

1.3. Derechos reales

La atribución del carácter ganancial y privativo de inmuebles “causa matrimonii” a la luz del sistema (causalista) español. Análisis crítico de la doctrina de la DGRN/DGSJyFP

The attribution of common or private character of properties “causa matrimonii” in the light of the Spanish (causalist) system. Critical analysis of the doctrine of the DGRN/DGSJyFP

por

ÁNGEL JUÁREZ TORREJÓN

Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN: Aunque el sistema transmisible español obedece al modelo del título y el modo, siendo el primero de esos elementos (el título) una causa transmisible suficiente para que el posterior modo tenga sentido transmisible del dominio (artículo 609 CC), la práctica ha puesto de manifiesto que, en gran medida, este esquema no resulta aplicable a los movimientos patrimoniales entre cónyuges casado bajo el régimen económico de sociedad de gananciales. El objeto de este estudio es analizar, respetuosa pero críticamente, la línea que sobre esta materia ha seguido en los últimos años la DGRN-DGSJyFP.

ABSTRACT: *Although the Spanish transmissive system follows the model known as “title and modus”, the first of these elements (the title) being a sufficient transmissive cause for the subsequent modus to have a transmissive meaning of the domain (article 609 CC), practice shows that this scheme is not applicable to property movements between married spouses under the economic regime of community of gains. The aim of this study is to analyze, respectfully but critically, the line that the DGRN-DGSJyFP has followed on this matter in recent years.*

PALABRAS CLAVE: Causa matrimonii. Causa transmisible. Causa onerosa. Causa gratuita. Trasvase patrimonial. Comunicación de bienes. Bienes gananciales.

KEYWORDS: *Causa matrimonii. Transmissive cause. Onerous cause. Patrimonial transfer. Community of gains.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. ACOTACIÓN DE LA MATERIA.—II. REVISIÓN DE LOS PRETENDIDOS ARGUMENTOS *LEGE LATAE* EMPLEADOS POR LA DIRECCIÓN GENERAL PARA LA CONSTRUCCIÓN DE SU DOCTRINA.—III. UNA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA: LOS CONCEPTOS DE *TRASVASE* O *COMUNICACIÓN*, Y *TRANSMISIÓN* DE UN PATRIMONIO CONYUGAL A OTRO.—IV. POSIBILIDAD DE TRASVASAR-COMUNICAR, O TRANSMITIR ACTIVOS ENTRE EL PATRIMONIO GANANCIAL Y LOS PRIVATIVOS. IV.1 NEGOCIOS DE TRASVASE O DE TRANSMISIÓN DE UN PATRIMONIO PRIVATIVO AL PATRIMONIO GANANCIAL. IV.2 NEGOCIOS DE TRASVASE O DE TRANSMISIÓN DEL PATRIMONIO GANANCIAL A UN PATRIMONIO PRIVATIVO. IV.2 A. Atribución de carácter privativo de un bien, en el mismo momento de su adquisición. IV.2.B. Atribución del carácter privativo de un bien ganancial, como consecuencia de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales.—V. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN. ACOTACIÓN DE LA MATERIA

Partamos de dos ideas fundamentales, que podemos dar inicialmente por ciertas, y que nos ayudarán a delimitar el espacio de las reflexiones objeto de este estudio:

a) La primera de esas ideas es que nuestro sistema de transmisión del dominio y constitución de los derechos reales es *causalista*. Esto permite hablar, en el tráfico jurídico, de una “continuada influencia de la causa” de las transmisiones, de modo que la medida y permanencia de la transmisión operada en el tráfico depende del título, de su validez y eficacia; y por ello, el Derecho puede graduar la protección de las transmisiones atendiendo a la naturaleza del título que supuso su causa (remota). La transmisión no opera por sí sola en abstracto, como una transmisión en sí y por sí, no se independiza del título del que trae causa, la explica y la mantiene.

b) La segunda de ellas, es que el matrimonio genera una comunidad de vida, y con ello y necesariamente, de intereses de naturaleza personal, a la cual el Ordenamiento le debe dar, y efectivamente le da, un sustrato económico coherente con la idea de matrimonio y los deberes y derechos que surgen del mismo entendido como negocio jurídico de derecho de familia. Esta reglamentación económica subyacente en el matrimonio es la explicitación en el ámbito patrimonial de los fines (causa) del negocio matrimonial, y responde por ello a unos esquemas muy distintos de los de partida en el tráfico: toda regulación general de las obligaciones y contratos, y la regulación particular de estos, está concebida desde la idea de contraposición de intereses de los contratantes en el aspecto económico. Este punto de partida no tiene sentido, como tal punto de partida, en la regulación del aspecto económico del matrimonio, en el cual hay una *comunidad* de intereses y fines, y en definitiva, de vida —claro está, sin perjuicio del necesario reconocimiento de un ámbito de intereses privados (también económicamente hablando) de cada uno de los cónyuges—. Puede decirse que el aspecto personal inherente

al matrimonio, trasciende a todas las relaciones jurídicas que puedan surgir entre ellos durante el matrimonio, e incluso aunque se trate de relaciones de carácter contractual que hubieran podido también celebrar con terceros, la situación no es equiparable a cuando esa relación jurídica se ha constituido *entre* los cónyuges: la contraposición de intereses de los contratantes no puede ser entendida en la misma medida en uno y otro caso¹.

Pues bien, en este contexto, y a la luz de la más reciente doctrina de la DGRN / DGSJyFP, cabe preguntarse en qué medida puede existir tensión entre las dos ideas de partida antes expuestas, y en último extremo, si la segunda de ellas podría desplazar parcialmente, o incluso por completo, a la primera.

Dos casos resueltos por la DGSJyFP en fechas recientes merecen atención en este sentido.

El primero de ellos es el caso resuelto en la Resolución de 4 de julio de 2022 (BOE 12 de septiembre de 2022). Se trataba de una escritura de compraventa de una finca, en la que los compradores eran dos cónyuges casados en régimen de gananciales. En esta escritura, los cónyuges manifiestan que “en ejercicio de su autonomía de la voluntad [sic.], acuerdan que el 80 % del pleno dominio de la finca (...) tenga carácter privativo del esposo (...) y solicitan que se inscriba a su nombre por haber sido adquirida con tal carácter por acuerdo entre los cónyuges y no por confesión, teniendo este pacto causa onerosa por ser los fondos empleados para el pago del valor de adquisición privativos del mencionado adquirente, procedentes de una venta de carácter privativo, y no procediendo por ello el reembolso previsto en el artículo 1358 del Código Civil”.

El segundo, es el caso resuelto en la Resolución de 30 de noviembre de 2022 (BOE de 20 de diciembre de 2022)². Se trataba de la compra, por una persona casada en régimen de gananciales, de la mitad indivisa de una finca. En el acto de otorgamiento de esa escritura de compraventa, comparece también el cónyuge del comprador, solicitando ambos que la mitad indivisa comprada se inscriba privativamente a nombre del cónyuge comprador “por haber sido adquirida con tal carácter y no por confesión”. Y además añaden: “manifiestan, a los únicos efectos de lo dispuesto en el artículo 1.358 del Código Civil, que los fondos con los que se ha efectuado la citada adquisición son privativos según lo dispuesto en el artículo 1346 del Código Civil, de modo que no procederá compensación o reembolso alguno actual o futuro entre los patrimonios ganancial y privativo de los cónyuges”, concluyendo de la siguiente forma: “... 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”.

En ambos casos, la Dirección General estimó el recurso planteado ante la calificación negativa del Registrador, e impone la inscripción; y en ambos casos, por entender que había causa suficiente negocial para justificar que la autonomía privada pueda evitar la aplicación de las reglas de calificación de los bienes en el marco del régimen económico de gananciales. En otras palabras: los cónyuges pretenden, y consiguen, que los bienes adquiridos tengan, por el juego de su autonomía privada, una condición total o parcialmente distinta de la que de otra forma les hubiesen asignado las reglas de su régimen económico; concretamente, consiguen la condición de derechos privativos cuando de aplicarse las reglas que

gobiernan el régimen económico de gananciales, los derechos habrían de tener la condición de gananciales.

Estas Resoluciones llaman mucho la atención, y merecen ser objeto de reflexión, porque se enmarcan en una línea doctrinal que la Dirección General ha venido construyendo durante años en lo relativo a la libertad negocial de los cónyuges, y que últimamente ha desembocado, de hecho, en una verdadera inaplicación de los fundamentos de nuestro sistema transmisible causalista cuando se trata de movimientos patrimoniales entre los cónyuges casados en régimen de sociedad de gananciales. Y ello, en nuestra opinión, sobre la base de dos ideas: 1) una hiper-trofiada idea de libertad negocial y transmisible entre los cónyuges, reconocida en general en el art. 1323 CCiv y con una concreta manifestación en sede del régimen de sociedad de gananciales en el artículo 1355; y 2) un desenfocado respeto a la intimidad familiar, que parece abrir peligrosamente la puerta en el ámbito registral a la presunción de existencia y licitud de la causa negocial aunque ésta no se exprese (art. 1272 CCiv), lo que, de confirmarse, supondría la ruptura con una doctrina secular en sentido radicalmente contrario.

II. REVISIÓN DE LOS PRETENDIDOS ARGUMENTOS *LEGE LATAE* EMPLEADOS POR LA DIRECCIÓN GENERAL PARA LA CONSTRUCCIÓN DE SU DOCTRINA

Comprender el alcance de preceptos como los artículos 1323, 1355 y 1358, todos ellos del Código Civil, se revela en este momento fundamental. Recordemos el tenor literal de estos preceptos:

Artículo 1323: *“Los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos”*

Artículo 1355 (párrafo primero): *“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”.*

Artículo 1358: *“Cuando conforme a este Código los bienes sean privativos o gananciales, con independencia de la procedencia del caudal con que la adquisición se realice, habrá de reembolsarse el valor satisfecho a costa, respectivamente, del caudal común o del propio, mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación”.*

La conexión entre los artículos 1323 y 1355 CCiv ha sido una constante en la doctrina de la Dirección General. La idea conforme a la cual el supuesto del art. 1355 es una aplicación particular, en sede de gananciales, del principio de libertad de contratación entre los cónyuges enunciado de manera general en el artículo 1323, puede verse repetida en Resoluciones de los últimos años desde que, al parecer, fuera apuntado por vez primera en la Resolución de 25 de septiembre de 1990³; y cuenta, además, con apoyo en la doctrina científica⁴. Pero nos parece que la consecuencia que se ha extraído de esta conexión ha sido, en la práctica, un desbordamiento del art. 1355 CCiv que resulta difícil de justificar.

El artículo 1355 CCiv, según la opinión común, contempla la posibilidad de atribuir, *a limine acquisitionis*, la condición de ganancial a un bien que de otro

modo habría de ser calificado como privativo conforme las reglas económicas del matrimonio⁵. Quedan fuera de su literalidad los trasvases o transmisiones de patrimonio privativo a ganancial tanto de bienes adquiridos durante el matrimonio (esto es, la aportación a la masa ganancial de bienes que ya ingresaron en la economía matrimonial como privativos) como de bienes que fueran privativos por pertenecer a alguno de los cónyuges antes del matrimonio.

La limitación de su supuesto de hecho seguramente viene justificada por su especialidad, pues a través de él los cónyuges pueden conseguir lo que, de resultar de aplicación las reglas generales del tráfico, resultaría imposible: un desplazamiento de las reglas de calificación de los activos matrimoniales, y concretamente, de la regla de partida de la subrogación real, mediante un mecanismo de *comunicación legal y particularmente causalizado en sí y por sí*, directamente por la ley, y que vendría justificado por la solidaridad familiar, ampliando el ámbito objetivo del patrimonio consorcial *ad sustinenda oneri matrimonii* (que es la finalidad del patrimonio ganancial)⁶. Esto justifica que sea el propio Legislador el que permita el negocio atributivo de la condición de ganancial (“común acuerdo”, en la nomenclatura del art. 1355), “salvedad en beneficio de la autonomía negocial de los cónyuges (...) sin necesidad de otorgar capitulaciones matrimoniales (...)”; salvedad que encuentra su fundamento en una valoración causal típica por parte del ordenamiento en la que se pone de manifiesto (...) el especial trato de favor que el legislador ha querido conferir a la masa ganancial frente a los patrimonios privativos⁷.

Por otro lado, debemos tener en cuenta que la consecuencia de este artículo 1355 no es, en sentido riguroso, *transmisiva*. No se produce realmente ningún movimiento de patrimonio privativo al patrimonio ganancial: el bien ingresa *directamente y desde el primer momento como ganancial*, por así quererlo los cónyuges, evitando la aplicación de la regla que, de otro modo, hubiese conducido a calificar el bien como privativo. Por tanto, este negocio no puede ser calificable en sentido estricto, ni como oneroso ni como gratuito; se trata de un negocio que tiene más bien naturaleza de negocio de fijación.

Cuestión distinta es que, aunque este negocio no sea transmisible, ni por tanto oneroso ni gratuito, tiene evidentes consecuencias patrimoniales que eventualmente podrían perjudicar a terceros (fundamentalmente, los acreedores y los legitimarios). *En este punto es en el que adquiere su sentido el art. 1358 CCiv*: el derecho de reembolso allí previsto neutraliza los efectos económicos adversos que la atribución de la condición de ganancial al bien adquirido pudiera implicar a terceros⁸. Pero este derecho de reembolso no es causa, *sino consecuencia*, del juego del artículo 1355, y como acertadamente se puso de manifiesto en la RDGRN de 22 de junio de 2006, “no es propiamente precio”. Por ello, la renuncia anticipada del cónyuge “patrimonialmente perjudicado” por el juego (aceptado por él mismo) del artículo 1355, tampoco permite calificar a este negocio de fijación ni como oneroso ni como gratuito.

De nuevo aquí se pone de manifiesto el alcance patrimonial que este negocio “de fijación” tiene: la renuncia —anticipada o no— del derecho de reembolso puede suponer un perjuicio a terceros. Pero en este caso, ese tercero (acreedor, legitimario) tiene a su disposición los mecanismos de tutela que el Ordenamiento reconoce acorde a su posición jurídica. Así, en nuestra opinión no debe caber

duda de que el acreedor puede ejercitar la acción pauliana / rescisoria por fraude de acreedores, pero en el entendido en que lo rescindible no es la calificación del bien como ganancial (que queda fija) sino la renuncia al derecho de reembolso⁹, y por ello, podrá el acreedor actuar por vía subrogatoria para exigir lo que el cónyuge no quiso obtener (art. 1111 CCiv). Ni tampoco debe quedar duda de que el legitimario ascendiente o descendiente del cónyuge fallecido podrá imputar en la cuenta legitimaria del cónyuge supérstite, hasta la mitad del valor actualizado a que se refiere el art. 1358 CCiv (cfr. art. 818 CCiv).

Debe quedar claro que el derecho de reembolso previsto en el art. 1358 *no cumple una función remuneratoria, sino meramente compensatoria*. Precisamente el art. 1358 resulta útil *lógicamente* en aquellos casos en que entre los cónyuges no existe un negocio del que causalmente poder derivar un derecho a obtener una contraprestación: si tal negocio existiera, habría que acudir a ese negocio y no al art. 1358 CCiv. Este precepto es útil cuando, y porque, no existe una causa negocial/contractual a que acudir para justificar esa compensación. Por eso estamos de acuerdo con SERRANO FERNÁNDEZ cuando, al estudiar la naturaleza jurídica del repetido derecho de reembolso, concluye que tal reembolso se configura como una “obligación legal en sentido técnico”¹⁰; y también estamos de acuerdo con MORALEJO cuando, tras afirmar que la finalidad de este precepto es corregir desequilibrios económicos entre las masas patrimoniales cuando no opera la regla de la subrogación real, concluye que el art. 1358 no es el precepto que ampara los desplazamientos de bienes entre los patrimonios conyugales, sino que “se limita a prever un derecho de reembolso en beneficio de la masa de bienes que hubiera soportado económico la adquisición de una cosa que finalmente hubiera ingresado en otro patrimonio”¹¹.

Todo lo anterior pone de manifiesto que un precepto como el artículo 1355, con su necesaria conexión con el artículo 1358, es una norma muy especial del régimen de sociedad de gananciales, o como apuntó RAMS ALBESA¹², esta norma “constituye una verdadera excepción”¹³.

Pues bien, a la vista de todo lo explicado hasta aquí, debemos preguntarnos si son admisibles en nuestro Sistema los negocios de traspase o de transmisión de bienes o derechos de un patrimonio privativo al ganancial, o de traspase o transmisiones del patrimonio ganancial al privativo.

III. UNA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA: LOS CONCEPTOS DE TRASVASE O COMUNICACIÓN, Y TRANSMISIÓN DE UN PATRIMONIO CONYUGAL A OTRO

Cuando se pretende abordar el problema que es objeto de este estudio, se corre el riesgo de utilizar los conceptos traspase (o comunicación) o transmisión de un bien ganancial a un patrimonio privativo (o a la inversa), como conceptos sinónimos. Y conviene aclarar que no lo son, y no debieran utilizarse como intercambiables en una explicación de la cuestión. La cuestión no resulta nada sencilla, porque la conveniencia de diferenciar aquellos conceptos depende de las conclusiones a las que previamente se haya llegado en torno a otro problema nada sencillo: la naturaleza misma de la sociedad de gananciales¹⁴. Esta última cuestión

excede de los objetos de este estudio; pero cuando se pretende emplear la idea de trasvase o de comunicación en un sentido técnico riguroso, en el estudio de la *causa matrimonii* como causa negocial suficientemente justificativa de los movimientos patrimoniales de los activos conyugales entre las masas ganancial y privativas, se está negando que haya una verdadera *transmisión* (transmisión en el sentido en que se emplea en el artículo 609 CCiv). Más en concreto, el *trasvase* (*o comunicación*) implica únicamente un cambio en la *función patrimonial* que el bien va a pasar a cumplir en la economía conyugal, pero en sentido riguroso no conlleva un *cambio de titularidad*. La transmisión, en cambio, sí conlleva un franco cambio de titularidad, y como consecuencia necesaria de ello, un cambio de calificación del activo que conlleva, necesariamente, un cambio en la función patrimonial que el bien va a pasar a cumplir en la economía conyugal¹⁵.

Que en el marco del régimen de sociedad de gananciales sea posible el trasvase o comunicación de bienes entre la masa ganancial y las masas privativas, sin que ello suponga una verdadera transmisión, presupone una determinada concepción de la masa ganancial, conforme a la cual ésta ya no sería un conjunto de bienes *en comunidad* (ni romana ni germánica), sino un conjunto de bienes cuya calificación ganancial determina un destino, unas cargas, y una facultad dispositiva, pero no en sentido estricto una *(co)titularidad*¹⁶.

IV. POSIBILIDAD DE TRASVASAR-COMUNICAR, O TRANSMITIR ACTIVOS ENTRE EL PATRIMONIO GANANCIAL Y LOS PRIVATIVOS

Hecha la aclaración conceptual anterior, y entrando ahora en la cuestión acerca de la posibilidad de trasvasar o transmitir activos entre el patrimonio ganancial y los privativos, esta posibilidad, indudablemente, debe reconocerse, siquiera sea porque no se ve ninguna razón por la que estos movimientos, como *consecuencia jurídica*, puedan considerarse contrarios a los límites de la autonomía privada (cfr. art. 1255 CCiv).

Lo que ya no creemos indudable, y adelantamos que creemos inapropiado, es encontrar el régimen jurídico que dé soporte a esas consecuencias en una pretendida aplicación analógica o extensiva de los artículos 1355 y 1358, en conexión con el art. 1323, que es lo que ha pretendido en los últimos años la DGRN / DGS-JyFP, con una curiosa consecuencia: de hecho, se ha llegado a admitir por esta vía interpretativa, implícita pero claramente, lo que ni siquiera el Legislador de 1981 se atrevió (y con razón) a hacer: desplazar las bases del sistema causalista transmisor español, cuando se trata de traspasar bienes de un patrimonio privativo al ganancial, o viceversa; es decir, convertir a la voluntad conyugal transmisiva, en sí y por sí, en justificación suficiente del movimiento patrimonial entre las masas privativas y ganancial.

Hoy día, seguramente un precepto como el artículo 1323 CCiv resulta prescindible y podría eliminarse. Su formulación positiva obedece a razones de historia legislativa. Tal vez, en la reforma del Código Civil operada en 1981 hubiese bastado con derogar los preceptos que prohibían a los cónyuges contratar entre sí, pero en todo caso este art. 1323 elimina cualquier duda, y positiviza con claridad lo contrario de lo que hasta ese momento era el Derecho vigente.

Que un artículo como el 1323, o al menos la idea básica que le da soporte (la libre contratación entre cónyuges), supuso un claro avance en la regulación económica del matrimonio es algo fuera de toda duda. Pero lo que el Legislador de 1981 pretendía al introducir dicho art. 1323, no era permitir que los cónyuges pudieran hacer lo que no estaba al alcance de los demás actores del tráfico, sino permitir que los cónyuges pudieran entre sí realizar eficazmente los negocios que también podrían celebrar cada uno de ellos con terceros; pero hacerlos con las mismas condiciones legales y sometidos a los mismos requisitos, sin diferencia. Los contratos, y la eficacia de los mismos entre los cónyuges, están sometidos exactamente a los mismos requisitos materiales y formales generalmente aplicables en el tráfico jurídico. Como ha afirmado en nuestro opinión certeramente RAMS ALBESA, “la libertad de contratación entre cónyuges permite la transmisión de bienes y derechos por cualquier título de una masa privativa a otra, sin ningún límite (...), pero la disciplina de la masa ganancial es reglada: la que impone el régimen de gananciales, que hoy se puede cambiar por voluntad de los cónyuges expresada en forma *ad solemnitatem*, pero no relativizar por una afirmación exagerada de la (...) autonomía de la voluntad entre cónyuges, que tiene un claro sentido en otra dirección”¹⁷.

No podemos perder de vista que el art. 1323 es un precepto dictado en sede de lo que se ha llamado, quizá impropriamente, “régimen económico matrimonial primario”, y por tanto aplicable también en el marco de un régimen matrimonial de separación de bienes. No existe, por ello, un pretendido principio general de libre y abstracta movilización de los activos del matrimonio entre los patrimonios privativos-ganancial, y en cualquier caso, de afirmarse, no podría tener su base en el art. 1323, puesto ello implicaría admitirlo también entre los patrimonios cónyuges en un régimen económico de separación.

En fin, y como ha señalado SERRANO FERNÁNDEZ, un precepto como el artículo 1355 CCiv “puede subsistir aunque no hubiesen sido admitidos los contratos entre cónyuges o estuvieran prohibidos (...). A la inversa, también podría haberse reconocido la contratación entre cónyuges y no haberse reconocido a estos la facultad de atribución de la ganancialidad, ya que esta no es una consecuencia necesaria de aquella”¹⁸.

Para mejor comprender el panorama actual de la cuestión en la doctrina de la DGRN / DGSJyFP, y abordar con más claridad su análisis crítico, detengámonos por separado, primero en el trasvase / transmisión de derechos de un patrimonio privativo al ganancial, y luego en el trasvase del patrimonio ganancial a un patrimonio privativo.

IV.1 NEGOCIOS DE TRASVASE O DE TRANSMISIÓN DE UN PATRIMONIO PRIVATIVO AL PATRIMONIO GANANCIAL

Como hemos adelantado, es comúnmente admitido que este grupo de casos no entra en el supuesto de hecho normativo del art. 1355 CCiv. La admisibilidad de este movimiento patrimonial, como consecuencia de lo que acaba de apuntarse, debiera buscar su cobertura en la regla más general del art. 1323 CCiv.

Pero la Dirección General ha oscurecido un poco esta solución, sobre la base de una idea que, en nuestra opinión, tiene algo de contradictorio: a) por un lado, y de acuerdo con la opinión común, acepta que a este grupo de supuestos no les resulta directamente aplicable el art. 1355 CCiv; b) pero por otro lado, acepta que exista una similitud de los supuestos, y de los fines de ellos, que aconseja un tratamiento similar a través de la analogía.

Esto ha permitido a la Dirección General situar el negocio de atribución de un bien privativo a la masa ganancial, en un punto intermedio entre el art. 1355 y el 1323 en cuanto a la causa atributiva se refiere: se trata de un negocio que se hace *ad sustinenda oneri matrimonii*, lo que supone por sí sola una *iusta causa traditionis*; pero puesto que en sentido estricto estamos fuera del ámbito del art. 1355, ahora sí hace falta la expresión de un cierto requisito causal: “que se mencione la onerosidad o gratuitad de la aportación, o que la misma resulte o se deduzca de los concretos términos empleados en la redacción de la escritura [requisito éste que sobraría si estuviésemos en un caso puro del art. 1355 CCiv¹⁹], 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—”.

La Dirección General, después de haber admitido la anterior diferencia ante la atribución de ganancialidad inmediata ex art. 1355, y la atribución por negocio posterior, afirma, en Resolución de 22 de junio de 2006, 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 [sic.] cuyo tratamiento es el de 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”²⁰. Esta idea es llevada más allá en posteriores Resoluciones, como las de 4 de julio y de 30 de noviembre, ambas de 2022, y de 7 de julio de 2023: “si se expresa que la causa del negocio de atribución (...) de ganancialidad (...) es onerosa, pero no se concreta si la compensación equivalente es pasada, presente o futura, el Código Civil presume esto último al disponer en su artículo 1358 que “cuando conforme a este Código los bienes sean privativos o gananciales, con independencia de la procedencia del caudal con que la adquisición se realice, habrá de reembolsarse el valor satisfecho a costa, respectivamente, del caudal común o del propio, mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación””.

Hasta cierto punto, y centrándonos en los aspectos causales de este negocio de aportación, la tesis sostenida por la Dirección General no resulta del todo descriptible. Como se ha señalado más arriba, el contexto que implica el matrimonio implica un espacio particular desde el punto de vista negocial en cuanto a los fines socioeconómicos perseguidos se refiere, irreproducibles fuera de las relaciones conyugales. En este sentido, sin duda la aportación de un bien privativo a la masa

ganancial, persigue causalmente un fin muy similar, si no idéntico, al que típicamente se persigue con el desplazamiento de las reglas de la subrogación real a que se refiere el art. 1355 CCiv: ampliar la masa de bienes comunes *ad sustinenda oneri matrimonii*.

Es un principio general del derecho de contratos el que la causa de los mismos, entendida como fin socioeconómico pretendido, debe tener correlación con los efectos o consecuencias que del mismo se derivan en el tráfico. Cuando el vínculo matrimonial no es suficientemente justificativo de la finalidad pretendida, entonces hay que acudir a los esquemas contractuales generales aplicables en el tráfico ex art. 1323 CCiv. En este sentido, el hecho de que un matrimonio esté casado bajo un régimen económico de gananciales, no justifica la aplicación, en su contexto, de unas reglas transmisivas entre cónyuges distintas de las que resultarían de aplicación en el marco de un matrimonio económicamente regido por un sistema de separación de bienes, en el que, lógicamente, también existen cargas matrimoniales de la misma naturaleza que pueden surgir en el régimen de gananciales. Bastaría, en el régimen de gananciales, con poder adscribir bienes privativos al mismo régimen de disposición, administración y responsabilidad, que los bienes gananciales sin cambiar la titularidad de aquéllos. Se trataría, en fin, de bienes privativos que funcionarían como gananciales: esta es la consecuencia práctica-económica a la que conduciría la *causa matrimonii* justificativa del negocio y específica del contexto matrimonial, sin tener que acudir a los esquemas contractuales generales del tráfico, vale decir, de los que también resultarían de aplicación con toda naturalidad en el marco de un matrimonio económicamente gobernado por el régimen de separación de bienes.

En este sentido, nos parece muy sugerente la tesis que ha sostenido DÍEZ SOTO, al calificar el negocio de aportación del patrimonio privativo al ganancial como un negocio de afectación: “se trata de un negocio que no tiene por finalidad esencial operar un cambio en la titularidad de un bien determinado, puesto que, de hecho, el bien puede adquirir carácter ganancial sin que se altere la atribución de su titularidad al cónyuge de cuyo patrimonio privativo procede”; y añade: “la finalidad esencial perseguida en este caso no es otra que sujetar el bien al peculiar régimen de afición propio de los bienes gananciales en sus diferentes aspectos”²¹. En la misma línea, más recientemente, también MARIÑO PARDO²².

Poco antes, MARTÍNEZ SANCHIZ se había pronunciado en un sentido muy similar, sosteniendo la idea de que la calificación de un bien como ganancial no determina la titularidad común de los cónyuges²³. Esto permite al citado autor referirse a la categoría de “titularidades individuales de naturaleza ganancial”, de la que es un ejemplo la atribución de un bien privativo a la masa ganancial: en estos casos la nueva calificación (“ganancial”) se superpone a la titularidad individual, que permanece intacta salvo que los cónyuges quieran ir más allá, incrementando el grado de comunicación y creando, ahora sí, una cotitularidad²⁴.

Esta forma de comprender la naturaleza de la sociedad de gananciales no es sólo una opinión doctrinal más o menos fundada: parece estar presente en la regulación que el Reglamento Hipotecario, en sus artículos 93 a 96, contiene de los bienes en régimen de gananciales²⁵.

Si admitimos esta última tesis expuesta, no vemos inconveniente en admitir el negocio de atribución de bienes privativos a la masa ganancial, sin tener que

acudir a la regla general del artículo 1323, y siendo suficiente la *causa matrimonii* para justificar el desplazamiento o comunicación del bien. Sin embargo, a la luz de la doctrina reiterada y recientemente sostenida por la Dirección General, encontramos dos grandes problemas:

a) El primero, es que a la Dirección General no le basta la *causa matrimonii* para justificar el desplazamiento o comunicación del bien, y exige, para separar este supuesto del art. 1355, una causa onerosa o gratuita. Y para esto último, el derecho de reembolso (su existencia o su renuncia) juega para el Centro Directivo un papel fundamental. Pues bien: al margen de lo inapropiado que es superponer a la *causa matrimonii* las ideas de onerosidad / gratuidad, parece claro que el derecho de reembolso ex art. 1358 no puede servir aquí a los efectos pretendidos por la Dirección General: como ha afirmado MARTÍNEZ SANCHIZ, ni hay sinalagma funcional posible entre derecho de reembolso y atribución (pues lo primero no es causa, sino consecuencia de lo segundo), ni literalmente el artículo 1358 resulta aplicable, pues este precepto “[p]resupone una calificación inicial opuesta a la subrogación real (...). Literalmente, el artículo 1.358 no se plantea el cambio de naturaleza debido a un acuerdo conyugal”²⁶.

b) El segundo, es que la Dirección General ha rechazado recientemente, y manera frontal, la distinción entre condición ganancial de un bien y titularidad ganancial: sólo existe lo segundo, y no lo primero. Como puede leerse en la Resolución de 3 de junio de 2021, “cuando el cónyuge adquierente a título oneroso manifiesta que la adquisición se ha hecho con carácter ganancial, expresada en el título de compra, el bien se inscribe con carácter ganancial, lo que significa que el Registro publica la titularidad del bien a nombre de ambos cónyuges como bien integrante del patrimonio ganancial. En cambio, cuando en la adquisición realizada por uno de los cónyuges no se hace ninguna manifestación sobre el carácter de la adquisición, pero consta que está casado en régimen de gananciales, la inscripción del bien se practicará como presuntivamente ganancial”. Y se añade: “La presunción de ganancialidad deriva de la ley (...) pero la inscripción registral no publica en este caso una presunción de ganancialidad, sino la titularidad ganancial misma del bien cuya exactitud se presume y está bajo la salvaguarda de los tribunales (...)" (fundamento de derecho segundo). Este enfoque es, en gran medida, tributario de una doctrina favorable a admitir el negocio de aportación a la sociedad de gananciales como título traslativo a efectos de obtener la inmatriculación por la vía del artículo 205 LH²⁷.

Todo lo expuesto hasta aquí pone de manifiesto que el negocio de aportación a la sociedad de gananciales es, en la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, un negocio traslativo, en el que el contexto matrimonial es base causal suficiente para admitirlo, y en relación con el cual la exigida onerosidad o gratuidad del negocio como exigencia causal añadida se cumple, bien con la sola afirmación de los cónyuges, bien sin ella sobre la idea de una pretendida presunción de onerosidad, vale decir, presunción de causa, con base en lo dispuesto en el artículo 1358 CCiv. Cabe cuestionarse si la vigencia en un matrimonio del régimen económico de sociedad de gananciales, justifica una conclusión tal, y que sin embargo, habría —claramente, además— que negar en el marco de un régimen de separación de bienes (aquí, naturalmente, en los desplazamientos entre

patrimonios privativos) por el solo hecho de que en la regulación de la separación de bienes no encontramos un precepto similar al citado art. 1358.

IV.2. NEGOCIOS DE TRASVASE O DE TRANSMISIÓN DEL PATRIMONIO GANANCIAL A UN PATRIMONIO PRIVATIVO

Al igual que sucedía en el anterior grupo de supuestos, el problema no estriba en la posibilidad de conseguir tal resultado, pues indudablemente el artículo 1323 CCiv ofrece en último extremo cobertura jurídica suficiente, sino en el mecanismo negocial para llegar a él. Como veremos, la doctrina que la Dirección General ha construido en torno a esta hipótesis, alcanza un nivel de abstracción causal en el proceso transmisor aún más problemático que en el grupo de casos anteriormente analizado.

Ahora ya no contamos con un precepto como el art. 1355 CCiv a partir del cual extraer soluciones por analogía; y con menos razón, del artículo 1358 CCiv para construir sobre él la onerosidad / gratuitad del negocio. Más bien al contrario: la regulación que nos ofrece el Reglamento Hipotecario plantea dos alternativas para inscribir como privativo un bien adquirido por una persona casada en régimen de sociedad de gananciales: 1) la confesión del otro cónyuge (por hipótesis, el cónyuge no adquirente) relativa a que el/los bien/es / fondos con que el cónyuge adquirente adquiere son bienes / fondos privativos; 2) que se justifique el carácter privativo del precio o contraprestación mediante prueba documental pública suficiente, sin que la mera afirmación de la procedencia privativa del dinero empleado sea suficiente a estos efectos (art. 95 RH)²⁸.

No obstante todo lo anterior, la Dirección General no ha tenido mayores problemas para aplicar a este grupo de supuestos, no sólo conclusiones similares a los que hemos visto que utiliza para explicar el trasvase de bienes privativos a la masa ganancial (además, empleando razonamientos semejantes), sino que lo ha hecho sobre la base de una clara abstracción causal de difícil encaje en nuestro Derecho, y que como ha apuntado GARCÍA GARCÍA, de hecho supone una derogación de los apartados 4º 5º y 6º del art. 95 RH²⁹.

Para explicar el estado doctrinal de la cuestión en la Dirección General, y el análisis crítico que del mismo aquí nos proponemos, distingamos dos grupos de supuestos, que serán la materia de los dos subepígrafes siguientes.

IV.2.A. *Atribución de carácter privativo de un bien, en el mismo momento de su adquisición.*

Se trata de la hipótesis inversa a la prevista en el artículo 1355 CCiv analizado supra. Y la Dirección General ha dado carta de naturaleza a esta posibilidad: resulta muy ilustrativa al respecto la RDGSJyFP de 11 de abril de 2022. En ella se trató de la inscripción como privativa de una adjudicación resultante de una liquidación de una comunidad de bienes. El cónyuge adjudicatario manifestó que el metálico invertido para compensar al comunero y adjudicarse el bien es de su exclusiva pertenencia, al haber sido donado un día antes por sus padres. La es-

posa del cónyuge adjudicatario reconoce en la misma escritura todo lo anterior, y conviene en dar a la adjudicación carácter privativo. La Registradora suspendió la inscripción solicitada, los interesados recurrieron a la DGSJyFP, y ésta estimó el recurso: “Los cónyuges, por pacto, están determinando que (...) tenga carácter privativo del marido adjudicatario, con la voluntad de que se inscriba a nombre de éste por haber sido adquirida con tal carácter y no por confesión, abstracción hecha de que no haya podido acreditarse el carácter privativo (...) por faltar prueba fehaciente del carácter privativo del dinero empleado, 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 resulta de los concretos términos empleados en la redacción de la escritura, queda explicitado el carácter oneroso del negocio entre los esposos”. Previamente y como argumento general que prepara esta conclusión, el Centro Directivo en la misma Resolución había apuntado que “ha admitido esta Dirección General —con base en el principio de la libertad de contratación ex artículos 1255 y 1355 del Código Civil— 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”.

De forma similar, la RDGSJyFP de 30 de noviembre de 2022, que trató sobre la inscribibilidad de una finca como privativa sobre la base de que los cónyuges solicitan tal inscripción “por haber sido adquirida con tal carácter y no por confesión”, manifestando que “a los únicos efectos de lo dispuesto en el artículo 1.358 del Código Civil, que los fondos con los que se ha efectuado la citada adquisición son privativos según lo dispuesto en el artículo 1346 del Código Civil, de modo que no procederá compensación o reembolso alguno (...) 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 doctrina mantenida por la Dirección General en estas Resoluciones resulta cuestionable, y ello por las siguientes razones:

1) Intentar extraer de los artículos 1355, 1358 y 1323 del CCiv una pretendida libertad contractual y transmisiva entre cónyuges que permita los movimientos del patrimonio ganancial al privativo de manera similar a como debiera permitirse el movimiento desde un patrimonio privativo al ganancial, es algo que debe descartarse. La finalidad socioeconómica, vale decir, la causa, que está tras un negocio de trasvase de un patrimonio privativo al ganancial, nada tiene que ver con la que está detrás de un negocio de trasvase en sentido opuesto. Y esto tal vez justifique una distinta consecuencia en los patrimonios privativos de los cónyuges. Como ha señalado MARTÍNEZ SANCHIZ, en los negocios de trasvase o comunicación del patrimonio ganancial a uno privativo “no se comparte”, sino que “se adjudica sin liquidación y el bien queda excluido del acervo ganancial. La exclusión puede ir acompañada de compensación o prescindir de ella. En este último caso, la pérdida de la ganancialidad, económica, es una donación y cumple la computación legitimaria”³⁰. En cambio, en la hipótesis contraria, y marcadamente en el caso del art. 1355 CCiv, se produce todo lo contrario: de la atribución se deriva un beneficio para ambos cónyuges, puesto que se amplía la masa ganancial, principalmente afecta al levantamiento de las cargas familiares, motivo por el cual en estos casos

“el supuesto empobrecimiento del cedente no resulta tan lineal como en el caso inverso”. Tan es así, que incluso MARTÍNEZ SANCHIZ propone que la atribución de ganancialidad “no compute a efecto legitimarios” en la herencia del cónyuge cedente³¹ (arg. art. 1041 CCiv).

Desde este punto de vista, es perfectamente lógico que el Sistema permita, y facilite incluso (arg. art. 1355.2 CCiv) la ampliación de la masa ganancial, porque ello es *favorem matrimonii*; y que en cambio, no se prevea el movimiento en sentido inverso con la misma facilidad, pues en tales casos el contexto matrimonial no lo justifica más allá de como cabría justificarlo entre no cónyuges; en estos casos, en fin y parafraseando a GARCÍA GARCÍA, más que *favor matrimonii* hay *favor patrimonii*³².

2) De manera similar a como sucedía con los negocios de atribución o aportación de bienes (ya) privativos a la masa ganancial, la Dirección General exige que exista causa, onerosa o gratuita, para explicar el movimiento patrimonial. Pero de nuevo aquí, esta exigencia es más formal que real: tanto en la Resolución de 11 de abril de 2022 como en la posterior de 30 de noviembre del mismo año, se califica el negocio como oneroso porque el dinero empleado en la adquisición se afirma privativo por el cónyuge adquirente y tal circunstancia es reconocida por el cónyuge no adquirente. Como ha afirmado GARCÍA GARCÍA, en este razonamiento la Dirección General confunde la causa onerosa de la adquisición el bien con la causa de atribución del carácter privativo del bien, que en realidad, en estos casos, no queda expresa, y al admitir la inscripción la Dirección General en estos casos, en realidad la sustrae del ámbito de la función calificadora del Registrador: la atribución del carácter privativo tiene causa onerosa, porque onerosa es la causa negocial presente en la adquisición por el cónyuge de un tercero; lo demás, lo puede la autonomía privada³³.

Esta es una conclusión para la que no se encuentra justificación *lege latae*. Y además, choca frontalmente con la regulación del Reglamento Hipotecario, pues se logra conseguir por la mera declaración de voluntad, lo que no se hubiera podido conseguir por la vía del art. 95.2 RH (subrogación real mediante prueba documental pública), y además, deja completamente desactivado el expediente de la confesión de privatividad contemplado en los apartados 4, 5 y 6 del mismo art. 95 RH, pues por aquella vía se consigue una calificación definitiva de la privatividad.

IV.2.B. Atribución del carácter privativo de un bien ganancial, como consecuencia de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales

Resulta paradigmático el caso resuelto en la RDGSJyFP de 27 de julio de 2022. Se trataba de un caso de liquidación de sociedad de gananciales, en el que se atribuía a la esposa una finca, previo reconocimiento de deuda por el marido por valor de 16.579,92 €, de los cuales, una parte (3.789,42 €) procedía del pago que la adjudicataria había realizado del crédito garantizado con hipoteca sobre esa misma finca; y el resto (12.790,50 €) “tiene su origen en las relaciones económicas entre los cónyuges, es decir, tiene su causa en la propia institución del matrimonio que conlleva una red dinámica de relaciones personales y patrimoniales entre los propios cónyuges, la cual ni este Notario ni la Sra. Registradora tenemos ni el deber ni el derecho de investigar, perteneciendo ese flujo caleidoscópico de la

red matrimonial a su propia intimidad, careciendo de trascendencia notarial y trascendencia registral". Como era de esperar, la Registradora suspendió la inscripción, y el mismo Notario recurrió.

Pues bien, la Dirección General hace suyos los razonamientos del Notario recurrente, y estima el recurso, fundamentalmente sobre dos ideas: 1) no cabe sostener que la atribución esté falta de causa, pues exigir un detalle de para qué se empleó el dinero del que surge la deuda que se reconoció y luego se empleó para compensarla con la atribución de la finca, no es acorde "con el respeto a la intimidad a la privacidad", más aún cuando el art. 1277 CCiv presume iuris tantum "la existencia y licitud de la causa". 2) La causa existe, y además, es onerosa (la deuda se extingue contra la atribución de un bien ganancial).

Esta Resolución supone, en nuestra opinión, un peligroso precedente. Ciento que sus afirmaciones se hacen en el marco de un proceso de liquidación de la sociedad de gananciales, pero resultarían perfectamente trasladables al marco de un trasvase o transmisión puntual de un bien ganancial a un patrimonio privativo³⁴. El reconocimiento de deuda se erige así como causa justificativa suficiente de trasvase del patrimonio ganancial a un patrimonio privativo, sin más requisitos que afirmar que la causa de la deuda que se reconoce, para inmediatamente ser satisfecha por la atribución de un bien ganancial, pertenece a la intimidad personal y familiar.

Nos parece un peligroso precedente porque, hasta donde llega nuestro conocimiento, es la primera vez que la Dirección General da un valor y efecto tan poderoso a la presunción de causa negocial contenida en nuestro artículo 1277 CCiv³⁵. Y además, nos parece muy inapropiado el recurso a la "intimidad y privacidad de los ciudadanos", porque de esta forma parece confrontarse la legalidad del procedimiento registral y toda la doctrina que se ha construido en torno suyo, con nada menos que el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar reconocido en el artículo 18 de nuestra Constitución. Esto resulta muy peligroso, al menos, en un doble orden de razones: 1) habría de resultar por completo aplicable también en el ámbito de un matrimonio regido por la absoluta separación de bienes; y 2) se corre el peligro de hacerlo extensible más allá del ámbito conyugal, con tal de que no exceda del ámbito *familiar* (así, podría argumentarse que las mismas ideas son trasladables a los negocios, por ejemplo, entre padres e hijos, o entre hermanos que conviven en el hogar familiar).

V. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS

1) Tribunal Supremo

- STS de 27 de mayo de 2019 (Pleno de la Sala de lo Civil) (núm. 295/2019)
- STS de 25 de abril de 2022 (núm. 1622/2022).

2) Dirección General de los Registros y del Notariado / Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

- R. de 25 de septiembre de 1990
- R. de 22 de junio de 2006
- R. de 31 de marzo de 2010
- R. de 31 de enero de 2014

- R. de 18 de febrero de 2021
- R. de 3 de junio de 2021
- R. de 8 de septiembre de 2021
- R. de 9 de septiembre de 2021
- R. de 11 de abril de 2022
- R. de 30 de mayo de 2022
- R. de 4 de julio de 2022
- R. de 27 de julio de 2022
- R. de 3 de octubre de 2022
- R. de 30 de noviembre de 2022
- R. de 7 de julio de 2023
- R. de 11 de julio de 2023

VI. BIBLIOGRAFÍA

- DÍEZ SOTO, C. M. (2004). *Desplazamiento negocial de bienes entre patrimonios en el régimen de gananciales*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España – Centro de Estudios Registrales: Madrid.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2012). Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Tomo VI, *Derechos reales*. Aranzadi-Civitas: Navarra.
- GARCÍA GARCÍA, J. M. (2021). *El pacto de atribución de carácter privativo de un bien por los cónyuges y la confesión de privatividad. Autonomía de la voluntad y causa*. Consultable, desde la siguiente dirección electrónica: <https://registro.es/jose-manuel-garcia-garcia-comentario-critico-de-las-tres-resoluciones-de-15-de-enero-de-2021-y-de-12-de-junio-de-2020-1a-y-4a-el-pacto-de-atribucion-de-caracter-privativo-de-un-bien-por-los-conyug/>
- GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J. (2002). La sociedad de gananciales, en GARRIDO DE PALMA, V. M. (coord.). *Instituciones de Derecho Privado*. Tm. IV, vol. 2º, Civitas: Madrid.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (1984). Elementos de Derecho Civil. Tm, IV, *Derecho de familia*. Bosch: Barcelona.
- MARIÑO PARDO, F. (2016). Aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales, en *Revista de Derecho de Familia* (Aranzadi). Núm. 71
- MARTÍNEZ SANCHIZ, J. Á. (2003). *Régimen económico matrimonial y comunicación de bienes*. Consejo General del Notariado, Madrid
- MORALEJO IMBERNÓN, N (2021). Artículo 1355, en VV. AA. *Comentarios al Código Civil*. Aranzadi, Navarra.
- OTERO RODRÍGUEZ, L. (2016). *Elementos de Derecho Hipotecario*. Wolters Kluwer: Barcelona.
- RAMS ALBESA, J. J. (1984). La subrogación real en la sociedad de gananciales, en *Revista de Derecho Notarial*, CXXV-CXXVI, julio-diciembre.
- RAMS ALBESA, J. J. (1992). *La sociedad de gananciales*. Tecnos: Madrid
- SERRANO-FERNÁNDEZ, M. (2016). Artículo 1358, en VV. AA., *Código Civil comentado*. Civitas: Navarra, 2016. Tm. III.
- SERRANO-FERNÁNDEZ, M. (2023). Art. 1355, en CAÑIZARES LASO, A. (dir.). *Comentarios al Código Civil*. Tirant lo Blanch: Valencia. Tm. IV

NOTAS

¹ Eso se puede hacer patente en aspectos tales como la mayor facilidad para probar la buena fe / falta de buena fe a efectos del artículo 34 LH o del 464 CCiv, en la prueba del llamado *animus fraudatoris* en sede de acción pauliana, o incluso —aunque esto merecería un estudio más detenido— cabría cuestionarse si en un caso de venta de un bien privativo de un cónyuge al otro cónyuge, tendría sentido aplicar la misma regla del momento de transmisión del riesgo que en general prevé el art. 1452 CCiv —y ello, por lo dispuesto en el artículo 1095, a confrontar con el art. 1318 como regla general, y en sede de gananciales, específicamente con el art. 1347.2º CCiv—.

² Este caso fue muy similar a otro también tratado por la Dirección General, en Resolución de 8 de septiembre de 2021, aunque el matrimonio era distinto, y el Registrador cuya calificación se recurrió también.

³ En este sentido, pueden verse, de manera más reciente, las RR. de 8 y 9 de septiembre de 2021, y de 11 de abril, 4 de julio, 3 de octubre y 30 de noviembre de 2022.

⁴ En este sentido, GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J. (2002). La sociedad de gananciales, en GARRIDO DE PALMA, V. M. (coord.). *Instituciones de Derecho Privado*. Tm. IV, vol. 2º, Civitas: Madrid, 101, que, con cita a LACRUZ, entiende que el artículo 1355 es un “apéndice” del art. 1323. En similar sentido, y más recientemente, también MORALEJO IMBERNÓN, N (2021). Artículo 1355, en VV. AA. *Comentarios al Código Civil*. Aranzadi: Navarra, 1755.

⁵ En este sentido, resulta fundamental la STS (Pleno de la Sala de lo Civil) de 27 de mayo de 2019.

⁶ Así, por todos, GARDEAZÁBAL DEL RÍO (2002), op. cit., 103.

⁷ C. M. DÍEZ SOTO. *Desplazamiento negocial de bienes entre patrimonios en el régimen de gananciales*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, 265. Con todo, conviene advertir que un autor de la talla de LACRUZ BERDEJO había señalado que este artículo 1355 parece “bastante innecesario” (LACRUZ BERDEJO, J. L. (1984). *Elementos de Derecho Civil*. Tm. IV, Derecho de familia. Bosch: Barcelona, 409).

⁸ Que el reembolso previsto en el artículo 1358 CCiv resulta aplicable en la hipótesis del artículo 1355 debe resultar indudable. Por todas, y recientemente, véase la STS 1622/2022, de 25 de abril.

⁹ Recientemente, SERRANO-FERNÁNDEZ ha sostenido que “la atribución efectuada de común acuerdo del carácter ganancial (o privativo en su caso) de un bien ex art. 1355.1 CC, podrá ser impugnada por los terceros acreedores o legitimarios cuando se den las circunstancias del art. 1324 CC” (SERRANO-FERNÁNDEZ, M. (2023). Art. 1355, en CAÑIZARES LASO, A. (dir.). *Comentarios al Código Civil*. Tirant lo Blanch: Valencia. Tm. IV, 6167).

En nuestra opinión, lo que puede suponer o no un perjuicio no es la atribución del carácter ganancial o privativo a un bien, sino la renuncia o no al derecho de reembolso previsto en el art. 1358 CCiv. Y por otro lado, el recurso al art. 1324 CCiv resulta innecesario en esta sede, pues este artículo 1324 dispone una inoponibilidad ex lege, que no necesita impugnación alguna: sencillamente los acreedores pueden actuar como si la confesión del carácter ganancial o privativo no se hubiese producido si ello les perjudica. Pero esto no es lo que sucede en el grupo de casos que entran en la órbita del art. 1355 y que ahora nos interesa: de nuevo, el hecho dañoso al acreedor es la renuncia a la compensación, no la calificación del bien.

¹⁰ SERRANO-FERNÁNDEZ, M. (2016). Artículo 1358, en VV. AA., *Código Civil comentado*. Civitas: Navarra, 2016. Tm. III, 955.

¹¹ Op. cit. (2021), 1758

¹² RAMS ALBESA (1984). La subrogación real en la sociedad de gananciales, en *Revista de Derecho Notarial*, CXXV-CXXVI, julio-diciembre, 344-345. También en su monografía de 1992 *La sociedad de gananciales*. Tecnos: Madrid, 188.

¹³ ¿Sería acaso razonable, considerando que la onerosidad puede implicarla el derecho de reembolso del art. 1358, que la aportación de un bien mueble que habría de ser privativo por subrogación a la sociedad de gananciales ex art. 1355, supusiera en favor del cónyuge

beneficiario la protección del art. 464 CCiv —leído en clave germanista— en caso de que el cónyuge “aportante” no fuese el *verus dominus*; o resultaría razonable que, si la aportación fuese inmobiliaria, el cónyuge beneficiado por esa aportación pudiera beneficiarse de la fe pública registral del art. 34 LH? Obviamente no; como tampoco resultaría razonable que un cónyuge pueda plantear seriamente al otro una disminución del valor a reintegrar conforme al art. 1358 alegando que el bien aportado ex art. 1355 resultó defectuoso o con vicios ocultos, y que por tanto el valor a reintegrar debe reducirse proporcionalmente por el importe del vicio —lo que sí tendría que admitirse si realmente la aportación ex art. 1355 fuese traslativa, y además, onerosa; arg. art. 1681 CCiv—.

¹⁴ En este sentido, no tenemos más que suscribir las palabras de GARDEAZÁBAL (op. cit, 100), cuando apunta que sobre la posibilidad de movimientos patrimoniales entre las masas conyugales, y las vías para poder realizarlo, planea la cuestión de la naturaleza de la sociedad de gananciales.

¹⁵ Adentrarse en esta cuestión exigiría, sin duda, un estudio monográfico específico. En este punto, y por todos, me remito al interesante estudio que ha realizado MARTÍNEZ SANCHIZ, en el que se sostiene una visión sobre la naturaleza de la sociedad de gananciales que, como veremos más abajo, parece tener reflejo en el derecho positivo en el artículo 95 del Reglamento Hipotecario (MARTÍNEZ SANCHIZ, J. Á. (2003). Régimen económico matrimonial y comunicación de bienes. Consejo General del Notariado, Madrid).

¹⁶ Aunque naturalmente la propiedad de los bienes determina la legitimación para realizar eficazmente actos dispositivos, de disfrute, uso, y con ello también la sujeción de su valor a la responsabilidad patrimonial, sin embargo no siempre es válido el camino en sentido contrario, esto es, deducir la titularidad por poder identificar a la persona legitimada para realizar esos actos de uso o de disfrute. En nuestro Derecho Civil encontramos un ejemplo de ello en el régimen jurídico de la medianería, concretamente en lo dispuesto en los artículos 577 y 578 CCiv: el propietario medianero que alce la pared medianera o le dé más grosor, podrá beneficiarse de esa mayor altura o ese mayor grosor; los demás propietarios medianeros sólo podrán beneficiarse de ello “pagando proporcionalmente el importe de la obra y la mitad del valor del terreno sobre el que se le hubiese dado (a la pared medianera) mayor espesor”. Y sin embargo, la pared nunca ha dejado de ser medianera, y por tanto, nunca ha dejado de ser, en todo ni en parte, común (en otras palabras: el mayor grosor y/o la mayor altura nunca han pertenecido particularmente al medianero que ha ejecutado la obra). En este sentido, por todos, véase DÍEZ-PICAZO, L. (2012). Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Tomo VI, Derechos reales. Aranzadi-Civitas: Navarra, 298-299.

¹⁷ Véase su trabajo “La subrogación real en la sociedad de gananciales”, en Revista de Derecho Notarial, op. cit., 350. Posteriormente también en su monografía La sociedad de gananciales (Tecnos, Madrid, 1992, 1991).

¹⁸ Véase su comentario al artículo 1355 en VV. AA., Código Civil comentado. Civitas, Navarra, 2016. Tm. III, 946.

¹⁹ Como acertadamente se sostuvo en la RDGRN de 31 de marzo de 2010, en el caso en que resulte de aplicación directamente el art. 1355, “...la atención del interés lícito en ampliar el ámbito objetivo del patrimonio ganancial, para la mejor satisfacción de las necesidades de la familia (...) justifica la atribución patrimonial contemplada en dicha norma legal, sin que sea necesario siquiera expresar la onerosidad o gratuitad de dicho negocio atributivo, pues éste dará lugar —salvo pacto en contrario— al reembolso previsto en el artículo 1358 del Código Civil, (...) que no es propiamente precio”.

²⁰ Esta doctrina se reitera en la posterior y más reciente Resolución de 8 de septiembre de 2021.

²¹ DÍEZ SOTO, C. M. (2004). Desplazamiento negocial de bienes entre patrimonios en el régimen de gananciales. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España – Centro de Estudios Registrales: Madrid, 320. Previamente, en páginas 269-270 de la misma obra, había negado la condición de “contrato” al acuerdo de voluntad de los cónyuges relativa a la atribución de ganancialidad ex art. 1355: “ni hay en la concurrencia de sus respectivas

declaraciones una dualidad de partes, ni cabe hablar del nacimiento o de transmisiones o desplazamientos patrimoniales que sean consecuencia del mismo”

²² MARIÑO PARDO, F. (2016). Aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales, en Revista de Derecho de Familia (Aranzadi). Núm. 71.

²³ “La existencia de una masa ganancial no necesita una supuesta cotitularidad. Lo que delimita la masa, al cabo, no es otra cosa que el destino común. Éste se produce, pues, a raíz de la afectación de los bienes a los fines expresados” (p. 128). // “No hay ninguna cotitularidad subyacente. El régimen protege la situación de los esposos sin necesidad de arbitrar conceptos intermedios. El cónyuge no titular detenta los derechos y acciones especialmente dispuestos en la ley” (p. 124).

²⁴ MARTÍNEZ SANCHIZ (2003), op. cit., 130. Vid. también página 169.

²⁵ Como ha señalado OTERO RODRÍGUEZ, tales preceptos, que tienen su origen en la reforma del Reglamento Hipotecario de 1982, tal vez están influidos “por la corriente doctrinal que entiende que, en la sociedad de gananciales, no hay bienes comunes, sino que “lo común” es el valor”. Véase su obra Elementos de Derecho Hipotecario. Wolters Kluwer: Barcelona, 694.

²⁶ Op. cit., 2004, 171-172.

²⁷ Cfr. RDGRN de 31 de enero de 2014; y más recientemente, véanse las RRDGSJyFP de 18 de febrero de 2021 y de 11 de julio de 2023, en las que se admite con toda naturalidad que el título – negocio de aportación a la sociedad de gananciales es un título “traslativo” a efectos de dicho artículo 205 LH.

²⁸ El entendimiento por la Dirección General de lo que habría de ser la justificación del carácter privativo del dinero mediante prueba documental pública, ha dificultado extraordinariamente la inscripción del carácter privativo de los bienes. En opinión del Centro Directivo, el carácter fungible del dinero dificulta mucho esta prueba. Como puede leerse en la Resolución de 11 de abril de 2022, “[e]l rastro del dinero privativo que se dice invertido en la adquisición ha de gozar de una acreditación documental plena, pues en el procedimiento registral no existe la posibilidad de admisión de otros medios de prueba (...). [S]e viene entendiendo necesario que sea directamente la fe notarial (...) la que ampare la privatividad del precio invertido”. La misma Dirección General, sin embargo, consciente de esta dificultad probatoria, deja abierta la puerta a una interpretación más flexible de este requisito de la prueba en su Resolución de 30 de mayo de 2022, en la que puede leerse que “[n]o obstante, no debe descartarse una interpretación flexible del (...) artículo 95.2 del Reglamento Hipotecario que, atendiendo a la realidad social (cfr. artículo 3.1 del Código Civil) lleve a admitir la inscripción del bien con carácter privativo sobre la base de manifestaciones del comprador que, constando en documento público, tengan como soporte algún dato adicional como pudiera ser, por ejemplo, el documento bancario del que resulte la correspondencia del pago realizado con el precio ingresado en una cuenta de la titularidad del comprador de dinero procedente de donación constatada en escritura pública”. Con todo, en el caso de esta última Resolución la Dirección General desestimó el recurso, y no consideró suficientemente justificado el origen privativo de la contraprestación (50.000 euros pagados mediante transferencia bancaria); el comprador había recibido menos de seis meses antes una donación dineraria de su madre, de 80.000 euros).

²⁹ Véase su trabajo El pacto de atribución de carácter privativo de un bien por los cónyuges y la confesión de privatividad. Autonomía de la voluntad y causa (2021), publicado en línea, y consultable, desde la siguiente dirección electrónica: <https://regispro.es/jose-miguel-garcia-garcia-comentario-critico-de-las-tres-resoluciones-de-15-de-enero-de-2021-y-de-12-de-junio-de-2020-1a-y-4a-el-pacto-de-atribucion-de-caracter-privativo-de-un-bien-por-los-conyug/>

³⁰ Op. cit., 176.

³¹ Loc. cit.

³² Cfr. op. cit. “El pacto de atribución de carácter privativo de un bien por los cónyuges y la confesión de privatividad. Autonomía de la voluntad y causa” (2021).

³³ Op. cit.

³⁴ Pensemos que estos casos han sido equiparados, por todos, por RAMS ALBESA, como una “liquidación anticipada de alcance parcial” (op. cit. (1992), 188).

³⁵ De hecho, y como es conocido, es doctrina generalizada de la propia Dirección General que la presunción de causa negocial no resulta aplicable ante la solicitud de inscripción.