

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

1229 *Resolución de 15 de enero de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Madrid n.º 2, por la que se suspende la inscripción de una escritura de compraventa.*

En el recurso interpuesto por doña Blanca Valenzuela Fernández, notaria de Madrid, contra la calificación de la registradora de la propiedad de Madrid número 2, doña María Belén Martínez Gutiérrez, por la que se suspende la inscripción de una escritura de compraventa.

Hechos

I

Mediante escritura otorgada el 17 de septiembre de 2020 ante la notaria de Madrid doña Blanca Valenzuela Fernández, bajo el número 1.371 de protocolo, se vende y transmite determinada finca urbana a don F. J. A. M., quien comparece en el otorgamiento, junto con su esposa, doña M. S. C. P., casados en régimen legal de gananciales, haciendo constar que compra y adquiere dicho señor con carácter privativo. Concretamente, en dicha escritura se expresa lo siguiente:

«Don F. J. A. M. compra y adquiere con carácter privativo el pleno dominio de la finca descrita en el expositivo I de esta escritura, como cuerpo cierto, en su estado físico y urbanístico actual, con cuanto accesorio y anejo le corresponda, libre de cargas, gravámenes, arrendamientos y ocupantes, y al corriente de pagos de contribuciones, impuestos y recibos de comunidad.

Los cónyuges don F. J. A. M. y doña M. S. C. P., consienten en la adquisición de las fincas con carácter privativo por don F. J. A. M. y solicitan expresamente que se inscriba a nombre del cónyuge adquirente por haber sido adquirida con tal carácter y no por confesión.

Igualmente manifiestan, a los únicos efectos de lo dispuesto en el artículo 1.358 del Código Civil, que el dinero con el que ha efectuado la citada adquisición es privativo de don F. J. A. M. por provenir de la herencia de su hermano, Don (...), de modo que no procederá compensación o reembolso alguno actual o futuro entre los patrimonios ganancial y privativo de los cónyuges, sin perjuicio de las acciones que en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales pudieran corresponder a acreedores o legitimarios en caso de demostrarse su falta de certeza.»

II

Dicha escritura fue presentada telemáticamente en el Registro de la Propiedad de Madrid número 2 el mismo día de su otorgamiento y fue objeto de la siguiente calificación:

«Conforme al Art. 19 bis, párrafo 2.º de la Ley Hipotecaria se extiende la siguiente nota de calificación: Suspendida la inscripción del precedente documento- escritura de fecha diecisiete de septiembre de 2020, protocolo n.º 1371/2020 del Notario de Madrid doña Blanca Valenzuela Fernández-, presentado bajo el asiento 1137 del Diario 141, por:

Hecho: En la escritura calificada comparecen Don F. J. A. M. y Doña M. S. C. P. manifestando estar casados bajo el régimen legal de gananciales; y Don F. J. A. M.

compra y adquiere con carácter privativo el pleno dominio de la finca recogida en la escritura.

Ambos cónyuges, consienten en la adquisición de la finca con carácter privativo de Don F. J. A. M. y solicitan expresamente que se inscriba a nombre del cónyuge adquirente por haber sido adquirida con tal carácter y no por confesión.

Igualmente manifiestan, a los únicos efectos de lo dispuesto en el artículo 1.358 del Código Civil, que el dinero con el que ha efectuado la citada adquisición es privativo de Don F. J. A. M. por provenir de la herencia de su hermano, Don R. L. A. A. M., de modo que no procederá compensación o reembolso alguno actual o futuro entre los patrimonios ganancial y privativo de los cónyuges, sin perjuicio de las acciones que en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales pudieran corresponder a acreedores o legitimarios en caso de demostrarse su falta de certeza.

No se manifiesta expresamente hacer uso de la preferencia del principio de autonomía de la voluntad sobre el principio de subrogación real establecido por las normas del Código Civil para la sociedad de gananciales. Ni la Notario autorizante alega que es de aplicación la Doctrina de la DGSJyFP basada en dos Resoluciones ambas de 12 de junio de 2020.

La mera manifestación, sin prueba documental, no tiene eficacia para destruir la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código civil. La confesión del art. 1324 CC es un medio de prueba que opera en la esfera interconyugal. Pero es excluida expresamente por las partes. Por lo tanto, no se acredita fehacientemente la privatividad de la contraprestación -art. 95.2 Reglamento hipotecario-.

Y tampoco opera la subrogación real en su modalidad de reemplazo, para que otorgue la cualidad de privativo a un bien, se requiere probar, de manera indubitada y no meramente indiciaria, el nexo de unión entre el dinero privativo y el precio que se satisface; y esta prueba indubitada no ha sido acreditada.

Ni siquiera se alega por los cónyuges en la escritura para destruir la presunción de ganancialidad que el dinero empleado en la adquisición procede de la herencia del hermano del comprador formalizada o documentada, a diferencia de como se expone por el Notario autorizante y recurrente en las citadas Resoluciones de la DGSJyFP de 12 de junio de 2020, donde queda explicitado el carácter oneroso del negocio entre los esposos, en el sentido de que hay una perfecta conmutatividad sinalagmática entre el carácter de lo adquirido y los fondos empleados en la adquisición, al manifestar que el dinero empleado se obtuvo de la herencia otorgada “ante mí el 21 de diciembre de 2018, número 2.709 de protocolo” y, de la herencia otorgada “ante mí el 24 de abril de 2015, número 700 de protocolo” y, de modo que no procederá compensación o reembolso alguno actual o futuro entre los patrimonios ganancial y privativo de los cónyuges.

Por lo que no estamos en el mismo supuesto de las Resoluciones, que ni siquiera se alega en la escritura como base para solicitar la inscripción con carácter privativo como se pretende.

Analizadas las Resoluciones, el caso no es idéntico, pues en ambas la fundamentación de aceptar la inscripción de las escrituras que las motivaron es la manifestación por el comprador del título público de adquisición del haber necesario para disponer del abono del precio de la compra, avalado por la fe del Notario autorizante de dicho título público; circunstancia esencial y determinante de la aceptación de la solicitud del comprador que no se da en el presente caso.

Todo ello, en aplicación de los Principios Hipotecarios de Legitimación Registral y Calificación Registral y Especialidad.

Para obviar el defecto apreciado puede:

- Bien comparecer ante Notario ambos otorgantes y manifestar el título adquisitivo del que procede el precio abonado por el comprador.
- O bien acompañar como documento complementario necesario, el título adquisitivo.

Fundamento de derecho: Artículos 1 párrafo tercero, 38 párrafo primero y 97 de la Ley Hipotecaria; Artículo 18 párrafo primero de dicha Ley; y artículos 9.6.ª, 21 párrafo primero, y 30 de la Ley Hipotecaria y artículos 51 regla 11, y 98 párrafo segundo de su Reglamento.

No se toma anotación preventiva por no haber sido solicitada, conforme al Art. 65 de la Ley Hipotecaria.

Puede (...)

Madrid,

Este documento ha sido firmado con firma electrónica reconocida por María Belén Martínez Gutiérrez, registrador/a de Registro de la Propiedad Madrid número 2 a día catorce de octubre de dos mil veinte.»

III

Mediante escrito que causó entrada en el Registro de la Propiedad número 2 de Madrid el 22 de octubre de 2020, doña Blanca Valenzuela Fernández, como notaria autorizante de la escritura, interpuso recurso contra la calificación registral, en el que lega lo siguiente:

«(...) El día 15 de Octubre de 2020 recibí por vía telemática la notificación de la calificación efectuada por la Registradora de Madrid número 2, Doña María Belén Martínez Gutiérrez, que acompaño al presente como Documento 2 y cuyo contenido se da aquí por reproducido, pero que en síntesis deniega la inscripción al no considerar desvirtuada la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil, no operar el principio de subrogación real y excluirse la inscripción como privativo por confesión conforme al artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario.

A mi juicio la calificación antes mencionada no se ajusta a la vigente legalidad, según resulta de los fundamentos de derecho que se enumeran seguidamente ni a la reciente doctrina del Tribunal Supremo y de la Dirección General sobre la atribución de ganancialidad o privatividad a una adquisición por acuerdo de los cónyuges.

Fundamentos de derecho:

Primero:

Alega la señora Registradora que no se manifiesta expresamente en la escritura que se hace uso por los cónyuges de la preferencia del principio de autonomía de la voluntad, cuando declaran en términos inequívocos la voluntad de ambos, tanto en el carácter de la adquisición como en la solicitud de inscripción de la escritura.

No sabía que para hacer valer la voluntad de los otorgantes hubiera que alegar un artículo del Código Civil ni que para aplicar la doctrina jurisprudencial de la DG o del T.S hubiera que invocarla en la escritura; sí lo hice por vía telefónica en conversación con ella y la señora Registradora sí parece tener en cuenta las dos Resoluciones de 12 de Junio de 2020, para considerarlas no aplicables en este caso, a mi juicio, porque no ha entendido los argumentos jurídicos brillantemente expuestos por mi compañero Javier Oñate Cuadros, Notario de San Sebastián y las conclusiones que de ellos extrae la DG.

Segundo:

La atribución de privatividad que se realiza tanto en los casos de las Resoluciones citadas, o la de ganancialidad de la STS de 27 de Mayo de 2019, como en la escritura calificada, no deriva del principio de subrogación real, sino de la voluntad de los cónyuges claramente expresada, artículos 1255, 1323 y 1355 del Código Civil, y la manifestación sobre el origen de los fondos sólo afecta a la existencia o no de un derecho de reembolso a la liquidación de la sociedad de gananciales, artículo 1358 del Código Civil, citado expresamente en la escritura, reembolso que, por otra parte, puede ser excluido en cualquier momento por acuerdo entre los cónyuges.

La apreciación de la señora Registradora de que la privatividad de la adquisición en el caso de las resoluciones citadas resulta de la manifestación de un título público de adquisición "avalado por la fe del Notario autorizante de dicho título" sigue insistiendo en la subrogación real, que ni se alega, ni se pretende. En el mismo sentido interpreta la señora Registradora la frase "perfecta conmutatividad sinalagmática", expresión que en las Resoluciones citadas se refiere a la causa onerosa del negocio entre esposos y no a la prueba documental pública del origen de los fondos del artículo 95.2 del Reglamento Hipotecario. Prueba de esta confusión en la interpretación de la Jurisprudencia aludida es la solución propuesta para "obviar el defecto apreciado":

– Comparecer ante el Notario ambos otorgantes, (debe referirse a los cónyuges, porque otorgantes son tres) "y manifestar el título adquisitivo del que procede el precio abonado por el comprador": habrá que entender que es título formal, el material ya está manifestado en la escritura, o sea, falta la fecha, Notario autorizante y número de protocolo.

– O "Acompañar como documento complementario necesario el título adquisitivo":

debe referirse, otra vez, al título formal de adquisición, con los mismos requisitos del anterior párrafo, de los fondos empleados para la adquisición.

En ninguno de los dos casos podría inscribirse por el principio de subrogación real que, reitero, no es el argumento empleado en la escritura para determinar el carácter privativo de la adquisición, por la no trazabilidad de los fondos, de acuerdo con la doctrina de la DG que interpreta el concepto de "prueba pública del artículo 95.2 del Reglamento Hipotecario.

Se solicita la inscripción de la adquisición como privativa por la facultad de los cónyuges de atribuir carácter privativo o ganancial con independencia del origen de los fondos, sólo relevante a la hora de determinar el derecho de reembolso a la liquidación del régimen.

Por no alargar este recurso y dando por reiterados todos los fundamentos jurídicos de las Resoluciones y Sentencia citados, solicito la inscripción de la escritura número 1371 de mi protocolo ordinario del año en curso, porque se atribuye ab initio el carácter privativo a lo adquirido por uno de los cónyuges, con independencia del carácter de los fondos, porque existe causa del negocio conyugal, porque los medios de pago constan acreditados y porque la calificación de la señora Registradora, en aplicación de los Principios Hipotecarios de Legitimación Registral y Calificación Registral y Especialidad, es tanto como no decir nada.»

IV

La registradora de la propiedad emitió informe el día 26 de octubre de 2020 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 609, 1224, 1225, 1227, 1255, 1261, 1274 a 1277, 1278, 1279, 1297, 1315, 1323, 1325, 1328, 1346, 1347, 1323, 1352, 1354, 1355, 1356, 1357, 1358, 1359 y 1361 del Código Civil; 4 y 125 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco; 9, 18, 21, 31, 34, 66 y 326 de la Ley Hipotecaria; 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 213 del Código de Derecho Foral de Aragón; 51.6.^a, 90, 93, 94, 95, 96 y 101 del Reglamento Hipotecario; Sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 18 de julio de 1991, 26 de noviembre de 1993, 19 de abril y 29 de septiembre de 1997, 24 de febrero, 27 de marzo, 25 de octubre y 20 de noviembre de 2000, 11 de diciembre de 2001, 26 de febrero y 17 de abril de 2002, 11 de junio de 2003, 8 de octubre de 2004, 25 de mayo de 2005, 8 de octubre y 29 de noviembre de 2006, 27 de mayo de 2019 y 15 de enero y 12 de febrero de 2020; la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera, Sección 2) de 2 de octubre de 2001; Resoluciones de la Dirección General de los

Registros y del Notariado de 12 de septiembre de 1937, 7 de junio de 1972, 10 de marzo de 1989, 14 de abril de 1989, 25 de septiembre de 1990, 21 de enero de 1991, 7 y 26 de octubre de 1992, 11 de junio de 1993, 28 de mayo de 1996, 21 de diciembre de 1998, 15 de marzo, 26 de mayo y 15 y 30 de diciembre de 1999, 8 de mayo y 7 de diciembre de 2000, 21 de julio de 2001, 17 de abril de 2002, 12 de junio y 18 de septiembre de 2003, 22 de junio de 2006, 6 de junio y 25 de octubre de 2007, 29 y 31 de marzo y 19 de octubre de 2010, 19 de enero, 13 de junio y 3 de septiembre de 2011, 12 de junio de 2013, 2 de febrero y 13 de noviembre de 2017 y 24 de enero, 30 de julio de 2018 y 7 de noviembre de 2018; y las Resoluciones de esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 12 de junio y 17 de diciembre de 2020.

1. Mediante la escritura cuya calificación es impugnada, compra y adquiere un inmueble una persona casada en régimen de gananciales, si bien comparece su esposa y hacen constar que «consienten en la adquisición de las fincas con carácter privativo por don F. J. A. M. y solicitan expresamente que se inscriba a nombre del cónyuge adquirente por haber sido adquirida con tal carácter y no por confesión». Se añade que «Igualmente manifiestan, a los únicos efectos de lo dispuesto en el artículo 1.358 del Código Civil, que el dinero con el que ha efectuado la citada adquisición es privativo de don F. J. A. M. por provenir de la herencia de su hermano, Don (...), de modo que no procederá compensación o reembolso alguno actual o futuro entre los patrimonios ganancial y privativo de los cónyuges, sin perjuicio de las acciones que en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales pudieran corresponder a acreedores o legitimarios en caso de demostrarse su falta de certeza».

La registradora de la propiedad suspende la inscripción solicitada por entender que «No se manifiesta expresamente hacer uso de la preferencia del principio de autonomía de la voluntad sobre el principio de subrogación real establecido por las normas del Código Civil para la sociedad de gananciales. Ni la Notario autorizante alega que es de aplicación la Doctrina de la DGSJyFP basada en dos Resoluciones ambas de 12 de junio de 2020». Añade que «La mera manifestación, sin prueba documental, no tiene eficacia para destruir la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código civil. La confesión del art. 1324 CC es un medio de prueba que opera en la esfera interconyugal. Pero es excluida expresamente por las partes. Por lo tanto, no se acredita fehacientemente la privaticidad de la contraprestación -art. 95.2 Reglamento hipotecario-».

La notaria recurrente alega, en síntesis: a) Que los cónyuges declaran en términos inequívocos su voluntad, tanto respecto del carácter de la adquisición como de la solicitud de inscripción de la escritura; y b) Que la atribución de privatividad que se realiza en la escritura calificada no deriva del principio de subrogación real, sino de la voluntad de los cónyuges claramente expresada, conforme a los artículos 1255, 1323 y 1355 del Código Civil, y la manifestación sobre el origen de los fondos sólo afecta a la existencia o no de un derecho de reembolso a la liquidación de la sociedad de gananciales, según el artículo 1358 del Código Civil, citado expresamente en la escritura, reembolso que, por otra parte, puede ser excluido en cualquier momento por acuerdo entre los cónyuges.

2. Este Centro Directivo ha admitido 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 (cfr. Resoluciones de 25 de septiembre de 1990, 21 de enero de 1991, 30 de julio de 2018 y 12 de junio y 17 de diciembre de 2020).

Ciertamente, se han aducido doctrinalmente determinados argumentos en contra de tal posibilidad: que no hay un principio general ni artículo que admita la atribución de privatividad, en sentido inverso a la de ganancialidad a que se refiere el artículo 1355 del Código Civil, en virtud del cual los cónyuges puedan atribuir carácter privativo a los bienes adquiridos a título oneroso, ya que la confesión de privatividad del artículo 1324 del Código Civil es en puridad un medio de prueba; que no puede confundirse la libre contratación entre los cónyuges (ex artículo 1323 del mismo Código), ni el principio

informador del «favor consortialis» que inspira el artículo 1355 con la confesión de privatividad recogida en el artículo 1324, ya que ésta última es un medio de prueba; que el interés de los acreedores de la sociedad de gananciales debe estar protegido mediante una liquidación que contenga su inventario, por lo que, en consecuencia, la declaración de la privatividad tiene su marco en la confesión del artículo 1324, sin perjuicio de que se puedan producir transmisiones –con su causa– entre los cónyuges mediante donación, compraventa u otros contratos (ex artículo 1323).

Esta tesis negativa fue rechazada ya por este Centro en la citada Resolución de 25 de septiembre de 1990, en los siguientes términos: «Por una parte, las normas jurídicas no pueden ser interpretadas desde la perspectiva de evitar el fraude de los acreedores, el cual, además, tiene suficiente remedio en las correspondientes acciones de nulidad y rescisión o en la aplicación de las normas que se hubiere tratado de eludir. Por otra, no puede desconocerse la proclamación, tras la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981, de la libertad de contratación entre los cónyuges (principio recogido en el artículo 1.323 del Código Civil, respecto del cual, el artículo 1.355 del Código Civil no es sino una aplicación particular para una hipótesis concreta, de la que no puede inferirse, por tanto, la exclusión legal de los demás supuestos de contratación entre esposos) que posibilita a estos, para, actuando de mutuo acuerdo, provocar el desplazamiento de un concreto bien ganancial al patrimonio de uno de ellos por venta (vid. resolución de 2 de febrero de 1983), permuta, donación u otro título suficientemente causalizado y cuyo régimen jurídico vendrá determinado en función de esa específica causalización (609, 1.255, 1.261 del Código Civil), así pues, admitido ese trasvase patrimonial de un bien ya ganancial, debe igualmente admitirse que los cónyuges, con ocasión de la adquisición de determinado bien a tercero, puedan convenir que éste ingrese de manera directa y erga omnes en el patrimonio personal de uno de ellos a pesar de no haberse acreditado la privatividad de la contraprestación, siempre que dicho negocio conyugal atributivo (que mantiene su sustantividad y autonomía jurídica pese a su conjunción con el negocio adquisitivo) obedezca a una causa adecuada que justifique la no operatividad del principio de subrogación real (1.347.3.º del Código Civil) cual, por ejemplo, la previa transmisión gratuita de la contraprestación a favor del cónyuge adquirente, el derecho de reembolso al que se refiere el artículo 1.358 del Código Civil, etc.. Dicho negocio atributivo no debe confundirse con la confesión de privatividad, pues la virtualidad de ésta a efectos de la calificación del bien, sobre ser relativa en su ámbito subjetivo (artículo 1.324 del Código Civil), queda subordinada a la realidad o inexactitud del hecho confesado (vid. artículo 1.234 del Código Civil)».

Como puso de relieve esta Dirección General en Resolución de 30 de julio de 2018, el pacto de privatividad siempre será admisible si bien será necesaria su causalización, tanto en los supuestos en que sea previa o simultánea a la adquisición, como en los casos en que sea posterior, sin que ello signifique que haya que acudir a contratos de compraventa o donación entre cónyuges. Ahora bien, como se indicó en la referida Resolución de 22 de junio de 2006, dicha exigencia de especificación causal del negocio ha de ser interpretada en sus justos términos. En este sentido, se ha considerado suficiente que se mencione la onerosidad o gratuidad de la aportación, o que la misma resulte o se deduzca de los concretos términos empleados en la redacción de la escritura.

En el presente caso debe concluirse que los cónyuges, por pacto, están determinando el carácter privativo del bien comprado por el marido, sin necesidad de acreditar tal carácter -por aplicación directa del principio de subrogación real- mediante la prueba fehaciente del carácter privativo del dinero empleado, de modo que ambos consortes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, excluyen el juego de la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil; y, como alega la recurrente, en la escritura calificada queda explicitado el carácter oneroso del negocio entre los esposos.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar la calificación impugnada, en los términos que anteceden.

Contra esta Resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 15 de enero de 2021.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.