

La sociedad conyugal de gananciales y las aportaciones a la misma

Creo que a pesar de que el título de este artículo ha salido un poco largo, debo explicar con cierta brevedad las razones que me impulsan a escribir sobre un tema tan conocido y estudiado que resulta difícil decir algo que no se haya dicho o que sea nuevo. Pero al incorporarme de lleno al Registro de la Propiedad que sirvo se me presentaron ciertas construcciones con las que no estaba de acuerdo y hasta traté de forzar un recurso gubernativo, incluso a efectos doctrinales, pues aquello me estaba sonando a «música celestial». La verdad es que las Resoluciones del Centro Directivo que estaban saliendo —alguna de ellas las comenté en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO— no me ayudaban nada en mis convicciones jurídicas. Ultimamente, sin embargo, la cosa parece que ha cambiado y una muy reciente me entrega trofeos para respaldar lo que pueda decir *in genere* en estos puntos.

Las valoraciones que he hecho siempre de la labor «constructiva» que el Notario aporta al campo jurídico son patentes. En todas o casi todas mis publicaciones resplandece el respeto, la admiración y el pulso jurídico con los que la labor notarial soluciona problemas y apunta figuras. Valga por todas las posibles citas de mi ponencia al III Congreso Internacional de Derecho Registral (escuchada con celosa atención por tres Notarios enviados expresamente como «corresponsales») y que llevaba por título «La inscripción registral y el documento notarial como fuente de construcciones jurídicas», desarrollada en octubre y noviembre de 1977 en Puerto Rico. Dejo constancia, sin razones de vanidad, que dicho trabajo me valió la primera medalla de oro de la *Revista Notarial Argentina*, que reprodujo la misma con mi consentimiento. Resumía en él la labor notarial a través de MONET Y ANTÓN, F.: «El notariado frente al mundo moderno. Adaptación a favor de las nuevas exigencias económicas y sociales», el cual decía que «los Notarios españoles, en general, han participado y participan de manera notoriamente elevada en el progreso de la ciencia jurídica, realizando apor-

taciones constantes al esclarecimiento de materias clásicas y al planteamiento de nuevas problemáticas. En este sentido, el Derecho de sucesiones, el de contratación en general, el de tráfico inmobiliario, el notarial, el de sociedades, el de regímenes económico-matrimoniales, etc. se nutre grandemente de las aportaciones doctrinales de los Notarios españoles».

La cita está avalada por mi convencimiento de todo ello (lo cual supuso un «sosiego» en los corresponsales citados), pero aun reconociendo la gran labor realizada que, en el fondo, tenía el «refrendo» de la calificación registral, sin la cual no hubiera servido de mucho, han surgido hace dos o tres años unos «brotes» de construcciones más o menos dudosas que están provocando conflictos serios de calificación. Precisamente a uno de esos temas me voy a concretar en estas notas. Lo que yo no sé es si, apoyándose en esa grandeza constructiva que nadie les niega, quieren introducir en el campo jurídico una figura «desvaída», llena de problemas, carente de causa y peligrosa, si se acepta su posible validez y eficacia. Primero quiero recordar la frase de GONZÁLEZ PALOMINO sobre la creación de nuevos derechos reales, partiendo de la teoría del *numerus apertus*, en la que concluía: falta imaginación para la creación de nuevos derechos reales. En segundo lugar, destacar cómo la Dirección General ha visto el «grave peligro» que ese mecanismo —aparentemente válido— puede degenerar en problemas semejantes a los que incitaron al legislador del Código de Comercio a establecer el principio de «retroacción de la quiebra». El dinero suele ser miedoso y ante posibles actos de «persecución y captura» saca soluciones que le amparen. Lo triste es que los mecanismos legales puedan servir —salvo que se esté con el ojo abierto— a estas maquinaciones.

Hay en el campo notarial —y no sólo el de mi zona— una especie de «obsesión» de «convertir» los bienes privativos en gananciales al amparo de la libertad de pacto o estipulación y contratación conyugal. He pensado seriamente en esta especie de «revolución ideológica» de principios, donde la reforma del Código Civil se orientaba más al sistema de «separación de bienes del Derecho catalán» que a la sociedad de gananciales o las Comunidades forales existentes. El matrimonio estaba unido por el amor, pero roto o separado por lo económico. Cada uno lo suyo y ni el marido autorizaba ni la mujer consentía. Se suprime la «potestad marital» y se reduce la posibilidad del régimen «matriarcal». Así las cosas, comenzaron a surgir «conversiones» de bienes privativos en «gananciales» y, con ello, se empezaban a romper los esquemas de la reforma. ¿Qué está pasando aquí? Que la libertad de pacto está regresando al antiguo sistema de gananciales ¿o que hay otra razón que encubre y se aprovecha de dicha libertad?

Por todo ello —y esto sirve de justificación— voy a intentar desmontar las razones alegadas para justificar la «legalidad» de esos negocios y tratar de descubrir si detrás de todo ello hay algo más que «originalidad» en la

construcción. Por supuesto que con estas notas no hay más ánimo que el de la validez jurídica de la construcción y lo otro no pasaría de ser mera sospecha sin trascendencia jurídica, pues el principio de buena fe prima en todo el ámbito contractual, constitucional, pero no fiscal.

Vamos a concretar los puntos en que me quiero pronunciar: *a)* los diferentes supuestos de alteración del carácter privativo de los bienes y su conversión en gananciales; *b)* las opiniones doctrinales que lo avalan o sustentan; *c)* mi crítica a todo ello, y *d)* las soluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Vamos a ello:

A) DIFERENTES SUPUESTOS DE ALTERACION DEL CARACTER DE LOS BIENES

Resulta sumamente difícil agotar materia en este supuesto en el que la imaginación juega al socaire de unos hechos y, por ello, sin ánimo de ser exhaustivo, vamos a señalar los que han ido pasando por mis manos o los que extraigo de Resoluciones de la Dirección General.

1. Conversión de un bien privativo en ganancial realizada en base de una construcción hecha en el solar de uno de los cónyuges, declaración de obra nueva y adjudicación posterior como ganancial al amparo de la libertad de contratación del artículo 1.323 del Código Civil, aun y a pesar de lo que disponen los artículos 1.355 y 1.359 del mismo cuerpo legal. Es el caso base de la Resolución de la Dirección General de los Registros de 10 de marzo de 1989, que dio la razón al Notario autorizante del documento y se la quitó al Registrador que había denegado la inscripción.

2. Otro caso —por cierto asombroso— se estructura sobre una segregación de parte de un terreno que pertenece en *nuda propiedad* y carácter privativo (del usufructo no se dice nada) y sobre el mismo se construye un edificio a costa de la sociedad de gananciales y se adjudican unos pisos —disolviendo previamente la comunidad existente con otros— con carácter ganancial a los que antes eran propietarios en nuda propiedad con carácter privativo. Trata del tema la Resolución de 14 de abril de 1989.

3. Voy a citar dos tremendos casos que creo ya he publicado en la revista *Lunes* 4,30. El primero es aquel en el que un varón adquiere en estado de soltero una finca (un piso), la hipoteca para poder pagar el precio y al cabo de dos años se enamora y se casa, sin aportar la finca a la sociedad de gananciales. Comparece ante Notario y quiere convertir el bien adquirido como privativo en ganancial, alegando que el «resto» de lo que queda pagar por hipoteca se ha hecho con dinero ganancial y la finca —no la hipoteca— debe convertirse en ganancial. Se invoca el artículo 1.355 del Código Civil.

El segundo involucra al testamento en el ceremonial. En un testamento se establece que la única finca que constituye el haber hereditario sea adjudicada a un determinado heredero, compensando a los demás en metálico. Como el heredero que recibe la finca paga a los demás herederos con dinero presuntivamente ganancial, resulta que quiere que la finca así adquirida por título lucrativo y, sin demostrar la procedencia ganancial del dinero, se convierta en ganancial. Se vuelve a invocar el artículo 1.355 del Código Civil.

4. Hay muchas otras donde las transformaciones privativas en gananciales (lo contrario ya es menos frecuente) rozan serios principios y generan problemas de nulidad como, por ejemplo, un heredero que, adquiriendo por herencia, compra a sus coherederos la parte que les corresponde, y pretende que todo el conjunto hereditario se inscriba como ganancial, ya que el dinero de la compra era de su procedencia. En la inscripción tendría que figurar como cláusula de inscripción la siguiente: «Inscribo la presente finca a nombre de don..., por título de herencia y a nombre de don... y su esposa doña..., para su sociedad de gananciales, sin atribución de cuotas.» ¡Qué horror!

Podría citar más casos, pero para muestra basta un botón. Luego recorreremos en profundidad alguno de ellos al comentar la postura de la Dirección General, que en Resolución de 7 de octubre de 1992 parece tomar medidas drásticas en esos casos, dando la razón al Registrador que acierta con precisión en la esencia del problema.

B) POSICIONES DOCTRINALES QUE AVALAN ESTE «TRAFICO»

Creo que los argumentos fundamentales que se utilizan giran sobre el gran principio de libertad contractual entre cónyuges que debe prevalecer sobre las posibles excepciones que claramente el Código Civil establece. Es decir, de entrada se niega que un principio general puede tener excepciones. Democráticamente esto hasta puede ser «admisible» o no. Curiosamente el sistema democrático de la Constitución en su formulación de principios (art. 9) los condiciona, admitiendo implícitamente excepciones a los mismos.

No obstante, entre las posiciones doctrinales existen ciertas disidencias que niegan la posibilidad. Tengo la fortuna de que el Notario de Ubeda, IGNACIO CARPIO GONZÁLEZ («Aportación a la sociedad de gananciales. Conversión voluntaria de bienes privativos en gananciales», en *B. I. del Colegio de Granada*, mayo 1991), ha hecho en su estudio de la materia algo que me hubiera gustado hacer a mí: incrustar en dos grupos los autores que opinan a favor y los que lo hacen en contra. Sin perjuicio de que destaquemos la

postura de este autor y de otro que también anda metido en estos berenjenales, creo que es aconsejable utilizar el trabajo ya hecho y dar por buenas las citas y las consultas. Por ello, siguiendo al citado autor, vamos a destacar dos grupos antagónicos:

Posturas positivas. Se citan las siguientes:

- GARRIDO CERDÁ, E.: «Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro», en *RDN*, 115, 1982, admite la posibilidad basándose en el principio de libertad de contratación.
- DE LA CÁMARA ALVAREZ, F.: «Autonomía de la voluntad en el actual derecho de familia», separata del *Bol. Col. Not. Granada*, mayo 1986, entiende que el artículo 1.355 del Código Civil ofrece una gran amplitud para atribuir carácter ganancial a un bien que en el momento de la adquisición fue fijado como privativo, tanto a través de un negocio traslativo típico como a través de un *acuerdo simple por contrato* entre los cónyuges.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «Mutabilidad del régimen económico», en *Homenaje a Vallet de Goytisolo*, tomo V, entiende que al permitir el Código Civil los contratos traslativos, la calificación de los bienes puede verse alterada por el desplazamiento de un patrimonio a otro: ganancial a privativa o a la inversa, siendo necesario el *pacto caputular*.
- GARCÍA SERRANO, F.: «Notas sobre la posible aplicación actual del principio de accesión invertida en la sociedad de gananciales», en *Bol. Col. Not. Granada*, 1987, admite la posibilidad de aportaciones, fuera de capítulos como el medio más adecuado para alterar las consecuencias de la simple aplicación del artículo 1.359 del Código Civil.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho civil*, IV, Bosch, 1982, es más cauto y entiende que puede ser viable conferir el carácter ganancial a uno que ya es privativo *a reserva o no de reembolsar su importe* al cónyuge aportante, presumiéndose lo primero...

Como vemos de los autores citados, a los que podrían añadirse OLIVARES JAMES, J. M.³: «Los contratos traslativos de dominio entre los cónyuges y los efectos de la confesión conforme al artículo 1.324 del Código Civil», *AAMN*, t. XXV, 1982, y PÉREZ FERNÁNDEZ, J. M.: «Suelo privativo y edificio ganancial», *Bol. Col. Not. Granada*, abril 1983, manejan como argumento fundamental la *libertad de contratación*, pero no se pronuncian en el contrato que los cónyuges deben llevar a cabo. No obstante, en aras de una objetividad, debo citar a ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, S.: «Contratación entre cónyuges en el sistema ganancial», en *Homenaje a Vallet de Goytisolo*,

vol. I, 1988, que a su vez cita el autor del que me valgo, el cual entiende que el negocio jurídico que produce la transformación no es el de *aportación*, sino de *calificación mutable*.

A este grupo de autores hay que añadir el que me sirve de base para estas citas, de CÉSAR PASCUAL DE LA PARTE: «La atribución de ganancialidad de un bien privativo. Una correcta interpretación del artículo 1.355 del Código Civil», en *Bol Col Granada*, diciembre 1989, y «Atribución de ganancialidad o privatividad de los bienes de la sociedad conyugal», en *Bol Col Granada*, febrero 1992.

IGNACIO CARPIO GONZÁLEZ, en su extenso, documentado y profundo trabajo, enmarca el negocio jurídico de aportación como uno de *transferencia dominical*, dispositivo, pero bilateral, sujeto a la libertad de forma, dotado de una causa variable (?) constitutiva del negocio que objetivamente considerada es la contraprestación consistente en el reembolso a cuenta o en el momento liquidativo. CÉSAR PASCUAL DE LA PARTE estuvo a punto de acertar en la diana en su primer artículo, pero lo estropea luego cuando quiere aclarar los conceptos de «subrogación», «causa», «reembolso» y el aspecto fiscal.

He consultado los trabajos que comentan los diversos artículos que aquí estamos manejando en la edición del Código Civil del Ministerio de Justicia, y MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS es tajante en estos supuestos. No sólo por el principio de libertad de pacto, sino porque así lo permite el artículo 1.355 del Código Civil y el artículo 1.359, cabe que un bien privativo se convierta en ganancial en el momento de la adquisición o posteriormente. Si da lugar a la transmisión del bien desde el campo privativo al ganancial, se exige la existencia de una *causa y de un reembolso*.

Aunque luego lo repita, debo precisar que salvo los dos primeros casos que cito, referidos al 1.359 del Código Civil, los demás son bienes privativos adquiridos por herencia, supuesto que difícilmente pueden encajarse en el artículo 1.355 y sí en el 1.323 del Código Civil.

Posturas negativas. Acudo de nuevo a las citas del artículo de IGNACIO CARPIO, quien brinda esta listas de autores:

- RAMS ALBESA, J.: «La subrogación real en la sociedad de gananciales», *RDN*, 135-6, entiende que no cabe el negocio jurídico de aportación basándose en el equilibrio de las masas patrimoniales y los derechos de terceros.
- BLANQUER UBEROS, R.: «Reflexiones sobre la influencia del régimen de gananciales en la capacidad y responsabilidad de los cónyuges», *RDN*, 113, 4, 1981, considera el carácter necesario de las normas de composición del patrimonio responsable frente a acreedores o de la

composición del patrimonio frente a legitimarios, impiden ese pacto de aportación.

- DE LOS MOZOS, J. L.: «La nueva sociedad de gananciales», *RDN*, 117, 8, 1982, descarta la posibilidad, ya que ningún patrimonio puede enriquecerse a costa del otro (de ahí los reintegros y reembolsos) y que el aumento o mejora del bien sigue al bien que le afecta. En su trabajo en los *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones f. orales*, t. XVII, vol. 2.º, parece que admite un pacto más amplio que el del artículo 1.355 del Código Civil.
- RIVERA PONT, María Consuelo: «La atribución de ganancialidad del artículo 1.355 del Código Civil», *RCDI*, 1983, págs. 1413 y sigs., rechaza abiertamente que este artículo pueda aplicarse a casos de clara privatividad, ya que no puede traspasar los límites del artículo 1.323 (que les permite sólo contratar), que falta escalón negocial para su inscripción, que supone una transmisión encubierta y que aplicar ampliamente el 1.355 sobrepasa lo que a los cónyuges se les concede en el 1.323.
- GAVIDIA SÁNCHEZ: *Atribución voluntaria de ganancialidad*, Edit. Montecorvo, 1986, rechaza la aplicación del artículo 1.355 a las adquisiciones gratuitas y adquisiciones directas entre cónyuges, exigiendo unas garantías frente a terceros y legitimarios.

Tanto en la última parte del artículo de IGNACIO CARPIO como en el de CÉSAR PASCUAL DE LA PARTE me incluyen en este grupo a consecuencia del comentario que hice a una de las cuatro o cinco Resoluciones existentes sobre la materia («Comentario a la Resolución de 10 de marzo de 1989», *RCDI*, núm. 602, págs. 221 y sigs.) que la tenía un tanto olvidada.

C) MI POSICION CRITICA DE TODO ELLO

No quiero tocar, por ahora, mi comentario a la Resolución citada ni tampoco entrar en la polémica que suscita CÉSAR PASCUAL DE LA PARTE, quien, después de llamarme «admirado hipotecarista» —lo cual me hizo ponerme en *guardia*—, hace cuatro o cinco afirmaciones que es preciso salir al paso. Luego lo haré.

Lo más importante ahora es saber lo que dicen los artículos 1.323, 1.355 y 1.359, que son los polémicos en esta aventura del «negocio jurídico» de la aportación que ha florecido gracias a una protección de la Dirección General, que hace poco, sin embargo, le vuelve la espalda. El primero de estos artículos establece la «libertad de contratación» entre cónyuges. Los cónyuges pueden celebrar toda clase de *contratos* y, ¡por qué no!, negocios

jurídicos. No entiendo muy bien la argumentación de IGNACIO CARPIO en torno a la diferencia entre unos y otros. El artículo 1.355 del Código Civil no es más que una consecuencia de esa libertad para un caso determinado:

- Se refiere no a las adquisiciones onerosas posteriores al matrimonio que se hagan «a costa del caudal común», las cuales, conforme al artículo 1.347, 3.º, son gananciales. El artículo 1.355 del Código Civil no puede caer en una repetición.
- Quedan excluidas de este artículo todas las adquisiciones por donación, sucesión u otro título gratuito, con la excepción de lo que dispone el artículo 1.353 del Código Civil para esos casos de donaciones y sucesiones «conjuntas», a las que tampoco puede aplicarse el 1.355, ya que se «entienden gananciales».
- Queda reducido este artículo a aquellas adquisiciones onerosas durante el matrimonio que *puedan dar lugar* a un bien privativo.

Respecto del artículo 1.359 solamente puedo decir que altera el sistema de la «accesión invertida» que tanto criterio contrario había provocado en la doctrina y actualmente acepta el principio general de la accesión. Cuando examinemos la Resolución que admite el pacto del artículo 1.355 veremos si la adquisición de los bienes fue a título oneroso y los cónyuges podían darle el carácter de ganancial. Mi posición creo que era contraria.

Defender como medio idóneo el *negocio de aportación* para transformar la naturaleza de unos bienes privativos (adquiridos después de contraído el matrimonio y a título oneroso) siempre me sonó mal, pues el negocio de aportación —bien estudiado por ROCA SASTRE—, así como las figuras de la fijación, determinación, etc., solamente pueden aceptarse si están sostenidas por una *causa*. Por ello, en términos amistosos y transaccionales, logré que la mayor parte del Notariado que se relaciona en el Registro aceptase la fórmula de la aportación, valorando la misma, y dejando constancia de que «la sociedad conyugal» quedaba acreedora de la cantidad señalada actualizada o no. Hubo otras soluciones como la de la conversión del régimen ganancial en de comunidad absoluta.

Resulta curioso cómo el Código Civil hablaba en su versión original de «aportaciones al matrimonio» en capítulos matrimoniales, que venían a ser como un *inventario* de los bienes donados, de la dote, de los bienes propios y de los parafernales, así como del sistema por el que había de regirse el régimen económico del mismo. No se podía hablar de gananciales, ya que éstos comenzaban a existir desde el momento de la celebración del matrimonio. Parece ser que en la redacción actual solamente se utiliza el nombre de «aportación» para la aportación de dinero en el artículo 1.319 del Código

Civil o de bienes propios para pago de deudas, artículo 1.364 del Código Civil. Es la legislación fiscal la que da la voz de alerta al excepcionar del pago del impuesto a «las aportaciones de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal». ¿Qué habrá querido decir el legislador fiscal —tan apartado de conceptos jurídicos— con esa expresión que es anterior a la reforma del Código Civil? Creo que ese es el origen de la tremenda confusión que estamos padeciendo.

Vamos ya con los cuatro puntos que a mí me preocupan aclarar, pues el autor que los establece creo que carece de razón. Habíamos partido en aceptar ese hipotético «negocio jurídico» de aportación, especie híbrida que va desde los de fijación o determinación jurídica y calificación mutable hasta los de transmisión patrimonial, pero todos ellos basados en una *causa* que claramente pueda deducirse del contrato o del negocio que se pretenda. Pero ahora resulta que CÉSAR PASCUAL DE LA PARTE, en segunda salida al ruedo de las aportaciones y el símil taurino es por lo del estoque, me sale con que los reembolsos ya los indica el Código Civil, con que la causa se presume, con que la Ley Hipotecaria no se refiere a la causa y que de fraudulentos no tienen nada estos negocios. Hay que salir al paso de todo ello «por alusiones», pero sobre todo que una cosa es el cambio de opiniones para poder solucionar el tema y otra que se nos trate de imponer criterios que no responden al más elemental sentido de juridicidad. Y no quiero entrar en el campo de la ética profesional.

— *Problema de la causa.* A este autor le parece poco correcta la «mención expresa» de la causa, según parece exigir la DGRN en Resolución de 25 de septiembre de 1990. A mí el problema de la causa me ha producido un gran respeto siempre, quizá por no haber llegado a la precisión de su esencia. Por eso le acepto no sólo las distinciones de la causa de la obligación, del contrato y de la declaración de voluntad y otras precisiones de la misma, pero lo que no puedo admitir es que me distinga entre causas «típicas» y «causas genéricas» (IGNACIO CARPIO también habla de una «causa variable» que más bien puede ser coexistente...), pues una de tres —conforme al Código Civil—, estamos ante un contrato sinalagmático en el que es precisa la contraprestación, en el remuneratorio o en el de pura beneficencia. Parece que el contrato, si el contrato es sinalagmático —típico o atípico— y oneroso, exige que cada parte haga o de algo, o lo que es lo mismo: que exista una contraprestación. El «negocio jurídico» de la aportación no puede suponer una «excepción» y debe estar incluido en el genérico artículo 1.274 del Código Civil para así evitar que la presunción de «existencia y validez de la causa» (art. 1.277 C.C.) no pueda entrar en juego. No ha de olvidarse que esa

presunción del artículo 1.277 del Código Civil es mientras no se demuestre lo contrario. La estructuración del negocio de aportación a la sociedad conyugal, sin que se diga que ésta queda obligada al reembolso por un determinado importe (actualizado o con el valor de la aportación, lo cual sería renunciar en parte al reembolso), *destruye o no permite* la presunción de la existencia de la causa. Es muy semejante al caso de la compraventa en que no se diga nada del precio o en un arriendo en que se omita de la renta. El «negocio jurídico», para ser perfecto, exige reunir todos y cada uno de los requisitos legales sea la «causa típica» o «genérica» (terminología difícil de comprender para mis alcances).

Y ya que estamos hablando de la causa, convendría recordar a este ilustre compañero (ponte en guardia, compañero) que la legislación hipotecaria sí habla de causa. ¿No recuerdas cómo NÚÑEZ LAGOS insistió en que el registro era de «títulos», y LA RICA le dijo sí, pero de «títulos y modos»? No sé tu concepción del título, pero no voy a recomendarte que te leas la legislación hipotecaria —pues eso, como dijo AGUSTÍN DE FOXÁ, es «peor que la lepra y las culebras»—, pero con que te acerques al *índice* verás que el artículo 193.2 del Reglamento Hipotecario se habla de «causa o razón», que anula la afirmación genérica que haces en tu trabajo. *Sotto voce* te diré que no hay muchos que conocen esta cita.

- *Problemas del reembolso*. El citado autor critica también la postura que la Dirección General mantiene en la Resolución de 25 de septiembre de 1990 sobre la necesidad de hacer constar el *derecho de reembolso*, que es la contraprestación causal del contrato sinalagmático. El argumento fundamental que este ilustre compañero utiliza es que, en todo caso, «el reembolso se producirá al liquidarse la sociedad», ya que los artículos 1.346, 1.347, 1.352, 1.358, 1.359, 1.362, 1.364, 1.397, 1.398 y 1.403 así lo vienen a disponer.

Este argumento es poco convincente y no es válido para este caso, pues todos los artículos citados —leídos reposadamente— están presuponiendo la existencia de un préstamo, un anticipo o el pago hecho por un tercero que lleva inevitablemente a la necesidad de un reembolso para evitar el enriquecimiento injusto o sin causa, cosa totalmente distinta de la aportación a la sociedad conyugal de un bien privativo para convertirlo en ganancial. Una cosa es el mecanismo contable e interno que exige el equilibrio de la comunidad ganancial y otra es el aumento patrimonial que la misma recibe por una aportación. Ninguno de esos artículos habla para nada de las aportaciones que estamos contemplando.

- *Problema del fraude fiscal y de otros*. Ya he apuntado antes que la

legislación fiscal abre cauce a las aportaciones de bienes y derechos a la sociedad conyugal, dándoles el trato de favor de ser actos exentos. Ello estaba basado en que el texto de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales es anterior a la reforma del Código Civil y esas aportaciones sólo podían ser las de la dote, los parafernales, las donaciones, los bienes propios, etc., que constituían las capitulaciones anteriores al matrimonio. Salvo que nos saltemos el principio constitucional del rango legislativo («jerarquía normativa», dice el art. 9) podríamos admitir que el Reglamento, ya posterior a la reforma, mantiene la exención y se adapta a la reforma, cosa que no podría hacer por ir en contra de la ley. Recordar esto a un jurista me resulta muy penoso. Tampoco vale la cita del Régimen Local y las plusvalías, ya que la analogía no entra en juego, al ser impuestos distintos y la interpretación debe ser restrictiva. Lo que sí acepto es que si el legislador fiscal se hubiera dado cuenta de «este filón» que suponen las «aportaciones» se hubiera lanzado a gravarlas...

No me he llegado a creer nunca que las «parejas» de cónyuges que atraviesan momentos difíciles discurran por su cuenta la conversión de los bienes privativos en gananciales, cuando lo que se pretende en la actualidad es la independencia «económica». Alguien les orienta, pero me resisto a creer que en la formación y afirmación de la voluntad de las partes se aconseje este medio para evitar males mayores, pues ello sí podría constituir una complicidad fraudulenta. Digo esto porque es evidente que detrás de esas aportaciones, aunque notarialmente no pueda detectarse, llegan al Registro tres o cuatro embargos que el Libro Diario descubre a través del asiento de presentación. ¿Y qué sucede en estos casos? Que si aceptas el «negocio jurídico» de aportación en base de las razones que nos está ofreciendo la práctica notarial el embargo está dirigido contra el marido y la finca ya tiene otro titular más al que no se le ha notificado. También podríamos hablar de las hipotecas unilaterales, los arriendos, etc. La picaresca en esto es más amplia del caso que cita el Notario CÉSAR PASCUAL DE LA PARTE, del «tío de América».

D) SOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

En los varios casos en los que ha tenido que decidir la Dirección General pienso que existe una postura de avance —que motiva y envalentona al Notariado— y otra de retroceso en la que surge la crítica y la reacción. Como la última de las Resoluciones que cito es muy reciente y no está

comentada, creo que ya vamos a dejar de padecer esa avalancha de aportaciones a las que se les pone un serio correctivo a tener muy en cuenta.

Creo que en la exposición debo ir escalonadamente —muy al estilo de la nueva Ley del Suelo— para ir viendo los matices y la evolución sufrida. Debo sentirme satisfecho, pues mis ideas iniciales ante el problema —y de esto hace tiempo— las he visto confirmadas, sin que haya podido lograr un recurso que las avalase.

Resolución de 10 de marzo de 1989.—Esta Resolución —quizá la primera que aborda el tema— declara inscribible la conversión de un bien privativo en ganancial realizada en base de una edificación y adjudicación posterior en terreno privativo al amparo de la libertad de contratación del artículo 1.323 del Código Civil y a pesar de lo que disponen los artículos 1.355 y 1.359 del Código Civil.

Este es el resumen que encabeza mi comentario de la misma en la *RCDI* que antes cité. Quizá, remitiéndome a lo que entonces dije, podía salvar el tema, pero creo que debe insistirse en que aquella solución que la Dirección ofreció hablando de que en virtud de la libertad de pacto del 1.323 del Código Civil 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...» fue la causa «torpe» que abrió las puertas al Notariado para el trasiego de bienes sin causa y con motivos ocultos.

El caso —pese al entredicho del prestigio y crédito profesional del Notario— era clarísimo en su solución y lo apuntaba en mi comentario «¿Cabe en capítulos matrimoniales una estipulación en contra de lo que dispone el artículo 1.359 del Código Civil para volver a la solución del 1.404 del anterior Código?». Eso destruía el argumento *dispositivo* del Notario autorizante. Pero es que hay más, y es que el Notario —pese a su prestigio y crédito— se permitió el lujo jurídico de decir que el 1.355 del Código Civil avala la adquisición «onerosa» por accesión. Este Notario —compañero de Facultad— no recordaba, casi seguro, que CASTÁN citaba a BIANCHI, que explicó en su día que la «accesión», siendo un modo de adquirir, no depende de *un nuevo título*, de una nueva *causa* que le inviste de aquel derecho, sino que es el título mismo de propiedad de la cosa principal el que somete la accesorio al derecho de la misma persona. Esto demostraba clarísimamente que este supuesto no encajaba en el artículo 1.355 del Código Civil, cosa que la Dirección reconocía. A mí me gustaría que me pusiesen ejemplos en los que fuera de las adquisiciones onerosas a costa del caudal común, que son gananciales, conforme al artículo 1.347,3,

entra o puede entrar en juego el absurdo artículo 1.355 del Código Civil. Demostrado que en el caso concreto se acude por la Dirección, a través de la aportación, al 1.323 y no al 1.355 del Código Civil, vamos a ver por qué no se concretó la necesidad de una causa y la utilización de un contrato «típico».

Resolución de 14 de abril de 1989.—No me puedo acordar de la razón por la que yo no comenté esta Resolución. Quizá sean cosas de mecánica organizadora, más que de temor a mi postura contraria al fallo que en ella se reflejaba. El caso que ofrece es muy semejante al anterior y al estar proclamada poco después de ella, lógicamente tenía que tener el mismo resultado. No obstante, de los hechos se vislumbra más complicación, pues unos padres hacen donación de nuda propiedad a sus hijos de una parcela que se segrega de otra finca. Los padres se reservan el usufructo. Sobre la parcela segregada se construye un edificio a expensas de las respectivas sociedades conyugales de los hijos, se divide horizontalmente la obra y se adjudica en «pleno dominio» (no en «nuda propiedad»), pero con carácter ganancial los pisos y el garaje.

La solución del caso es semejante al del anterior: volvemos a la libertad de contratación entre cónyuges del 1.323 del Código Civil, que permite cualquier desplazamiento patrimonial siempre que se produzca por los medios previstos al efecto, entre los que no cabe desconocer el negocio de comunicación de bienes o aportación a una comunidad... Esto supuso echar más leña al fuego, ya que en el presente caso había una auténtica contradicción entre la titularidad privativa en «nuda propiedad» y la adjudicación en «pleno dominio» ya ganancial. ¿Qué pasó del usufructo?.

El comentario hubiera permitido más críticas que la resolución anterior, ya que en los hechos existían más irregularidades y se operaba por representación de los cónyuges. En suma, había mucho revoltijo. No digamos nada del informe que emite el Notario sobre el carácter dispositivo o impositivo del artículo 1.359 del Código Civil y el anterior 1.404 que no hay por donde cogerlo.

Resolución de 25 de septiembre de 1990.—El caso que contempla la Resolución citada es el de compra de un local comercial por dos esposos en el que el marido adquiere el 60 por 100 con carácter privativo y los dos esposos el 40 por 100 restante para su sociedad conyugal. Se procede a inscribir el 40 por 100, pero se suspende el 60 por 100 restante, dado que no se justifica el carácter del precio mediante prueba documental como exigen los artículos 1.365 del Código Civil y 93.2 del Reglamento Hipotecario. Me imagino que la cita del 1.365 se está refiriendo al 1.355 del Código Civil.

La Dirección General, en el presente caso, «frena» el desenfreno de estos singulares casos que pretenden «engordar» la sociedad de gananciales y, aun admitiendo el principio de libertad de pacto del conocido artículo 1.323 del Código Civil, dice que ese desplazamiento patrimonial puede realizarse por venta, permuta, donación u otro título suficientemente causalizado, todo ello aun y a pesar de no haberse acreditado la privatividad de la contraprestación, siempre que dicho *negocio atributivo* responda a una causa adecuada que justifique la operatividad del principio de subrogación real (art. 1.347,3 C.C), cual, por ejemplo, la transmisión gratuita de la contraprestación a favor del cónyuge adquirente o el derecho de reembolso al que se refiere el artículo 1.358 del Código Civil. Dicho negocio de «atribución patrimonial» no debe confundirse con la *confesión* de privatividad.

Pero esta Resolución, que ya supone un gran avance frente a las anteriores, se quiebra en cuanto de una parte se rechaza la suspensión de inscripción sostenida por el Registrador, pero no se acuerda la inscripción solicitada, toda vez que la posible excepción al principio de «subrogación real» depende de la «validez» del negocio de atribución de privatividad, lo cual puede enjuiciarse si existe o *consta* la causa.

Resolución de 21 de enero de 1991.—Es un supuesto de donación de fincas en *nuda propiedad* a la hija de un matrimonio en que se reservan los esposos «para si el usufructo conjunto (y sucesivo) con su esposa».

Incidentalmente la Dirección General de los Registros, en su apartado 4 de la Resolución citada, y apartándose del tema central del usufructo conjunto o sucesivo y la alteración o no de los capítulos matrimoniales y las masas de bienes, dice que lo que sí es cierto es que los cónyuges pueden atribuir carácter privativo a un bien ganancial, pacten o no compensación a cargo de los bienes privativos y siempre que el desplazamiento pactado aparezca *causalizado*.

Para llegar a esta conclusión se invoca la Resolución que hemos expuesto anteriormente (la de 25 de septiembre de 1990), que a mi humilde entender suponía un paso adelante para dejar bien claro que esos desplazamientos patrimoniales deberían tener un envase típico con su causa o una causa que justificase los mismos. Creo, por ello, que esta Resolución es «híbrida»: dice algo, pero no se atreve a decir todo, aunque al tratarse de un inciso en el motivo principal, debe entenderse que esté preparando el camino definitivo de las dos Resoluciones que vamos a citar.

Resolución de 7 de octubre de 1992.—Los hechos que dan motivo a esta Resolución son los de una aportación a la sociedad de gananciales de unas participaciones indivisas que tanto el marido como la mujer han adquirido

a título gratuito y con carácter privativo. Las participaciones no son de la misma finca, pero una y otra tienen valoración documental.

Hay ya en esta Resolución una variante respecto de la admisión de la figura del negocio de «aportación», pues en ella, como en las dos anteriores citadas, se comienza a hablar del *negocio de atribución patrimonial* o de *comunicación de bienes*. La Dirección General, además, ya recoge algo importante y es que el artículo 1.355 del Código Civil no es una excepción al principio de subrogación real, como tampoco revelador de norma imperativa y puede ser una expresión concreta que descubre nuevos principios de libertad o manifestación de reglas de libertad.

Siguiendo su cauce marcado en otras Resoluciones llega al problema final planteando la cuestión de si la causa del negocio aparece plenamente expresada (o expresada con la claridad necesaria) para la calificación registral, aunque en el momento de resolver no aborda la cuestión, pero en el informe del Registrador ya se hacía alusión al problema.

Resolución de 26 de octubre de 1992.—La cuestión de hecho que se plantea en el recurso versa sobre un caso semejante al que se refiere la primera de las Resoluciones citadas y creo que es importante señalarlo, pues el criterio resolutorio es diferente en una y otra. Un solar pertenece privativamente a una persona, por herencia, y otro solar colindante le pertenece al mismo y a su esposa con carácter ganancial. Los agrupan, edifican y quieren que el «todo» sea ganancial.

Entiendo —y no sé quién es el compañero que puso la nota— que fue un acierto poner en la misma el interrogante del negocio que transforma el bien privativo en ganancial. ¿Basta el simple *acuerdo* entre las partes para ello? Este es el tema al que le hemos estado dando tantas vueltas y revueltas acudiendo a negocios de atribución patrimonial, aportaciones, determinaciones, fijaciones, etc. Notario y Registrador —dice la Dirección— están de acuerdo en el principio de libertad de contratación. Nadie lo negó nunca, lo que sucede es que ese principio de libertad se utilizó para justificar otros negocios con esas finalidades que ya hemos apuntado y que ahora la Dirección corta de raíz: «el acuerdo de los cónyuges sólo será traslativo si en él hay donación o bien uno de los *ciertos contratos* que, seguido de tradición, constituyen el título y modo de transmitir el dominio conforme a lo dispuesto en el artículo 609 del Código Civil».

Llegados a este mojón es preciso hacer un resumen que ponga los puntos en su sitio y que, sin perjuicio de reconocer la valiosa aportación que hace el cuerpo notarial en diversos trabajos, desmontar esas construcciones que se nos han ofrecido provocadoramente. Desde el primer caso que tuve frente a mí, creo que di razones suficientes para no admitirlo y no ya por

el posible fraude fiscal o de acreedores que pueda encerrar, ya que eso no entra en mi calificación, sino porque el 1.355 del Código Civil se le coló al legislador que mantuvo la redacción de otros preceptos, sin darse cuenta que difícilmente puede servir en alguno de los casos conocidos. Por supuesto, que querer que el mismo sea viable para desvirtuar lo que dispone el artículo 1.359 del mismo Código es querer regresar a la legislación anterior y desconocer la esencia del principio de «accesión» por mí mantenida en el primer comentario que hice a la Resolución de 10 de marzo de 1989.

Tampoco quiero cargar tintas en contra de la actuación notarial, pues hemos visto cómo la Dirección General no resultaba lo suficientemente contundente para plantear el problema en su crudeza, ¿qué es lo que se esconde detrás de una *aportación* a la sociedad conyugal? ¿Un negocio gratuito o un negocio oneroso, una donación, una permuta o una compraventa? Yo hasta en ciertos momentos he pensado ante ciertas escrituras si las mismas estaban hechas con el propósito de provocar un recurso, aunque fuera a efectos doctrinales, pero nunca tuve ocasión de ello. Tampoco me ha encajado el que tantos cónyuges traten de «nutrir» su sociedad de ganancias de bienes originariamente privativos, pues la naturaleza del hombre y de la mujer es aferrarse a lo «suyo» y para los suyos. De ahí que, descartando razones y motivos, viese la realidad a través del Libro Diario de presentaciones. Una aportación y unos documentos posteriores comprometedores.

¿Estaremos en el buen camino ahora con esta Resolución de la Dirección General? Yo creo que sí, pues tanto Notarios como Registradores en sus respectivos espacios de actuación quedan «afectados» por estas decisiones superiores. Ello va a suponer una disminución de «aportaciones», un enflaquecimiento de las masas gananciales, pero sin que la palabra donación, venta o permuta influya para nada en la liquidación del impuesto.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ