

Enajenación por cónyuges de bienes, con confesión por uno de ellos de que los mismos fueron adquiridos con dinero privativo de uno de los consortes

CONSIDERACIONES PRÁCTICAS EN TORNO A LA «INTERVENCIÓN» Y «OTORGAMIENTO».

A) BIENES MUEBLES.

Será en términos generales muy escasa la intervención de escritura pública en este caso; sólo en ciertos supuestos en los que el objeto contractual es de gran valor; por ejemplo, automóviles, se decidirán los contratantes a acudir a la Notaría. No obstante, pudiera darse el caso y el problema surge cuando se trata de dilucidar la fórmula del otorgamiento.

Los bienes muebles, salvo cuando se trata de la hipoteca mobiliaria o de la prenda sin desplazamiento, se mueven en el ámbito extra registral, y, por tanto, de momento no nos interesa la legislación hipotecaria y sí el derecho civil puro.

El artículo 1.407 del Código Civil dispone que «se reputan gananciales todos los bienes del matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer».

Estamos plenamente conformes con la opinión predominante en la doctrina de que a este respecto la confesión del carácter privativo del dinero con que se adquirió el bien, hecha por un cónyuge en favor del otro no es prueba, por la razón de que ello chocaría contra el artículo 1.232, párrafo 2.º, el artículo 1.334, el artículo 1.315, que viene a establecer en defecto de régimen económico antes del matrimonio como régimen *legal* el de gananciales, régimen que sería burlado y modificado después del matrimonio, si se admitiera la virtualidad probatoria de esa confesión, contravieniendo también el artículo 1.319, todos del Código Civil.

En consecuencia, pues, la referida confesión *no prueba nada*, y, por tanto, tampoco prueba que los bienes sean gananciales; sólo queda en pie la presunción *juris tantum* del antedicho artículo 1.407.

La cuestión se circunscribe a si el Notario debe atenerse a este artículo al redactar la escritura o a las manifestaciones de los comparecientes.

En el primer caso los bienes deben tratarse como gananciales y así sería el marido el que habría de comparecer a enajenarlos, si la enajenación es onerosa (artículo 1.413 del Código Civil). Si la enajenación fuera gratuita no podrá hacerla el marido por sí solo, salvo que se tratase de donaciones «moderadas» para objetos de piedad o beneficencia, pero sin reservarse el usufructo.

Ante el peligro del término «moderadas», que depende en definitiva de una comparación entre el valor de lo donado y el caudal de la sociedad de gananciales, por un lado, lo que hace que el concepto sea plenamente relativo, y, por otro lado, de las circunstancias y motivaciones de la donación, hace en nuestra opinión que deba adoptarse como más segura la intervención del consentimiento sustantivo de los dos cónyuges en el acto dispositivo. Al decir sustantivo, queremos eludir la forma de «licencia» del marido a un consentimiento contractual de la mujer, que es la solución establecida para la enajenación de parafernales en el artículo 1.387, así como el «consentimiento» de la mujer, es decir, la disposición del marido con consentimiento de la mujer, que es la solución del Código Civil para la enajenación onerosa de gananciales inmuebles o establecimientos mercantiles, según el artículo 1.413 de dicho Cuerpo legal, en su actual redacción, sino que

aquí habrá que aplicar el «tanto monta, monta tanto» y habrían de ser los dos cónyuges los otorgantes. La fórmula podría ser: (En la comparecencia): ... De una parte como *donante* los cónyuges don ... y doña (Y en la parte dispositiva): Don ... y doña ... donan de común acuerdo a don ... Pero a todo lo que hemos afirmado hasta aquí cabe oponer que si la confesión de que el dinero con que se adquirieron los bienes era privativo de un cónyuge, no preguzga él que aquéllos lo sean, no quiere decir que por ello sean gananciales, sino que se «presumen» gananciales, y que en principio, en cuanto a la fórmula escrituraria, habría que estar a las manifestaciones de los comparecientes, si bien en buena técnica, procedería la correspondiente advertencia notarial de que tal confesión no prueba ese carácter privativo y que si el mismo no pudiera ser probado por otro medio, el régimen del bien que se transmite ha de ser el de gananciales.

Esto así daría lugar a que si no se verificara tal prueba y el bien hubiera sido enajenado por la mujer con licencia del marido, en aras de que éste hubiera confesado que el dinero con el que se adquirió era privativo de aquélla, los herederos (si no el marido por el principio jurídico de que nadie puede ir contra sus propios actos) podrían impugnar la transmisión por deficiencia en el otorgamiento, ya que éste correspondía exclusivamente al marido, y no a la mujer con licencia de aquél.

El que, en principio, deba estarse a las manifestaciones de los comparecientes y, por tanto, a la referida confesión, independientemente de la falta de virtualidad probatoria de ésta, resulta la cuenta a inmuebles, como veremos, del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, modificado por Decreto de 17 de marzo de 1959, regla 2.^a, para el supuesto de adquisición conjunta de cónyuges. En principio se admite la virtualidad de la confesión de un cónyuge de que el dinero era privativo del otro y, por ello, lo adquirido se inscribe a nombre de éste haciendo constar la circunstancia de dicha confesión, pero en armonía con la falta de eficacia probatoria de la confesión, «el asiento no prejuzga la naturaleza privativa o ganancial de tales bienes».

Estas consideraciones nos mueven a proponer una solución formularia de «dos cañones». Podría ser ésta (compareciendo los dos conyuges):

... Manifiestan los comparecientes que tales bienes fueron adquiridos constante matrimonio con dinero de la exclusiva pertenencia de ...

1) Si se asigna a la mujer, en concepto de parafernál. El otorgamiento se hará por la mujer con licencia del marido (artículo 1.378 del Código Civil). Si con el carácter de dote inestimada y la mujer es mayor de edad, igual solución (artículo 1.361), aparte de la posibilidad condicionada del último párrafo del artículo 1.358, en cuanto a efectos públicos, valores cotizables y bienes fungibles. Y en todo caso, haciendo constar a continuación: «y si por no poder probarse el referido carácter privativo del dinero, resultare legalmente ganancial lo enajenado, los dos cónyuges prestan su consentimiento conjunto para este acto (si la enajenación es gratuita), salvo el supuesto ya examinado con reserva, en el que el marido puede donar por sí solo, en cuyo caso, y como fórmula menos segura, podría ponerse: «y si por no poder probarse..., don... (el marido) otorga su consentimiento sustantivo para este acto,

Si la enajenación es onerosa, procede la misma solución anterior, ya que el marido puede enajenar los gananciales muebles por sí solo.

2) Pertenencia privativa asignada al marido:

a) *Enajenación gratuita*.—En la «intervención» se haría constar: «intervienen don ..., en su propio nombre y derecho y doña ... para prestar conjuntamente con su marido, como así hace, el consentimiento contractual si no se probase el carácter privativo de los bienes que se va a confesar».

En el supuesto del párrafo 2.º del artículo 1.415 no habría problemas, pues tanto si los bienes se configuran como privativos del marido, o como gananciales, puede aquél por sí solo enajenarlos, aunque volvemos a repetir que, dada la inseguridad del concepto «moderadas», es más firme hacer intervenir el consentimiento contractual conjunto de ambos cónyuges.

b) *Enajenación onerosa*.—No hay problema en este caso, porque tratándose de bienes muebles son iguales los requisitos legales para su disposición, tanto si los bienes son gananciales como si son privativos del marido, puesto que el marido puede actuar por sí

solo, la única razón de ser de intervenir la mujer será para *confesar* el carácter privativo de los bienes en favor del marido, cuya confesión es inoperante, como vimos ya.

B) BIENES INMUEBLES.

Este es el supuesto que cae más frecuentemente en nuestro campo.

Sobre el particular, así como respecto a los establecimientos mercantiles, la Ley de 24 de abril de 1958 ha modificado el artículo 1.413, en el sentido de exigir la intervención del consentimiento de la mujer al acto dispositivo del marido si los referidos bienes son gananciales.

Las soluciones a adoptar en orden a juicio de capacidad y fórmula de otorgamiento dependerán igualmente del juego que atribuyamos al artículo 1.407 del Código Civil y a la confesión del carácter privativo de uno de los cónyuges del dinero con que se adquirieron los bienes.

Nuestra opinión es, como dijimos, la de que en principio, y como punto de partida, debe aceptarse la confesión y el régimen que de ella resulta sin perjuicio de dejar cubierta la posibilidad de que el carácter privativo del dinero no sea probado por un medio que tenga la virtualidad probatoria de la que carece al respecto la confesión.

Según esto, veamos los siguientes supuestos:

a) Enajenación gratuita.

1.º Pertenencia privativa asignada a la mujer.

«Si a la misma se la diese el carácter de parafernial, se haría constar en la «intervención»: Doña ..., por su propio nombre y derecho, y don ..., para prestar, como así hace su licencia marital para este acto, ... ambos, en su propio nombre y derecho, a otorgar su consentimiento contractual conjunto, caso de no probarse el carácter privativo de los bienes que después se *confesará*.»

Si se la diese el carácter de dote inestimada, se estaría al régimen del artículo 1.361, ya examinado, otorgando, por tanto, en este caso, la mujer con licencia del marido, si aquella es mayor de

edad, y si es menor, con la del marido (según la opinión predominante en la doctrina), la del Juez y la de las personas determinadas en el artículo 1.352, y a continuación se haría constar igualmente: «y para el caso de no resultar probado el carácter privativo de los bienes que después se *confesará*, los dos cónyuges intervienen por su propio derecho para otorgar, como así hacen, su consentimiento contractual conjunto para este acto».

2.º Pertenencia privativa asignada al marido.

En este caso comparecerían los dos cónyuges, y en la «intervención» se diría: «Intervienen don ..., en su propio nombre y derecho, para otorgar este acto, y doña..., también en su propio nombre y derecho, para otorgar, como así hace, el consentimiento contractual conjunto con su marido, caso de no probarse el carácter privativo, que se *confesará*, del dinero con que se adquirieron los bienes».

b) Enajenación onerosa.

1.º Pertenencia privativa asignada a la mujer.

Si la confesión asigna a los bienes el carácter parafernial, en principio la misma solución que para las enajenaciones gratuitas. Se haría, pues, constar en la «intervención»: «Interviene doña ..., en su propio nombre y derecho, y don ..., para otorgar, como así hace, su licencia marital para este acto, y caso de no resultar probado el carácter privativo de los bienes que se *confesará* (aquí ya varía la solución, pues por tratarse de enajenación onerosa el Código Civil sólo exige el consentimiento de la mujer al acto del marido, voluntad adhesiva, distinta, como dijimos, de un consentimiento contractual conjunto). Los dos, por su propio derecho, para disponer el marido y otorgar la mujer el consentimiento prevenido en el artículo 1.413 del Código Civil.»

Si la confesión asigna el carácter de dote inestimada a los bienes, se estaría al repetido artículo 1.361, y a continuación se haría constar: «Para el caso de no resultar probado el carácter privativo de los bienes que se confiesan, intervienen ambos en su propio nombre y derecho para disponer el marido y otorgar la esposa el consentimiento prevenido en el artículo 1.413 del Código Civil, como así hace, para este acto.»

2.º Pertenencia privativa asignada al marido.

En este caso la solución que proponemos es que comparezcan los dos y en la «intervención» expresar: «Interviene don ..., por su propio nombre y derecho, para otorgar este acto, y doña ..., también en su propio nombre y derecho, para otorgar el consentimiento prevenido en el artículo 1.413 del Código Civil, a la disposición de su marido, caso de no resultar probado el carácter privativo del dinero con que se adquirieron los bienes que se *confesará*.»

Esta me parece la solución correcta a las exigencias planteadas por el artículo 1.407 de nuestro primer Cuerpo legal, en relación con las confesiones que asignan carácter privativo a bienes entre cónyuges.

En mi aún escasa práctica profesional, he autorizado una escritura de venta en la que, por haber confesado el marido que la finca objeto del contrato había sido comprada constante matrimonio con dinero privativo de la mujer, fué tratado como parafrenal, y, por tanto, fué la mujer la otorgante con licencia marital. El compañero Registrador de la Propiedad no admitió la inscripción, por entender que el bien era «presuntivamente ganancial», mientras no se probara el carácter privativo del dinero, y que debía, por tanto, ser el marido el otorgante, con el consentimiento de la mujer.

Por no existir en este caso otros interesados en la comunidad de gananciales, se hizo una subsanación en ese sentido; subsanación que yo no hubiera verificado en otro caso, porque si bien es cierto que la confesión no es prueba en orden a asignar carácter privativo a los bienes, no puede obligárseles a que se reconozcan como gananciales los mismos por no poseer de momento prueba eficaz que desvirtúe la presunción del artículo 1.407, pues si así se hiciera siempre, quedaría una constancia escrita en documento público de *reconocimiento* de un carácter ganancial que quizá no tenían los bienes, lo cual sería prácticamente una barrera insalvable cuando trataran los interesados por otros medios de probar que verdaderamente lo adquirido, por serlo el dinero con que se adquirió, era privativo de uno de los cónyuges. (Nótese que cuando la confesión es positiva en orden al carácter ganancial, es decir, afirmativa de ese carácter, tiene todo su valor probatorio, ya que no existen ninguna de las razones en contra que hemos recogido

respecto a la que niega el carácter ganancial.) Precisamente este es el punto de vista que anima al artículo 95 del Reglamento Hipotecario que se refiere a confesiones de «Adquirentes», no de enajenantes respecto a su previa adquisición. La confesión tiene constancia registral y se admite en principio cierta virtualidad a la misma, pues se inscribe la titularidad a nombre del que se reconoce por ella propietario, pero en este punto quedan enervadas las presunciones de exactitud del Registro, pues el «asiento no prejuzga la naturaleza de los bienes», según dice el citado artículo 95, y ello es así, porque tales presunciones de exactitud chocan con la del artículo 1.407 del Código Civil, que es de signo contrario.

EMILIO CASASÚS HOMET.

Notario.