

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

esta escritura, a la sociedad de gananciales formada con su esposa, doña L. P. de F., que acepta, atribuyendo ambos, por todo ello, el carácter de ganancial a estas participaciones indivisas de fincas. Don T. C. P. valora la participación indivisa que aporta a su sociedad conyugal, de cada una de las fincas descritas bajo los números 1 y 2 del expositivo I, en dos millones de pesetas; y la también participación indivisa de la finca descrita en el expositivo II, en la suma de un millón de pesetas. b) Doña L. P. de F. aporta la participación indivisa de que es propietaria, con carácter privativo, de la finca descrita en el expositivo III de esta escritura, a la sociedad de gananciales formada por su esposo, don T. C. P., que acepta, atribuyendo ambos el carácter de ganancial a esa participación indivisa de finca; se valora la participación indivisa aportada en la suma de un millón de pesetas».

II.—Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad número 25 de los de Madrid, fue calificada: «Presentado el precedente documento el 31 de julio de 1991, según asiento número 1.185 del Diario 7. En cuanto a las aportaciones que los cónyuges don T. C. P. y doña L. P. de F. hacen a la sociedad de gananciales entre ellos existente, de las participaciones indivisas que a cada uno de ellos les pertenecen —con el carácter de privativas de cada uno de ellos, por haberlas adquirido en estado de solteros— en el piso número 3 o primero exterior de la casa número 74 de la calle Cardenal Mendoza y en la vivienda izquierda, entrando, de la casa número 20 de la calle de Doña Mencia, ambas de Madrid, descritas en los apartados II y III de la exposición, únicas radicantes en la demarcación de este Registro, se deniega su inscripción por las consideraciones siguientes: El carácter privativo o ganancial de un bien está predeterminado legalmente por los artículos 1.346 y siguientes del Código Civil, que son de derecho necesario, no voluntarios, y la voluntad de las partes sólo puede actuar, en la limitada medida en que el propio Código Civil lo autorice. Según el número 1.º del citado artículo 1.346 del Código Civil, “son privativos de cada uno de los cónyuges, los bienes y derechos que les pertenecieran al comenzar la sociedad” y este carácter privativo de los bienes que aporten los cónyuges a la sociedad conyugal que entre ellos se constituye por la celebración del matrimonio y sujeta al régimen legal de gananciales, salvo que capítulos matrimoniales pacten otro régimen distinto, no puede ser modificado posteriormente, dado que no existe precepto legal alguno que lo autorice. Del artículo 1.355 del Código Civil, invocado en la escritura, no se deduce, en modo alguno, tal autorización. Este precepto dice, textualmente, que “podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de ganancial a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga”, y supone una excepción al principio de subrogación real que determina el carácter, privativo o ganancial, de las adquisiciones onerosas durante el matrimonio, al permitir la intervención de la voluntad de los cónyuges en aquella determinación. Como norma de excepción a un principio general, no puede ser aplicado o interpretado extensivamente, ni mucho menos aplicarse a un supuesto de hecho totalmente distinto. El artículo se refiere a “bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio” y en el caso que motiva la presente nota calificadora se trata de “bienes adquiridos por los cónyuges antes de celebrarse el matrimonio”, e independiente del carácter oneroso o lucrativo que haya tenido la adquisición que es irrelevante. Y el artículo 1.322, también invocado, tampoco autoriza esta “aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales”. Este artículo dice

textualmente que "El marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos" y en el supuesto de hecho calificado no hay transmisión patrimonial alguna, ni celebración de contrato alguno, sino que lo que hay, pura y simplemente, es un acuerdo entre los cónyuges para alterar o modificar la naturaleza o el carácter que la Ley atribuye a unos bienes determinados, que no son otros que los que los cónyuges aporten, como de su pertenencia, al celebrarse el matrimonio. Como se dijo anteriormente, las normas del Derecho de Familia, aun en su vertiente patrimonial o económica, tienen un marcado carácter de normas de derecho necesario o imperativo, no meramente dispositivas, sustraídas al principio de la autonomía de la voluntad del artículo 1.255 del Código Civil, lo que trae como lógica consecuencia la no admisión de este pretendido contrato innominado de aportación de bien privativo a la sociedad legal de gananciales. Y estimándose insubsanable el defecto señalado, se deniega la inscripción solicitada, sin que proceda extender anotación preventiva de suspensión, que tampoco ha sido solicitada. Madrid, 1 de octubre de 1991.—El Registrador (firma ilegible)».

III.—El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que en cuanto a lo referente a los artículos 1.346 y siguientes del Código Civil, después de la Constitución de 1978 y la reforma de 1981, el principio general es contrario al que sostiene el señor Registrador, puesto que los cónyuges no tienen más limitaciones que las expresamente impuestas por la ley para celebrar contratos y contraer obligaciones y no puede considerarse que el matrimonio restringe de algún modo la capacidad de obrar de los cónyuges, pues entenderlo de otro modo sería discriminatorio e iría contra la letra y el espíritu de la Reforma de 1981 [artículos 2, 14 y 32 de la Constitución Española; 62 (antiguo) redactado conforme a la Ley 14/1975, de 2 de mayo, 1.323, 1.325 y 1.328 del Código Civil]. Además, en la escritura referida no se preconiza «ab initio» la naturaleza privativa o ganancial de un bien, sino que a través de la voluntad de ambos cónyuges se comunica o atribuye por medio de un negocio jurídico, el carácter común a un bien privativo, en uso de una libertad de pacto y con una causa adecuada que justifica la no operatividad del principio de subrogación real. Que sobre la innovación del artículo 1.355 del Código Civil, que se estima procedente por dos motivos: *a)* por aplicación de la analogía de las normas, conforme al artículo 4.1 del Código Civil, que procede cuando éstas no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que se aprecia identidad de razón, y en este caso parece que existe esa identidad, y *b)* partiendo de que el precepto puede tener su campo de acción propia, artículo 1.355 es un ejemplo claro de que el principio de colaboración o el acuerdo entre los cónyuges puede incidir sobre el principio de subrogación real y el «durante» hay que analizarlo en relación con los artículos 1.354, 1.356 y 1.357, es decir, que el legislador se ha querido referir a bienes adquiridos constante el matrimonio con dinero privativo sólo. Que con referencia al artículo 1.323 del Código Civil (y no el 1.322, como erróneamente dice la nota de calificación), el señor Registrador olvida la Reforma de 1981 y confunde la regulación de determinados derechos y obligaciones de Derecho de Familia y el contenido propio de dicho precepto, que es específicamente norma de obligaciones y contratos, estableciendo (como dicen las Resoluciones de 14 de abril de 1989, 25 de septiembre de 1990 y 21 de enero de 1991), la libertad de pacto entre los cónyuges como consecuencia del principio de autonomía de la voluntad

(artículo 1.255 del Código Civil), que permite los llamados por la doctrina, contratos de comunicación de bienes o de atribución patrimonial, que pueden tener una causa onerosa o gratuita, según la voluntad de los contratantes, y es claro que en la escritura objeto del recurso existe una atribución en favor de una masa patrimonial que no ha soportado el precio a la contraprestación, y dado que el carácter gratuito del desplazamiento o atribución no se presume, se produce un crédito de compensación de reembolso en favor de la que lo ha soportado, crédito que aparece determinado por las partes en la valoración reseñada en la escritura, y que será exigible con valor actualizado, conforme al artículo 1.358 del Código Civil, al tiempo de su liquidación. Se cumplen, por tanto, al amparo de la libertad de pacto, con los requisitos específicos de los contratos, conforme a las normas de nuestro derecho y, en especial, la exigencia de que el desplazamiento o atribución aparezca causalizado.

IV.—El Registrador, en defensa de su nota informó: Que la nota de calificación se ajusta a Derecho y conforme se argumenta en aquélla no cabe admitir la licitud del llamado, por un sector doctrinal, «negocio de atribución patrimonial», y ello, tanto en la primitiva redacción del Código Civil, como en la actual, después de las reformas de las leyes de 24 de abril de 1958, 2 de mayo de 1975 y 13 de mayo de 1981. Que esta última ley da una nueva redacción al título III del libro IV del Código Civil, comprensivo de los artículos 1.315 a 1.444, que pasa a llevar por epígrafe: «Del régimen económico matrimonial» (inadecuada colocación de esta materia dentro del libro IV, que debería recopilarse en el libro I, capítulo IV). Esta inadecuada colocación de la materia ha sido utilizada por un sector doctrinal para hacer una aplicación excesiva del principio de autonomía de la voluntad, propio del derecho de obligaciones y contratos. El Código Civil sigue con el mismo sistema de libertad y estipulación: Artículos 1.315, 1.325, 1.326 y 1.328, y como sistema legal supletorio establece el de la sociedad de gananciales: Artículo 1.316, cuya regulación es en sus líneas generales sensiblemente igual a la del primitivo Código Civil: Artículos 1.346 y 1.347. La modificación más profunda y de mayor trascendencia fue la admisión del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales después de la celebración del matrimonio y también se modifica profundamente el régimen de gananciales en el aspecto de la gestión, administración y disposición de los bienes del matrimonio: Artículos 1.323, 1.326, 1.334 y 1.458. Pero una interpretación prudente, pero no por ello menos lógica y rigurosa, de la actual regulación de la materia, lleva a rechazar la admisión o posibilidad del llamado «negocio de atribución patrimonial». Los artículos 1.346 y 1.347 califican los bienes del matrimonio de privativos o de gananciales por criterios objetivos, prescindiendo en absoluto de la voluntad de los cónyuges interesados. Los artículos 1.339 y 1.353, referentes a los bienes donados o dejados conjuntamente a los esposos en testamento, también prescinden de la voluntad de los donatarios o herederos, pero hay que resaltar que en dichos preceptos es que el carácter privativo o ganancial lo atribuye la ley, sin tener para nada en cuenta la voluntad de los beneficiarios. En el supuesto del artículo 1.345, no es otra cosa que una consecuencia del principio de subrogación real de los artículos 1.346, número 1, y 1.347, número 3, y tampoco se tiene para nada en cuenta la voluntad de los adquirentes. El artículo 1.356, que separa del criterio segundo por el artículo 1.354 y obedece a una fundamentación práctica, pero la solución viene dada por la ley y no por la voluntad de los cónyuges. Y el artículo 1.357 contiene un supuesto que encaja en el número 1.º del artículo 1.346, no tiene tampoco en cuenta el parecer de

los cónyuges. Que a la vista de lo expuesto, la solución es obvia: Las normas legales reguladoras de esta materia son imperativas, no meramente dispositivas y, en consecuencia, no pueden los cónyuges alterar o modificar la naturaleza o carácter de los mismos que viene predeterminada legalmente. La excepción a este principio general la constituye el artículo 1.355, que es invocado por la mayor parte de los autores para admitir el llamado «negocio de atribución patrimonial», partiendo de su interpretación extensiva. Dicho precepto es excepcional y es aplicable a aquellas adquisiciones a las que concurran los requisitos que en el mismo se establecen, pero de su lectura se deduce que quedan excluidos los bienes que ya eran de la pertenencia privativa de los cónyuges al comienzo de la sociedad. Que sea cual fuere la finalidad de la citada norma y al ser una excepción a una norma general, no cabe su aplicación a supuestos distintos de los específicamente contemplados en ella y, en consecuencia, no ha lugar a su aplicación por analogía, como pretende el recurrente. Que todo lo expuesto es de aplicación al supuesto de matrimonio regido por el sistema supletorio de la sociedad de gananciales, por falta de capitulaciones matrimoniales. Estas capitulaciones son el convenio entre cónyuges por las que establecen las normas por las que se regirá su matrimonio, en el aspecto económico o patrimonial, es decir, una serie de estatutos o normas reguladoras del mismo, para lo que gozan de libertad absoluta; pero no pueden tener tal carácter aquellas normas o convenios singulares que tengan por objeto un bien concreto y determinado, es decir, cambiar la naturaleza privativa o ganancial de un bien concreto sin alterar la naturaleza de los demás bienes existentes en la sociedad, ya que la libertad de estipulación en capitulaciones matrimoniales es absoluta pero tiene sus límites en la propia ley, artículos 1.315 y 1.328. Que el criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado se inclina hacia la postura permisiva o de admisibilidad del llamado «negocio de atribución patrimonial», como se desprende de las Resoluciones de 10 de marzo y 14 de abril de 1989 y 25 de septiembre de 1990, y de esta última en la que dicho negocio se condiciona a «específica causalización». Que en la escritura calificada, los cónyuges otorgantes en la cláusula séptima no hacen mención a causa alguna justificativa de la atribución y, por tanto, hay que calificar el pacto de «contrato innominado» de aportación de bien privativo a la sociedad legal de gananciales.

V.—El presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmó la nota del Registrador fundándose en que no puede operar el principio de libertad de contratación entre cónyuges del artículo 1.335 (sic) del Código Civil para poder destruir la presunción favorable a la ganancialidad y parece más razonable tener aquí en cuenta el auto presidencial a que alude la Resolución de 7 de noviembre de 1990, en el sentido de que el intento de cambiar la naturaleza de unos bienes adquiridos con expreso carácter ganancial a bienes privativos supone una disolución parcial de la sociedad de gananciales no permitida por nuestro ordenamiento, en que los artículos 1.346 y 1.347 del mismo Código prescinden de la voluntad de los interesados al clasificar los bienes del matrimonio y en que el artículo 1.355 supone que se trate de una adquisición realizada o producida durante la vigencia de la sociedad, con lo que quedan excluidos los bienes que ya eran de pertenencia privativa de los cónyuges al comienzo de la sociedad.

VI.—El Notario recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones y añadió: Que la escritura en cuestión lo que recoge es la aportación de unas participaciones indivisas de carácter privativo a la socie-

dad de gananciales de los otorgantes, con lo que el objeto de inscripción sería totalmente ganancial, esquivando la naturaleza dual del bien y atribuyéndole a través de un negocio lícito y casualizado el carácter de bien ganancial. Se señala lo expuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1990. Que de lo que se trata es que unos bienes que tienen carácter privativo, conforme al artículo 1.346-1.º del Código Civil, se convierten en gananciales a través de la voluntad de los cónyuges que se formaliza en un negocio de aportación (no de atribución) que, en este caso, es oneroso y tiene una causa lícita que será la contraprestación que debe realizar la sociedad de gananciales al aportante, y que será el reembolso del valor actualizado, que se fijó en la escritura conforme al artículo 1.358 del Código Civil. Que, por último, la alusión al artículo 1.355 es simplemente por su aplicación analógica, que está admitida por la doctrina más autorizada.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 609, 1.255, 1.274, 1.323, 1.346, 1.347 y 1.355 del Código Civil, y las Resoluciones de 2 de febrero de 1983, 10 de marzo y 14 de abril de 1989, 25 de septiembre de 1990 y 21 de enero de 1991.

1. En el presente recurso se cuestiona si es válido e inscribible el pacto por el que los cónyuges sometidos en su matrimonio al régimen de sociedad de gananciales aportan a esta sociedad bienes privativos de uno y otro, de desigual valor, para que pasen, por tanto, a tener el carácter de bienes gananciales.

2. Según el Registrador no es posible alterar la naturaleza privativa de los bienes por el carácter marcadamente imperativo que tiene en nuestro ordenamiento el principio de subrogación real, como confirma la excepción acogida en el artículo 1.355 del Código Civil.

3. Conforme al artículo 1.323 del Código Civil: «El marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos». Es doctrina reiterada de este Centro directivo que la regla de libertad de contratación entre cónyuges, que el citado precepto recoge, permite la transferencia de bienes concretos entre las distintas masas de que son titulares, sin que ello suponga alteración del régimen económico conyugal ni de los criterios que estructuran el régimen de cada una de las masas patrimoniales en cuanto centros autónomos de imputación de derechos y obligaciones. Ante estos actos traslativos los acreedores de las distintas masas tienen, en caso de fraude, los remedios consiguientes.

4. Del precepto contenido en el artículo 1.355 del Código Civil aisladamente nada puede concluirse en contra de la anterior doctrina. Este precepto por sí, tanto puede tener carácter de excepción y como tal ser revelador de una regla general imperativa —significado que le asigna el Registrador, para quien, sin embargo, no aparece clara la finalidad de esta excepción— como ser simplemente una expresión concreta que descubre nuevos principios de libertad. Son otros los preceptos del nuevo régimen económico del matrimonio con los que el artículo 1.355 del Código Civil debe ser conjugado, los que ponen de manifiesto que el precepto en él contenido no tiene significación de excepción sino que es manifestación de reglas de libertad.

5. Cuestión distinta es si en el concreto acto traslativo objeto de este recurso concurren todos los requisitos exigidos para la inscripción y, en concreto, si la causa aparece expresada con la claridad exigida para la calificación y para la expresión de sus circunstancias en el Registro. Dada la necesaria concreción del recurso gubernativo a los aspectos directamente relacionados

con la nota impugnada (cfr. artículo 117 R.H.), no puede abordarse ahora esa cuestión aunque el informe del Registrador, pero no, antes, la nota, acusa que no se hace mención en la escritura de la causa justificativa de la atribución de carácter ganancial a los bienes privativos que son objetos del acto de aportación.

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

COMENTARIOS CRITICOS

Al tratar de encuadrar el contenido de esta resolución se hace necesario situarla entre las precedentes y la posterior a ella que parece marcar la solución definitiva en este problema de la aportación a la sociedad de gananciales. Lo hago así, ya que el contenido de esta resolución no viene a ser más que un «paso adelante» en la solución de la problemática planteada.

En el campo jurídico notarial comenzó a tener cuerpo el negocio jurídico de «aportación» a la sociedad de gananciales como medio que cristaliza el principio de libertad de pacto entre los esposos, establecido por la reforma del Código Civil de 1981. No solamente comenzó a aparecer sino que trata de ser considerado como una de las creaciones notariales semejante a otras muchas que han prestigiado el Cuerpo Notarial, al cual el Derecho Privado está en constante deuda. Digo esto último, pues han sido dos o tres los artículos en los que se pretende dar estructura, validez y eficacia a este negocio. Parte de los comentaristas de la reforma del Código Civil deben compartir el «tanto de culpa» que lleva consigo esta actuación.

Ante esta situación la Dirección General se ve en una difícil disyuntiva para ofrecer una solución y opta por esa situación «ecléctica» que en el Derecho es una salida airosa, aunque no convincente. Sucesivamente se pronuncia en dos Resoluciones de 10 de marzo de 1989 y 14 de abril de 1989, por la posible validez del negocio de «aportación». Pesa sobre la Dirección las opiniones doctrinales de los comentaristas de la reforma del Código Civil, sin que se tengan en cuenta los que discrepan de todo ello. Conviene precisar lo que unos y otros dicen:

— Nos movemos en el ámbito espacial de los años 1982 a 1991 y, en ellos, tanto GARRIDO CERDÁ (E.) que admite la posibilidad del «tránsito» al amparo de la libertad de contratación, como DE LA CÁMARA ALVAREZ (F.) que permite el negocio por «acuerdo simple» de los interesados, hasta CABANILLAS SÁNCHEZ (A.) que apunta la necesidad de una «pacto capitular» y GARCÍA SERRANO (F.) con su tesis de la alteración del artículo 1.359 del CC, así como LACRUZ BERDEJO (J. L.) que piensa en la necesidad de expresar el reembolso del importe. A ellos puede añadirse los conocidos comentaristas OLIVARES JAMES (J. M.^a), PÉREZ FERNÁNDEZ (J. M.), ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA (S.), así como CÉSAR PASCUAL DE LA PARTE, e IGNACIO CARPIO GONZÁLEZ (con un importante trabajo constructivo y profundo sobre el negocio de aportación).

— Frente a estos criterios cabe citar a RAMS ALBESA (J.), BLANQUER UBEROS (R.), DE LOS MOZOS (J. L.), RIVERA PONT (M.^a CONSUELO), GAVIDIA SÁNCHEZ y yo mismo en el comentario a la Resolución de 10 de marzo de 1989, que mantienen opiniones discrepantes de los anteriores, sin dejar de reconocer la libertad contractual entre cónyuges, ya que una cosa puede ser el «simple negocio de aportación» y otra el «complicado negocio sinalagmático» en el que a cambio

de una «aportación» se pacta una compensación. Algo parecido a la donación remuneratoria.

La primera resolución sobre el tema se inclina por los partidarios de la aportación y da pie a que la figura intente proliferar y tener refrendo legal en el campo del negocio jurídico. Recordemos, sin ánimos críticos, lo que decía esta resolución y que, en sustancia, venía a considerar inscribible la conversión de un bien privativo en ganancial, realizada en base a una edificación y adjudicación posterior en terreno privativo al amparo de la libertad de contratación del artículo 1.323 CC y a pesar de lo que disponen los artículos 1.355 y 1.359 del CC. La Dirección General dijo que «en virtud de la libertad de pacto del artículo 1.323 CC cabían desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges por cualquiera de los *medios legítimos* previstos al efecto entre los cuales no puede desconocerse el *negocio de aportación* de derechos concretos a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente o de "*comunicación de bienes*" como categoría autónoma y diferenciada...»

Esta Resolución de 10 de marzo de 1989 me tocó en «suerte» comentarla y creo que las ideas que aportaba eran lo suficientemente alarmantes como para que en lo sucesivo los casos que se fuesen presentando en la Dirección llevaran otro giro. No fue así y la actuación notarial se vio respaldada por este refrendo doctrinal y comenzó a inundar de «aportaciones» la documentación. Mi negativa a inscribir estos casos estuvo a punto de «provocar» un recurso, pero a la hora de la verdad todo quedó en nada. Mi argumentación en contra del contenido de la resolución comentada creo que se simplifica en la pregunta que yo hacía: ¿Cabe en capítulos matrimoniales una estipulación en contra de lo que dispone el artículo 1.359 del CC para volver a la solución tan criticada del antiguo 1.404 del CC? Aparte de ello yo destruía la argumentación notarial considerando imposible la adquisición «onerosa» por accesión, ya que la accesión como modo de adquirir el dominio no depende de un nuevo título, de una nueva causa que inviste de aquel derecho, sino que es el mismo título de propiedad de la cosa principal el que somete la accesoria al derecho de la misma persona. El supuesto, por ello, no podía encajar en el artículo 1.355 del CC que era el argumento que decidió a la Dirección General.

La segunda Resolución de 14 de abril de 1989 —bien por lo significativo de la fecha o por tener que guardar una semejanza con la anterior— era más alarmante, ya que en ella había una donación de nuda propiedad de padres a hijos con reserva de usufructo y la construcción de un edificio a expensas de las respectivas sociedades gananciales de los hijos. Culmina el «esperpento» jurídico declarando la obra nueva realizada, adjudicándose la «propiedad» de la misma (no en «nuda propiedad») a todos los hijos con carácter ganancial. Misteriosamente el usufructo había desaparecido. La Dirección vuelve a utilizar el socorrido argumento de la libertad de pacto entre cónyuges (art. 1.323 CC) y el 1.355 del mismo cuerpo legal.

Quedan dos Resoluciones que difieren de la abierta aceptación del negocio de aportación. La primera de ellas es la de 25 de septiembre de 1990, en la que partiendo del principio de libertad de pacto del artículo 1.323 CC y comprendiendo el *abuso* y los posibles motivos ocultos que lleva consigo el negocio de aportación, considera que, al existir un desplazamiento patrimonial, el mismo puede hacerse por venta, permuta, donación u otro título causalizado que responda a una causa adecuada que justifique la operatividad del principio de subrogación real (art. 1.347,3 CC) como puede ser la transmisión gratuita o el reembolso a que se refiere el artículo 1.358 CC. Por supuesto que dicho nego-

cio no puede confundirse nunca con la confesión de la «privatividad» del dinero. La otra Resolución es de conversión de gananciales en privativos (R. 21 de enero de 1991) y exige —siguiendo los pasos de la anterior— que el desplazamiento pactado aparezca *causalizado*.

Y llegamos ya a la que estamos comentando que tiene la habilidad de eludir el tema utilizando más que una interpretación jurídica, una interpretación administrativa de requisitez: Como el Registrador en su nota —pero sí en su informe— no alude para nada a la causa de la atribución patrimonial, revocamos su nota y el auto apelado. La «*formalidad*» le sirve de excusa para decidirse por la validez o nulidad del negocio que declara inscribible, pero marca ya una línea de causalidad que confirma criterios anteriores. Es preciso, sin embargo, entender primero que el Registrador tenía razón en casi todo lo que dice o decía y, segundo, que en su nota había base para entrar a valorar la validez o nulidad del negocio que se contenía en la escritura. Veamos:

— El supuesto de hecho son dos aportaciones de bienes privativos a la sociedad de gananciales sobre la base de los artículos 1.355 del CC y 1.323 del mismo. Ello lleva al tremendo caso de que en la cláusula de inscripción se dijera que se inscriben los bienes a nombre de tal y tal para sus respectivas sociedades conyugales, por título de DONACION.

Creo que el Registrador no encauza —aunque se ajusta a la escritura— en la primera parte de la nota el tema, ya que plantea el carácter necesario o voluntario de los preceptos que determinan la privatividad o ganancialidad de los bienes. Eso no es más que una «trampa» en la que cae. Admitida la libre contratación entre cónyuges, permitida la confesión y la prueba en contra de la ganancialidad, no creo pueda sostenerse el carácter de derecho necesario. Puede ser que el artículo 1.355 del CC suponga una «excepción al principio de subrogación real» o ser un artículo problemático que en su formulación general incide en una repetición de lo que ya dice el 1.347,3 CC y 1.353 CC.

Este artículo 1.355 o se interpreta como apunta el Registrador y niega la Dirección o es una inconsecuencia. Quizá se esté refiriendo a aquellas adquisiciones onerosas durante el matrimonio que pueden dar lugar a un bien privativo. Me falta imaginación para descubrir esos casos.

— En la calificación registral y la nota que pone el Registrador hay claramente una referencia a la causa, aunque la Dirección lo niegue, pues se dice que «en el supuesto de hecho calificado no hay transmisión patrimonial alguna, ni celebración de contrato alguno, sino que lo que hay pura y simplemente, es un acuerdo entre los cónyuges para alterar o modificar la naturaleza o el carácter que la Ley atribuye a unos bienes determinados...» Aunque no se hable de causa expresamente, bien claramente se está refiriendo a un negocio que no la tiene, sobre todo cuando se parte de que conforme al 1.323 se permite celebrar «toda clase de contratos» y todo contrato para su existencia, validez y eficacia exige una causa.

El Notario autorizante de la escritura en el arranque de su recurso dice algo asombroso y es que «ab initio» en la dicha escritura no se preconiza la naturaleza privativa o ganancial de un bien y en ella —como atestiguan los hechos— se dice que las participaciones en los pisos se «adquirieron en estado de solteros» y que luego de común acuerdo «se comunica o atribuye por medio de un negocio jurídico, el carácter común a un bien privativo». Quizá la argumentación al estar excesivamente resumida resulta contradictoria e incom-

previsible. Pero lo que importa, más que esas expresiones, es la aplicación analógica que el Notario da al artículo 1.355 del CC considerando que «regula un caso semejante». Y yo pregunto, ¿semejante a qué caso? El artículo 1.355 CC habla de adquisiciones a título oneroso «durante» el matrimonio que ya son gananciales, por lo que dispone el 1.347 CC, pero lo que sucede es que al prescindirse de «la procedencia del dinero o contraprestación» pudieran ser privativos, lo cual este artículo está desconectado de los 1.354, 1.356 y 1.357, los cuales atienden a la procedencia del dinero. Pero sea una u otra la solución que demos a este artículo, lo que sí es cierto es que lo que se estructura en la escritura nada tiene que ver con el mismo, pues aquí no existen bienes privativos adquiridos «durante» el matrimonio, sino que son adquiridos «antes», como muy bien apuntaba el auto del Presidente.

También en el informe notarial —sobre la base del principio de la libertad de pacto— se dice que se cumplen los requisitos de los contratos y en especial la causalización de los mismos. No cabe duda, por ello, que la Dirección debió entrar en ese fondo del asunto.

JOSÉ M.^a CHICO Y ORTIZ