

II. Resoluciones de la Dirección General

Por JOSÉ M.^a CHICO Y ORTIZ

EL ACUERDO DE LOS CONYUGES PARA TRASLADAR O TRANSMITIR BIENES DE SU PATRIMONIO A LA SOCIEDAD CONYUGAL, SOLO SERA TRASLATIVO SI EN EL HAY DONACION, O BIEN, UNO DE LOS «CIERTOS CONTRATOS» QUE SEGUIDOS DE LA TRADICION, CONSTITUYEN EL TITULO Y MODO DE TRANSMITIR EL DOMINIO CONFORME AL ARTICULO 609 DEL CODIGO CIVIL. ES OBLIGADA LA EXPRESION DE LA NATURALEZA DEL TITULO EN BASE DEL PRINCIPIO DE DETERMINACION Y CALIFICACION REGISTRAL (Resolución de 26 de octubre de 1992, B.O. 1 de diciembre de 1992).

Hechos.—I.—El día 29 de agosto de 1985, don Federico Ortells Pérez, Notario de La Font d'en Carros, como sustituto y para su protocolo, autorizó en Xeraco una escritura pública por la que los cónyuges don A. F. F. y doña A. B. M. agrupan dos solares de los que uno de ellos les pertenece con carácter ganancial y el otro colindante con el anterior, le pertenece a don A. F. por herencia, y describen el solar resultante y declaran su valor en 200.000 pesetas, y que con inversión de fondos gananciales, previas las oportunas licencias y bajo dirección técnica adecuada, declaran haber construido sobre el solar agrupado la obra nueva que describen y que se valora en 2.600.000 pesetas. En la cláusula V de la escritura se expresa: «los cónyuges comparecientes, acogiendo a lo dispuesto en los artículos 1.255, 1.323, 1.355 y otros del Código Civil, acuerdan dar carácter ganancial a la total finca agrupada y a la construcción verificada sobre la misma».

II.—Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad número 3 de los de Gandía, fue calificada con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción de agrupación de fincas, a que en primer lugar se refiere el precedente documento, por el defecto considerado subsanable de no especificarse el negocio jurídico, en cuya virtud, un bien que hasta la fecha tenía naturaleza privativa, finca descrita en el apartado II, pasa a ser por agrupación, con carácter ganancial, artículo 609 del Código Civil y 51 del Reglamento Hipotecario; y, en su consecuencia, la obra nueva que se declara sobre la finca agrupada. No se ha tomado anotación preventiva de suspensión, por no haberse solicitado. Gandía, 8 de junio de 1991.—El Registrador.—Firma ilegible».

III.—El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que antes de la reforma operada en el Código Civil, por Ley de 13 de mayo de 1981, párrafo 2.º del artículo 1.404

atribuía carácter ganancial a los edificios construidos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges, que constituía, según la doctrina un caso de accesión invertida, una excepción al principio consagrado en el artículo 358 del citado Código. Que la reforma citada elimina tal excepción conforme a lo dispuesto en el artículo 1.359, pero tanto este precepto como el antiguo dejan a salvo los respectivos derechos de crédito por el valor del suelo o de la edificación. Que parece ser cierto que el primitivo precepto había calado hondo en la sociedad y de aquí procede que se haya preguntado si para llegar a un idéntico resultado cabe interpretar ampliamente el artículo 1.355 del Código Civil, y dicha cuestión ha sido respondida afirmativamente por las Resoluciones de 10 de marzo y 14 de abril de 1989 a cuyo argumento hay que remitirse. Que en la nota de calificación parece que hay un malentendido del Registrador, pues es obvia que ese pasar a ser ganancial no se produce por razón de ni en el momento de la agrupación, sino por razón de la obra nueva con fondos gananciales y la simultánea declaración de voluntad de los cónyuges, quienes hacen uso de la facultad que la Ley les concede (artículo 1.355) de modificar una cierta situación jurídica, y no parece preciso exponer ante el Registrador cuál sea la naturaleza o el «nomen» de tal negocio o ejercicio de tal facultad. Que, ciertamente, hay que reconocer que el texto de la escritura omite, a la hora de la agrupación, señalar las cuotas indivisas, ganancial y privativa, correspondientes a la finca agrupada (artículo 45 in fine del Reglamento Hipotecario), pero tal indeterminación dura unas pocas líneas, pues al final de la escritura queda claro que toda la finca agrupada va a ser ganancial, suelo y vuelo; y según se deduce del artículo 49 del Reglamento Hipotecario, procede la práctica en una sola inscripción de total contenido de la escritura objeto de este recurso.

IV.—El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: I. Que el despacho de la escritura calificada exigiría como operaciones previas a la inscripción de declaración de obra nueva sobre el solar resultante de la agrupación, las siguientes: *a)* El cambio de titularidad de la finca privativa del marido, que pasaría a tener naturaleza ganancial; *b)* La agrupación de las dos fincas dando lugar a una nueva finca registral; *c)* Y en el folio de esta nueva registral la inscripción de la obra nueva declarada. No es óbice el hecho que por economía, tracto abreviado de asiento, se practique la constancia registral de todas las operaciones en un solo asiento (artículo 49 del Reglamento Hipotecario). Que previa a inscripción de la obra nueva declarada hay que calificar la agrupación realizada. Lo pretendido por los cónyuges es que la finca resultante de la agrupación y la obra nueva declarada tenga naturaleza ganancial, como lo manifiestan en el apartado V de la escritura, y en el mismo sentido, el Notario recurrente manifiesta que la finca agrupada va a ser ganancial. Así en el presente recurso se plantea la cuestión *a)* si por la mera alegación del artículo 1.355 del CC una finca privativa del marido puede al agruparse con otra ganancial de ambos cónyuges pasar a ser la finca resultante de naturaleza ganancial, o en su contexto más amplio, si como consecuencia de la declaración de obra nueva realizada con fondos gananciales sobre finca privativa en todo o en parte de uno de los cónyuges, puede por aplicación del citado artículo 1.355 inscribirse el todo con carácter ganancial (tesis del recurrente) o *b)* si, por el contrario, para que ello se produzca, será necesaria como requisito previo, la celebración entre los cónyuges de un negocio jurídico por cuya virtud la finca privativa en todo o en parte de uno de ellos, pasará a pertenecer al patrimonio ganancial y, en consecuencia, por accesión, tendrá

naturaleza ganancial la obra sobre ella edificada (tesis mantenida por el Registrador que se recoge en la nota de calificación). II. Que no puede admitirse el punto de vista del recurrente, cuando afirma que la finca privativa pasa a tener naturaleza ganancial no por razón de ni en el momento de confundirse con la agrupada, sino porque sobre la finca agrupada se ha construido un edificio con fondos gananciales alegando la aplicación del artículo 1.355 del CC, por los siguientes motivos, además de los que se expondrán en el apartado siguiente: *a)* El supuesto quedaría totalmente fuera del ámbito de aplicación del citado artículo, puesto que la finca se adquirió a título gratuito, y *b)* El precepto aludido se refiere a la adquisición «ex novo» de bienes y no a su cambio de naturaleza con posterioridad a la adquisición. III. Que tampoco es admisible la tesis del recurrente de que el actual artículo 1.355 CC consagra un supuesto de accesión invertida y ello en base a los siguientes argumentos: *a)* El principio general de accesión que rige en nuestro derecho está recogido en los artículos 350 a 359 del Código Civil; *b)* En el ámbito de la sociedad de gananciales, el principio de accesión viene recogido en el actual artículo 1.359-1.º del Código, que en su párrafo segundo recoge el mecanismo de compensación para el caso de que la inversión se haya realizado con fondos pertenecientes a patrimonios distintos al que pertenece el suelo, teniendo efectividad tal mecanismo a la disolución de la sociedad conyugal o a la enajenación del bien mejorado; *c)* El artículo 1.359 del Código Civil tiene carácter imperativo; *d)* Toda excepción a un principio general del derecho y a una disposición de carácter imperativo tiene que venir establecida expresamente, cosa que no ocurre con el artículo 1.355, una de las finalidades de la reforma de 13 de mayo de 1981, en opinión de la doctrina, es precisamente derogar la accesión invertida, recogida en el antiguo artículo 1.404 del Código Civil; *e)* Porque ello significaría burlar el artículo 1.359, incurriendo en fraude de ley, artículo 6-4.º del Código Civil; *f)* De admitirse la interpretación del recurrente, significaría que en el artículo 1.355 del Código Civil se establece un modo de adquirir el dominio que no viene establecido en el artículo 609 de dicho texto legal. IV. Que las resoluciones mencionadas por el recurrente en apoyo de su tesis, se refieren a notas de calificación diferentes a la ahora recurrida. V. Que la finca resultante sólo podrá tener naturaleza ganancial si previamente se ha realizado entre los cónyuges un negocio jurídico por cuya virtud la finca registral privativa del marido sale del patrimonio privativo de éste e ingresa en el patrimonio ganancial, y esta adquisición del dominio de una finca por la sociedad de gananciales tiene que verificarse por uno de los medios admitidos en nuestro derecho (artículo 609 del Código Civil), así la agrupada tendrá naturaleza ganancial y por accesión la obra nueva sobre ella construida. Negocio jurídico que desde la reforma de 13 de mayo de 1981 pueden celebrar entre sí los cónyuges, pero que deberá contener como mínimo los requisitos esenciales para su validez (artículo 1.261 del Código Civil), requisitos que son objeto de calificación por parte del Registrador (artículo 18 de la Ley Hipotecaria), destacando entre ellos, la causa del negocio jurídico, conforme la Resolución de 25 de septiembre de 1990.

V.—El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana revocó la nota del Registrador fundándose en que la posibilidad del pacto de ganancialidad es una consecuencia del régimen de contratación entre cónyuges introducido por la Ley de 13 de mayo de 1981, en el artículo 1.323 y de aquí que no sólo quepa admitir el pacto que excepcione el mecanismo de la subrogación real (artículo 1.355), sino que también sea admisible aquel

pacto que excepcione las demás reglas por las que el bien sería privativo aun pagado con bienes gananciales, cual es el establecido en el artículo 1.359, cuya admisibilidad ha sido reconocida en la Resolución de 14 de abril de 1989.

VI.—El Registrador apeló el auto presidencial manteniéndose en las alegaciones que figuran en el informe.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 609, 1.095, 1.323, 1.462 del Código Civil; 2.º, 9.º, 10, 245 de la Ley Hipotecaria; 51, 58 y 245 del Reglamento Hipotecario y las Resoluciones de 10 de marzo de 1989, 14 de abril de 1989, 25 de septiembre de 1990, 21 de enero de 1991 y 7 de octubre de 1992.

1. Están conformes el Notario y el Registrador en que es posible la transferencia de un bien desde el patrimonio privativo de uno de los cónyuges al patrimonio ganancial, y únicamente disienten en si basta, para que se produzca la inscripción del acto por el que un bien privativo (un solar) pasa a ser bien ganancial, con que conste que hay acuerdo de los cónyuges para la agrupación del solar privativo con otro solar ganancial y por el que, a la vez, dan «carácter ganancial a la total finca agrupada y a la construcción verificada sobre la misma».

2. Como con ese acuerdo un bien (el solar privativo) es transferido desde un patrimonio privativo a otra masa patrimonial —la de gananciales—, que es distinta tanto por la titularidad como por las cargas y obligaciones a que está afecta, el acuerdo de los cónyuges sólo será traslativo si en él hay donación o bien uno de los «ciertos contratos» que, seguidos de tradición, constituyen el título y modo de transmitir el dominio conforme a lo dispuesto en el artículo 609 del Código Civil. A efectos registrales, la expresión de la naturaleza del título es obligada tanto por exigirlo el principio de determinación registral como por ser presupuesto lógico necesario para que el Registrador pueda cumplir con la función calificadora en su natural extensión, pues obviamente no son los mismos requisitos los que se exigen para la transmisión por donación, por venta, por negocio de comunicación contra el derecho de reembolso, etc.

Esta Dirección General ha acordado revocar el auto apelado y confirmar la Nota del Registrador.

COMENTARIOS CRITICOS

Entiendo que esta Resolución tiene una gran trascendencia por dos motivos fundamentales: el primero es el de romper esa indecisión frente al negocio de «aportación» que la práctica articula con cierta malicia y de espaldas a una legalidad. El segundo es el de poner «coto» a esa obsesión conyugal de convertir en gananciales los bienes que originariamente son privativos por un mecanismo que sólo aparentemente tiene un apoyo en un negocio llamado de «aportación» a la sociedad de gananciales. La libertad contractual nadie la niega —después de la reforma—, pero lo que sí niegan los juristas es que esa libertad no se encauce a través de los negocios que en manos de los cónyuges pone la normativa.

Por ello, sí creo que es preciso ver la evolución de las Resoluciones de la Dirección General desde el momento que se enfrenta con el negocio de «aportación», el tránsito que hace a la necesidad de la expresión de la causa y la exigencia de que en vez de «tomar atajos» sigamos el camino real que nos marca la ley. Ha sido un camino de indecisiones que ha provocado valentías,

pero que ahora habrá de celebrar arriando la bandera de la «aportación» y regresando —como hicieron los romanos— a la casa con la idea del Derecho.

Como espero que este comentario se publique simultáneamente al que hago de la Resolución de 7 de octubre de 1992, remito al lector al mismo en lo referente a la trayectoria seguida por la Dirección General que, indecisa en un principio favoreció la práctica de unas híbridas «aportaciones a la sociedad conyugal», pero que luego fue reaccionando hasta llegar a la presente en la que se separa perfectamente el amplio principio de libertad de pacto de la necesidad que el mismo exige estar envasado en alguno de los contratos que la legislación arbitra para esos casos, siempre, por supuesto, acompañados de la causa que les da validez y eficacia (1).

También margino las opiniones doctrinales que sobre este punto han recaído —entre ellas las mías— pues al igual que con las Resoluciones me remito al anterior comentario. No obstante, sí quiero destacar que en dos o tres de los trabajos que cito, los Notarios que defendieron la eficacia de la «aportación de bienes» pusieron en su defensa muchos y variados argumentos que evidenciaban la gran preparación y el estudio profundo que habían hecho de la materia. Cito el de IGNACIO CARPIO GONZÁLEZ y el de CÉSAR PASCUAL DE LA PARTE. Lo que pasa es que cuando se trata de defender una figura «extraña», los argumentos están apoyados en arenas movedizas y a poco que se profundice se derrumba todo el argumento.

Al producirse la invasión de este deseo de cambio de naturaleza de los bienes con fines más o menos confesables, los que hemos estado en la trincheras de la calificación hemos ido procurando dar unas soluciones a través de la necesidad de la causa, de la contraprestación o de la calificación como contrato sinalagmático a la enigmática figura. Pero había casos en los que ya era imposible la solución legal y había que ofrecer el recurso: el del soltero que compra un piso, lo hipoteca y al cabo de cierto tiempo se casa y la deuda hipotecaria la va pagando la sociedad de gananciales, pretendiéndose que ese hecho produjese el cambio de naturaleza de los bienes de privativos en gananciales.

La gran habilidad del Registrador de la Propiedad al redactar la nota calificadora abre el cauce lógico y jurídico a la solución que la Dirección confirma: ¿Cuál es el contrato que permite hacer tránsito a un bien privativo en otro ganancial? ¿Se han utilizado alguno de los que señala el artículo 609 del CC? El caso, como se sabe, era la agrupación de un bien privativo con otro ganancial y construcción de obra nueva, considerando al conjunto como ganancial.

La Dirección General, siguiendo en este punto las claras razones que da el Registrador, mantiene su nota, aunque el Auto Presidencial, basado en criterios anteriores de la misma, revoca la nota registral. Es importante destacar estos puntos:

1. Queda claro que ni Notario ni Registrador niegan el principio de libertad de contratación del artículo 1.323 del CC. Creo que en ninguna de las Resoluciones anteriores se cuestionó ese tema que era una de las bases de modificación legislativa del régimen matrimonial.

2. Aunque la Dirección General no llega a decirlo, sí se deduce que acepta la argumentación del Registrador que califica al artículo 1.359 CC como

(1) Ver también pág. 219 del núm. 614, enero-febrero de 1993, de esta Revista.

de carácter preceptivo. Yo creo que lo apunté en un comentario a la primera de las resoluciones sobre el tema: ¿Cabe que en capitulaciones matrimoniales se estipule que no se aplicará la doctrina del artículo 1.359 y sí la del antiguo 1.404 CC? El Registrador habla de fraude de ley y yo también lo apuntaba.

3. No puede haber acuerdo traslativo o negocio de atribución patrimonial con cambio de titularidades si para el mismo no se utiliza el mecanismo de la donación o esos «otros contratos» de que habla el CC en el artículo 609.

Conviene destacar, por último, cómo la Dirección precisa que al haber un tránsito de un patrimonio privativo a una masa patrimonial distinta, tanto en titularidad como en cargas, es preciso un contrato traslativo y causal. Estas afirmaciones refuerzan uno de mis primeros argumentos, ya que no es lo mismo el carácter de un bien privativo sujeto en el patrimonio a una posible vicisitud de exigencias legales de herencia, legados, reservas, gravámenes, etc., que su conversión en ganancial y diluido en esa masa, que en el momento de la liquidación pudiera solamente encontrarse el heredero con unas monedas en vez de con la finca heredada de ascendientes familiares y sujeta a una trayectoria institucional. A mi parecer la materia de sucesiones tiene algún argumento que podría reforzar la solución dada por la Dirección General. De cualquier forma se ha terminado, en el campo de la calificación, que una vez más remodela las construcciones notariales con la gran pesadilla de las «aportaciones».

AL NO ABORDARSE EN LA NOTA DE CALIFICACION LA VALIDEZ O NULIDAD DEL NEGOCIO DE APORTACION REALIZADO POR LOS CONYUGES, SIN EXPRESION DE LA CAUSA QUE LO MOTIVA, SE ELUDE LA CUESTION Y SE AFIRMA LA LIBERTAD DE CONTRATACION ENTRE CONYUGES, SIN QUE ELLO SUPONGA ALTERACION DEL REGIMEN CONYUGAL, CONSIDERANDO QUE EL ARTICULO 1.355 DEL CC NO PASA DE SER UNA MANIFESTACION DE DICHO PRINCIPIO (Resolución de 7 de octubre de 1992, B.O. de 18 de noviembre de 1992).

Hechos.—I.—El día 25 de abril de 1991, ante el Notario de Madrid don Ramón Corral Beneyto, los cónyuges don T. C. P. y doña L. P. de F. otorgaron escritura pública de compraventa y aportación de bienes a la sociedad de gananciales, por la que en primer lugar compran a doña M. de las N. G. C. el 12,346 por 100 que le pertenece en dos departamentos estudios, situados en la calle Alfaro, número 22, de Madrid, de los que el 54,728 por 100 pertenece a don T. C. en carácter privativo (expositivo I). En la misma escritura se expone que el señor C. es dueño de la mitad indivisa de un piso, sito en la calle Cardenal Mendoza, 74, de Madrid, que compra estando soltero (expositivo II), y que doña L. P. es dueña del 61,224 por 100 de una vivienda de la calle Doña Mencía, número 20, también de Madrid, que compró en su anterior estado de soltera (expositivo III). Y, en segundo lugar, se estipula: «De conformidad con lo prevenido en los artículos 1.323 y 1.355 del vigente Código Civil, los esposos don T. C. P. y doña L. P. de F. realizan las siguientes aportaciones: a) Don T. C. P. aporta la participación indivisa de que es titular, con carácter privativo, en cada una de las fincas descritas, esto es, el 54,728 por 100 de los números 1 y 2, expositivo I y la mitad indivisa de la descrita en el expositivo II, todas de