

Breves reflexiones sobre el reformado artículo 1.324 del Código Civil

SUMARIO: A) *La recuperación de soberanía por el Código Civil.*—B) *Su posible aplicación a todos los regímenes matrimoniales.*—C) *¿En qué momento ha de producirse la confesión de privaticidad? La posible rectificación de una inscripción ya consolidada por la vía del artículo 40, d), de la Ley Hipotecaria.*—D) *Ambito temporal. Aplicación retroactiva.*—E) *Efectos:* 1. Fuerza derogatoria. 2. Alcance de la derogación. 3. Efectos: entre cónyuges; frente a terceros; herederos voluntarios; herederos forzosos; acreedores; tercer adquirente; frente al Fisco. 4. Modo de practicar la inscripción.

Aparece ya como práctica consagrada, el iniciar cualquier disertación del tipo de la presente tratando de hacer una justificación de los motivos que han llevado al autor o autores a centrarse en los problemas concretos en ella planteados, por un lado, y por otro, haciendo un programa, resumen, esbozo, o como quiera llamársele, de las tesis que a lo largo del mismo se proponen exponer. Vamos nosotros a prescindir, si quiera sea por esta vez, de esta práctica tradicional. En cuanto al primer punto o justificación de los móviles, pues éstos aparecen claros para cualquiera que tenga que enfrentarse, al tratar de llevarlos a la práctica, con los nuevos textos legales surgidos de la reforma introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Y en cuanto al segundo, porque, como se puede deducir ya del título que hemos dado al trabajo que nos ocupa, si hubiéramos de formular alguna conclusión, la primera sería la imposibilidad de formular tesis alguna que se presente como incommovible. Por el contrario, nos limitaremos a plantear nuestras meditaciones per-

sonales sobre un aspecto concreto de la reforma, dejando para estudios más fundamentados y estudiosos de mayor altura, el pretender su definitiva resolución.

No pretendemos decir que sea ésta la sola cuestión conflictiva que puede plantear la reciente reforma del Código Civil, ni siquiera la más importante. Por el contrario, este tipo de problemas doctrinales puede multiplicarse prácticamente hasta el infinito, y es misión del jurista —y, en particular, del jurista práctico—, el plantear estas cuestiones y, en la medida de lo posible, sentar las bases para su resolución.

Por razones prácticas y de limitación de espacio, vamos a centrarnos en el nuevo régimen económico-matrimonial, y dentro de él, en un artículo —el 1.324— que se presenta como especialmente controvertido y de trascendencia dentro del ámbito registral. ¿Qué efectos hay que atribuir a la confesión hecha por un cónyuge de que los bienes adquiridos son de la pertenencia exclusiva del otro? ¿Ha sido derogado tácitamente el artículo 95-2 del Reglamento Hipotecario? ¿Cómo debe practicarse la inscripción?

Será nuestro propósito a lo largo de la presente exposición, y así desde ahora lo confesamos, asumir la defensa de las normas hipotecarias sobre la materia, para —sin desconocer la jerarquía normativa en este campo del Derecho civil común y hasta tanto se produzca la necesaria modificación del Reglamento Hipotecario— procurar la conciliación de los preceptos de Derecho civil e hipotecario, en la medida en que dicha conciliación se nos presente como posible.

A. LA RECUPERACION DE SOBERANIA POR EL CODIGO CIVIL

Nos encontramos en presencia de una norma —artículo 1.324—, de una ley sustantiva —Código Civil—, que en una primera lectura parece querer reglamentar una materia regulada hasta entonces prácticamente en exclusiva por una ley adjetiva —Reglamento Hipotecario—: la atribución de naturaleza privativa o ganancial a los bienes adquiridos por esposos sujetos al régimen económico matrimonial de gananciales, y como lógica secuela, el modo concreto de formular su inscripción, el reflejo que a dicha naturaleza privativa o ganancial debía darse en los libros registrales.

El Reglamento Hipotecario había actuado en este punto como necesario complemento de una normativa sustantiva que se ocupaba insuficientemente de la materia. En efecto, sólo una norma, el artículo 1.407 del antiguo texto civil, regulaba la cuestión. Este precepto, junto con las normas de los artículos 1.335 y 1.458, que prohibían las donaciones

y compraventas entre cónyuges, llevaron a sentar la conclusión de la inmodificabilidad absoluta de la naturaleza privativa o ganancial que, derivada del origen de su adquisición y por aplicación imperativa de las normas legales sobre clasificación de una y otra clase de bienes, debía a éstos atribuirse. Con ello, el Reglamento Hipotecario aparecía como formulador de un principio que no aparecía expresamente consagrado por el texto legal sustantivo, además de ocuparse de regular la única materia que en realidad debía haber considerado como propia de su ámbito: el modo de formular la inscripción. Hasta tal punto era ello así, que el artículo 96 del Reglamento Hipotecario regulaba en exclusiva una cuestión netamente civil: la legitimación para la realización de actos dispositivos.

En el nuevo régimen, el Código Civil recupera el protagonismo que nunca debió perder en esta materia: se ocupa expresamente de regular los efectos de la confesión de privaticidad. Y respetuoso con la misión que es propia del Reglamento Hipotecario, no se ocupa para nada del modo de practicar la inscripción. Pero es precisamente este respeto, unido al hecho de no haberse producido coordinación entre las reformas civil e hipotecaria, el que ha causado el germen de la confusión.

De ahí que debamos sentar una primera premisa aclaratoria, derivada de dicha recuperación de soberanía: vuelve a ser competencia del Código Civil el regular la presunción de ganancialidad —artículo 1.361—; el efecto que sobre dicha presunción tiene la confesión realizada por un cónyuge de que los bienes adquiridos son de la pertenencia privativa del otro —artículo 1.324—, y la legitimación para la realización de actos dispositivos —artículos 1.375, 1.320, etc.—. Y quedará reservada a la normativa hipotecaria exclusivamente el regular el modo de practicar la inscripción —artículo 95-2, *in fine*, del Reglamento Hipotecario.

Si logramos demostrar, como es nuestro propósito, que la contradicción entre los artículos 95-2 del Reglamento Hipotecario y 1.324 del Código Civil es más aparente que real, ello traerá, como lógica consecuencia, la derogación del artículo 96 del Reglamento Hipotecario y la simple modificación del artículo 95-2 para adaptarlo al tenor del nuevo artículo 1.324. Pero de ello nos ocuparemos más adelante.

B. SU POSIBLE APLICACION A TODOS LOS REGIMENES MATRIMONIALES

Como ya hemos apuntado, la norma hipotecaria que regulaba la materia, así como el precepto de Derecho sustantivo que era su base —artículo 1.407—, aparecían únicamente referidos a supuestos planteados

en el régimen de la sociedad de gananciales. Por el contrario, el nuevo artículo 1.324 aparece situado en el capítulo I («Disposiciones generales») del título III («Del régimen económico matrimonial»). ¿Significa ello que su contenido es de aplicación a cualquier régimen económico matrimonial? Tres son los regímenes previstos y regulados por el Código Civil: gananciales, régimen de participación y separación de bienes. Junto con la previsión de poder pactar cualquier otro régimen de naturaleza distinta —artículo 1.315—, como régimen totalmente nuevo o como simple modificación de los que ya son objeto de previsión legislativa.

De los tres regímenes que llamaremos privilegiados —por ser objeto de atención preferente por el legislador—, sólo al de gananciales parece aplicable la *ratio* del 1.324. En efecto, para atribuir naturaleza privativa a un bien adquirido en régimen de separación de bienes o participación, basta la comparecencia como adquirente del cónyuge a quien ha de atribuirse en titularidad exclusiva. Sin perjuicio de que, en su caso, y en el momento liquidatorio, o al abrirse la sucesión o probarse el fraude, se realicen las compensaciones en metálico que sean pertinentes. Pero en tal tipo de regímenes no hay una presunción de ganancialidad que pueda destruirse por prueba en contrario —confesión—, que es la finalidad particular del artículo 1.324.

Por ello, sólo al régimen de gananciales típico, a las variantes del mismo previstas en capítulos o a cualquier otro régimen que atribuya naturaleza común a las adquisiciones a título oneroso constante matrimonio parece de aplicación la norma del 1.324. Su lugar estaría quizá de un modo sistemáticamente más correcto, tras la norma del artículo 1.361 —como precepto paralelo al 1.407 de la anterior regulación—, con la posibilidad de su aplicación analógica a cualquier régimen pactado de naturaleza similar.

C. ¿EN QUE MOMENTO HA DE PRODUCIRSE LA CONFESION DE PRIVATICIDAD? LA POSIBLE RECTIFICACION DE UNA INSCRIPCION YA CONSOLIDADA POR LA VIA DEL ARTICULO 40, D), DE LA LEY HIPOTECARIA

Otro punto concreto planteable se refiere al momento en que debe producirse la confesión de privaticidad para que surta sus efectos típicos. En principio, del tenor literal del artículo 1.324 no puede inferirse ninguna aclaración sobre el particular; el precepto se limita a decir: «para *probar*... que determinados bienes... *son propios*». Aparece, pues, referida esta posibilidad de realizar la confesión, produciendo ésta siem-

pre sus efectos propios, tanto al momento de realizar la adquisición como a cualquier momento posterior.

Es de observar aquí el contraste entre esta formulación legal y la del artículo 1.335: «Podrán los cónyuges atribuir la condición de gananciales a los bienes que *adquieran...*». Sólo en el momento de la adquisición se ofrece la posibilidad de realizar esta atribución con efectos vinculantes.

No obstante, parece que esta misma solución ha de aplicarse al caso del artículo 1.324, que dicho precepto está pensando sólo en las confesiones realizadas en el momento adquisitivo. En primer lugar, porque del precepto no se deduce nada en contrario, como ya hemos visto, y porque en el caso de admitirse, y caso de haberse practicado ya la inscripción, la confesión operaría como un título traslativo de dominio, solución contraria a su naturaleza. En segundo lugar, por razones de lógica y sistemática y por motivos fiscales. Por razones de lógica y sistemática, pues en tal supuesto —atribución posterior de naturaleza privativa por confesión a un bien inscrito como ganancial— nos encontraríamos ante un supuesto de rectificación de inscripción erróneamente practicada por defecto en el título, materia propia de regulación hipotecaria y perfectamente prevista y regulada por el artículo 40, d), de la Ley Hipotecaria. Y, por otro lado, por cuanto éste sería un camino fácil para eludir la tributación fiscal a que están sujetas las ventas y donaciones entre cónyuges, como todas las transmisiones, tras preverse su posibilidad por el artículo 1.323.

Puede argumentarse en contra que el hecho de que el momento idóneo para realizar la confesión, y al que se refiere el artículo 1.324, sea el adquisitivo, no prejuzga el que no quepa posteriormente pedir una rectificación del registro, diciendo precisamente que en la escritura no se hizo constar —por error— que la procedencia del precio era privativa, o se hizo cualquier otra manifestación —también por error— que no correspondía con la realidad. Si ello aparece dudoso cuando ha comparecido como adquirente un solo cónyuge —precisamente el beneficiado posteriormente por la confesión— sin manifestar nada sobre el destino del bien, debe mirarse con mayor precaución cuando la compra se ha efectuado por los dos cónyuges o por uno solo diciendo que compraba para su sociedad conyugal. En el ámbito fiscal, razones de presunción de fraude llevarían a investigar la posible sujeción al Impuesto de Transmisiones o Sucesiones y Donaciones de tal manifestación. En el ámbito hipotecario y registral, estas mismas razones se muestran como suficientes para denegar la rectificación pretendida, pues aparece manifiesto que lo que se pretende no es una rectificación, sino el encubrimiento de una transmisión y, por ende, de una operación registral. De ahí que sea en

tal supuesto aconsejable, cuando menos por razones de prudencia, que el Registrador exija cualquier otra justificación —independiente de la simple manifestación por los interesados y como protección a posibles terceros perjudicados— de que tal error se produjo realmente.

D. AMBITO TEMPORAL. APLICACION RETROACTIVA

¿Las confesiones de privaticidad realizadas con anterioridad a la reforma de 13 de mayo de 1981 e inscritas conforme a lo dispuesto en el artículo 95-2 del Reglamento Hipotecario, quedan sujetas a lo dispuesto en el artículo 96 del Reglamento Hipotecario —necesidad del consentimiento de ambos cónyuges para la realización de ulteriores actos dispositivos— o puede serles de aplicación la nueva normativa derivada del artículo 1.324?

Examinado el texto de la reforma, no se encuentra ninguna norma de Derecho transitorio que resuelva la cuestión. Parece por ello de aplicación la regla general derivada del artículo 2-3.º: «las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario». El principio general aplicable resulta, por tanto, el de irretroactividad en la aplicación de los efectos derivados del artículo 1.324.

Frente a este principio general, ¿cuál puede ser el influjo resultante de las diversas teorías dirigidas a la suavización del rigorismo de dicho principio general y, en concreto, de la aplicación de la teoría de los grados de retroactividad? Recordemos sus diversas escalas:

- Retroactividad de grado máximo: llevaría a la aplicación radical y a todos los casos del artículo 1.324, incluso respecto a efectos ya consumados con anterioridad. Parece insostenible.
- Retroactividad de grado medio: la nueva ley se aplica a las situaciones creadas bajo el imperio de la ley antigua, cuyos efectos, aunque iniciados bajo dicho régimen, se terminan de desarrollar en el tiempo en que rige ya la nueva normativa. Lleva también a la aplicación del nuevo 1.324, pero veamos cómo. Situación —confesión de privaticidad— realizada en el ámbito temporal del régimen anterior, que ha producido bajo dicho régimen ciertos efectos —por ejemplo, la inscripción conforme al 95-2—, pero algunos de los cuales se realizan ya bajo la nueva normativa —la disposición—. A estos últimos efectos sería ya aplicable la nueva regulación, que, como veremos más adelante, y siempre en nuestra particular opinión, lleva a la derogación no expresa del artículo 96 del Reglamento Hipotecario y, por tanto,

como consecuencia, a la innecesariedad de nuevo acto dispositivo por parte del cónyuge confesante.

- Retroactividad de grado mínimo: la nueva ley se aplica a situaciones creadas bajo el imperio de la ley antigua, pero sólo en cuanto a efectos totalmente producidos bajo el imperio de la nueva legislación. Aplicada al caso presente, trae como consecuencia la posible vigencia del régimen derivado del artículo 1.324 respecto de sociedades de gananciales ya existentes con anterioridad a la reforma, pero sólo en cuanto a confesiones de privaticidad producidas con posterioridad a su entrada en vigor.

Parece ésta la solución aplicable. En primer lugar, porque, como hemos dicho, y por imperativo del artículo 2-3, la irretroactividad de las leyes es el principio general, por lo que las posibles matizaciones de dicho principio han de ser interpretadas restrictivamente. Y, en segundo lugar, por la posible aplicación analógica de la disposición transitoria 1.^a del Código Civil: «Se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo...», así como de la declaración general: «Las variaciones introducidas por este Código, que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior, no tendrán efecto retroactivo...». Ciertamente que la reserva al cónyuge confesante de facultades dispositivas no puede estimarse como un verdadero derecho subjetivo. Pero ¿no parece asimismo lógico y consecuente con el principio de seguridad jurídica, que la confesión realizada por un cónyuge bajo el régimen del artículo 95 y, por tanto, en la creencia de que únicamente produciría los efectos derivados del artículo 96 —necesidad de codisposición—, produzca precisamente ese tipo de efectos y no otros diferentes?

* * *

Cuestión distinta es la referente a qué normativa resulta aplicable a las confesiones de privaticidad producidas con anterioridad a la entrada en vigor del artículo 1.324, pero presentadas a inscripción con posterioridad a esta fecha. Parece que el momento determinante de la productividad de efectos ha de ser aquél en que se produce la confesión, prescindiendo del dato meramente formal del asiento del título correspondiente en el libro Diario, en parte, por la posibilidad de retrasar maliciosamente dicha presentación, atribuyendo así al acto de la confesión efectos que no tenía en el momento de producirse y que quizá el confesante no quiso atribuirle —por tanto, por una exigencia de segu-

ridad jurídica, a la que ya nos hemos referido—, y, en parte, también por la recuperación de soberanía, tantas veces aludida, del Código Civil sobre la normativa hipotecaria.

En cuanto al momento en que tal confesión ha de entenderse producida, ha de ser el de su reflejo en la escritura pública correspondiente, pues sólo en tal momento puede tenerse constancia fehaciente de la fecha—en aplicación del artículo 1.218 del Código Civil.

* * *

Otro punto controvertido es el relativo a si es posible que sobre bienes inscritos con sujeción al artículo 95-2 del Reglamento Hipotecario en el régimen anterior, se pueda producir una nueva confesión del cónyuge del titular, pretendiendo que ésta surta los efectos propios del artículo 1.324 en su nueva regulación.

A ello se oponen: por un lado, la formulación del artículo 2-1 de la Ley Hipotecaria, según el cual: «en el Registro se inscribirán: ... los títulos traslativos o declarativos del dominio...», y la confesión, como hemos visto y veremos, no puede ser considerada como un título traslativo, y el hecho de que las previsiones de rectificación del artículo 40, *d*), se refieren a supuestos en que se ha producido error del título, del Registro, etc., y no a casos en que la inscripción se ha practicado de una manera perfecta, si bien con sujeción a un régimen legal diferente. Y, por otro, el hecho de que las disposiciones transitorias, tanto de la legislación civil como hipotecaria, no han previsto directamente tal posibilidad.

A favor de tal posibilidad, quizá pueda aducirse el argumento de que la aseveración del carácter privativo puede entenderse como un título declarativo del dominio de los que habla el artículo 2-1, entendido tal precepto en un sentido muy amplio. O la posible aplicación analógica del artículo 95, *in fine*, del Reglamento Hipotecario, entendido también en su sentido más amplio, por cuanto tal confesión, sin ser prueba plena del carácter privativo—según trataremos de exponer más adelante—, refuerza, sin embargo, tal carácter, en el sentido de producir la innecesariedad del consentimiento del cónyuge confesante para realizar actos dispositivos respecto a bienes de esta naturaleza.

E. EFECTOS

Hechas estas consideraciones previas, pasamos a centrarnos en la problemática fundamental que encierra la interpretación del artículo 1.324, y que es la siguiente:

- ¿Deroga dicho precepto las disposiciones todavía vigentes de los artículos 95 y 96 del Reglamento Hipotecario?
- ¿Qué alcance debe atribuirse a tal derogación?
- ¿Qué efectos derivan de la nueva redacción de los artículos 1.324 y 1.361?
- ¿Cuál es el modo más correcto de practicar la inscripción respecto a los actos adquisitivos realizados con tal aseveración de privaticidad?

Cuestiones todas ellas íntimamente relacionadas, pues precisamente del sentido que demos al artículo 1.324 derivarán sus efectos, y según entendamos o no derogado el artículo 95, la inscripción y sus efectos serán unos u otros completamente diferentes.

* * *

1. FUERZA DEROGATORIA

En este punto concreto hay que distinguir, al menos en nuestra particular opinión, dos diferentes aspectos del problema, que frecuentemente se presentan como una cuestión única y, por tanto, induciendo a la subsiguiente confusión. Por un lado: ¿Tiene la reforma del Código Civil fuerza suficiente para derogar la normativa hipotecaria? Por otro: ¿Ha sido en realidad propósito del legislador provocar tal derogación?

La fuerza derogatoria del Código Civil sobre preceptos del Reglamento Hipotecario es clara y basada, cuanto menos, en una triple vía de argumentación:

- En primer lugar, por la fuerza derogatoria de toda ley posterior en relación a las leyes anteriores, derivada de la aplicación del artículo 2-2 del Código Civil.
- En segundo lugar, por la primacía del Código Civil —dentro siempre del respeto a la Constitución— sobre todas las demás leyes que constituyen el Derecho civil común —artículo 1.976—, y, en particular, de toda ley sustantiva —Código Civil— sobre la legislación adjetiva —hipotecaria—. Debemos recordar, en este punto, la tantas veces citada recuperación de soberanía por parte del Código Civil sobre una materia impropriamente regulada hasta entonces por la legislación hipotecaria. Los artículos 95 y 96 desarrollaban la insuficiente normativa del artículo 1.407. Regulada esta materia con mayor precisión por los artículos 1.361-1.324, deben éstos prevalecer sobre las normas hipotecarias.

- Y, en tercer lugar, y en íntima conexión con el punto anterior, por la supremacía jerárquica de toda ley —Código Civil— sobre las normas de mero carácter reglamentario —Reglamento Hipotecario—, principio articulado en la L.R.J.A.E. —artículos 26 y 27.

Aparece sentada, pues, como primera premisa, el hecho de que el Código Civil, caso de haberlo pretendido, tiene jerarquía normativa suficiente como para derogar las normas del Reglamento Hipotecario. Pero cuestión completamente distinta es que tal derogación fuera en realidad el propósito de la reforma. Es nuestra particular opinión, en este punto, que no se ha producido una ruptura total con la doctrina hasta entonces recogida por los textos hipotecarios, sino una simple modificación de la misma.

Los argumentos de Derecho positivo en que aparece fundamentada tal opinión pueden ser los siguientes:

- En primer lugar, el paralelismo entre el anterior artículo 1.407 y el reformado artículo 1.361 del Código Civil.

Decía el artículo 1.407: «Se reputan gananciales todos los bienes del matrimonio, mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer».

Dice el artículo 1.361: «Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio, mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer».

Sólo aparecen dos diferencias, que, sin temor a equivocarnos, nos atrevemos a calificar de simple matiz. El cambio de «reputar» por «presumir» y de «bienes del matrimonio» por «bienes existentes en el matrimonio». Pero no es éste el punto concreto que pretende desarrollar el artículo 1.324, sino el modo de probar que los bienes pertenecen privativamente al marido o a la mujer —segunda parte del precepto—, y esta parte precisamente no ha sufrido modificación.

Si el punto de partida es el mismo: presunción *iuris tantum* del carácter ganancial de todos los bienes del matrimonio, salvo prueba en contrario. Y el valor de la confesión como medio de prueba es también el mismo: el que deriva de la aplicación de los artículos 1.231 y siguientes del Código Civil, que no han sufrido modificación tras la reforma. No es muy aventurado suponer que la conclusión a la que se llegue no puede ser sustancialmente diferente.

- Como segundo argumento, nos encontramos con otro punto de paralelismo: el existente entre el artículo 1.324 del Código Civil y el 95-2 del Reglamento Hipotecario.

Decía el artículo 95-2: «Cuando en la adquisición por cualquiera de los cónyuges asevere el otro que el precio o contraprestación es de la exclusiva propiedad del adquirente sin acreditarlo...». De la segunda parte de dicho precepto nos ocuparemos posteriormente.

Dice el artículo 1.324: «Para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos será bastante la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola...».

Empezaremos encontrando un punto positivo en la redacción del artículo 95-2. Resuelve claramente la cuestión referente a que el momento idóneo para producir tal confesión es precisamente el momento adquisitivo. Punto éste que, como hemos dicho, no aparece suficientemente claro en el texto del artículo 1.324, si bien nos hemos inclinado por su resolución en idéntico sentido.

Aclarada esta cuestión, el presupuesto de hecho de la norma es el mismo: la aseveración —dice el artículo 95-2— o confesión —dice el 1.324—, realizada por un cónyuge en el momento adquisitivo de que un bien concreto —1.324— o el dinero invertido en su adquisición —95-2— es de la pertenencia exclusiva del otro cónyuge.

Sobre esta base única, la conclusión a la que se llega es diferente. O por decirlo más exactamente, el artículo 1.324 aporta una solución respecto a la naturaleza de tal bien, mientras que el artículo 95-2 se limita a ocuparse de la cuestión relativa a la naturaleza que resulta de la inscripción.

Ante esta falta de inmediata solución, ¿qué norma debía ser aplicable en el régimen del artículo 95-2? Ya lo hemos apuntado en más de una ocasión: los artículos 1.231 y siguientes del Código Civil, relativos a la confesión extrajudicial. Y lo que dicen dichos artículos es precisamente lo que dice el artículo 1.324 actual: la confesión hace prueba exclusivamente contra su autor —1.232—; la confesión es suficiente como medio de prueba únicamente en las relaciones entre los cónyuges —artículo 1.324.

La segunda parte de dichos preceptos, relativa a los efectos frente a herederos forzosos y acreedores, llega, como no podía ser de otro modo partiendo de idéntica base, también a la misma conclusión:

Dice el artículo 95-2: «... sin que el asiento prejuzgue la naturaleza privativa o ganancial de tales bienes».

Dice el artículo 1.324: «... pero tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante ni a los acreedores».

La manifestación del artículo 1.324, junto con la del 1.361 —que no olvidemos sigue manteniendo la presunción de ganancialidad—, presenta un evidente paralelismo con la del artículo 95-2. La confesión por sí sola destruye la presunción de ganancialidad de los artículos 1.361-

1.407 en las relaciones *inter partes* entre los cónyuges; pero es insuficiente para destruir tal presunción en las relaciones con terceros —herederos forzosos y acreedores—, dice el artículo 1.324, cualquier tipo de terceros, dice el 95-2.

Y es precisamente en este punto: quiénes son los *no* afectados por la confesión como medio de prueba, donde encontramos la primera diferencia importante entre los artículos 95-96 del Reglamento Hipotecario y el 1.324. Sólo herederos forzosos y acreedores pueden desconocer los efectos de la confesión en el régimen del artículo 1.324. Mientras que en el régimen de los artículos 95-96, a ellos se añade otro sujeto no afectado por la confesión: el adquirente. Y precisamente por ello, por la falta de efectos frente al adquirente de la confesión, el artículo 96 exigía la concurrencia de ambos cónyuges para la realización de ulteriores actos dispositivos.

Y ante esta primera reforma introducida por el régimen del artículo 1.324, no podemos dejar de manifestar nuestro aplauso. Porque es ahora, por primera vez, cuando la confesión entre cónyuges se equipara verdaderamente en sus efectos a cualquier confesión extrajudicial: produce efectos *contra* el confesante y, por tanto, frente al adquirente, a quien dicha confesión necesariamente ha de beneficiar y nunca perjudicar. No aparece como necesaria ninguna nueva declaración en la que el confesante se limitaría a reiterar sus manifestaciones, pues por imperativo legal —artículo 1.232—, ya no puede volver atrás respecto a las mismas.

— Como tercer argumento, nos encontramos esta vez con un punto de diferenciación: el existente entre los artículos 1.355 y 1.324.

Dice el artículo 1.355: «Podrán los cónyuges, de común acuerdo, *atribuir* la condición de gananciales...».

Sin embargo, el artículo 1.324 sólo dice: «Para *probar entre cónyuges*...».

Debemos fijarnos en tal precisión terminológica. En el régimen del artículo 1.355 es suficiente la aseveración de los cónyuges para que a un bien se le atribuya con carácter definitivo naturaleza ganancial. Y ello responde, en perfecta lógica jurídica, a la presunción de ganancialidad del artículo 1.361. Sin embargo, no existe ningún precepto equivalente para la atribución de carácter privativo. La confesión opera como un simple medio de prueba *inter partes*, insuficiente, por tanto, para *atribuir* carácter privativo de manera definitiva.

- Otra vía argumental puede ser la siguiente: si la confesión de privaticidad es por sí sola suficiente para destruir la presunción de ganancialidad del artículo 1.361, de manera que actúa como medio de prueba plena frente a todo tipo de terceros, incluso los afectados negativamente por tal confesión —herederos forzosos y acreedores—, y de manera también que la defensa concedida a éstos se limita a reconocerles la posibilidad de impugnar tal confesión probando la existencia de una transmisión entre cónyuges en fraude de sus derechos.

¿Para qué es entonces necesario que se exprese en el texto del artículo 1.324 que quedarán siempre a salvo sus derechos? Si sus derechos se limitan a la posibilidad de impugnar tal confesión en el caso de que prueben ser fraudulenta, ¿no aparecen ya suficientemente protegidos por los artículos 1.290 y siguientes del Código Civil, sin necesidad de reiterar tales afirmaciones fuera de su contexto?

De ser ello así, el artículo 1.324 hubiera producido los mismos efectos si se hubiera limitado a decir: «Para destruir la presunción de ganancialidad será medio de prueba suficiente la confesión de los cónyuges, y en el caso de que posteriormente se pruebe que no corresponde con la realidad, se entenderá realizada una transmisión entre ellos, pudiendo en tal caso herederos forzosos y acreedores utilizar en defensa de sus derechos las acciones previstas en los artículos 1.290 y siguientes y 655 del Código Civil».

Sólo en el caso de que el tenor del artículo 1.324 fuera éste o similar, se podría entender derogado el artículo 95-2, y además necesariamente modificados los efectos que a la confesión extrajudicial se reconocen con carácter general en los artículos 1.231 y siguientes del Código Civil. Pero como hemos pretendido exponer, la redacción del artículo 1.324 no parece que deba interpretarse en tal sentido o, por lo menos, hay que reconocer que se presta a otra interpretación diferente.

Si se piensa que cuando la confesión no se corresponde con la realidad de los hechos debe, no obstante, estimarse como válida y entender realizada bajo la forma de confesión una donación del bien mismo o del dinero invertido en su adquisición; parece que lo que se pretende es aplicar la teoría de la simulación. Pero para que pueda estimarse existente tal figura técnica es preciso que se den una serie de requisitos, que con GARCÍA AMIGÓ podemos sistematizar así:

- Existencia de un negocio exteriormente normal, pero sólo aparente.
- Existencia de otro negocio, verdaderamente querido, pero no manifestado.

- Acuerdo simulatorio.
- Finalidad de provocar una creencia en terceros.

¿Puede en realidad estimarse que la confesión sea un negocio transmisivo exteriormente normal? La confesión es una simple manifestación de hechos, no un negocio transmisivo, y, por tanto, no puede servir de título para la adquisición. Recordamos en este sentido cómo la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1961 —también citada por GARCÍA AMIGÓ: *Instituciones de Derecho civil*, Madrid, 1979— exige que en el negocio simulado se cumplan, cuando menos, unas mínimas exigencias de forma, y sigue diciendo: «... no tiene un carácter de generalidad que permita admitir la simulación como normal cuando las partes pueden adoptar la forma contractual que la ley previene para la institución que regula...», en este caso, la donación por la vía del artículo 1.323.

- Como última vía argumental, no podemos dejar de recordar la ausencia de una derogación expresa de los artículos 95-96, por lo que éstos han de conservar, cuando menos, un valor interpretativo ante una norma —1.324— cuya redacción se presta a confusión. Sin perjuicio de que tal derogación se produzca en lo sucesivo, y por los argumentos ya expuestos, ésta debería revestir la forma de una modificación, más que la de una simple derogación. Sobre el alcance de esta modificación nos ocuparemos en el punto siguiente.

* * *

2. ALCANCE DE LA DEROGACIÓN/MODIFICACIÓN

Es la conclusión a la que hemos pretendido llegar a lo largo de esta exposición, que el artículo 95 debe entenderse revisado en aspectos concretos por el artículo 1.324, y el artículo 96, totalmente derogado por la recuperación de soberanía que sobre la materia de legitimación para la realización de actos dispositivos se ha operado por el Código Civil, y por lógica coherencia con el artículo 1.232. El nuevo régimen derivado de la coexistencia de estos preceptos debe ser el siguiente:

- Presunción de ganancialidad.
- Destrucción de dicha ganancialidad como efecto derivado de la confesión en la relación *inter partes* entre los cónyuges. Con la lógica consecuencia de no poder el confesante desconocer los

efectos de dicha confesión en aquello que le sea perjudicial —artículo 1.232.

- Dicha confesión, por sí sola, no destruye la presunción de ganancialidad en las relaciones cónyuges-terceros —herederos forzosos y acreedores—, a quienes puede perjudicar. Por tanto, frente a éstos, no se prejuzga la naturaleza privativa o ganancial del bien.
- Innecesariedad de concurrencia del cónyuge confesante para la realización de actos dispositivos, como lógica consecuencia derivada del punto 2.

Por tanto, y como conclusión:

A.—Mantenimiento, en todos sus puntos, del tenor literal de los artículos 1.324 y 95-2, dando a éste una nueva interpretación, que pudiera ser la siguiente:

«Cuando en la adquisición por cualquiera de los cónyuges, asevere el otro que el precio o contraprestación es de la exclusiva propiedad del adquirente sin acreditarlo, se inscribirá a nombre de éste, y se hará constar dicha circunstancia, sin que el asiento prejuzgue la naturaleza privativa o ganancial de tales bienes respecto a herederos forzosos y acreedores, quienes podrán desconocer los efectos de tal confesión, a no concurrir otro medio de prueba.»

B.—Derogación del artículo 96 del Reglamento Hipotecario.

* * *

3. EFECTOS

3.1. *Entre cónyuges*

Son los que derivan de la aplicación de los efectos generales de la confesión extrajudicial, y, por tanto, entre otros:

- Produce efectos de prueba plena frente al confesante.
- Queda éste, por tanto, excluido de toda facultad de administración y disposición en relación a dicho bien.
- No puede volver contra el contenido de su confesión, salvo que pruebe haber incurrido en error de hecho —artículo 1.234.
- Por tanto, y como consecuencia, el cónyuge a quien beneficia la confesión queda legitimado para la realización de cualesquiera actos de administración y disposición, sin el concurso del confesante.

3.2. Frente a terceros

a) *Herederos voluntarios*.—Las mismas consecuencias que, como efectos derivados de la confesión, hemos establecido en el párrafo precedente, son aplicables a los herederos voluntarios del confesante.

- Si la confesión se ha realizado en el ámbito de una transmisión formalizada en escritura pública, por imperativo del artículo 1.218, *in fine*: «... también harán prueba contra el confesante y sus causahabientes en cuanto a las declaraciones que en ellos hubieren hecho los primeros».
- Si la transmisión y, por consiguiente, la confesión aparecen documentadas en forma privada por imperativo del artículo 1.255: «el documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubieren suscrito y sus causahabientes».

b) *Herederos forzosos*.—En el caso de que con posterioridad a la transmisión, y antes de la liquidación, se pruebe el carácter privativo de bien, no se plantea ningún problema. Parece plenamente de aplicación en este punto el artículo 95, *in fine*, del Reglamento Hipotecario, consolidándose, por tanto, el carácter privativo del bien.

En el caso de que no se produzca tal prueba con anterioridad al momento liquidatorio —pensemos en el supuesto típico de liquidación, fallecimiento de uno cualquiera de los cónyuges—, es precisamente este momento liquidatorio en el que se concede a los herederos del cónyuge confesante la posibilidad de impugnar esta confesión en cuanto perjudique a sus legítimas.

En este supuesto, y partiendo de la base de que quede demostrado el carácter ganancial del bien, nos encontramos con dos posibles vías alternativas:

- Aplicación de la normativa de los artículos 1.396 y siguientes del Código Civil: inclusión en el activo ganancial del bien en cuestión como de naturaleza ganancial. Esta solución era la exclusivamente aplicable en el régimen anterior.
- Aplicación del artículo 1.035 del Código Civil: «el heredero forzoso —cónyuge viudo—, que concurra con otros que también lo sean a una donación, deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia en vida de éste... *por cualquier título lucrativo*». Con la consecuencia de la subsiguiente aplicación del artículo 1.045, es decir, la

sustitución del bien por la parte del valor del mismo que deba adjudicarse al caudal relicto del causante como ganancial, pero sólo a efectos de computación.

Ateniéndonos tan sólo a lo hasta ahora expuesto, parece que la primera solución debiera ser la aplicable cuando quede demostrado el carácter ganancial del bien. Hemos pretendido exponer que la simple confesión no es título suficiente para entender realizada una donación entre cónyuges, máxime cuando éstos cuentan ahora con la vía perfectamente lícita del artículo 1.323. Y que debe atribuirse a tal bien una naturaleza que no puede calificarse como definitivamente privativa o ganancial, hasta que tal carácter no se consolide por prueba o falta de impugnación.

Sin embargo, aparece también revestida de fuertes argumentos la tesis segunda, argumentos basados principalmente en la valoración de la voluntad del causante como ley primera en toda sucesión, y en el hecho de que los herederos forzosos pueden ser calificados estrictamente de tales tan sólo en relación a su legítima, y sólo en cuanto a ésta se hallarían, en consecuencia, legitimados para desconocer las manifestaciones de su causante.

c) *Acreeedores*.—Debemos partir de una precisión terminológica: la de que es precisamente el momento adquisitivo aquel en que debe producirse la confesión de privaticidad para que ésta surta los efectos típicos previstos por el artículo 1.324, y que las confesiones posteriores aparecerán, en todo caso, articuladas por la vía del artículo 40, *d*), de la Ley Hipotecaria, o incluso del 95, *in fine*, del Reglamento Hipotecario. De ahí que más que de acreedores anteriores o posteriores a la confesión, deba aplicarse la denominación de anteriores o posteriores a la adquisición.

También en este punto, como en el apartado anterior, hemos de partir de una primera distinción. Si la confesión del carácter privativo del bien se corresponde con la realidad, se aplica el artículo 95, *in fine*, y, por tanto, los acreedores aparecen privados de toda posibilidad de impugnación. Hemos de fijar nuestra atención precisamente en el supuesto contrario.

La cuestión de la naturaleza de los medios de acción o garantías que el artículo 1.324 concede a los acreedores perjudicados por la confesión de privaticidad, se nos presenta como lógica consecuencia del alcance que a tal confesión hayamos previamente atribuido.

c') Si se considera que la confesión de privaticidad sea medio de prueba suficiente para destruir la presunción de ganancialidad *inter partes*

—los cónyuges— y frente a terceros, y que en el caso de que se pruebe que dicha confesión no se corresponde con la realidad de los hechos, hay que entender realizada por parte del cónyuge confesante y a favor del beneficiado por la confesión una donación de la mitad del bien —si hubiera debido ser ganancial— o de la totalidad —caso de ser privativo del confesante.

c'') O si se considera como medio de prueba suficiente para destruir la presunción de ganancialidad no respecto al bien adquirido, sino al dinero invertido en su adquisición, con lo cual lo que se habría realizado sería una donación de la parte del precio de dicho bien que fuera en realidad ganancial o privativo del confesante.

En ambos casos, la defensa concedida a los acreedores no puede ser otra que el ejercicio de la acción rescisoria, para lo cual y para que ésta prosperase, deben concurrir, cuando menos, estos requisitos:

- Demostrar que se ha producido una transmisión de valor del cónyuge confesante al beneficiado por la confesión a título totalmente gratuito (prueba que no es tan fácil como a primera vista pudiera parecer, pues el cónyuge presuntamente donatario podrá enervarla demostrando la existencia de deudas gananciales o del otro cónyuge a su favor con derecho a reintegro, compensaciones de este valor recibido con entregas de bienes o prestaciones de servicios, etc.).
- Probar que si se ha producido una transmisión a título oneroso, el cónyuge beneficiado con ella ha sido cómplice en el fraude —artículo 1.297.
- La subsidiariedad de la acción, es decir, que dicho acreedor carece en el momento de ejercitarla de cualquier otro medio para lograr la satisfacción de su crédito —artículos 1.291-3 y 1.294.
- Que en el momento de realizarse la transmisión fraudulenta, el cónyuge confesante quedó privado, como efecto de ella, de cualesquiera otros bienes que pudieran servir de garantía patrimonial artículo 643, *in fine*—. Es decir, la prueba de la subsidiariedad reviste un doble carácter, que la donación realizada a favor del otro cónyuge fue de tal naturaleza, que privó al cónyuge donante/confesante de cualesquiera otros bienes que pudieran servir de garantía a los acreedores, y que dicha carencia de bienes se mantiene en el momento del ejercicio de la acción.
- Que el origen de su deuda era anterior a su adquisición —artículo 643—. Sólo aparecen legitimados los acreedores por deudas anteriores al momento adquisitivo.
- Que la acción para impugnación de la transmisión fraudulenta

se realice antes del transcurso de cuatro años desde la fecha de ésta (la transmisión) —artículo 1.299—, lo cual supone un evidente acortamiento frente al plazo de quince años, a contar desde el momento en que ésta era exigible, que para el cobro de su deuda concede al acreedor el artículo 1.964.

En cuanto a los efectos derivados del ejercicio de la acción rescisoria son distintos, según partamos de cada uno de los presupuestos *c'*) o *c''*) examinados. Por aplicación del artículo 1.295, y en el primer caso, podría llegar a admitirse una anotación de embargo por el importe de la deuda y sobre el bien mismo —una vez demostrada la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos examinados, ejercitada la acción de rescisión, y previa constancia registral de su carácter ganancial, por exigencias del tracto—. En cambio, siguiendo la segunda postura sólo podría pedirse la devolución del dinero concreto donado al otro cónyuge para la adquisición del bien y de sus intereses legales, y sólo admitiendo la aplicación del principio de subrogación podría pedirse una anotación sobre la parte del bien correspondiente exactamente a dicho valor donado.

c''') Si se estima que la confesión no es medio suficiente para destruir la presunción de ganancialidad, por lo que respecta a los acreedores:

- Podrán obtener una anotación de embargo sobre el bien, tanto si las deudas causa del mismo son gananciales o privativas de cualquiera de los cónyuges, pues no se ha prejuzgado todavía el carácter privativo o ganancial del bien.
- No será necesaria una previa rectificación de la inscripción para dar al inmueble carácter privativo del confesante o ganancial, pues al no prejuzgarse su naturaleza quedarían, en todo caso, cubiertas las exigencias del tracto.
- Serán los cónyuges los que deberán probar —correrá de su cuenta la carga de la prueba— que el carácter del bien no se corresponde con la naturaleza de la deuda.
- El plazo para el ejercicio de la acción para exigir el cobro de su deuda será el de quince años.
- Estarán legitimados para pedir la anotación todos los acreedores sin necesidad de tener que probar la anterioridad o posterioridad de su deuda con relación al momento en que se produjo la adquisición con confesión de privacidad. Lo cual parece hallarse más en la línea del tenor literal del artículo 1.324, que habla

sólo de acreedores, sean de la comunidad o de uno de los esposos, sin distinguir categorías entre ellos por razón del momento temporal en que tuvo origen su deuda.

d) *Tercer adquirente*.—Será aplicable al tercer adquirente la doctrina derivada del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, teniendo en cuenta que el cónyuge beneficiado por la confesión aparece, como ya hemos visto, investido de plenas facultades dispositivas.

Si la inscripción se ha practicado correctamente, haciendo constar el carácter no definitivo de la naturaleza del bien, el adquirente no podrá invocar la protección registral, siendo por ello aplicable la doctrina estrictamente civil reflejada en los artículos 1.291-3 y 1.297 del Código Civil. Serán, por tanto, rescindibles únicamente las adquisiciones sucesivas si se hubieran realizado en fraude de acreedores, y se presumirá tal fraude cuando la adquisición se hubiere realizado a título gratuito.

3.3. *Frente al Fisco*

Nos planteamos en este punto la posible aplicación analógica al caso presente de la disposición del artículo 64-3 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Como sabemos, este precepto contempla el supuesto de las adquisiciones realizadas por los ascendientes a favor de sus hijos menores, presumiendo la existencia de una transmisión lucrativa a favor de éstos por el importe del valor de los bienes o derechos transmitidos, a menos que se pruebe a satisfacción de la Administración, la previa existencia en su patrimonio de bienes suficientes para realizarla.

Hemos de resolver la cuestión en sentido negativo de la posibilidad de aplicación analógica del citado precepto. Recordando las tesis de CASTÁN (*Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*), es aplicable en este punto el artículo 1.090 del Código Civil: «las obligaciones derivadas de la ley no se presumen. Sólo son exigibles las expresamente determinadas en este Código o en leyes especiales...», de aplicación también en el ámbito fiscal por imperativo del artículo 16 —hoy 3-3— del Código Civil.

NARCISO DE FUENTES recuerda en este punto la vigencia del artículo 9-1 de la Constitución: «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». 3: «la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales...».

Preceptos todos ellos de los que los citados autores deducen la tesis negativa acerca de la posible aplicación analógica de las normas fiscales

en general, y como consecuencia, nosotros, la del artículo 64-3. De ahí que ante la simple confesión de privaticidad no pueda presumirse la existencia de una donación entre los cónyuges, sin perjuicio de que si resulta probada su voluntad de encubrir una transmisión, ésta deba declararse sujeta a tributación.

* * *

4. MODO DE PRACTICAR LA INSCRIPCIÓN

Cabe, por lo menos, sostener tres diferentes posturas al respecto:

a) Practicar la inscripción del bien como simplemente privativo, sin hacer ninguna referencia al 1.324, ni al hecho de que tal carácter privativo resulta únicamente probado por las aseveraciones de los cónyuges. Esta tesis sería únicamente sostenible en el caso de que se estimara que la confesión es suficiente para destruir la presunción de ganancialidad incluso frente a herederos forzosos y acreedores —todo tipo de terceros—, lo que se halla en evidente contradicción con el texto del 1.324.

b) Relacionar en el contexto de la inscripción que la privatividad resulta exclusivamente de la confesión de los cónyuges, sin hacer referencia alguna a tal hecho en la fórmula final de inscripción. Sin embargo, razones de utilidad aconsejan que a tal circunstancia se haga alguna referencia, siquiera sea somera, en la fórmula final de inscripción para facilitar su rápido conocimiento por quienes manejen los libros registrales.

c) Hacer constar en la inscripción que el carácter privativo «resulta únicamente de la confesión del cónyuge del titular registral», o que «se inscribe como privativo según su confesión, sin que tal inscripción por sí sola perjudique los derechos de herederos forzosos y acreedores», o «prejuzgue su naturaleza privativa o ganancial por lo que respecta a herederos forzosos y acreedores».

Se ha dicho que cualquiera de estas fórmulas puede considerarse como equivalente, por ser aplicable el razonamiento de que manifestado que el carácter privativo resulta sólo de la confesión, las demás consecuencias que se formulan con mayor o menor precisión en cada uno de los textos propuestos tienen su fundamento en la ley y gozan de publicidad independiente de la que puedan proporcionarles los libros del Registro.

Los argumentos que pueden apoyar la necesidad de hacer estas referencias o salvedades en las inscripciones son también diferentes para

cada una de las tesis que hemos apuntado como explicativas de la naturaleza y efectos del 1.324. Así, para quienes consideran que el carácter privativo es definitivo, y sólo cabe la rescisión por fraude, éstos podrían ser:

- Artículo 51-6 del Reglamento Hipotecario: : «... copiándose literalmente las condiciones suspensivas, rescisorias, resolutorias y revocatorias establecidas en aquel...».
- Art. 37-1 de la Ley Hipotecaria: «... las acciones rescisorias, resolutorias y revocatorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro...».

Para nosotros, que hemos pretendido sostener la no derogación del artículo 95-2, los argumentos serían:

- Artículo 95-2: «... se hará constar dicha circunstancia...». Dicho artículo establecía también en el régimen anterior tan sólo la necesidad de que se hiciera constar que el exclusivo fundamento de la privaticidad eran las aseveraciones de los cónyuges; la práctica de hacer constar que «no prejuzgaba la naturaleza privativa o ganancial» era un simple uso, fundado en razones de utilidad y practicidad, sin ningún fundamento positivo, imperativo.
- Por exigencias del principio del tracto registral. Aquí sí que encontramos alguna diferencia entre los textos propuestos. La simple manifestación de que el carácter privativo resulta sólo de la confesión parece menos correcta —desde este punto de vista del tracto— para la posible anotación posterior de embargos por deudas gananciales o privativas del otro cónyuge.

San Mateo, enero de 1982.

MARÍA CONSUELO RIBERA PONT
Registrador de la Propiedad
Notario