

# Régimen jurídico de los bienes privativos confesados

por

JOSÉ MANUEL HERNÁNDEZ ANTOLÍN  
*Registrador de la Propiedad excedente  
Notario de Madrid*

## SUMARIO

- INTRODUCCIÓN.
- A) CONCEPTO.
- B) REGULACIÓN LEGAL: EL ARTÍCULO 1324 DEL CÓDIGO CIVIL Y CORDANTES DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO:
  - ANTECEDENTES LEGALES.
  - CAMBIOS LEGISLATIVOS: RÉGIMEN VIGENTE:
    - En el Código Civil.*
    - La cuestión en los derechos forales.*
    - Régimen transitorio.*
    - Reforma hipotecaria.*
- C) NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONFESIÓN.
- D) DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES:
  - a) ATRIBUCIÓN DE GANANCIALIDAD.
  - b) TRANSMISIÓN DE UN BIEN GANANCIAL A UNO SOLO DE LOS CÓNYUGES.
  - c) ATRIBUCIÓN DE PRIVATICIDAD.
- E) IMPUGNACIÓN DE LA CONFESIÓN.
- F) LÍMITES A LA CONFESIÓN:
  - A) LEGITIMARIOS.
  - B) ACREDITORES.
- G) ASPECTOS REGISTRALES:
  1. FORMA DE PRACTICAR LA INSCRIPCIÓN DEL BIEN CONFESADO.

2. RÉGIMEN DE LOS ACTOS DE ADMINISTRACIÓN.
3. RÉGIMEN DE LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN O GRAVAMEN.
4. EMBARGO DE LOS BIENES PRIVATIVOS CONFESADOS.

ESTUDIO DETALLADO DE LAS CUESTIONES MÁS POLÉMICAS:

1. ACTOS DISPOSITIVOS DEL TITULAR REGISTRAL, VIVIENDO EL CONFESANTE.
2. ACTOS DISPOSITIVOS DEL TITULAR REGISTRAL, FALLECIDO EL CONFESANTE:

*Fundamento legal de la exigencia de consentimiento de los legitimarios.  
Efectos de la extralimitación reglamentaria.  
Excepción.*

3. LÍMITES DE LA CONFESIÓN.
4. CONSTANCIA REGISTRAL POSTERIOR DEL CARÁCTER PRIVATIVO ACREDITADO.
5. DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.
6. LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.
7. CONFESIÓN DE PRIVATICIDAD Y EL REGISTRO MERCANTIL.
8. CONFESIÓN DE PRIVATICIDAD Y EL REGISTRO DE BIENES MUEBLES.

H) MEDIDAS CAUTELARES QUE SE INTRODUCEN EN LAS ESCRITURAS PARA EVITAR EL ULTERIOR CONSENTIMIENTO DE LOS LEGITIMARIOS.

I) CUESTIONES FISCALES.

## INTRODUCCIÓN

Este año se cumplen treinta años desde la aprobación de las importantísimas reformas llevadas a cabo del Código Civil por las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, que modernizaron nuestro Derecho de Familia, de conformidad con los principios constitucionales. Es una buena excusa para hacer un juicio crítico de la misma, que ha de ser, en global, positivo. Ello no es óbice para advertir que ha habido cuestiones que se han manifestado especialmente polémicas. Y, entre estas, a mi juicio, la que más interrogantes ha planteado es el régimen jurídico de los bienes privativos confesados, bienes que tienen, tras la reforma normativa, un régimen jurídico propio, peculiar y distinto, tanto de los demás bienes privativos de los cónyuges, como de los bienes real o presuntivamente gananciales. Solo hay que comprobar la cantidad de sentencias y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el tema, máxime teniendo en cuenta que son relativamente escasos los bienes que tienen tal carácter. Ello es debido a que su régimen jurídico no ha sido del todo bien resuelto en los textos legales. El objeto de las presentes notas es poner de manifiesto los problemas que en la práctica diaria nos encontramos. Todos los problemas que se plantean son reales y son fruto del llamado «derecho vivido». La intención del autor es más plantearlos que resolverlos, aunque intento dar soluciones a todos ellos, mejor o peor fundadas. Por ello se ha desarrollado de forma esquemática (a modo de apuntes), que permitan encontrar la cuestión

planteada con facilidad, y se han excluido citas bibliográficas que puedan alargar en exceso el mismo. Se ha sido especialmente cuidadoso en la elección de la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como de la Dirección General de los Registros y del Notariado, aunque en no pocas ocasiones se discrepe de sus criterios y conclusiones.

#### A) CONCEPTO

Vamos a llamar bienes privativos confesados a aquella categoría especial de bienes adquiridos a título oneroso constante matrimonio por uno solo de los cónyuges casado en régimen legal de gananciales, y cuyo carácter privativo resulta de la sola confesión de su consorte acerca del carácter privativo de la contraprestación efectuada. Lo característico de tales bienes es que tienen un régimen jurídico peculiar y distinto de otros de los cónyuges (ya sean privativos de cada uno, ya sean comunes en *pro indiviso* ordinario, bienes gananciales, real o presuntivamente), y este peculiar régimen es el que se va a pretender analizar y estudiar. Vamos a delimitar las características definitorias de los mismos:

- a) Estamos refiriéndonos al régimen de gananciales, ya que solo en este régimen es donde tienen un régimen peculiar y propio, por efecto de la presunción de ganancialidad activa (1361 CC). En el régimen de separación, por el contrario, carecen de régimen específico: aunque en dicho régimen existe una presunción de comunidad análoga (art. 1441 CC), la consecuencia de tal confesión son bienes propios sin especialidad alguna respecto de los demás bienes propios del cónyuge titular. En la práctica, la presunción del artículo 1441 del Código Civil solo produce efectos a falta de título de adquisición, pues existiendo este, el bien será del adquirente, con independencia de que el dinero invertido sea de uno u otro cónyuge (es decir, no se predica la subrogación real). En todo caso, hemos de tener en cuenta que ambas presunciones (1361 y 1441 CC) son de naturaleza *iuris tantum*, y se predicen para todos y cada uno de los bienes existentes en el matrimonio, cuya procedencia propia de los cónyuges no pueda acreditarse.

Si, en vez de matrimonio, hay una simple unión de hecho, ¿operan las presunciones citadas? La STS (1.<sup>a</sup>) de 12 de noviembre de 2005, citando doctrina del Tribunal Constitucional (STC 184/1990 y 222/1992) señala, quizás de forma excesivamente radical, que la unión de hecho nada tiene que ver con el matrimonio (ya determinaron la inaplicabilidad de las normas sobre régimen económico conyugal las SSTS (1.<sup>a</sup>) de 21 de octubre de 1992, 27 de mayo de 1994 y otras), la cuestión merece un breve examen:

- Se estará, en primer lugar, a lo que hayan convenido los convivientes en documento público, siendo válido el pacto de sometimiento al régimen de gananciales (STS de 1 de diciembre de 1993) o a la comunidad de bienes (STS de 21 de octubre de 1992 y 11 de diciembre de 1992).
- A falta de dicho pacto, admiten la vigencia del régimen de la comunidad de bienes por hechos concluyentes [*per facta concluenda*, STS (1.<sup>a</sup>) de 21 de octubre de 1992, 30 de diciembre de 1994 y 23 de julio de 1998]. La STS (1.<sup>a</sup>) de 27 de marzo de 2001 señala que, en uniones de hecho, y a falta de pacto, las relaciones entre los convivientes *more uxorio* se regirán, por analogía, por las normas del régimen de separación de bienes (es decir, plena independencia de los patrimonios de los convivientes), por lo que se aplicaría la presunción del 1441 del Código Civil.
- La reciente STS (1.<sup>a</sup>) de 16 de junio de 2011 determina que no cabe apreciar analogía entre matrimonio y unión de hecho: No cabe, por tanto, hablar de régimen matrimonial, salvo que hubieran pactado la comunidad de bienes o cualquier otro sistema.

En todos los casos, se adopte una u otra postura, sería una norma de régimen interno (entre los convivientes), sin trascendencia frente a terceros.

- b) Además, ha de tratarse de adquisiciones durante la vigencia de la sociedad conyugal, dado que si fueron adquiridos antes de su celebración (*ex art. 1346.1 CC*, con la posible excepción del art. 1357 CC), o después de su disolución, los bienes serán privativos o propios. Como de títulos de adquisición se trata, lo determinante es el momento de la adquisición (otra cosa será la prueba). El título de adquisición puede ser público, privado o incluso verbal, sin perjuicio de cumplir el requisito de titulación pública para acceder al Registro de la Propiedad.

La cuestión más discutida es el supuesto de separación de hecho, a falta de acuerdo capitular pactando el régimen de separación de bienes: El tema nos remite a determinar la vigencia o no de la presunción de ganancialidad en tal situación, cuestión que dista mucho de ser pacífica, y que ha dado lugar a resoluciones judiciales y doctrinales varias. El TS (1.<sup>a</sup>), a partir de la sentencia de 13 de junio de 1986, señala que en caso de separación de hecho no hay presunción de ganancialidad, al faltar el fundamento mismo de la sociedad de gananciales, interpretación que es acorde a la realidad social, no actuando de buena fe el cónyuge que reclama la mitad (STS de 26 de noviembre de 1987), suponiendo un ejercicio anormal del derecho tal pretensión (STS de 17 de junio de 1988). En el ámbito registral, y dada la dificultad de acreditar la sepa-

ración de hecho, teniendo en cuenta los estrechos medios que cuenta el Registrador para calificar, la Resolución de 11 de octubre de 2006 señala que la presunción de ganancialidad rige en la separación de hecho.

- c) Se refiere siempre a un ACTIVO (bien o derecho). ¿Puede referirse, asimismo, a una deuda (PASIVO)? Ha de tenerse en cuenta que en nuestro Derecho Civil Común no existe una correlativa presunción de ganancialidad pasiva (aunque trate de inducirla Santiago ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA). Así lo señalan, entre otras muchas, la STS (1.<sup>a</sup>) de 24 de septiembre de 1987 y las Resoluciones de 18 de marzo de 1988, 15 de febrero de 2002, 15 y 24 de abril de 2002, 5 de junio de 2002 y 18 de julio de 2002, al no existir norma legal que así lo determine. Por tanto son, en cuanto a deudas, de plena aplicación las normas ordinarias sobre los efectos de toda confesión: no hay obstáculo legal para que pueda confesarse la privatitud de una deuda, siempre en términos de prueba.
- d) Puede referirse a cualquier bien o derecho, de cualquier clase o naturaleza, ya sea mueble o inmueble, corporal o incorporal, si bien, respecto de los bienes muebles, la habitual falta de título de propiedad (a lo más, existe una factura, con efecto probatorio limitado), el escaso juego de hecho del mecanismo protector del tráfico mobiliario (464 CC), de difícil aplicación práctica si los cónyuges viven juntos, supone, *de facto*, que la presunción de ganancialidad opere, en la práctica, como si fuera una presunción casi *iuris et de iure*, por la dificultad práctica de la prueba contraria, a la que solo puede oponerse la confesión de privatitud.
- e) La presunción de ganancialidad opera, ya se adquiera la totalidad del mismo o a una parte indivisa del mismo. Ello no impide que puedan ser adquiridos en *pro indiviso* por ambos consortes, en cuanto a la participación que libremente determinen en función del origen de la contraprestación, en cuyo caso cada participación tendrá el carácter de bien confesado de cada uno de ellos. Se exceptúan los casos de los artículos 1353 y 1355 del Código Civil, como veremos.
- f) Se ha de tratar de bienes adquiridos a título oneroso, es decir, con contraprestación, y tiene su fundamento normativo en el principio de subrogación legal (art. 1347.3 CC), entendido en el doble aspecto que resulta del citado precepto: es decir, no solo a la «subrogación real inmediata» (por sustitución de un bien por otro) sino también a la «subrogación real mediata» (adquisición a costa de otros bienes privativos). Si son adquiridos a título gratuito serán privativos del adquirente (*ex art. 1346.2 CC*), salvo disposición conjunta a ambos cónyuges, si el disponente no dispone lo contrario (*ex art. 1353 CC*). ¿Quid de los bienes adquiridos por un precio o contraprestación muy inferior a la de mercado? Si no hay más contraprestación (aunque sea ínfima), será un

bien privativo confesado adquirido a precio muy barato. Si el carácter privativo de la contraprestación es solo parcial, propiamente estaríamos en el caso de un bien mixto, y el carácter confesado solo lo será en cuanto a la proporción correspondiente.

- g) El carácter privativo del precio o la contraprestación no ha de resultar justificada o acreditada expresamente (con prueba expresa y plena, STS 1.<sup>a</sup> de 29 de noviembre de 1991), sino simplemente aseverada o manifestada por la simple confesión del consorte.
- h) La confesión puede ser simultánea al momento de su adquisición, o bien hacerse posteriormente, pero siempre referida a adquisiciones durante la vigencia de la sociedad conyugal y antes de su liquidación. Si la confesión se ha producido una vez disuelta y liquidada la sociedad conyugal, el régimen del bien será privativo ordinario, pues no hay régimen legal específico de los bienes confesados fuera de la sociedad de gananciales. Así se induce de la Resolución de 27 de junio de 2005, al determinar que inscrito un bien en el Registro con carácter ganancial, los cónyuges, en el convenio regulador, en el que liquidaban la sociedad conyugal, pueden aseverar la procedencia privativa del precio y asignarle carácter privativo, dado la libertad que tienen para contratar: pero será un bien propio no un privativo confesado.
- i) Si, en un momento posterior a la confesión, se acreditará la procedencia privativa de la contraprestación, dejaría de ser bien privativo confesado y pasaría a ser bien privativo acreditado, por el mismo juego del principio de subrogación legal.

**B) REGULACIÓN LEGAL: EL ARTÍCULO 1324 DEL CÓDIGO CIVIL Y CONCORDANTES DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO**

**ANTECEDENTES LEGALES**

En Derecho romano, al no existir régimen de comunidad conyugal, la cuestión no se plantea. Todos los bienes son del marido, salvo los dotales, presumiéndose la privaticidad del marido respecto de aquellos cuya propiedad no puede acreditarse (la llamada presunción muciana):

- a) *Antes del Código Civil.* A partir de las Leyes de Estilo (Ley 203), posteriormente recogida en la Novísima Recopilación (Ley 4, Título 4 del Libro 10), vigente el régimen de gananciales, se presumía la ganancialidad de los bienes cuya procedencia privativa o parafernial no estuviera acreditada. Para los regímenes de separación de bienes, por el juego del instituto de la dote, regía la presunción muciana (propiedad privativa del

marido para todos aquellos bienes cuya propiedad no puede acreditar la mujer: Ley 303 de Estilo).

En el Derecho Histórico español común se prohibía solo la donación y la fianza entre los cónyuges, pero no el resto de los contratos entre ellos. La jurisprudencia, no obstante, mantuvo, antes de la entrada en vigor del Código Civil, la prohibición general de contratar entre cónyuges.

- b) *El Código Civil, en su versión originaria.* Contiene, siguiendo en este punto el Proyecto de 1851 de GARCÍA GOYENA, tres preceptos que limitan la contratación entre cónyuges:

- Prohibición de comprarse bienes entre ellos, salvo el caso de separación de bienes o separación judicial (1.458 CC, basado en el 1380 del Proyecto de 1851), prohibición que se extiende a todo contrato oneroso (Resolución de 22 de noviembre de 1932, referida a la dación en pago; STS de 12 de diciembre de 1899, referida a la transacción).
- Prohibición de donación entre ellos una vez celebrado el matrimonio (1334 CC, basado en el 1259 del Proyecto), incluso de forma indirecta (1335 CC).
- Prohibición de pactar sociedad universal (1677 CC, basado en el 1571 del Proyecto).

La presunción de ganancialidad se contiene en el artículo 1407 del Código Civil, y solo cede en caso de prueba plena y fehaciente en contrario, no bastando los simples indicios o presunciones (vid. SSTS de 7 de julio de 1933, 19 de diciembre de 1957, 24 de noviembre de 1960, 28 de octubre de 1965, 8 de enero de 1968 y otras muchas más). La mera manifestación del cónyuge adquirente sobre el origen de los fondos no destruye la presunción de ganancialidad (Resolución de 28 de mayo de 1998), incluso aunque manifieste que proviene de una donación recibida con anterioridad (Resolución de 7 de diciembre de 2000) o cuando se exhiba un resguardo de la transferencia bancaria de una cuenta a nombre del adquirente casado en régimen de gananciales (Resolución de 10 de octubre de 2005).

Cuando se dice «salvo prueba en contrario» debemos referirlo a cualquier prueba que acredite plenamente que el dinero no es común, ya sea por ser privativo de cualquiera de los cónyuges, o incluso de un tercero: Las SSTS (1.<sup>a</sup>) de 24 de febrero de 2000 y 18 de julio de 2000 estimaron que no opera la presunción de ganancialidad cuando se acredita en forma plena que el dinero con el que se compró fue pagado por un familiar de uno de los cónyuges, aun cuando fuera inscrito en el Registro con carácter presuntivamente ganancial.

La dificultad de la prueba en contrario es máxima:

- a) Si el pago se hizo en dinero, dado el carácter fungible del mismo (verdadera *probatio diabólica*: vid., en tal sentido, las interpretaciones rigoris-

tas de la STS de 3 de febrero de 1966 y las Resoluciones de 21 de mayo de 1998, 18 de octubre de 1999, 7 de diciembre de 2000, 10 de octubre de 2005 y 11 de octubre de 2006, ya estas dictadas al amparo de la legislación vigente, que en este punto no ha cambiado sustancialmente).

- b) Tratándose de bienes muebles, dada la falta de título de adquisición y dado el escaso juego en este caso del artículo 464 del Código Civil. Si los cónyuges viven juntos, es prácticamente inatacable la presunción, máxime si la sola posesión de bienes muebles no es bastante para combatir la presunción de ganancialidad (STS de 23 de marzo de 1979).

*Regulación hipotecaria.* Dado lo terminante del Código Civil, la legislación hipotecaria carecía de cualquier referencia a los bienes privativos por la sola confesión del consorte, máxime cuando el 1232 del Código Civil, dispone que la confesión hace prueba contra su autor (o sus herederos), exceptuándose el caso que por ella pueda eludirse el cumplimiento de las leyes, cual es el caso. La Resolución de 6 de junio de 1936 señala que, adquirida una finca por el marido con dinero que este confesó como parafernale, e inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre de la esposa, es inscribible la venta hecha por la esposa con licencia del marido (licencia que técnicamente debe entenderse como un consentimiento, según el Centro Directivo).

- c) *Intentos de dar algún tipo de efectos a la confesión:*
- En la doctrina jurídica, a partir de VALLET DE GOYTISOLO, se trató de flexibilizar el régimen entonces vigente, admitiendo la validez de la confesión de privacidad, pero solo en el ámbito interno (entre cónyuges) y sin efectos externos.
  - El Tribunal Supremo (1.<sup>a</sup>), a partir de la sentencia de 2 de febrero de 1951 señala la eficacia *inter partes* de la confesión, alcanzando esta vinculación a los herederos, en cuanto no perjudique a las legítimas. La STS (1.<sup>a</sup>), de 28 de octubre de 1965, resume la jurisprudencia habida hasta la fecha sobre la cuestión. En todas ellas se resalta que la confesión de privacidad, realizada por el cónyuge del adquirente, se refiere a una cuestión en el ámbito de los hechos (ya que la vía negocial estaba excluida al estar prohibida, entonces, la contratación entre los cónyuges), teniendo en consideración que la confesión (1232 CC, hoy derogado a la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil) hace prueba contra su autor (o sus herederos), exceptuándose el caso que por ella pueda eludirse el cumplimiento de las leyes, y pudiendo, en todo caso, ser desvirtuada por prueba en contrario.
  - El artículo 95.3 del Reglamento Hipotecario (introducido en la Reforma de 1959) disponía que: «cuando en la adquisición por cualquiera de

los cónyuges asevera el otro que el precio o contraprestación es de la exclusiva propiedad del adquirente, sin acreditarlo, se practicará la inscripción a favor de este y se hará constar dicha circunstancia, sin que el precepto prejuzgue la naturaleza privativa o ganancial de tales bienes». Como señala la STS de 27 de mayo de 2005, dicha regulación registral se explica en base a la jurisprudencia recaída en la interpretación del artículo 1407 del Código Civil.

#### CAMBIOS LEGISLATIVOS: RÉGIMEN VIGENTE

##### *En el Código Civil*

La Reforma del Código Civil (Ley de 13 de mayo de 1981) da una nueva redacción a la totalidad de los preceptos relativos a la sociedad de gananciales. No vamos a tratar del controvertido tema de la naturaleza jurídica de la misma. Tan solo recordar que hay que distinguir entre titularidad del bien (bajo el principio del artículo 71 del Código Civil, que impide que ningún cónyuge se irroque la representación del otro, o lo que es igual, que imponga al consorte una titularidad no querida) y el carácter del mismo (ya sea privativo acreditado del adquirente, privativo confesado, ganancial o presuntivamente ganancial: así se deduce del artículo 1347.3 cuando se indica que son gananciales las adquisiciones a título oneroso a costa del caudal común, ya se haga la adquisición bien para la comunidad bien a favor de uno de los cónyuges). Refiriéndonos al concreto tema de nuestro estudio (los bienes privativos confesados) es fundamental tomar en consideración dos preceptos, los artículos 1323 y 1324 (cuya literalidad resulta del primer Proyecto presentado en el Congreso, ya que no sufrieron variación alguna en su *iter* parlamentario), ubicados en sede del régimen primario (y aplicable a cualquier régimen económico-matrimonial), que son:

- el que permite expresamente la contratación entre cónyuges (antes prohibida): artículo 1323 del Código Civil,
- y el artículo 1324 del Código Civil, que dispone: «Para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos, será bastante la confesión del otro, pero tal 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 cónyuges». Consuelo RIBERA, al comentar el precepto, alaba que el 1324 del Código Civil recupere la soberanía del Código Civil frente al RH (luego veremos que la reforma del RH vuelve a la situación anterior). DE LOS MOZOS y LACRUZ BERDEJO quieren ver en este artículo el precedente del régimen de la confesión de la dote (dote confesada, art. 1343 CC anterior), que no

producía otro efecto que el de una obligación personal de restitución, no pudiendo exigirse del marido la constitución de hipoteca legal por tales bienes (art. 1344 CC anterior). A mi juicio, el verdadero antecedente es la doctrina anterior a la Reforma sobre los efectos de la sola confesión del cónyuge del adquirente. Este precepto ha sido justamente criticado por ser una reliquia histórica, basado en una predominancia del patrimonio ganancial sobre el privativo de los cónyuges (lo que hoy carece de justificación) y en una desconfianza en la actuación de los mismos (injustificada igualmente, dado que se permite libérrimamente la contratación entre ellos).

Al tratarse del régimen primario, se refiere, en principio, a cualquier régimen matrimonial y a cualquier adquisición, pero su especial y peculiar régimen jurídico viene determinado por las siguientes notas características (ya analizadas al conceptuar los mismos):

- En el régimen de gananciales, dada la rigidez de presunción de ganancialidad (1361 CC), que implica una alteración de la doctrina de la carga de la prueba (STS de 26 de diciembre de 2002) y exige pruebas eficaces y contundentes en contra: SSTS (1.<sup>a</sup>) de 18 de julio de 1995 y 25 de septiembre de 2001. Ya vimos que la presunción del artículo 1441 del Código Civil, para el régimen de separación, no supone la creación de unos bienes con régimen jurídico peculiar. El citado 1361 del Código Civil es casi una reproducción literal del anterior 1407 del Código Civil (solo se sustituye «se reputan» por «se presumen», y se refiere ahora a «los bienes existentes en el matrimonio» y antes a «todos los bienes del matrimonio»), si bien debe ser interpretado al amparo de los nuevos principios rectores de nuestro Derecho de Familia.
- Es un precepto de efectos inmediatos (es decir, determina el carácter ganancial del bien, cualquiera que sea su titularidad), con vigencia durante el régimen. No faltan autores (MARTÍNEZ SANCHIZ, GARRIDO CERDÁ, CASTILLO TAMARIT...) que señalan que es posible, en base a los textos legales, dar una configuración más moderna y ajustada a los principios inspiradores de la reforma a la regulación de la sociedad de gananciales, partiendo de la idea de que lo determinante es la titularidad de los bienes (art. 71 CC), produciéndose durante su vigencia la comunicación solo de las ganancias, pero no de los bienes mismos, que no se produce sino al final, es decir, a la liquidación. RAMS, en la misma línea, se declara seducido por dar a la presunción un carácter puramente liquidatorio. La realidad es que la presunción se produce constante la sociedad de gananciales, según resulta del citado 1361 del Código Civil, de sus antecedentes históricos, el propio *iter* legislativo y del tenor del artículo 1347.3

del Código Civil, del que se deduce que la comunicación se produce de forma inmediata, durante la vigencia del régimen. Y en tal sentido:

- El 1324 del Código Civil no parece distinguir, en principio, cuándo se hayan adquirido (antes o después del matrimonio), aunque en la práctica solo opera respecto de los bienes adquiridos durante el matrimonio, como vimos antes.
- Y además, aunque no lo diga el precepto, se refiere a los adquiridos a título oneroso (pues los adquiridos a título gratuito son privativos por derecho propio (*ex art. 1346.2 CC*), salvo que sea una atribución conjunta a ambos cónyuges y aceptada por ambos, que será ganancial *per se*, salvo que el transmitente disponga lo contrario (*ex art. 1353 CC*)).

*Objeto de la confesión:* La cuestión de más interés práctico es precisar: ¿se refiere al carácter privativo del bien en sí mismo considerado, o solo se refiere al carácter privativo de la contraprestación?:

- Tesis del negocio atributivo: Del examen superficial y literal del citado 1324 del Código Civil parece referirse al bien en sí, ya que dispone: «que determinados bienes son propios del otro». DÍEZ-PICAZO señala que el 1324 del Código Civil puede referirse tanto a hechos como a situaciones jurídicas (generalmente lo que se confiesa es la titularidad de los bienes), si bien en este caso debe de estar casualizado, por requerirlo así nuestro sistema jurídico causalista (1323 CC). Aunque en algún caso, STS (1.<sup>a</sup>) de 18 de mayo de 1992 parece haber admitido la tesis de la eficacia traslativa, las SSTS (1.<sup>a</sup>) de 15 de enero y 25 de septiembre de 2001 aclaran que la confesión no puede tener carácter traslativo.
- Tesis del negocio jurídico de fijación de la naturaleza del bien, cuando hay incertidumbre sobre su pertenencia a una u otra masa patrimonial): Esta tesis tiene difícil encaje con la admisibilidad de prueba en contrario, admitida unánimemente tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.
- Tesis de la declaración de ciencia: el efecto autónomo de la confesión a que se refiere el 1324 del Código Civil debe referirse a hechos, careciendo de carácter negocial. Examinando los principios generales de nuestro Derecho Civil, o lo que es igual, al carácter privativo de la contraprestación, lo que determinará, por subrogación legal, el carácter privativo del bien (*ex 1346.3 CC*). No se regula en el Código Civil el bien privativos «por atribución», como veremos más adelante, lo que sería una puerta abierta al contrato abstracto, ajeno a nuestra tradición jurídica: así no es admisible, con carácter traslativo, el mero reconocimiento de dominio (la llamada por los clásicos la agnición). En igual sentido, la

STS (1.<sup>a</sup>) 1216/2006, de 29 de noviembre de 2006, y la Resolución de 25 de septiembre de 1990, al señalar que la confesión de privacidad se basa en la realidad o exactitud del hecho confesado, cual es la propiedad privativa de la contraprestación, no teniendo carácter traslativo ni atribuye un título de propiedad. El efecto inmediato es excluir en la liquidación de gananciales el bien confesado (STS de 23 de mayo de 2001). El hecho de que haya recaído confesión no es óbice para que pueda ser destruida por prueba plena [SSTS (1.<sup>a</sup>) de 18 de julio de 1994 y 25 de septiembre de 2001].

*Requisitos de la confesión.* Esquemáticamente, siguiendo la STS (1.<sup>a</sup>) de 29 de noviembre de 2006, podemos resumirlos en:

- 1.<sup>º</sup> Ha de tratarse de un bien o derecho adquirido por uno de los cónyuges (cónyuge titular). Si lo compran los dos, no cabe confesar la privacidad: lo que hay que hacer es rectificar el título (Resolución de 23 de marzo de 2004).
- 2.<sup>º</sup> La confesión ha de ser realizada por el cónyuge del adquirente (aquel a quien perjudica la confesión). El hecho de la existencia, real o potencial, del perjuicio no es, de todas formas, determinante: puede haberse hecho pensando en mantener el bien fuera del alcance de los acreedores del confesante, manteniéndolo en poder del cónyuge (por eso puede ser impugnada, como veremos).  
El confesante, que puede actuar personalmente o por apoderado con poder bastante (Resolución de 15 de enero de 2003).
- 3.<sup>º</sup> Ha de tener plena capacidad de obrar: podría pensarse que, al referirse a un mero hecho o declaración de ciencia (la procedencia privativa de la contraprestación) debería bastar la capacidad natural (GAVIDIA SÁNCHEZ), o la simple capacidad para contratar, entiendo que, dadas las especiales consecuencias de la confesión, parece exigir la plena disposición del bien mismo a que se refiere la confesión (tesis que ya mantuve, antes de la reforma, GONZÁLEZ ENRÍQUEZ).
- 4.<sup>º</sup> Ha de ser clara y terminante, no pudiendo inducir a dudas, ni ser presunta o indicaria. En otro caso, el bien será presuntivamente ganancial (Resolución de 12 de mayo de 2007).

Es frecuente, en la práctica notarial, introducir en escrituras de capitulaciones matrimoniales una cláusula del siguiente o parecido tenor: «se considerarán bienes propios de cada cónyuge los que figuren a su nombre en títulos, registros o documentos, y aquellos en que no pueda determinarse así su titularidad, pertenecerán por mitad a ambos cónyuges». Tal declaración no implica confesión de privacidad de los bienes adquiridos por uno solo de los cónyuges, rigiendo

en tales casos la presunción de ganancialidad [así la STS (1.<sup>a</sup>) 1151/1997 de 19 de diciembre de 1997 y Resolución de 15 de diciembre de 2006].

Asimismo cabe señalar:

- a) Puede ser judicial o extrajudicial, según se haga o no en sede judicial. Respecto de la confesión judicial, ha de ser valorada en cada caso por el juez (Resolución de 9 de enero de 2001) y ha de hacerse conforme a los artículos 301 y siguientes LEC. SERRANO ALONSO se plantea la compatibilidad del artículo 1324 del Código Civil con el 316 LEC (que regula la valoración del interrogatorio de las partes), y así plantea dos opciones:
  - Bien entender que el 316 LEC, por ser norma posterior, y configurarse como parte de un sistema probatorio nuevo, que hace desaparecer los artículos 1214, 1215 y 1231 a 1253 del Código Civil, es de aplicación preferente, por lo que el artículo 1324 del Código Civil quedaría tácitamente derogado, en cuanto a confesión judicial.
  - Bien entender que el artículo 1324 del Código Civil es una norma especial, y la LEC ha querido mantener dicha especialidad, ya que no figura en la Disposición Derogatoria de la LEC. Tesis que me parece más pausible, ya que no impide la prueba en contrario.
- b) No tiene requisitos de forma: puede hacerse en documento público, o privado, incluso verbalmente (la dificultad estará en la prueba), e incluso en forma electrónica, con firma electrónica reconocida, que tiene el mismo valor que la firma manuscrita, es decir, la de un documento privado. Respecto de la hecha en documento público, este puede ser *inter vivos* o *mortis causa* (por ejemplo, en un testamento: Resolución de 13 de mayo de 2006). Puede hacerse asimismo en un convenio regulador (Resolución de 27 de junio de 2005), sin que sea imprescindible su homologación judicial, dado que dicho requisito es de eficacia (le dota de fuerza ejecutiva), pero no de validez: así SSTS (1.<sup>a</sup>) de 27 de enero de 1998, 21 de diciembre de 1998 y 2 de marzo de 2004. Si ha de acceder al Registro de la Propiedad, habrá de revestir forma pública, por así exigirlo el artículo 3 LH.
- c) Puede ser, según BLANQUER UBEROS, simple (el cónyuge se limita a reconocer la privacidad del mismo bien, o del dinero con el que fue adquirido) o compleja (cuando se realiza justificándolo), lo que reforzará su fuerza probatoria.
- d) Puede ser simultánea a la adquisición o hacerse en un momento posterior, pero siempre referida a bienes adquiridos durante la vigencia de la sociedad conyugal y antes de su liquidación. Puede ser hecha por los herederos del confesante, sin que sea preciso que se haga en el acto partacional (Resolución de 27 de junio de 2003).

Respecto a la confesión producida con posterioridad al título de adquisición, no han de existir obstáculos a la misma en el mismo título de adquisición: Obviamente no los hay si el cónyuge titular hizo constar que lo adquiría para sí [declaración que, obviamente, no basta para destruir la presunción de ganancialidad, STS (1.<sup>a</sup>) de 21 de mayo de 1998], o incluso cuando nada dijo al respecto (en cuyo caso era presumutivamente ganancial). Pero, ¿qué pasa si el cónyuge titular, al tiempo de su adquisición, manifestó que lo hacía «para la sociedad de gananciales» o «con fondos de la sociedad conyugal». ¿Es obstáculo la confesión de su cónyuge para atribuir el carácter privativo confesado? Entiendo que no: la declaración hecha por el cónyuge titular no vincula al consorte confesante (*ex art. 71 CC*), y difícilmente puede aplicarse la doctrina de los actos propios a quien fue ajeno al contrato inicial. La STS (1.<sup>a</sup>) de 9 de septiembre de 1997, en esta misma línea, señala que no es un obstáculo, al ser la confesión una cuestión de hecho.

Si la finca con posterioridad a la adquisición y antes de la confesión hubiera sido hipotecada, no requiere el consentimiento del acreedor hipotecario, dado que la hipoteca no resulta afectada por la confesión (por analogía a la Resolución de 16 de enero de 2003).

- e) Tiene por objeto aseverar el carácter privativo del precio o contraprestación (ámbito fáctico).
- f) Puede convertirse en prueba plena, mediante la acreditación de la privacidad: prueba plena del carácter de la contraprestación (Resolución de 17 de noviembre de 2009).
- h) Admite, como veremos, prueba en contrario, incluso contra el confesante, siempre que sea plena y fehaciente: Así las SSTS (1.<sup>a</sup>) de 18 de julio de 1994 y 25 de septiembre de 2001).

#### *La cuestión en los derechos forales*

La misma cuestión ha sido resuelta de forma diferente en aquellos regímenes forales que establecen como supletorio (a falta de capitulaciones matrimoniales) regímenes de comunidad:

- a) *Aragón.* El artículo 31 de la Ley 3/2003 disponía que los bienes privativos confesados son bienes privativos ordinarios, si bien, fallecido el cónyuge confesante, la titularidad no impide el ejercicio de las acciones que corresponden a acreedores y legitimarios en defensa de sus derechos. Este mismo régimen ha pasado al Texto Refundido del Código de Derecho Foral de Aragón, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, que además de regular el carácter privativo de bienes adquiridos a

costa del caudal común por la atribución de los cónyuges (art. 211.a), regula los bienes privativos por confesión del consorte (art. 214), disponiendo que la disposición de tales bienes, fallecido el cónyuge confesante, no puede quedar limitado sino por el ejercicio de las acciones que correspondan a acreedores y legitimarios en defensa de su derecho.

- b) *Navarra.* La Ley 84.5 del Fuero Nuevo navarro determina el régimen del bien confesado como un bien privativo ordinario, sin especialidad alguna respecto del resto de los bienes propios.

#### *Régimen transitorio*

El importante cambio legal llevado a cabo por la Reforma de 1981 obliga a plantearse la aplicación de la nueva normativa a las confesiones de privatidad realizadas antes de la entrada en vigor de la misma. La posición de la jurisprudencia ha variado:

- Inicialmente, partiendo que el 1324 del Código Civil concedía derechos no reconocidos en la legislación anterior, no se le dio efecto retroactivo: Así las SSTS (1.<sup>a</sup>), de 18 de julio de 1994, 10 de julio de 1995 y 8 de marzo de 1996, entre otras muchas. En ella no se reconoce efectos a la confesión para destruir la presunción de ganancialidad, salvo prueba plena.
- La STS (1.<sup>a</sup>), de 26 de septiembre de 1996, cambió el criterio que ha sido ratificado por muchas posteriores, señalando que el 1324 del Código Civil no ha producido una variación en perjuicio de derechos adquiridos al amparo de la legislación anterior, dado el solo carácter adjetivo (al ser un instrumento probatorio).

La Dirección General de los Registros y del Notariado, a partir de la Resolución de 2 de octubre de 1984, a efectos hipotecarios, como veremos equipara, sin distingos de ninguna clase, los bienes inscritos *ex artículo 95.2* antes de la Reforma, a los adquiridos después, *ex artículo 1324*.

#### *Reforma hipotecaria*

Entre los nuevos artículos introducidos en el Reglamento Hipotecario en la reforma de 1982, con objeto de acomodarla a las reformas habidas en el Código Civil, interesa examinar ahora el artículo 95 RH, y dentro de este el apartado 4, ya que el resto se examinará al estudiar los aspectos registrales. Dicho apartado señala: «Si la privatidad (nada dice de qué, pero parece referirse a la contraprestación, por concordancia con el párrafo 2) resultare solo de la

confesión del consorte, se expresará esta circunstancia en la inscripción y esta se practicará a nombre del cónyuge a cuyo favor se haga aquella. Todos los actos inscribibles relativos a estos bienes se realizarán exclusivamente por el cónyuge a cuyo favor se haya hecho la confesión, quien no obstante necesitará para los actos de disposición realizados después del fallecimiento del cónyuge confesante el consentimiento de los herederos forzosos de este, si los tuviere, salvo que el carácter privativo del bien resultare de la partición de la herencia». De las cuestiones hipotecarias se hará un tratamiento en profundidad más adelante.

### C) NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONFESIÓN

La confesión, como se ha indicado, no se refiere propiamente al carácter privativo del bien adquirido, sino al origen privativo del precio o contraprestación, complementándose con el artículo 1346.3 del Código Civil, que determina el carácter privativo de los bienes adquiridos en sustitución de otros bienes privativos (subrogación real).

*Ámbito del precepto.* Al igual que la normativa anterior, se refiere al ámbito de los hechos (cuestión de carácter fáctico, es decir, una declaración de ciencia), y no supone una declaración de naturaleza negocial, sin perjuicio de que esta esté admitida por otras vías: contratación y donación entre cónyuges (art. 1323 CC) y la atribución de ganancialidad (art. 1355). Como señala DÍEZ-PICAZO, el artículo 1324 del Código Civil cumple una función probatoria (sobre un hecho, no sobre una situación jurídica). Es de plena aplicación lo antes expuesto sobre la naturaleza jurídica y el alcance de la confesión, y su posible prueba en contrario. Como señala LACRUZ BERDEJO, la confesión es un medio de prueba, no un título de adquisición (*ídem*, TS 1.<sup>a</sup> 1216/2006, de 29 de noviembre de 2006).

### D) DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES

Se van a examinar ahora determinadas figuras que, de resultado práctico similar a la confesión de privacidad, su naturaleza es radicalmente diferente (todas ellas son de naturaleza negocial):

#### a) ATRIBUCIÓN DE GANANCIALIDAD

El 1355 del Código Civil permite que los cónyuges atribuyan carácter ganancial a las adquisiciones realizadas a título oneroso constante matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación. Dicha atribución puede ser hecha:

- En el momento de adquirir (caso previsto en el citado 1355 CC). En este caso, la atribución de ganancialidad es un mero complemento del título de adquisición (y prevalece sobre el 1357 del CC, como señalan las Resoluciones de 29 y 31 de marzo de 2010). Si la contraprestación fuera, en todo o en parte, privativa, habría un derecho de crédito contra la sociedad de gananciales, deuda que se califica como «de valor» y exigible al tiempo de la liquidación de la sociedad conyugal (art. 1358 CC). Y tal crédito, como cualquier otro, podría ser ejercitado por los acreedores de la sociedad conyugal, si carecieran de otros medios para cobrarla (acción subrogatoria, art. 1111 CC).
- En un momento posterior: El carácter causalista de nuestro Derecho contractual exige la existencia de causa en el negocio jurídico de atribución (Resoluciones de 8 de mayo de 2000, 21 de abril y 27 de julio de 2001 y 26 de julio de 2011), denominado «negocio jurídico de aportación a la sociedad conyugal» o «negocio de atribución de ganancialidad». Dicha causa, denominada «causa de comunicación de bienes» (Resolución de 8 de mayo de 2000) puede revestir forma onerosa (es decir, con crédito de valor contra la sociedad conyugal a la liquidación, como hemos visto antes, *ex art.* 1358 del CC, como se deduce de la Resolución de 12 de junio de 2003) o gratuita (sin tal compensación, pero sujeta a las reglas de las donaciones inoficiosas), pero ha de ser clara y no imprecisa (Resolución de 16 de abril de 2002). En todo caso, se presume el carácter oneroso *ex 1358* del Código Civil (Resoluciones de 21 de julio de 2001, 29 de marzo de 2010 y 31 de marzo de 2010). Respecto de la exigencia documental, la Resolución de 5 de agosto de 2011 dispone que si, con ocasión del convenio regulador aprobado en proceso de divorcio, se inventaría como ganancial un bien privativo de los cónyuges, no cabe la inscripción, dado que el convenio, aunque goce de la naturaleza de documento público, no es en cauce formal adecuado para consignar actos o contratos que excedan de la mera liquidación de gananciales: se exige para que pueda acceder al Registro un documento público autónomo que así lo recoge, con expresión de su causa. De igual manera, la Resolución de 3 de septiembre de 2011 señala que, si bien es válido (*ex art.* 1323 CC) el acuerdo de atribuir el carácter ganancial a un bien propiedad privativa *pro indiviso* de ambos cónyuges, con ocasión de la aprobación de un convenio regulador aprobado judicialmente en el proceso de la separación o divorcio de los mismos, se requiere de título apto para acceder al Registro.  
Siendo gratuito, quedará sujeto al posible ejercicio de acción revocatoria o pauliana, de naturaleza rescisoria, si se hiciera en perjuicio de acreedores (art. 1111 *fine*, 1291.3 y 1297 CC). PEREÑA VICENTE, siguiendo antecedentes franceses, quiere ver una *causa matrimonii* (insinuada en

la Resolución de 22 de junio de 2006), ajena e independiente al carácter oneroso o gratuito, basado en el interés familiar de someter determinados bienes al régimen ganancial, que casa mal con el 1358 del Código Civil, y además introduciría confusión en el régimen jurídico aplicable (que varía según sea la adquisición a título oneroso o gratuito).

b) TRANSMISIÓN DE UN BIEN GANANCIAL A UNO SOLO DE LOS CÓNYUGES (COMPRAVENTA O DONACIÓN)

Ya no hay límite a la capacidad de contratar entre los cónyuges. El bien será del cónyuge adquirente sin limitación alguna (es libremente disponible), sin perjuicio de que, siendo donación, pueda ser reducida por inoficiosa, con arreglo a las reglas generales de la donación y sujeta al ejercicio de la acción revocatoria o pauliana, de naturaleza rescisoria, si se hiciera en perjuicio de acreedores.

c) ATRIBUCIÓN DE PRIVATICIDAD

No hay precepto legal que lo admita (reiteramos que el 1324 del Código Civil se refiere a la contraprestación, no al bien en sí), y el carácter causalista de nuestro sistema jurídico nos lleva a considerarla inválida, por falta de causa. Lo que no impide (y así lo reconoce la Resolución de 25 de septiembre de 1990) que pueda causalizarse a través de cualquiera de los negocios jurídicos aptos para transmitir el dominio, ya sea a título oneroso o gratuito. Así se deduce de las SSTS (1.<sup>a</sup>) 1151/1997, de 19 de diciembre de 1996, y 1216/2006, de 29 de noviembre de 2006. En todos ellos, con independencia de que su causa sea calificada como de comunicación de bienes (Resolución de 8 de mayo de 2000), o de atribución, de los concretos términos del 1358 del Código Civil parece inducirse la presunción de causa onerosa, salvo que se disponga lo contrario, y con independencia de que, llegado el día de la liquidación de la sociedad conyugal, se tome efectivamente en consideración o no (lo que determinará un posible acto gratuito en el momento de la liquidación).

Las Resoluciones de 22 de marzo de 2010 y 5 de agosto de 2011 señalan que no es inscribible el acuerdo de los cónyuges para que, con ocasión de la aprobación judicial de un convenio regulador, se adjudiquen a uno de los cónyuges y/o a un tercero (los hijos) bienes privativos del otro. Se trata de un negocio autónomo propio del convenio (la liquidación de la sociedad conyugal), que ha de reunir los requisitos de fondo (causa) y de forma (documento público) para su validez e inscribibilidad.

## E) IMPUGNACIÓN DE LA CONFESIÓN

La confesión de privacidad, en los términos vistos (ámbito fáctico), vincula a quien la hace (y sus herederos, con los límites que veremos), y queda sujeta a los límites de toda confesión:

- a) Doctrina de los propios actos (STS de 8 de octubre de 2004). La confesión vincula a quien la hace (1232 CC, hoy derogado), y a sus causahabientes (1218 CC, hoy derogado), no siendo válida la confesión posterior en sentido contrario (arrepentimiento o cambio de voluntad). Por eso el 95.6 RH señala que «no se consignará la confesión contraria a una aseveración o a otra confesión previamente registrada de la misma persona».
- b) Falsedad de la confesión: ¿Qué ocurriría si la confesión no responde a la verdad? Técnicamente, al no tener carácter negocial, no podría ser impugnada, en sentido estricto, por simulación. Teniendo en cuenta que es una declaración en la esfera de los hechos, la vía de ataque sería, en consecuencia, la prueba en contrario. Así parece manifestarse la STS (1.<sup>a</sup>) de 8 de octubre de 2004. Más matizada es la STS (1.<sup>a</sup>) de 29 de noviembre de 2006, que señala que si se acreditan los requisitos de la simulación, y es total, el efecto inmediato es que vuelve a operar la presunción de ganancialidad. Pero debe tenerse en cuenta que la simulación puede ser total o parcial (válida esta si encierra un negocio jurídico traslativo válido y reúne los requisitos de forma exigidos para su validez del negocio disimulado).
- c) Vicios del consentimiento (error, dolo, violencia o intimidación). La confesión es una manifestación de voluntad, y como tal, puede estar sujeta a vicios del consentimiento que la anulen. En todo caso, es difícilmente creíble la existencia de vicio invalidante si media mucho tiempo entre la confesión y su impugnación, teniendo en cuenta que el inicio del plazo para ejercitarse la acción de impugnación empieza a computar cuando la causa del vicio haya cesado. En todos los casos, la prueba del vicio corresponderá a quien lo alega.

De los vicios del consentimiento, el que ofrece más interés es el error en la confesión. La confesión queda sujeta a la exactitud del hecho confesado (1234 CC, hoy derogado).

Por tanto solo puede ser impugnada por la vía del error-vicio (no un error de derecho). Cabría pensarse en dos tipos de errores:

- Error de hecho (creencia errónea del carácter privativo del peculio con que se adquirió). Se exige que sea relevante (1266 CC) y que sea excusable [evitable con una diligencia normal: STS (1.<sup>a</sup>) de 14 de febrero de 1994].

- Error de derecho: ignorancia de los efectos jurídicos de la confesión realizada. Es de difícil aplicación práctica, dado el carácter fáctico del objeto de la confesión.

En resumen, solo puede ser impugnada por la vía del error-vicio. Dicho de otra forma, la confesión admite prueba en contrario que acredite que la contraprestación no era, como se confesó, privativa (STS de 4 de junio de 1969, 9 de abril de 1970 y 18 de julio de 1994). La Resolución de 13 de septiembre de 2005 exige documentos auténticos y fehacientes.

La acción de impugnación deberá dirigirse contra el confesante (pues es lo que se impugna) y titular registral del bien: De la doctrina de la Resolución, de 26 de abril de 2000, parece deducirse que basta que se dirija contra el titular del bien, lo que no parece admisible procesalmente.

## F) LÍMITES A LA CONFESIÓN

El artículo 1324 del Código Civil señala que esta 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 cónyuges».

*¿Qué se ha de entender por «por sí sola».* El sentido es claro: se refiere a la sola confesión, no acompañada de pruebas adicionales que ratifiquen lo expuesto en la confesión, y cuyo valor se apreciará en cada concreto caso como medio de prueba que es.

*¿Qué se ha de entender por no perjudicará?* Varias son las posiciones que, en grandes líneas, se mantienen al respecto:

- a) GAVIDIA SÁNCHEZ admite que la confesión pueda ser de naturaleza fáctica o negocial. Y en base a la posible naturaleza negocial (y que expresamente hemos impugnado), señala que a dicha confesión se ha de atribuir iguales límites que la donación, pudiendo ser impugnada solo en cuanto pudiera perjudicar a los acreedores y legitimarios.
- b) Tesis del desconocimiento o de la inocuidad: LACRUZ BERDEJO, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS o GARRIDO PALMA, por ejemplo, señalan que los acreedores o legitimarios pueden actuar como si no se hubiera hecho la confesión, es decir, ignorándola, por lo que, no siendo aceptada por aquellos a quien pudiera perjudicarles, regirá la presunción de ganancialidad, y habrá de considerarse como tal (Resolución de 5 de marzo de 1999). Procesalmente se actuaría como si la confesión no se ha producido, sin más requisitos, correspondiendo la *onus probandi* al beneficiado por la confesión.

Las SSTS (1.<sup>a</sup>) 277/2003, de 24 de marzo, y 419/2005, de 27 de mayo, y la Resolución de 13 de junio de 2003, parecen adscribirse a la tesis

del desconocimiento, ya que genéricamente señalan que la confesión de ganancialidad, por sí sola, no produce efecto (no es oponible) respecto a terceros o legitimarios perjudicados por ella, sino solo entre los cónyuges y sus herederos.

- c) Tesis del no perjuicio (CÁMARA, MARTÍNEZ SANCHIZ, GIMÉNEZ DUART o GARDEAZÁBAL DEL RÍO) señalan que se ha de pasar por la confesión, como cuestión de hecho, salvo que se acredite que, efectiva y concretamente, perjudica a acreedores y legitimarios, que pueden tenerla por no hecha solo si les perjudica efectivamente en sus derechos, y solo en la medida necesaria para compensar el perjuicio causado (es decir, vía acción pauliana). Se apoyan, fundamentalmente, en el artículo 144.2 RH, que señala que para anotar el embargo de un bien privativo confesado, basta dirigir la demanda contra el titular registral (precepto que fue rebatido por las Resoluciones de 13 de febrero de 1999 y 4 de octubre de 2010) al señalar que, al amparo del artículo 1371 del Código Civil, habrá que notificarse la demanda al cónyuge del titular registral). En parecida línea, RAMS ALBESA señala que los legitimarios solo tendrían, como máximo, la posición que ostentan en las donaciones de su causante, y ello corriendo con la carga de la prueba de que la confesión constituyó una donación encubierta (es decir, que no respondía al verdadero carácter de la contraprestación). Procesalmente habría que impugnarse la confesión, pero acreditándole efectivo perjuicio. El TS (1.<sup>a</sup>), de 15 de enero de 2001, parece apuntarse a esta última tesis, al exigir probar la falsedad de la confesión y la imposibilidad de cobrar sus créditos.

A mi juicio, este último es el buen camino: plena validez y eficacia de la confesión, sin perjuicio del empleo de los remedios legales previstos para el caso de fraude o perjuicio de acreedores o legitimarios, y solo en la medida necesaria para repararlo: es decir, la vía rescisoria. En esta línea cabe señalar la solución que el Derecho Foral aragonés da a la cuestión (art. 31 de la Ley 2/2003, de 12 de febrero).

*¿A quién no ha de perjudicar?* La limitación de efectos del 1324 del Código Civil solo es a favor de legitimarios y acreedores, ya sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges. Analicemos separadamente unos y otros.

#### A) LEGITIMARIOS

*¿Quiénes son los legitimarios protegidos?*

Los legitimarios de derecho común, es decir, los herederos forzosos según el Código Civil (art. 807 CC). Queda excluido, no obstante, el cónyuge favorecido,

que es también heredero forzoso (salvo separación, divorcio o simple separación de hecho), y no puede oponerse a ella, ya que fue él quien adquirió (doctrina de los actos propios, pues adquirió con carácter privativo suyo).

En este punto debe de plantearse dos casos cada vez más frecuentes:

- a) Si el cónyuge confesante, aunque su régimen económico-matrimonial sea el de gananciales, es de vecindad civil foral, y su herencia se rige por el régimen sucesorio correspondiente a su Derecho Foral. Téngase en cuenta que, en Derecho Común, la legítima tiene la naturaleza de *pars bonorum* y, a veces, de *pars valoris bonorum*, mientras que en Derecho Foral, la legítima tiene distinta naturaleza jurídica, bien porque es puramente formal (Navarra o Fuero de Ayala), bien porque su naturaleza es de *pars valoris* (Cataluña, Baleares), o directamente porque no se crea un régimen jurídico peculiar de los bienes confesados (Aragón, como hemos visto en el art. 214 del Código). Por tanto, el artículo 95.4 del Código Civil no se aplica en beneficio de ningún legitimario foral. En igual sentido, la Resolución de 12 de mayo de 2007, que trata de un matrimonio sujeto a gananciales, pero el fallecido era aforado catalán (es decir, sujeto a la legítima catalana), y que señala que no es de aplicación el artículo 95.4 RH, que es de aplicación solo a los legitimarios de Derecho Común, dada la distinta naturaleza de la legítima en los derechos forales.
- b) Si el cónyuge confesante, aunque su régimen económico-matrimonial sea el de gananciales, es de nacionalidad extranjera y su herencia se rige por el régimen sucesorio correspondiente a su nacionalidad: Aquí cabe señalar lo mismo que el caso anterior. VALLET DE GOYTISOLO señala tres grandes tipos de legítima:
  - Legítima con llamamiento forzoso al legitimario (sistema histórico germánico). Es un verdadero heredero, con naturaleza de *pars bonorum*.
  - Legítima como derecho de crédito contra la herencia: No hay institución forzosa: legítima como *pars valoris* o como *pars valoris bonorum*, según los casos.
  - Legítima como freno a la libertad de testar, sin institución forzosa: puede llegar, en algunos casos, a dejar sin efecto, en todo o en parte, la institución de heredero, con la consiguiente apertura de la intestada (y en este sentido, podría llegar a ser *pars bonorum*).

El 95.4 RH solo sería aplicable, en principio, a los sistemas *pars bonorum*. Ahora bien, como el Registrador no está obligado a conocer el derecho extranjero, la consecuencia práctica es que el 95.4 RH no sería aplicable a legitimarios sujetos a derechos foráneos.

*En qué momentos se desenvuelve la protección del derecho del legitimario*

- a) Antes del fallecimiento del causante: el legitimario (realmente, el presunto legitimario) carece de toda vía de oposición a la confesión, ni puede solicitar medida alguna (ni siquiera cautelar) en defensa de su derecho.
- b) Una vez fallecido el confesante: Tras la muerte del causante, el legitimario podrá actuar en defensa de su derecho. A tal efecto, debemos distinguir:
  - Sus efectos naturales se despliegan antes de la partición, teniendo en cuenta que se trata de un mecanismo protector de la legítima (cualitativa y cuantitativa considerada). La legítima no supone una atribución forzosa a título de herencia, sino un freno a la libertad de testar (VALLET DE GOYTISOLO), que despliega sus efectos protectores hasta el momento de la partición de la herencia.
  - Hecha la partición: Una vez hecha esta, para lo cual la ley exige su necesaria intervención, la legítima ya ha realizado su función de protección, o lo que es igual, el Ordenamiento ya ha desplegado todos los instrumentos legales para la protección del legitimario. Por eso, el hecho de que pudiera lesionar la legítima, no provoca la nulidad de la partición; tan solo da derecho a exigir el complemento de legítima (815 CC) y, en su caso, la vía rescisoria.

*Cómo se articula legalmente esta protección*

- a) Antes de la partición, con la intervención obligada de los legitimarios en la partición. Este principio general, a mi juicio, va a ser el que tratará de desarrollar la normativa hipotecaria exigiendo el consentimiento de los legitimarios para la realización de actos dispositivos por el titular registral del bien confesado, fallecido el cónyuge confesante, consentimiento que, como veremos, no resulta del Código Civil. La vía procesal idónea, a falta de acuerdo, sería un declarativo ordinario para que se declare el carácter ganancial del bien: STS (1.<sup>a</sup>) 686/1995, de 10 de julio de 1995.
- b) En el acto de la partición: Cabe aquí reiterar lo dicho sobre qué se entiende «no perjudicará» (1324 CC), y resumiendo las posiciones analizadas, cabe:
  - i) Bien entender que los interesados en la sucesión (salvo el cónyuge confesante, al quedar vinculado por sus actos propios) pueden desconocer la confesión efectuada y actuar como si no se hubiera producido. El efecto es que, de solicitarlo los legitimarios, el bien se

reputaría ganancial, y se procedería en consecuencia (se integraría en la masa activa: art. 1396 y sigs. CC). Dado su naturaleza rescisoria, se actuaría conforme al artículo 1295 del Código Civil (la rescisión obliga a la restitución de la cosa con sus frutos y del precio con sus intereses). El efecto práctico es que se compute el bien en el cálculo del 818 del Código Civil, no como *donatum* sino como *relictum*. ¿Y no podría traerse su valor, como si se tratara de una donación, por analogía al artículo 1035 del Código Civil, en relación con el 1045 del Código Civil? Entendemos que no procede, al formar parte del *relictum* y no del *donatum*, y, además, al ser una consecuencia del pleno juego de la presunción de ganancialidad, que se refiere a la titularidad del bien en sí mismo considerado.

- ii) Bien entender que solo pueden desconocer el carácter privativo del bien en cuanto perjudique a su legítima, y solo en la medida necesaria para reparar el perjuicio. Esta es la tesis que más arriba se ha defendido. Ello supondría que, a requerimiento del legitimario y a los solos efectos del cálculo de la legítima (818 CC), el bien (con sus frutos, *ex art.* 1295.2 CC) se reputaría como ganancial, y se procedería al cálculo de la legítima. Manuel DE LA CÁMARA llega a la misma solución a través de un mecanismo más artificioso, a mi juicio: Se procedería como si se tratara de un bien donado (*ex art.* 818 CC computándolo como *donatum*): se imputaría al titular la mitad y al cónyuge confesante la otra mitad. Y respecto del cónyuge titular, su mitad se agregaría al resto de los bienes relictos (*ex art.* 818 CC) y se calcularía así la legítima.

Una vez calculada, se determinaría si considerando el bien como privativo, el legitimario recibe lo bastante para cubrir la legítima y, caso de no cubrirla, actuar en consecuencia, como si fuera una disposición que perjudica esta, es decir, bien compensándola con otros bienes hereditarios, bien haciendo ganancial, en la parte indispensable, todo o parte del bien privativo confesado.

En caso de desacuerdo, la vía procesal oportuna sería el ejercicio de la acción de partición de herencia.

- c) Una vez hecha la partición: Una vez realizada, el hecho de que pudiera lesionar la legítima no provoca la nulidad de la partición: La vía procesal idónea sería el derecho a exigir el complemento de legítima (815 CC), y si procediera, mediante la acción de rescisión de la partición (a elección del demandado, art. 1077 CC). La vía rescisoria (rescisión de la partición) solo se admite por iguales causas que las obligaciones (1073 CC), así como por lesión en más de una cuarta parte (1074 CC), salvo que la partición hubiera sido hecha por el testador, en cuyo caso solo proce-

derá por perjuicio de legítima (1075 CC). Las acciones rescisorias solo pueden ejercitarse en el plazo de cuatro años (1076 CC), plazo que es de caducidad (no admitiendo interrupción). Y en todo caso, esta acción rescitorio podría ser enervada por el cónyuge afectado si señala bienes propios suficientes para permitir a los legitimarios cubrir su legítima. Si los legitimarios, además son herederos (lo que acontece de ordinario), y aceptan la herencia pura y simplemente, en calidad de herederos (no como legitimarios) quedan vinculados por efecto de la sucesión *mortis causa*, a los hechos propios de su causante, quedando jurídicamente vinculados, como si de un acto propio se tratara, a la confesión de privatidad. O lo que es igual, el no perjuicio ha de ser al legitimario, que no al heredero que, de forma consciente y voluntariamente, acepta la herencia pura y simplemente, y se subroga en la posición jurídica de su causante.

## B) ACREDITORES

Entiendo que han de ser los acreedores de la sociedad de gananciales (verdaderos beneficiarios indirectos de la norma) o del cónyuge del confesante en cuanto no haya bienes propios para satisfacer sus créditos, *ex 1373 CC*.

### *Qué acreedores resultan protegidos*

Debemos distinguir:

- a) El 1324 del Código Civil señala que están cubiertos por la protección tanto los acreedores de la comunidad o de cada uno de los cónyuges:
  - Acreedores gananciales, pues al hacer ganancial el bien, se amplía su objeto de responsabilidad.
  - Acreedores del cónyuge titular: Nunca resultarán perjudicados por la confesión. En todo caso, beneficiados por ella. Nada, pues, han de manifestar y carecen de interés jurídico para oponerse a ella.
  - Acreedores del cónyuge confesante: Dado que de sus deudas responden los bienes privativos y, en lo no cubierto, por su mitad de gananciales (1373 CC), se amplía, aunque sea subsidiariamente (en la parte no cubierta por los privativos), su objeto de responsabilidad.
- b) ¿Cubre a todos los acreedores antes citados?:
  - Se predica, en todo caso, a favor de los acreedores cuyo crédito es anterior a la confesión, pues los acuerdos entre cónyuges no pueden perjudicar derechos adquiridos por terceros (1317 CC).

- Pero es discutible que pueda extenderse a los acreedores cuyos créditos nacieron con posterioridad a la confesión. LACRUZ BERDEJO, y con él la mayor parte de la doctrina, señala que tal confesión no perjudica a los acreedores posteriores, salvo que sea falsa o encubra una donación en fraude de sus derechos. La presunción de ganancialidad (causa última de lo especial de su régimen) ha sido destruida por la confesión. Máxime si se trata de bienes inmuebles confesados inscritos como tales en el Registro de la Propiedad, respecto de los que podría aplicarse el principio de que lo inscrito perjudica a terceros (art. 606 CC y 32 LH, *a contrario*), dado los concretos términos de la inscripción practicada.

Pero, a mi juicio, la tesis negativa no puede admitirse sin más, dado que la presunción de ganancialidad ha sido anulada por la confesión, pero solo con efectos limitados, y porque es evidente que el perjuicio podría existir, y el 1324 del Código Civil no distingue, y además, el régimen jurídico peculiar de los bienes privativos confesados (sea o no conocido por el acreedor, esté o no así inscrito en el Registro) deja a salvo los acreedores sin distingos. El acreedor posterior a la confesión, aunque figure inscrita en el Registro, podría contratar confiando en el carácter «reversible» de la titularidad privativa confesada. Por ello, creo que la tesis ha de ser positiva, pero siempre bajo el prisma de la subsidiariedad (a falta de otra vía legal para hacer efectivo su crédito posterior).

- c) ¿Se requiere acreditar el *animus defraudandi* (elemento subjetivo) o basta acreditar la existencia de perjuicio (criterio objetivo)? Entiendo que de los estrictos términos del 1324 del Código Civil basta acreditar el perjuicio, sin ningún requisito adicional.

*En qué momentos se desenvuelve la protección del derecho de los acreedores*

A diferencia del caso de los legitimarios, que presupone el fallecimiento del cónyuge confesante (antes del fallecimiento carecen de acción alguna de oposición), en el caso de los acreedores no hay que esperar al fallecimiento, pudiendo ejercitarse su derecho en vida de este o después, siempre dentro del plazo de duración de su acción (que como veremos es de cuatro años a partir de la confesión perjudicial). Dicho plazo empezará a contar desde el momento en que el perjudicado tenga o pudiera tener conocimiento de la misma (si figura en el Registro de la Propiedad, desde la fecha de su constancia registral, por el juego del principio de publicidad), y no resultará afectada por el hecho del fallecimiento del confesante.

*Medio jurídico utilizado para la protección*

- a) En vida del confesante: La forma de proceder en defensa de su derecho dependerá de lo que hayamos resuelto sobre que se entiende «no perjudicará» (1324 CC), y resumiendo las posiciones ya analizadas, cabe:
  - i) Tesis del desconocimiento: Los citados acreedores podrán proceder contra dichos bienes como si fueran gananciales, pudiendo proceder a tratar los mismos: Dado que se ha de actuar sobre los mismos como si fueran gananciales, entiendo que deberá demandarse al titular registral, y notificarse la demanda al cónyuge confesante: Aunque el artículo 144.2 RH parece contradecir esta tesis, al señalar que para anotar el embargo de un bien privativo confesado basta dirigir la demanda contra el titular registral, la DGRN ha corregido el precepto (basándose en el principio de jerarquía normativa) en las Resoluciones de 13 de febrero de 1999 y 4 de octubre de 2010 señalan que, al amparo del artículo 1371 del Código Civil, habrá que notificarse la demanda al cónyuge del titular registral).
  - ii) Tesis del no perjuicio: el mecanismo de protección es subsidiario, es decir, en cuanto no haya otra vía para hacer efectivo su crédito, o cuando encubra una donación o fraude de los derechos de los acreedores (643.2 CC). La vía jurídica que se articula para proteger a los citados acreedores es la acción revocatoria o pauliana (1111 CC) y, en último término, vía rescisoria (1291 CC). Esta se caracteriza:
    - 1.<sup>º</sup> Es un remedio subsidiario: solo si se carece de otro medio jurídico para reparar el perjuicio (1294 CC), y además solo en la medida estrictamente necesaria para reparar el agravio. Ello implica que es el último recurso. La jurisprudencia no exige la previa declaración de insolvencia del deudor (STS de 29 de marzo de 2001, 2 de abril de 2002), bastando que no haya bienes bastantes para pagar la deuda (STS de 31 de octubre de 1994 y 19 de septiembre de 2001), incluso basta que se haya disminuido de forma importante las posibilidades económicas efectivas del deudor (STS de 9 de enero de 2001) o que sea de tal cuantía que dificulte las posibilidades reales del acreedor de cobrar su crédito (STS de 31 de diciembre de 1998, 23 de septiembre de 2002, 19 de julio de 2005 y 30 de mayo de 2008).
    - 2.<sup>º</sup> El hecho que sea un supuesto de rescisión, parte de la idea de un contrato válido (1290 CC) y por tanto inscribible, sin perjuicio del ejercicio de la acción de rescisión, que es de

naturaleza personal (art. 1295.2 CC y 37 LH). Su efecto es rescindir, en todo o en parte (según proceda) la confesión, determinando el pleno juego de la presunción de ganancialidad (1361 CC), debiendo considerarse el bien, así como sus frutos (1295.2 CC) como gananciales, y quedando sometidos a la responsabilidad que se deriva de tal carácter.

- 3.<sup>º</sup> El plazo de duración de la acción de impugnación no resulta del 1324 del Código Civil, por lo que cabe mantener dos tesis:
- La que considera que puede ejercitarse la acción de impugnación sin sujeción a plazo, mientras subsista la sociedad de gananciales y no se produzca su liquidación, contando el plazo de cuatro años de la acción rescisoria a partir de la fecha de la práctica de liquidación de la sociedad conyugal.
  - La que, dada su naturaleza rescisoria, será de aplicación la regla general de los cuatro años (1299 CC), a contar desde que los acreedores tengan conocimiento de la confesión perjudicial, plazo que es de caducidad. Si el bien confesado está inscrito en el Registro de la Propiedad con tal carácter, el plazo contará desde la inscripción, por aplicación del principio de publicidad (art. 606 CC y 32 LH). A mi juicio, tanto por los motivos legales citados, como por una razón de política legislativa (fomentar la seguridad del tráfico) estimo más ajustada a derecho esta tesis.
- 4.<sup>º</sup> Y en todo caso, esta acción rescisoria puede ser enervada por el cónyuge afectado si señala bienes propios suficientes para permitir a los acreedores cobrar sus créditos y evitar la traba de los bienes gananciales (1373 CC).

- b) Fallecido el confesante: suponiendo que la acción del acreedor subsista, no quedará afectada el derecho del acreedor por el hecho del fallecimiento del confesante. En defensa de su derecho, dichos acreedores pueden oponerse a que se llevara a cabo la partición, *ex artículos 1082 y 1083 del Código Civil*, hasta que se les pague o afiance sus créditos.

*Forma procesal para hacer efectiva dicha protección*

Es el ejercicio de la acción rescisoria. Los acreedores pueden hacer uso de su derecho:

- a) En procedimientos singulares: En los procedimientos singulares la demanda habrá de dirigirse contra ambos cónyuges (uno por confesante y otro como titular del bien), y si el bien estuviera en poder de un tercero, contra quien pueda ejercitarse la acción de rescisión (por ejemplo, por ser cómplice en el fraude) habrá de dirigirse también contra este.
- b) En procedimientos universales (procedimientos concursales, Ley 22/2003, de 9 de julio, con sus modificaciones posteriores): El procedimiento universal ha de estar dirigido contra el confesante. A veces se acumulan los concursos de ambos cónyuges, pero, en sentido estricto, no cabe el concurso de la sociedad de gananciales (Resolución de 24 de septiembre de 2010). Declarado el concurso, comenzará la tramitación de la fase común, y se procederá a determinar las masas activa y pasiva. Es en ese momento cuando se puede impugnar la confesión del concursado: La vía es el ejercicio de acciones rescisorias: El artículo 71.1 de la Ley Concursal señala la posible rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, aunque no haya intención fraudulenta, disponiendo el apartado 6 del citado artículo 71 que el ejercicio de dichas acciones rescisorias no impide el ejercicio de acciones de impugnación de los actos del deudor que procedan con arreglo a derecho. Si el bien es inmueble y está inscrito a nombre del cónyuge del confesante, habría también que dirigir la acción rescisoria contra el titular registral para que pudiera tener efectos registrales.

En todo caso, debe de tenerse en cuenta que, declarado el concurso de un cónyuge, los efectos sobre la masa activa (art. 77 LConc) no se extiende a los bienes privativos de su consorte.

La finalidad de dichas acciones es dejar sin efecto la confesión efectuada, en la medida necesaria para reparar el perjuicio, y su consecuencia más inmediata es que vuelva a operar la presunción de ganancialidad.

### *Conclusión*

El mecanismo de protección, ya sea de legitimarios como de acreedores, es idéntico, de carácter subsidiario y a través, en último término, de la acción rescisoria. Esta igualdad de trato, que se deduce del propio 1324 del Código Civil, es rota por las normas hipotecarias, como veremos a continuación. La solución a la que llegamos es idéntica a la del Derecho aragonés, como vimos más arriba.

## G) ASPECTOS REGISTRALES

Anteriormente vimos que la Reforma de 1982 dio una nueva redacción al artículo 95 RH, cuyos dos primeros apartados poco añaden. Así, después de establecer, en el párrafo 1.<sup>º</sup> que se inscribirán como bienes privativos del cónyuge adquirente los adquiridos durante la sociedad de gananciales que legalmente tengan tal carácter (lo cual supone, *de facto*, una remisión al CC), en el párrafo 2.<sup>º</sup> dispone que el carácter privativo del precio o contraprestación del bien adquirido deberá justificarse mediante prueba documental pública (lo cual es acorde con la exigencia de titulación pública para acceder al Registro de la Propiedad, *ex art.* 3 LH).

De los apartados 4 y 6 del citado artículo 95, deducimos el régimen registral de los bienes privativos confesados. Debe tenerse en cuenta que se trata de normas, en principio adjetivas (aunque excedan, en mucho, tal carácter), y de naturaleza registral (o sea, referida a la inscripción en el Registro de la Propiedad). Su ámbito está en los bienes inmuebles y en los derechos reales que recaigan sobre los mismos (más adelante veremos la aplicabilidad a los bienes muebles):

### 1. FORMA DE PRACTICAR LA INSCRIPCIÓN DEL BIEN CONFESADO

- a) Si la confesión resulta en el mismo título de adquisición (es decir, se contiene en el mismo) o en documento separado, pero que se presenta conjuntamente con el título: Dice el 95.4 RH: «Si la privacidad (nada dice de qué, pero parece referirse a la contraprestación, por concordancia con el párrafo 2) resultare solo de la confesión del consorte, se expresará esta circunstancia en la inscripción y esta se practicará a nombre del cónyuge a cuyo favor se haga aquella». Es decir, inscripción a favor del titular, haciendo constar el carácter de bien confesado, es decir, con la extensión y los límites del artículo 1324 del Código Civil. Esta consignación es importante para ver el juego del principio de fe pública registral, como veremos.
- b) Si la confesión se hiciera con posterioridad: El 95.6 RH dispone que la confesión de privacidad, hecha con posterioridad a la inscripción, se harán constar por nota marginal. No se consignará la confesión contraria a una aseveración o a otra confesión previamente registrada de la misma persona.  
En todo caso, el hecho de que conste en el Registro el carácter confesado del bien, no es obstáculo para que, en un momento posterior, pueda justificarse plenamente el carácter privativo: Del 95.6 RH deducimos que «la justificación... de privacidad hecha con posterioridad a la inscripción se harán constar por nota marginal».

2. RÉGIMEN DE LOS ACTOS DE ADMINISTRACIÓN (HAYA FALLECIDO O NO EL CONFESANTE)

Resulta del 95.4 RH: «Todos los actos inscribibles, relativos a estos bienes, se realizarán exclusivamente por el cónyuge a cuyo favor se haya hecho la confesión».

3. RÉGIMEN DE LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN O GRAVAMEN

Según el citado 95.4 RH debemos distinguir:

- En vida del confesante: se realizarán exclusivamente por el cónyuge titular a cuyo favor se haya hecho la confesión.
- Fallecido el cónyuge confesante: «necesitará, para los actos de disposición realizados después del fallecimiento del cónyuge confesante, el consentimiento de los herederos forzosos de este, si los tuviere, salvo que el carácter privativo del bien resultare de la partición de la herencia».

4. EMBARGO DE LOS BIENES PRIVATIVOS CONFESADOS

El artículo 144.2 RH señala que para anotar el embargo de un bien privativo confesado, basta dirigir la demanda exclusivamente contra el titular registral, sea o no el cónyuge deudor. A tal efecto, interesa distinguir:

- a) Si el cónyuge titular registral es deudor privativo: Basta que la demanda se dirija contra él (144.2 RH).
- b) Si la deuda es contraída por el cónyuge titular registral, pero tiene carácter ganancial: el 144.2 RH señala que basta que la demanda se dirija contra el titular registral. Ahora bien, de tales deudas gananciales responden solidariamente los bienes gananciales y los privativos del deudor (1369 CC). Pero, dada la responsabilidad de los bienes gananciales, el 1373 del Código Civil dispone que habrá de ser notificada inmediatamente al cónyuge confesante, a los efectos que determina dicho precepto. La exigencia de tal notificación (que los asimila a los bienes real o presuntivamente gananciales titulados a uno solo de los cónyuges), ha sido confirmada por las Resoluciones de 13 de febrero de 1999 y 4 de octubre de 2010, al señalar que, al amparo del artículo 1373 del Código Civil, habrá que notificarse la demanda al cónyuge del titular registral, no obstante los términos del artículo 144.2 RH, por aplicación del principio constitucional de jerarquía normativa (art. 9.3 Const. y art. 1 CC).

- c) Si la deuda ha sido contraída por ambos cónyuges: La demanda habrá de dirigirse contra ambos cónyuges (dado que la deuda fue contraída por ambos), y podrá solicitarse el embargo de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges (1369 CC), y entre ellos el bien confesado. Serán codemandados, no bastando la simple notificación al cónyuge del bien confesado.
- d) Si la deuda es contraída por el cónyuge confesante, ya sea privativa de él o tenga carácter ganancial: Conforme al artículo 1324 del Código Civil, el hecho de tratarse de un bien confesado no es obstáculo para su traba por deudas del confesante, mediante el ejercicio de la acción de impugnación de la confesión (acción de naturaleza rescisoria, como vimos). La demanda tendrá que dirigirse, no obstante los términos del 144.2 RH contra ambos cónyuges (uno como deudor y otro como titular registral). El juez determinará si es embargable el bien confesado, por aplicación del 1324 del Código Civil, lo que constituye el fondo de su resolución ordenando el embargo, y tal extremo no es calificable por el Registrador (100 RH), que se ha de limitar a constatar que competencia del Juzgado, y que la demanda se ha dirigido contra los dos, por aplicación del principio de tutela judicial efectiva (art. 24 Const).

#### *Régimen transitorio*

La Dirección General de los Registros y del Notariado, a partir de la Resolución de 2 de octubre de 1984, equipara, de forma general e indiscriminada, sin distingos de ninguna clase, en cuanto a sus efectos civiles e hipotecarios, los bienes inscritos *ex* artículo 95.2 antes de la Reforma, a los adquiridos después, *ex* artículo 1324 e inscritos al amparo del artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario. La Resolución de 13 de junio de 2003, al señalar que no puede la heredera del titular registral adjudicarse, por sí sola, un bien privativo confesado, sin el consentimiento de los legitimarios del marido de la confesante.

El único argumento serio que podría esgrimirse en contra de dicha aplicación de Derecho Transitorio es el basado en que el cónyuge confesante hizo su confesión, bajo el prisma y en las condiciones permitidas, y conforme al efecto que a la misma reconocía la legislación vigente en ese momento. Pero, a mi juicio, ese argumento no es suficientemente relevante: el confesante no hizo, propiamente, una atribución de privacidad, es decir, una declaración negocial (entonces no permitida, al prohibirse la contratación entre cónyuges), sino una confesión sobre un hecho fáctico: la procedencia privativa del dinero con el que su esposa adquiría: Quedó, en consecuencia, dentro del entonces vigente artículo 1.232 del Código Civil. Este es un elemento puramente fáctico (y atacable si falta a la verdad de los hechos, o por otros medios de acreditar lo

contrario) y no negocial (que era lo prohibido). El carácter privativo resultaría, en consecuencia, de la certeza de lo confesado.

## ESTUDIO DETALLADO DE LAS CUESTIONES MÁS POLÉMICAS

Una vez examinada la regulación registral de los bienes privativos confesados, vamos a hacer un examen de aquellas cuestiones que más dudas o conflictos plantean:

### 1. ACTOS DISPOSITIVOS DEL TITULAR REGISTRAL, VIVIENDO EL CONFESANTE

El titular puede disponer por sí solo (95.4 RH). Teniendo en cuenta que la inscripción registral hace constar el carácter privativo confesado, con la extensión y los límites del artículo 1324 del Código Civil. ¿Quedaría el adquirente del titular registral, en vida del confesante, a título oneroso y de buena fe, y que ha inscrito su adquisición, protegido por el artículo 34 LH frente a las posibles reclamaciones de acreedores y legitimarios? Los pocos autores que tratan la cuestión contestan afirmativamente, alegando la necesaria protección del tráfico jurídico. Desconozco la existencia de pronunciamientos judiciales sobre el tema. La cuestión, a mi juicio, requiere un examen más detallado de los artículos 1295.2 del Código Civil y 34 y 37 LH:

- a) La acción rescisoria es de naturaleza personal, es decir, *ex nunc*, ya que el artículo 1295.2 del Código Civil dispone que no se dará la acción rescisoria cuando los bienes objeto del contrato se hallaren en poder de terceras personas «que no hubieran procedido de mala fe».
- b) El artículo 34 LH, para desplegar sus efectos protectores, exige al tercero, entre otros requisitos cuyo cumplimiento no plantean dudas, los siguientes, cuyo cumplimiento puede discutirse:
  - Acto dispositivo por quien en el Registro aparece con facultades para trasmitir, lo cual se deduce del propio 95.4 RH.
  - Buena fe: se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro. No plantea problemas, a menos que sea conocedor del carácter inexacto de la confesión.
  - «Cuando se anule o resuelva el derecho del trasmítente», lo cual parece referirse al ejercicio de acciones de naturaleza real, con eficacia *ex tunc*. La acción rescisoria es de naturaleza personal, es decir, *ex nunc*, como se ha dicho.
  - «Por causas que no consten en el mismo Registro». La doctrina exige que explícitamente consten en el Registro las causas de nulidad

o resolución. La STS (1.<sup>a</sup>) exige que haya claridad en las causas de nulidad. En el caso que nos ocupa la inscripción se ha practicado a favor del adquirente como «bien privativo confesado», es decir, con la extensión y los límites del artículo 1324 del Código Civil, es decir, dejando a salvo los derechos de legitimarios y acreedores, lo cual nos parece, en un primer examen, suficientemente explícito.

- c) El artículo 37 LH regula las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias, que no se darán contra terceros, pero con excepciones. A los efectos que nos ocupan (acciones rescisorias), interesa examinar la primera y la cuarta excepción:

- 1.<sup>º</sup> Las acciones rescisorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro. Los hipotecaristas (ROCA SASTRE, GARCÍA GARCÍA) entienden que este precepto, tratándose de acciones rescisorias, se refiere al caso de que se haya practicado la pertinente anotación preventiva de demanda, con el propósito de que pueda perjudicar a terceros. Pero no es más cierto que, en nuestro caso, la inscripción deja a salvo los derechos de legitimarios y acreedores.
- 2.<sup>º</sup> Las enajenaciones en fraude de acreedores, que perjudicarán a tercero cuando se hubieran adquirido a título gratuito (ya excluido por el art. 34) o, habiéndose adquirido a título oneroso, hubiera sido el adquirente cómplice en el fraude (*consilium fraudis*), y siempre que la acción se hubiera entablado dentro del plazo de cuatro años desde la enajenación fraudulenta. Este supuesto es distinto al que nos ocupa: no es de aplicación a nuestro caso, salvo que la trasmisión ulterior a terceros se hubiera hecho a título gratuito o, siendo oneroso, con ánimo de defraudar, y siendo el adquirente cómplice en el fraude. Este *consilium fraudis* deberá probarse, pues no se presume, aunque es bien cierto que la jurisprudencia ha ido objetivando el concepto de complicidad, requiriéndose no solo el conocimiento de estar defraudando ( criterio subjetivo) bastando la simple conciencia de causarlo: Así lo señalan las SSTS (1.<sup>a</sup>) de 15 de marzo de 2002, 13 de junio de 2003, 21 de junio de 2004 y 30 de octubre de 2006.

Visto el marco legal, ¿podrían los legitimarios y acreedores ejercitar su acción rescitorio contra tercero inscrito, *ex artículo 34 LH*, teniendo en cuenta las limitaciones de la titularidad del transmitente, que constan en el Registro, al menos, antes de los cuatro años desde que se produjo la confesión (plazo que, en el caso de los legitimarios debería comenzar desde el día del fallecimiento de su causante, que es a partir de cuando pueden impugnarla).

A favor de la protección del tercero podría alegarse:

- 1.<sup>º</sup> Un motivo de política legislativa: sería un obstáculo a la seguridad del tráfico jurídico.
- 2.<sup>º</sup> Por motivos estrictamente jurídicos:
  - La acción rescisoria se predica de negocios jurídicos válidos (art. 1290 CC) y la confesión no es un negocio jurídico, sino una declaración de ciencia: No hay transmisión.
  - Se trata, en todo caso, de una acción rescisoria, y por tanto, conceptualmente, de naturaleza personal y subsidiaria. No debe extenderse más allá de sus fines propios. Su efecto frente a terceros sería *contra natura*.

En contra de tal protección cabe alegar:

- 1.<sup>º</sup> El bien jurídico a proteger es la integridad de las legítimas o el interés de los acreedores.
- 2.<sup>º</sup> El propio Registro está anunciando la posibilidad del ejercicio de dichas acciones, y el adquirente tiene que tenerlo en cuenta a la hora de adquirir (606 CC y 32 CC establecen el principio de publicidad). En otro caso, ¿qué sentido tiene tal constancia?
- 3.<sup>º</sup> Aunque no se trate de una declaración negocial, sus efectos pueden ser análogos a los de un negocio, lo que exige extremar las precauciones.
- 4.<sup>º</sup> No puede hablarse de que se trata de un supuesto excepcional de acción rescisoria contra terceros: El fundamento legal sería idéntico a la rescisión de enajenaciones en fraude de acreedores: Respeto del acreedor, no sería preciso acreditar el *consilium fraudis*, pues el Registro le está advirtiendo del riesgo.

Vistos los argumentos a favor y en contra, y sin perjuicio de reconocer los perjuicios que pudieran derivarse, mi opinión, *lege data*, y no exenta de dudas, es que cabría la acción contra terceros. Me gustaría conocer alguna decisión judicial sobre el tema.

## 2. ACTOS DISPOSITIVOS DEL TITULAR REGISTRAL, FALLECIDO EL CONFESANTE

El titular registral necesitará, para hacer actos dispositivos (no para meros actos de administración), el consentimiento de los legitimarios (art. 95.4 CC), si los hubiere. Si son varios, de todos. Y dicho consentimiento ha de prestarse en documento público (escritura pública, por exigirlo el art. 3 LH), y ha de ser prestado fallecido el confesante. No parece posible la prestación anticipada del legitimario,

por poder implicar una renuncia a la legítima futura en vida del confesante, y si se hiciera, se tendrá por no puesta (816 CC). LACRUZ BERDEJO señala que el consentimiento exigido carece de sentido. MARTÍNEZ SANCHIZ manifiesta su extrañeza por el distinto régimen dispositivo, según haya fallecido o no el cónyuge confesante, que, a su juicio, carece de toda lógica, y que no se deduce del Código Civil, lo que lleva a considerar a Manuel DE LA CÁMARA que la disposición del cónyuge titular, fallecido su causante, es una trasmisión civilmente válida (aunque posiblemente rescindible), pero no inscribible en el Registro de la Propiedad, lo cual no deja de ser anómalo en nuestro sistema jurídico.

Obviamente este precepto no es aplicable a los regímenes de Derecho Foral:

- Bien por el distinto régimen legal establecido, en caso de regímenes de comunidad: vid., lo dicho sobre la legislación aragonesa y navarra.
- Bien, dada la distinta naturaleza de las legítimas: así en Cataluña y Baleares (Resolución de 12 de mayo de 2007, relativo a la legítima catalana, dada su distinta naturaleza).

#### *Fundamento legal de la exigencia de consentimiento de los legitimarios*

Los redactores de la Reforma Hipotecaria de 1982 tuvieron en cuenta los fundamentos en que se apoya la doctrina establecida por la Dirección General de los Registros y del Notariado a partir de la Resolución de 19 de julio de 1952 (tratándose de albacea con facultad de enajenar, es preciso el consentimiento de los legitimarios para asegurar que con tal disposición no se perjudican las legítimas) y Resolución de 27 de febrero de 1982 (para la entrega de un legado por el albacea, habiendo legitimarios, es preciso el expreso consentimiento de estos, para asegurar que no perjudica sus derechos), doctrina que se ha incorporado a la reforma [art. 81.a) y 95.4 RH] y que ha reiterado la Resolución de 20 de septiembre de 1988 (para la venta por el albacea facultado). ÁVILA ÁLVAREZ, al comentar la Reforma Hipotecaria, lo fundamenta en la necesaria protección de los herederos forzados, que en vida de su causante no han tenido posibilidad legal para protestar por la confesión realizada por su causante. No obstante, concluye que, posiblemente, el precepto reglamentario se ha excedido, tratando con más rigor al cónyuge confesado que el cónyuge donatario.

LACRUZ BERDEJO señala que el citado consentimiento debería predicarse, en todo caso, hasta el momento de la liquidación de la sociedad conyugal, pero no después, aunque reconoce que el precepto reglamentario no distingue. La exigencia de consentimiento *sine die* carece de sentido, máxime si no hay obstáculo respecto de los bienes donados por el causante a su cónyuge.

A mi juicio, la tesis de la innecesidad del consentimiento ha de ser más radical. La exigencia del mismo (art. 95.4 RH) no resulta del 1324 del Código

Civil, creando una protección excesiva de los derechos de los legitimarios en perjuicio del cónyuge beneficiado por la confesión. Es más, es manifiestamente contrario a dicho precepto, que solo establece como vía de reparación la rescisión, de naturaleza personal (y por tanto ajena al Registro). La exigencia expresa del consentimiento de los legitimarios es un requisito nuevo exigido por la normativa hipotecaria (y que no tenía antecedentes hipotecarios) y que no resulta de los preceptos civiles (solo podría inferirse de la necesidad de intervención de los legitimarios en la partición). A mi juicio se ha producido, en el ejercicio de la actividad reglamentaria del Gobierno, una evidente extralimitación, tanto por motivos de forma (tal declaración exigiría de norma con rango de ley formal) como de fondo (contraría el principio de jerarquía normativa). Del artículo 1324 del Código Civil no puede deducirse la necesidad de tal consentimiento de los herederos forzosos, como en el artículo 95.4 RH se exige (sin hacer referencia alguna a los acreedores, por cierto). Hay un distinto trato a acreedores y legitimarios, que carece de justificación legal. Como se ha indicado, del artículo 1324 del Código Civil, correctamente entendido, solo puede deducirse una causa de rescisión, de naturaleza personal, y solo para el caso de un concreto y efectivo perjuicio económico, a instancia de legitimarios y de acreedores, y solo en la cuantía estrictamente precisa para reparar el perjuicio irrogado, pero nada más. En efecto, de forma análoga a la que se produce en el caso de donación hecha por un cónyuge al otro de un bien inmueble (ahora permitida), el cónyuge donatario podrá disponer libremente del bien donado, sin exigir consentimiento adicional alguno, fallecido el donante, aunque tal donación, por su propia naturaleza, podría ser atacada de igual manera, vía rescisión, por legitimarios y acreedores, si se hiciera en su perjuicio. Y de forma idéntica podría predicarse respeto del caso de la atribución de ganancialidad (1355 CC). Esta es la vía que, a mi juicio, debía haberse seguido en la Reforma del Reglamento Hipotecario de 1982, y aquí conviene recordar lo que literalmente dijo, en relación al artículo 1323 del Código Civil, la Resolución de 7 de octubre de 1992: «...Es reiterada doctrina de este Centro Directivo la regla de libertad de contratación entre cónyuges, ya que, en caso de fraude, siempre hay los remedios consiguientes...».

#### *Efectos de la extralimitación reglamentaria*

- La competencia para declarar, con carácter general, la nulidad de un Reglamento, por ser contrario a la Ley, es competencia exclusiva del poder judicial, y muy concretamente, al Tribunal Supremo.
- No obstante, el jurista, al aplicar la ley, ha de sujetarse al régimen de fuentes del derecho que establece el artículo 1 del Código Civil (principio constitucional de jerarquía normativa: art. 9 de la Constitución). La cuestión fue planteada frontalmente, para otra cuestión, la Resolución

de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 4 de octubre de 2010, al tratar del artículo 144.2 RH y de su congruencia con el Código Civil (de la que ya se había tratado, como vimos más arriba, en la Resolución de 13 de febrero de 1999) y la Ley Hipotecaria, y que después de señalar el carácter puramente administrativo de la Dirección General de los Registros y del Notariado, señala el carácter quasi jurisdiccional del Registrador de la Propiedad, en el ejercicio de su función calificadora, lo que supone reconocer que queda sujeto, de forma análoga al poder judicial y en el estricto ámbito de su competencia calificadora, al régimen de fuentes del artículo 1 del Código Civil, lo que implica, en términos literales de la citada Resolución, que el Registrador «debe observar el rango reglamentario en tanto no resulte claramente contrario a la norma legal que trata de desarrollar» (cfr. art. 1 CC). En todo caso, y con independencia de ello, sí es interesante el razonamiento de esta posible extralimitación reglamentaria para llegar a una correcta interpretación del verdadero sentido y alcance de los textos legales vigentes.

### *Excepción*

El citado artículo 95.4 RH establece una excepción a la exigencia del consentimiento de los legitimarios para disponer el titular, fallecido el consorte confesante: «Si el carácter privativo del bien resulta de la escritura de partición de herencia». De ello se tratará más adelante.

### 3. LÍMITES DE LA CONFESIÓN

Que el 95.6 RH impone un límite a la confesión (no a la prueba plena de la privacidad, como vimos) hecha *a posteriori*, es decir, con posterioridad al título de adquisición: que no sea contraria a otra aseveración o confesión previamente registrada. Ello es consecuencia de la aplicación de la doctrina de los «actos propios». Tal circunstancia acontece:

1. Cuando se haya justificado en título público el origen de la contraprescripción. No cabe confesión en relación a un bien privativo acreditado.
2. Confesión contraria a otra aseveración previamente registrada:
  - a) Aseveración por ambos cónyuges: Si el carácter ganancial consta por atribución de ambos cónyuges (1355.1 CC) o por realizarse la adquisición de forma conjunta y sin atribución de cuotas (1355.2 CC), tales hechos cierran el paso a ulteriores confesiones de privacidad, por aplicación de la doctrina de los actos propios. Haría

- falta rectificar el título de adquisición (Resolución de 23 de marzo de 2004).
- b) Aseveración de ganancialidad hecha solo por el cónyuge adquirente: Cuando por constar, bien en el título de adquisición o posteriormente en documento separado, que el adquirente (cónyuge titular) lo ha adquirido con carácter ganancial, con fondos gananciales o, incluso, con bienes propios del consorte: Dicha aseveración de ganancialidad (ya sea de la adquisición, ya sea del dinero) se ha hecho por el cónyuge titular, y no vincula al consorte confesante (*ex art. 71 CC*), quien puede, por tanto, confesar la privatidad (así STS 1.<sup>a</sup> de 9 de septiembre de 1997), y tal confesión accederá al Registro, por no ser contraria a otra aseveración o confesión del mismo cónyuge (la que consta es del consorte, y no le puede afectar).
3. Confesión contraria a otra confesión previamente registrada del mismo cónyuge. Aquí es de plena aplicación la doctrina de los actos propios, cerrando su acceso al Registro.

En los dos últimos casos debe exceptuarse, obviamente, el caso de que la confesión o aseveración previamente registrada sea dejada sin efecto por resolución judicial firme.

#### 4. CONSTANCIA REGISTRAL POSTERIOR DEL CARÁCTER PRIVATIVO ACREDITADO

El hecho de que un bien figure inscrito como bien privativo confesado (*ex 95.4 RH*), no impide que con posterioridad se acredeite el carácter privativo de la contraprestación, mediante prueba documental pública (art. 95.2 RH), haciéndose constar tal extremo por nota marginal (*ex art. 95.6 RH*), produciendo el efecto de ser bien privativo acreditado.

¿Qué ha de entenderse por «prueba documental pública»?:

- 1.<sup>º</sup> Parece claro que el acta de notoriedad lo es, si bien no se ignora lo complicado que, en la práctica, puede suponer su tramitación, dado lo difícil de la prueba, dada la fungibilidad del dinero.
- 2.<sup>º</sup> Prueba judicial. La sentencia es un documento público que puede declarar probado un hecho jurídico concreto (la privatidad del precio pagado para la compra), dado que la acreditación de la privatidad debe calificarse como hecho y no como declaración negocial:
  - ¿Hace falta que se haga constar en el fallo? Entiendo que no: Basta que sea declarado probado en los Resultados de la misma, por efecto de la prueba aportada al proceso. Así lo señala la Resolución de 14 de febrero de 2005 (que señala que basta que la privatidad

resulte de los fundamentos y hechos probados por sentencia firme, aunque no sea recogida en el fallo).

- ¿Es preciso que el proceso se dirija contra todos los citados legitimarios? Entiendo que no: Aunque, en principio, el principio de tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución) parece imponerlo (y este es uno de los puntos sujetos a la calificación registral, tratándose de documentos judiciales), ha de tenerse en cuenta que dicha exigencia se predica respecto del titular registral, y los legitimarios no son titulares registrales. Así se deduce de la doctrina señalada por la sentencia del Tribunal Supremo (1.<sup>a</sup>) de 2 de mayo de 1990 (que admite que en juicio contencioso se declare la privaticidad acreditada).

## 5. DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

En caso de disolución de la sociedad conyugal, se ha de examinar si afecta al régimen de los bienes privativos confesados:

- a) Si se disuelve viviendo ambos cónyuges, ya sea por pacto capitular o por efecto de la separación o divorcio: el régimen jurídico de los bienes confesados no sufre modificación alguna.
- b) Si falleciera el cónyuge titular: Que si fallece el cónyuge titular, el bien pasará a su sucesor *mortis causa*, y el consorte confesante sigue quedando vinculado por su confesión (doctrina de los actos propios). Incluso si hubiera mediado, con posterioridad a la confesión, separación o divorcio: no queda afectado por la revocación *ex lege* de los consentimientos y poderes, por efecto de la admisión de la demanda de separación o divorcio (*ex art. 102.1 CC*), pues no es un consentimiento, sino una confesión.
- c) Si falleciera el cónyuge confesante: Subsiste el régimen de inscripción de los actos de administración, pero no el de los actos de disposición o gravamen, como vamos a ver más adelante.

## 6. LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Aquí hemos de plantear los diversos supuestos que se dan en la práctica:

1. Viviendo ambos cónyuges: La liquidación de la sociedad conyugal implica el reparto de los bienes y deudas gananciales entre los cónyuges (o en su caso, sus herederos). Puede ser realizado en un documento *ad hoc*, ya de forma extrajudicial o judicial (por ejemplo, un convenio

regulador). En el acto de liquidación, los bienes privativos confesados pueden quedar en las siguientes situaciones:

- a) Dejar sin efecto la confesión efectuada, e inventariarlo y adjudicarlo como un bien ganancial: La admisibilidad de tal proceder es indudable (1323 CC), pero requeriría causalizarlo, bien afirmando el carácter común de la contraprestación (lo que se presume, *ex 1361 CC*), bien mediante un negocio traslativo inserto en sede liquidatoria (no sería bastante insertarlo en un convenio regulador aprobado judicialmente, requiriendo escritura pública, por exceder la simple liquidación, como se infiere de la doctrina sentada por la Resolución de 5 de agosto de 2011).
  - b) Confirmar su carácter privativo: Se convierte en un bien privativo ordinario. A esta excepción hace referencia el 95.4 RH, al establecer una excepción a la exigencia del consentimiento de los legítimos para disponer el titular, fallecido el consorte confesante: «Si el carácter privativo del bien resulta de la escritura de partición de herencia». Se trata de un requisito cumulativo: Que se haya partido y que el carácter privativo resulte de dicha partición.
  - c) ¿Y si no se hace referencia alguna al bien confesado, no incluyéndose en la liquidación de gananciales? En este caso, el régimen de bien confesado subsistirá, pudiendo disponer de él libremente el cónyuge titular, viviendo el confesante, como hasta entonces.
2. Fallecido el cónyuge titular, pero viviendo el consorte (confesante): Aquí tampoco, en principio, se plantea problema, pues el confesante intervendrá en el acto de liquidación de la sociedad conyugal y adjudicación de herencia, bien confirmándose el carácter privativo (que ya será privativo ordinario) o atribuyendo el carácter ganancial.
- Ahora bien, cabe que los cónyuges se hayan separado o divorciado, o simplemente cambiado su régimen económico-matrimonial y no tuviera que intervenir en la herencia el cónyuge confesante: ¿Podrían los herederos del cónyuge titular, sin concurso del cónyuge confesante, adjudicarse los bienes como privativos y proceder a su adjudicación? Entiendo que sí, siempre que se acredite que vive el cónyuge confesante, ya que sigue vinculado por su confesión. ¿Y si no se acredita? Aquí caben dos supuestos:
- Basta la simple manifestación de que vive: entiendo que sí, pues es análogo al caso de que el cónyuge titular, al disponer, manifiesta seguir casado (lo que no ha de acreditar documentalmente).
  - Y si no dice nada (puede ser, y es lo más probable que no habiendo hijos comunes lo ignore, ya que están separados o divorciados):

Entiendo que el Registrador debería, al menos, exigir que se le manifieste que no le consta el fallecimiento del cónyuge confesante, bastando, por los motivos indicados, la simple manifestación, a menos que del propio contenido del Registro pudiera resultar lo contrario.

3. Si fallece el cónyuge confesante, pero vive el titular: dado que se trata de un bien privativo del consorte, lo conveniente es que, a los efectos del citado 95.4, se reiterara por el cónyuge titular y los legitimarios del confesante premuerto el carácter privativo de la adquisición de su consorte (y se convertiría por efecto de tal declaración en un bien privativo ordinario), lo cierto es que, en la práctica, no suele hacerse (generalmente por olvido). En este caso cabe plantear muchas incógnitas: ¿Basta que se haya partido y no conste que el bien ha sido traído a la partición como ganancial, o que se diga que los únicos bienes gananciales son los inventariados, quedando los herederos del confesante vinculados por dicha declaración como acto propio? ¿Es preciso una referencia expresa al carácter privativo confesado del bien del cónyuge que dispone? ¿Es suficiente una mera referencia genérica? El tema es complicado resolverlo con carácter general, debiendo acudir a las circunstancias de cada caso: en sede judicial, será el Juez el que determine lo que proceda; en el ámbito puramente registral, los estrechos márgenes de la función calificadora impiden tener en consideración tales circunstancias. Estos extremos han sido objeto de la Resolución de 13 de abril de 2011, en la que el autor de estas letras fue recurrente (con poco éxito como se verá), y que ha sido recurrida por mí ante la jurisdicción civil (entre otras causas porque, además, dejó de contestarse por el Centro Directivo muchas de las alegaciones hechas por el recurrente). La DG desestima el recurso, y determinó en resumen:
  1. La confesión no es una declaración de voluntad sino un medio de prueba.
  2. El artículo 95.4 RH no contraviene el artículo 1324 del Código Civil, al exigir el consentimiento de los herederos forzosos del confesante, si los tuviese, salvo que el carácter privativo resultase de la partición de la herencia.
  3. El mero hecho de que en la escritura de partición no se haya incluido el bien, no supone una excepción del artículo 95.4 de dicho Reglamento, siendo necesario, según la Jurisprudencia, pruebas eficaces y contundentes para desvirtuar frente a terceros la presunción de ganancialidad, teniendo la confesión un limitado efecto, no perjudicando a los legitimarios y acreedores.

4. En el procedimiento registral no cabe el desenvolvimiento de la prueba en forma contradictoria, ni se concede al registrador las amplias facultades de apreciación de que goza el juez en los procedimientos declarativos (*idem*, la Resolución de 28 de noviembre de 1988); por otro lado, la exigencia de acreditación fehaciente de los actos o negocios que pretenden su acceso al registro, impiden apreciar consentimientos presuntos. En definitiva, la no inclusión en el inventario no determina su carácter privativo, pues ello puede obedecer a muy diversas causas, incluso el desconocimiento de la existencia de la confesión.

La doctrina sentada por la citada Resolución, abstractamente analizada, es correcta. Pero en el caso concreto acontecían otras circunstancias, planteadas en el recurso y no resueltas, a mi juicio, por la Resolución:

- a) En el concreto caso, al haberse hecho la partición, el ordenamiento había desplegado ya todos los instrumentos legales para la protección del legitimario, máxime cuando en la escritura de partición todos los otorgantes se declararon satisfechos en sus derechos como herederos, y renunciaron a cualquier acción por razón de tal cualidad. Por eso, una vez hecha la partición, el hecho de que la confesión pudiera lesionar la legítima, no provoca la nulidad de la partición, sino tan solo da derecho a exigir el complemento de legítima (815 CC).
  - b) Los herederos, que habían aceptado pura y simplemente la herencia del confesante, quedaron vinculados a los actos propios del causante (y en particular, a la confesión de privacidad). Ello sin prejuzgar como acto propio el hecho de declarar, además, que no hay más bienes gananciales que el inventariado (que no era el confesado).
4. Fallecido el cónyuge titular y fallecido posteriormente el cónyuge confesante: En este caso, es evidente el necesario concurso de los legitimarios, por así exigirlo el artículo 95.4 RH, no pudiéndose proceder al simple reparto del bien confesado como privativo sin más en la herencia del cónyuge titular, sin el concurso de los legitimarios del confesante (Resolución de 13 de junio de 2003).

## 7. CONFESIÓN DE PRIVATICIDAD Y EL REGISTRO MERCANTIL

Los bienes privativos confesados también plantean cuestiones interesantes:

- En la constitución o ampliación de capital de una sociedad mercantil. Es perfectamente posible que el cónyuge del suscriptor declare la pro-

cedencia privativa de la aportación (sea dineraria o *in natura*) realizada por su consorte. Las acciones o participaciones adquiridas tendrán carácter privativo *ex artículo 1324 del Código Civil*. Esta declaración, relevante en el orden civil, entiendo que es irrelevante a los efectos del Registro Mercantil, teniendo en cuenta que nuestro Registro Mercantil no es un Registro de bienes, ni acredita la propiedad de las acciones o participaciones.

- Viviendo el cónyuge confesante, el titular podría disponer libremente de las acciones (el 1384 CC le permite disponer en todo caso) o de las participaciones sociales (no sería necesario el consentimiento del consorte, al no ser gananciales).
- Fallecido el cónyuge del titular de las acciones o participaciones así adquiridas: ¿Será preciso el consentimiento de los legitimarios del fallecido, *ex artículo 95.4 RH*? La respuesta solo puede ser negativa: El artículo 95.4 RH es un precepto adjetivo y referido al Registro de la Propiedad (es decir, a los inmuebles), no siendo de aplicación a las acciones o participaciones sociales. Lo cual no impide que los legitimarios puedan ejercitar las acciones en defensa de su derecho, en los términos del artículo 1324.5 del Código Civil. La remisión que el Reglamento del Registro Mercantil hace al Reglamento Hipotecario (art. 80 RRM) ha de entenderse limitada al Título I (Organización y funcionamiento del Registro Mercantil) referida a cuestiones adjetivas (modo de llevar el Registro).

## 8. CONFESIÓN DE PRIVATICIDAD Y EL REGISTRO DE BIENES MUEBLES

Cabe reiterar lo antes dicho, pero teniendo en cuenta que en este caso sí se trata de un Registro de Bienes (y no de personas, como el Registro Mercantil). Por idénticas razones a las antes expuestas, entiendo que no procede aplicar el artículo 95.4 RH. El tema más polémico son los buques y las aeronaves.

Respecto de los buques, el artículo 585 del Código de Comercio señala su condición de bien mueble (salvo a los efectos de hipoteca, que se considera inmueble, según dispone el art. 1 de la Ley de Hipoteca Naval). Ello lleva a la doctrina a hablar de «cosa mueble registrable» o «bien mueble *sui generis*». Suponiendo un buque adquirido por uno de los cónyuges con dinero privativo confesado por su consorte, y fallecido el cónyuge confesante, podría pensarse que para vender no sería de aplicación el 95.4 RH, pero sí para hipotecarlo, por la remisión que la Ley de Hipoteca Naval hace al Reglamento Hipotecario. Pero esta remisión, al igual que en el caso del Registro Mercantil, debe entenderse a cuestiones adjetivas (no sustantivas), por lo que se estima inaplicable el artículo 95.4 RH a la hipoteca del buque. A más abundamiento, debe tenerse en cuenta que la trasmisión o gra-

vamen del buque es un acto de comercio, y el artículo 6 del Código de Comercio permite la venta o gravamen al titular comerciante, con independencia de que haya fallecido o no el cónyuge confesante.

Respecto de las aeronaves, la asimilación legal al buque es total, siendo calificadas como «bienes muebles *sui generis*» (art. 130 de la Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960), por lo que es aplicable lo antes expuesto para los buques.

H) MEDIDAS CAUTELARES QUE SE INTRODUCEN EN LAS ESCRITURAS PARA EVITAR EL ULTERIOR CONSENTIMIENTO DE LOS LEGITIMARIOS

La práctica notarial, tan pegada al terreno, ha ido introduciendo cláusulas que tratan de evitar las consecuencias negativas que puedan derivarse del citado artículo 95.4 RH.

A) El procedimiento idóneo es consignar en el documento de liquidación de gananciales, o, en su caso, en el de herencia, una referencia inequívoca (aunque sea concisa) al bien privativo confesado, reiterando el carácter privativo de la contraprestación, y que, lógicamente, quedará fuera del reparto, al ser privativo del consorte. A partir de tal referencia, el efecto práctico sería que el bien en cuestión pasaría, a efectos registrales, de ser privativo confesado a ser privativo acreditado. Estimo que tal referencia podría dar lugar, si constara en documento público, a su constancia registral por medio de nota marginal (*ex 95.6 RH*), teniendo por efecto práctico convertir el bien privativo antes confesado en bien privativo acreditado.

B) Pero, a veces, bien no es posible, o no es conveniente, o bien simplemente se olvida hacer tal referencia. ¿Qué hacer para intentar evitar la prestación del consentimiento de los legitimarios?:

- a) Un tipo de cláusula se suele introducir en la escritura de liquidación de la sociedad conyugal, o de herencia, en su caso, en los siguientes o parecidos términos: «Los comparecientes manifiestan que solo gozan de la condición de bienes gananciales los relacionados en esta escritura»; o redactado de forma más amplia: «las partes manifiestan que solo gozan de la condición de bienes gananciales los relacionados en esta escritura, como tales, debiendo considerarse como privativos de cada uno de los cónyuges aquellos bienes adquiridos por ellos y que no figuren expresamente mencionados».
- b) Otro tipo de cláusula es quizás más explícita: «Los comparecientes manifiestan que no hay más bienes gananciales que los inventariados. Cualquier otro bien o derecho titulado a favor de uno cualquiera de

los cónyuges, habrá de reputarse privativo de su respectivo adquirente, ya hubiera sido acreditado o simplemente confesado el origen privativo de la contraprestación, ya figuren en el Registro de la Propiedad como privativos acreditados o simplemente privativos confesados. Si hubieran sido adquiridos por uno solo de los cónyuges, sin declaración alguna sobre el carácter del bien, y, en su caso, se hubiera inscrito en el Registro de la Propiedad como presuntivamente ganancial, valga la presente declaración como confesión del cónyuge del titular acerca del carácter privativo de la contraprestación».

Ambas cláusulas, insertas en sede de la liquidación de la sociedad conyugal, tendrían el efecto práctico de convertir el bien privativo confesado en un bien privativo «ordinario», al no existir ya sociedad de gananciales. Y no impiden, a mi juicio, que, de ser necesario, pudiera hacerse una ulterior adición, siempre que el carácter ganancial del bien adquirido durante el matrimonio resultara del título, bien por haber sido adquirido conjuntamente por ambos cónyuges sin asignación de cuotas, bien por haberse atribuido dicho carácter por ambos cónyuges (*ex art. 1355 CC*), bien lo sea por haber sido adquirido por uno solo de ellos, aseverado el carácter ganancial de la contraprestación. ¿Son válidas tales cláusulas? Hemos de distinguir:

*En el ámbito puramente civil.* En principio, la validez de las mismas dependerá de varias circunstancias:

- a) Que no se califique como pacto sobre los medios de prueba utilizables: La sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 4 de mayo de 2001, recurso 1072/1999, citando jurisprudencia del TS, determina que no se admite la validez de los pactos sobre los medios de prueba utilizables (permitiría la realización de fraudes civiles y fiscales, y se podría sustraer dichos bienes a la acción de los acreedores del otro cónyuge).
- b) Ha de referirse a bienes y derechos conocidos por los interesados al tiempo de la renuncia (no puede renunciarse a algo que se desconoce). La STS (1.<sup>a</sup>) de 30 de mayo de 2005, interpretó que la renuncia de la viuda a sus derechos en la sociedad de gananciales, en cuyo inventario solo se incluyeron los bienes inmuebles, pero no el dinero, no se extiende al dinero. En igual línea las SSAP de Las Palmas, de 20 de mayo de 1999 (la manifestación de la esposa de que nada tenía que reclamar fuera de la liquidación hecha en convenio regulador se funda en un error, cual el desconocimiento de la existencia de valores gananciales, no implicando renuncia a la acción de adición *ex art. 1079 CC*) y AP de A Coruña (Sede de Santiago de Compostela), de 31 de marzo de 2011, recurso 513/2010 (distinguiendo, en un convenio regulador, cuando no se incluyen bienes y obligaciones, cuya existencia era conocida por

ambos, y aquellos cuya existencia se desconocía por cualquiera de los cónyuges. Respecto de los primeros es válida la renuncia, que vincula a los cónyuges en virtud de la doctrina de los propios actos. Pero no en el segundo caso).

- c) Y que no se conceptúe como renuncia genérica al derecho a exigir una posible adición de herencia: la renuncia de derechos para que sea válida ha de recaer sobre un derecho concreto, determinado y perfectamente identificado, no siendo admisible las renuncias genéricas e indeterminadas (SSAP de Badajoz, de 13 de abril de 2010, recurso 136/2010 y AP de Oviedo, de 16 de mayo de 2008, recurso 47/2008). Por analogía a lo dispuesto para la acción de rescisión por lesión, la renuncia solo será válida cuando el renunciante, al hacerlo, conozca todas las circunstancias de hecho que determinan la realidad y existencia de la lesión.

*En el ámbito puramente hipotecario:* Estas referencias genéricas se estiman por la Dirección General, a los efectos del Registro de la Propiedad, insuficientes (vid. Resolución de 15 de diciembre de 2006 y 13 de abril de 2011). Se trata de consentimientos presuntos, que no pueden ser apreciados ni valorados, dado el estrecho ámbito de la prueba en el procedimiento registral. Por ello, en la práctica, las cláusulas estudiadas operan en relación con bienes muebles y dinero.

## I) CUESTIONES FISCALES

Al tratarse de una declaración en la esfera de los hechos, carente de naturaleza negocial, y complementaria a un título de adquisición, entiendo que no está sujeta al Impuesto de Trasmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados:

- Ni por el concepto TPO: por no implicar desplazamiento patrimonial alguno (al desenvolverse en el ámbito de los hechos).
- Ni por el concepto AJD: por carecer de interés o cosa valuable.

Si enmascararan un verdadero negocio jurídico (fuera o no válido), procedería la liquidación, ya por el ITP, ya por el ISD, según proceda, dado que el artículo 2.1 LITPyAJD (TR aprobado por RDLeg. 1/1993, de 24 de septiembre) dispone que el impuesto se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza del acto o contrato liquidable, cualquiera que sea la denominación que las partes le hayan dado, prescindiendo de los defectos, tanto de forma como intrínsecos, que puedan afectar a su validez y eficacia. Pero para ello, debería acreditarse el negocio jurídico disimulado en la confesión, y en este caso:

- Si es gratuito (es decir, no se tendrá en cuenta en la liquidación de gananciales): Tributará por el ISD.
- Si es oneroso (lo que se presume, 1358 del CC, trayéndose a cuenta en la liquidación conyugal): Tendría un efecto análogo, a efectos fiscales, a una liquidación parcial y anticipada de la sociedad conyugal, y encajaría en la exención del artículo 45.I.B.3 del Texto Refundido ITP (así lo ha estimado la STSJ de Extremadura, de 14 de mayo de 2009).

## *RESUMEN*

### *CONFESIÓN DE PRIVATICIDAD BIENES PRESUNTIVAMENTE GANANCIALES REFORMA DERECHO DE FAMILIA*

*El presente trabajo pretende abordar la rica problemática que resulta del régimen legal de los bienes privativos confesados, es decir, aquellos cuya privacidad resulta de la sola manifestación de su consorte, examinando para ello los artículos 1324 del Código Civil y su desarrollo hipotecario (principalmente el art. 95 del RH), que contiene una regulación sustantiva que difiere, en algunos aspectos, a la normativa civil, con especial atención a las posiciones doctrinales y, sobre todo, jurisprudenciales, tanto del Tribunal Supremo como de la Dirección General de los Registros y del Notariado, examinados bajo un prisma esencialmente práctico, y con la sana intención de superar los inconvenientes que resultan del régimen legal, que se ha manifestado especialmente conflictivo. Se llega así a ciertas conclusiones, posiblemente no pretendidas por el legislador, que pueden resultar sorprendentes o perturbadoras del tráfico jurídico inmobiliario, lo que nos lleva a concluir la conveniencia de replantejar el régimen legal hoy vigente, bajo el prisma de la libertad de contratación entre los cónyuges, que predica el artículo 1323 del Código Civil, que fue uno de los ejes fundamentales de la reforma del Derecho*

## *ABSTRACT*

### *RECOGNITION OF PRIVATE OWNERSHIP PRESUMABLY JOINTLY OWNED PROPERTY OF A CONJUGAL PARTNERSHIP FAMILY LAW REFORM*

*This paper attempts to address the wealth of problems resulting from the legal procedure for assets recognized as privately owned, i.e., assets whose privacy of ownership stems solely from the fact that they are acknowledged by the owner's consort as privately owned. The paper examines article 1324 of the Civil Code and its implementation in mortgage law (mainly article 95 of the Mortgage Regulation), which contains a substantive regulatory component that makes mortgage law different in some respects from civil legislation. Special attention is paid to the stances taken in legal thought and especially the positions taken in case law by both the Supreme Court and the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs, which are examined from an essentially practical view, with the healthy intention of working past the most conflictive of the legal procedure's drawbacks. Certain conclusions are thus reached, possibly conclusions not intended by legislators. We are led to the conclusion that it would be advisable to remodel the legal procedure now in force to encompass the freedom of contract between spouses es-*

*de Familia, llevada a cabo hace ya treinta años. Parafraseando a Tirso Carretero, se propone un retorno al Código Civil, frente al exceso reglamentario.*

*tablished in article 1323 of the Civil Code, which was one of the fundamental pillars of the family law reform of thirty years ago. To paraphrase Tirso Carretero, the paper proposes less over-regulation and more direct use of the Civil Code.*

*(Trabajo recibido el 4-12-2011 y aceptado para su publicación el 1-2-2010)*