorios para admitir, frente a la presunción de ganancialidad de los bienes prevista en el art. 1361 del C.C, la posibilidad de inscripción como privativos, de bienes inscritos como gananciales por el mero acuerdo de los cónyuges. Máxime cuando ni siquiera la confesión de privatividad recogida en el art. 1324 C.C. sirve para inscribir como “privativo demostrado” por vía del art. 95.1 RH los bienes adquiridos, sino como privativos “por confesión” por el cauce previsto en el art. 95.4 RH.

Ambas cuestiones han sido objeto de tratamiento específico por la DGRN¹¹:

- A) Respecto de los denominados “*negocios de aportación a la sociedad*”, la DGRN en general ha considerado que la hipótesis no encaja en el supuesto previsto en el art. 1355 C.C. pero cabe admitir su validez, y por tanto la inscripción de los bienes inicialmente privativos, a favor de la sociedad de gananciales, por aplicación de la libertad de contratación entre cónyuges prevista en el art. 1323 C.C, siempre que se produzca por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto. Esto es, siempre que exista causa de la atribución.

y que este común acuerdo ha de producirse en el momento de la adquisición, pues el art. 1355 da idea de que se ha redactado bajo ese presupuesto...” (*Sistema de Derecho Civil IV*, 8ª ed., p. 170). A favor se manifestó igualmente LACRUZ BERDEJO (*Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, 1984, p. 409). En contra se manifestaron autores como GAVIDIA SÁNCHEZ, *La atribución voluntaria de la ganancialidad*, Madrid, 1986.

¹⁰ Así lo admitió parte de la doctrina, entre los que se encuentran PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de Familia*, Madrid, 1989, p.238. Peña consideraba irrelevante que el art. 1355 C.C. tuviera una redacción unilateral (a favor de los bienes gananciales), lo que ocurre, según señalaba, también en otros preceptos, como el art. 1352, y sus principios tienen aplicación recíproca.

¹¹ Sobre el particular vid el estudio jurisprudencia detallado realizado, en relación con el art. 1355 C.C por RIVERA FERNÁNDEZ en *Jurisprudencia Civil Comentada*, 2ª ed., Tomo III (arts. 1315 a 1976), dir. por PASQUAU LIAÑO, M., 2009.

- B) Respecto de la *atribución de privatividad por pacto entre los cónyuges*, la DGRN sitúa tal posibilidad aun sin la previa acreditación de la privatividad de los fondos utilizados para la adquisición, en el ámbito del art.1323 C.C y previa justificación de la causa que justifique a su vez el desplazamiento patrimonial.

Analizamos a continuación la posición del DGRN en cada una de las cuestiones señaladas:

1º) *RESPECTO A LOS NEGOCIOS DE APORTACIÓN A LA SOCIEDAD DE GANANCIALES*

Merece que nos detengamos inicialmente en supuestos como el resuelto por la DGRN en la R 31 de marzo de 2010(RJ/2010/2500), en la que se analizan con detenimiento los denominados pactos de atribución de ganancialidad (art.1355 C.C) y los negocios de aportación a la sociedad de gananciales de patrimonio privativo (posible conforme al art.1323 CC). Sobre ello se pronuncia la DGRN con ocasión del debate sobre cómo y a favor de quien o quienes ha de practicarse la inscripción de determinados bienes, en este caso dos viviendas y tres participaciones indivisas de un local de garaje, adquiridas mediante contrato privado de compraventa por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad de gananciales, pagando parte del precio en tal momento y con aplazamiento del resto del mismo. La complejidad se plantea cuando el contrato privado se eleva a público vigente la sociedad de gananciales y comparecen ambos cónyuges en el otorgamiento de la escritura, adquiriendo ambos para su sociedad de gananciales.

La cuestión, desde un punto de vista sustantivo encontraría respuesta en el art. 1357.1 del C.C. (supuesto de bienes comprados a plazos antes de comenzar la sociedad que tiene por tanto la condición de privativos del cónyuge adquirente con derecho de reembolso a favor de la sociedad en su caso por los plazos pagados constante la sociedad con fondos provenientes del acervo ganancial –art.1358 C.C.–).

Dicho lo anterior, sin embargo se plantea si cabe aplicar a tales supuestos la opción prevista en el art.1355 C.C. conforme al cual, los cónyuges podrán atribuir de común acuerdo la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga. Y la cuestión de fondo que late en el debate es si la adquisición de los bienes en cuestión se produjo, a los efectos de aplicar la literalidad del art.1355 C.C., antes de comenzar la sociedad de gananciales con el contrato de compraventa, o si posteriormente con el otorgamiento de la escritura pública en que comparecen ambos cónyuges atribuyendo carácter ganancial a los citados bienes.

Sobre la compatibilidad de ambas normas (art.1357.1 y 1355 C.C.) habla precisamente la DGRN en su resolución, tras analizar como primera cuestión si, en el caso debatido, como acabamos de señalar, la adquisición se produce en el momento de la celebración del contrato (título) o posteriormente en el momento de elevarlo a escritura pública (modo), en el bien

entendido que cuando el art. 1357 del C.C. atribuye la titularidad privativa a los bienes en su pfo. 1, lo hace aludiendo a “los bienes comprados”, más no así a “bienes adquiridos” como expresamente menciona el art.1355 C.C.

La DGRN considera inscribibles los bienes adquiridos, a nombre de ambos cónyuges para su sociedad de gananciales, considerando compatibles ambos preceptos por entender que aunque el contrato de compraventa se produjo antes de celebrado el matrimonio, la adquisición del mismo se produce constante matrimonio mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura, por lo que puede considerarse aplicable el art.1355 C.C. que como manifestación del juego de la autonomía de voluntad de los cónyuges permite que los mismos atribuyan tal carácter al bien adquirido, no existiendo realmente un desplazamiento de bienes concretos de un patrimonio (el privativo) a otro (el ganancial), sino un pacto de atribución de ganancialidad a los bienes adquiridos con tal condición¹².

En cualquier caso conviene diferenciar, como hemos señalado más arriba, entre el pacto de atribución de ganancialidad previsto en el art.1355, conforme al cual, en puridad no se produce desplazamiento patrimonial directo de bienes concretos entre masas patrimoniales diferentes, puesto que los bienes son adquiridos directamente como gananciales, frente a los supuestos en los que se produce un negocio jurídico de aportación o traslativo de dominio que, conforme ha reiterado el propio Centro Directivo, requiere, para que proceda la inscripción correspondiente, la expresión de la causa de atribución y que es posible al amparo del art.1323 C.C. (¹³) (Criterio que se desprende de forma reiterada de Resoluciones tales como

¹² Parece entender la DGRN que en el supuesto planteado se cumplía la literalidad del art.1355, por considerar que cuando se atribuye carácter ganancial al bien no es después de la adquisición y constancia del mismo anteriormente con carácter privativo, sino en el momento de la adquisición (el otorgamiento de la escritura pública) y no cuando se celebró el contrato de compraventa. Por tanto, de ser así, no se habría producido desplazamiento patrimonial alguno, porque el bien adquirido no estaba previamente en el patrimonio privativo del cónyuge.

¹³ -La DGRN reconoce el art.1355 C.C. como manifestación del principio de autonomía de la voluntad de los cónyuges: “...*El propio artículo 1355 del Código Civil –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...*”.

-En los negocios de aportación es preciso que se exprese la causa para justificar el desplazamiento patrimonial :”... *es preciso que los elementos constitutivos del negocio de aportación por el que se produce el desplazamiento entre los patrimonios privativos y el consorcial, y especialmente su causa que no puede presumirse a efectos registrales (vid. artículos 1261.3.º y 1274 y siguientes del Código Civil), han de quedar debidamente exteriorizados y precisados en el título inscribible... Así resulta de las siguientes consideraciones: a) La exigencia de una causa lícita y suficiente para todo negocio traslativo (cfr. artículos 1274 y siguientes del Código Civil); b) La extensión de la calificación registral a la validez del acto dispositivo inscribible (artículo 18 de la Ley Hipotecaria.); c) La necesidad de reflejar en el Registro de la Propiedad la naturaleza y extensión del derecho real que se inscriba, con expresión circunstanciada de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente (cfr. artículo 9 de la Ley Hipotecaria y artículo 51 del Reglamento Hipotecario); d) Las distintas exigencias en cuanto validez de los diferentes actos dispositivos, así como las específicas repercusiones que el concreto negocio adquisitivo tiene en el régimen jurídico del derecho*

las de 10 marzo 1989 (RJ\1989\2468), 21 diciembre 1998 (RJ\1998\10485); 7 octubre 1992 (RJ\1992\8302); 21 enero 1991 (RJ\1991\592), 26 octubre 1992 (RJ\1992\8582), 28 mayo 1996 (RJ\1996\4012), 15 diciembre 1999 (RJ\1999\9163), 30 diciembre 1999 (RJ\1999\9428), 8 mayo 2000 (RJ\2000\5831), 17 abril 2002 (RJ\2002\8099), 22 junio 2006; 31 marzo 2010 (RJ\2010\2500).

Partiendo de la postura mantenida por la DGRN en las resoluciones citadas, se llega, analizando los supuestos de hecho concretos que en las mismas se planteaban a las siguientes soluciones en relación con la inscripción o no como gananciales de determinados bienes:

1.- *Procede inscribir como ganancial una finca, construida a expensas del patrimonio ganancial, sobre solar privativo del marido al existir un acuerdo entre ambos cónyuges de atribuirle tal carácter:* La DGRN considera inaplicable al supuesto el art.1359 C.C, invocado por el Registrador para denegar la inscripción de la misma como ganancial, entendiendo que si bien la hipótesis planteada no encaja 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

adquirido (advértanse las diferencias entre las adquisiciones a título oneroso y las realizadas a título gratuito, así en parte a su protección –cfr. artículos 34 de la Ley Hipotecaria y 1297 del Código Civil–, como en su firmeza –cfr. artículos 644 y siguientes del Código Civil–; e) Y, en suma, la necesaria claridad, congruencia y precisión en la configuración de los negocios jurídicos inscribibles, de modo que quede nitidamente perfilado el contenido y alcance de los derechos constituidos cuyo reflejo registral se pretende (vid. artículos 9, 21 y 31 de la Ley Hipotecaria).

Y todo ello sin perjuicio de que dicha exigencia de especificación causal del negocio ha de ser interpretada en sus justos términos, siendo 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, interpretados en el contexto de la finalidad que inspira la regulación de los referidos pactos de atribución de ganancialidad tendentes a ampliar el ámbito objetivo del patrimonio consorcial, para la mejor satisfacción de las necesidades de la familia, en el marco de la relación jurídica básica –la de la sociedad de gananciales, cuyo sustrato es la propia relación matrimonial...”

-Diferencia la DGRN entre el pacto de atribución de ganancialidad del art.1355 CC y los negocios traslativos del dominio entre patrimonio que implican desplazamiento de bienes: “...en el caso específico del pacto de atribución de ganancialidad previsto en el artículo 1355 del Código Civil, en puridad, no se produce un desplazamiento directo de bienes concretos entre masas patrimoniales diferentes, dado que aquellos son adquiridos directamente como bienes gananciales, por lo que a tal pacto, en rigor, no le son de aplicación las reglas propias de la transmisión de derechos, sin perjuicio de que el desequilibrio patrimonial que se derive del empleo de bienes o dinero privativo para costear la adquisición genere a favor del patrimonio privativo del que estos procedan un derecho de reembolso para el reintegro de su valor actualizado en el momento de su liquidación, conforme a lo previsto en el artículo 1358 del Código Civil....”

En este sentido se debe afirmar que si bien el pacto del artículo 1355 del Código Civil no constituye, como se ha dicho, un negocio traslativo del dominio sometido a las reglas comunes de esta categoría negocial, sino un negocio atributivo especial, no por ello cabe afirmar que tenga un carácter abstracto, sino que está dotado de una causa propia, legalmente contemplada, que va implícita en el propio acuerdo de voluntades y permite diferenciarlo de esos otros negocios jurídicos propiamente traslativos del dominio, como la compraventa, la permuta o la donación. ...”

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. (RRDGRN 10 marzo 1989 y 14 abril 1989)

2.- *Procede inscribir como gananciales los bienes anteriormente privativos de los cónyuges, casados bajo el régimen de separación de bienes que son aportados a la Sociedad de Gananciales por ambos, atribuyéndoles tal condición en la escritura de Capitulaciones Matrimoniales por las que se pacta entre ellos el régimen de Gananciales.* La DGRN admite la inscripción apoyándose en la libertad de contratación entre los cónyuges, cuya formulación legal se sitúa en el artículo 1323 del Código Civil; considera por tanto que la aportación a la sociedad conyugal, comunicación de bienes que uno o ambos esposos realizan al consorcio ganancial, constituye un negocio jurídico válido y lícito al amparo de la libertad de pactos y contratos que rige entre cónyuges al igual que entre extraños (artículos 1255 y 1323 del Código Civil)(RDGRN 21 diciembre 1998).

3.- *Es válido e inscribible el pacto por el que los cónyuges sometidos en su matrimonio al régimen de sociedad de gananciales aportan a esta sociedad bienes privativos de uno y otro, de desigual valor, para que pasen, por tanto, a tener el carácter de bienes gananciales.* Nuevamente la DGRN se apoya en los art.1323 y 1355 para considerar inscribible el negocio de aportación. (RDGRN 7 octubre 1992)

4.- *Es inscribible y válido el acuerdo de los cónyuges por el que se produce la agrupación del solar privativo con otro solar ganancial y por el que, a la vez, dan «carácter ganancial a la total finca agrupada y a la construcción verificada sobre la misma».* La DGRN considera necesaria la existencia de causa de la atribución y desplazamiento patrimonial. (RDGRN 26 octubre 1992)

5.- *Es válido e inscribible el pacto entre cónyuges, casados en régimen legal de gananciales, en virtud del cual uno de ellos aporta a la sociedad conyugal la nuda propiedad de una finca y el pleno dominio de otra y participación indivisa que había adquirido por donación en estado de soltero, mediando la aceptación del otro cónyuge.* La DGRN se vuelve a apoyar en la libertad de contratación entre los cónyuges, siempre que el trasvase patrimonial se produzca 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. (RDGRN 28 mayo 1996)

6.- *No es inscribible la atribución en Capitulaciones Matrimoniales de carácter ganancial a un piso y a una plaza de garaje comprados por el marido en estado de soltero y por precio confesado recibido, al haber sido satisfecho por ambos –según manifiestan– el dinero empleado en su adquisición por lo que no queda acreditada la causa de tal atribución.* (RDGRN 15 diciembre 1999)

7.- *Se considera como negocio de aportación de derechos concretos a la comunidad de bienes, la realizada gratuitamente a favor de la sociedad de gananciales, en capitulaciones matrimoniales, de una vivienda privativa de la esposa, que lo era por adjudicación en proceso de liquidación de un anterior régimen de gananciales del mismo matrimonio. Procede por tanto su inscripción en el Registro (RRDGRN de 30 diciembre 1999, 18 mayo 2000 y 17 abril 2002).*

8.- *Procede la inscripción como ganancial de una edificación realizada sobre finca privativa de la esposa adquirida por donación, construida con aportaciones proporcionales de ambos cónyuges y mayor aportación privativa del marido para compensar el valor del solar. La DGRN accede a la inscripción solicitada por entender que en la escritura presentada, además de la declaración de obra nueva, se contiene un negocio jurídico de carácter oneroso con aptitud suficiente para provocar el traspaso patrimonial. (RDGRN 18 septiembre 2003)*

9.- *No es suficiente para justificar el cambio de calificación de un bien privativo como aportación a la sociedad de gananciales la escritura de capitulaciones matrimoniales por la que se modifica el régimen económico. Por lo tanto no procede la inscripción como ganancial de una finca que pertenecía privativamente a uno solo de los cónyuges. (RDGRN 16 abril 2003)*

2º) *RESPECTO DE LOS PACTOS DE PRIVATIVIDAD. ATRIBUCIÓN DE PRIVATIVIDADES A BIENES GANANCIALES O INGRESO DE LOS BIENES EN EL PATRIMONIO PRIVATIVO. NEGOCIOS ATRIBUTIVOS DE PRIVATIVIDAD*

La admisión del pacto de privatividad entre los cónyuges supone entender que por acuerdo entre los mismos, pueda producirse un desplazamiento de un bien desde el patrimonio ganancial al privativo de uno de ellos.

Obviamente conviene resaltar que tal pacto de privatividad en nada tiene que ver con los supuestos de confesión de privatividad a los que alude el art.1324 C.C y recoge como objeto de inscripción el art.95.4 RH. En este último supuesto un cónyuge confiesa o manifiesta el carácter privativo de un bien a favor del otro, en el bien entendido de que efectivamente así ocurre, pero quizá no pueda acreditarse en el momento de la confesión la veracidad de tal carácter mediante la prueba documental pública que requiere el citado art.95 RH. Ello implica, a mi entender, que en tales casos ningún derecho de reembolso nacerá a favor de la sociedad de gananciales porque con tal confesión, realmente, no se está produciendo desplazamiento patrimonial alguno del patrimonio ganancial al privativo.

Supuesto diferente es el que se plantea cuando hablamos de la existencia de un pacto de atribución de privatividad, amparado en el art. 1355 del C.C. en su caso y respaldado por la libertad de contratación entre cónyuges prevista en el art.1323 C.C., tal y como algún sector de la doctrina ha apoyado, como vimos más arriba y respalda la DGRN en *R 25 Septiembre 1990(RJ/1990/7153)*. En tales casos la admisión del pacto de atribución de

privatividad puede llevar aparejado el correspondiente derecho de reembolso previsto en el art.1358 C.C a favor de la sociedad de gananciales en aquellos casos en los que la causa de la atribución de la privatividad tuviera carácter gratuito.

La admisión del pacto de atribución de privatividad conduce, en el supuesto concreto de la resolución de 1990 citada, a admitir la inscripción de un bien, comprado por el marido por precio totalmente aplazado, como ganancial en cuanto a un 40 por 100 y privativo del marido en el 60 por 100 restante, aun no acreditando el carácter privativo de la contraprestación respectiva mediante prueba documental pública del referido 60% al haberle otorgado tal carácter ganancial de mutuo acuerdo ambos cónyuges.

La argumentación esgrimida por la DGRN para admitir la validez del pacto de atribución de privatividad se apoya fundamentalmente en el principio de libertad de contratación entre los cónyuges recogido en el art.1323 C.C...”*respecto del cual, el artículo 1355 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 (RJ 1983\1088)–, permuta, donación u otro título suficientemente causalizado y cuyo régimen jurídico vendrá determinado en función de esa específica causalización (609, 1255, 1261 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 (1347.3.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 1358 del Código Civil, etc. Dicho negocio atributivo no debe confundirse con la confesión de privatividad, pues la virtualidad de esta, a efectos de la calificación del bien, sobre ser relativa en su ámbito subjetivo (artículo 1324 del Código Civil), queda subordinada a la realidad o inexactitud del hecho confesado...”.*

No deben confundirse en todo caso los supuestos en que existe un pacto de atribución de privatividad, con aquellos otros en los que se pretende la privatividad del bien sin acreditar tal extremo y sin pacto alguno entre los cónyuges al respecto. A tales situaciones se refiere la DGRN en *RR de 9 abril 2010 (RJ/2010/2503) y 19 junio 2010 (RJ/2010/3758)*.

En la primera de las resoluciones citadas, la DGRN entiende que no procede inscribir a nombre del marido como bien privativo suyo, una finca adquirida constante matrimonio mediante contrato privado en que constaban ambos cónyuges como compradores, sin especificar régimen económico y constando sólo la firma del esposo, aunque posteriormente

se eleva a escritura pública apareciendo exclusivamente el marido como comprador que lo adquiere como privativo alegando la existencia de Capitulaciones matrimoniales anteriores por las que se pactó separación de bienes.

En la segunda resolución, la DGRN entiende igualmente que no procede la inscripción de una finca a nombre del marido como privativa que cuando se adquirió por el propio marido lo hizo manifestando su condición de casado y adquiriendo para la sociedad de gananciales. Sería necesario el consentimiento de su cónyuge, resolución judicial o documento indubitado sobre las manifestaciones realizadas por el propio marido con posterioridad a la adquisición, en las que afirmaba posteriormente y para apoyar su pretensión, que el régimen existente era el de separación, y por tanto los bienes inscritos eran privativos suyos.