

EL TRATAMIENTO REGISTRAL DE LOS PACTOS DE  
ATRIBUCIÓN DE PRIVATIVIDAD EN LA SOCIEDAD DE  
GANANCIALES\*

*THE REGISTRY TREATMENT OF PRIVATIVITY AGREEMENTS IN  
THE COMMUNITY OF ACQUISITIONS*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 38, julio 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 226-259*

El presente trabajo ha sido realizado en el seno de los proyectos financiados por el Ministerio de Ciencia e Innovación «Negocios jurídicos conexos en una economía de mercado» con referencia PID2021-124444NB-I00 IP: Dra. Dña. Rocío Diéguez Oliva y «Mecanismos de Justicia Contractual: Causa y Buena Fe» con referencia PID2020-114919GB-I00 IP: Dr. D. Bruno Rodríguez-Rosado Martínez-Echeverría, de los cuales el autor es miembro.

Jesús  
PALOMARES  
BRAVO

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 15 de septiembre 2023

**ARTÍCULO APROBADO:** 4 de diciembre de 2023

**RESUMEN:** El presente trabajo tiene por objeto el estudio del pacto de atribución de privatividad que los cónyuges que están bajo el régimen de gananciales realizan respecto de determinados bienes. En particular, se estudia la admisibilidad de estos pactos a la luz de la reciente doctrina registral y académica, así como los posibles problemas que este presenta para su inscripción en el Registro de la Propiedad de conformidad con el ordenamiento vigente.

**PALABRAS CLAVE:** Pacto de atribución de privatividad; sociedad de gananciales, Registro de la Propiedad.

**ABSTRACT:** *The purpose of this paper is to study the privativity attribution agreement that spouses who are under the community of property regime make with respect to certain assets. In particular, the admissibility of these agreements is studied in the light of recent registry and academic doctrine, as well as the possible problems that this presents for their registration in the Land Registry in accordance with the current legislation.*

**KEY WORDS:** *Pact of attribution of privativity; community of property; Property Register.*

**SUMARIO.-** I. INTRODUCCIÓN. EL PACTO DE ATRIBUCIÓN DE PRIVATIVIDAD Y LA PROBLEMÁTICA QUE SE SUSCITA EN ORDEN A SU INSCRIPCIÓN.- II. DOCTRINA DE LA DGSJYFP.- 1. Doctrina clásica. Tendencia a la inscripción de los bienes como privativos por confesión.- 2. Doctrina actual. El reforzamiento del patrimonio privativo a través del negocio jurídico de atribución de privatividad.- III. POSICIONES DOCTRINALES.- IV. REFLEXIONES FINALES.

## **I. INTRODUCCIÓN. EL PACTO DE ATRIBUCIÓN DE PRIVATIVIDAD Y LA PROBLEMÁTICA QUE SE SUSCITA EN ORDEN A SU INSCRIPCIÓN.**

En sede de Derecho Civil común por todos es conocido que se fija como régimen económico supletorio de primer grado la sociedad de gananciales. Un régimen que discierne entre los bienes que son privativos de cada cónyuge y los gananciales. Además, se favorece el carácter ganancial (art. 1361 CC) de los bienes al establecer el citado precepto una presunción general de ganancialidad. Asimismo, ninguna duda ofrece que aquellos bienes adquiridos en este régimen antes del matrimonio y aquellos que lo son en cualquier momento individualmente a título gratuito no quedan sometidos bajo la presunción de ganancialidad, por lo que ningún problema presentaran a la hora de acreditar su carácter privativo<sup>1</sup>. El problema se suscita cuando la adquisición es onerosa y se emplean fondos privativos en la adquisición por uno de los cónyuges, especialmente si se pretende la inscripción registral de aquella.

Dentro de las posibilidades que la autonomía privada ofrece a los cónyuges, en el ámbito de la sociedad de gananciales encontramos aquella que alude a los posibles pactos que los esposos determinen sobre que bienes deben integrar cada uno de los patrimonios privativos, y cuales el común. Estos posibles negocios jurídicos de atribución de la naturaleza del bien no implican *per se* una modificación del régimen económico-matrimonial<sup>2</sup>. Únicamente conllevan una transformación de la calificación originaria de los bienes, por lo que ulteriormente afectan la composición de la masa común, mediante el aumento o a *sensu contrario* a través de la reducción de aquella. Este negocio es posible con fundamento en la libertad de contratación entre los cónyuges (art. 1323 CC) y en no pocas ocasiones se reputa útil para la evitación de las reglas que rigen la sociedad de gananciales, especialmente y como veremos, en el plano registral.

1 GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V.: *La atribución voluntaria de ganancialidad*, Montecorvo, Madrid, 1986, pp. III y ss.

2 Una de las primeras resoluciones que reconoció la posibilidad de que un cónyuge adquiriese privativamente un bien ganancial es la RDGRN 2 febrero 1983 (RJ 1983, 1088). No obstante, se denegó su inscripción puesto que en el supuesto de hecho de la resolución uno de los cónyuges vendió al otro la participación ganancial que en un bien le pertenece, lo cual va en contra de la naturaleza de la sociedad de gananciales.

### • Jesús Palomares Bravo

Investigador Contratado Posdoctoral de Derecho Civil, Universidad de Málaga.  
Correo electrónico: jpbbravo@uma.es.

La cuestión que se plantea es si estas transmisiones pueden ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad y, además, la posibilidad de que los bienes que eran gananciales sean inscritos como privativos por el mero acuerdo de los cónyuges a través de un negocio jurídico de atribución.

Esta atribución de carácter privativo a los bienes gananciales como negocio jurídico autónomo es definido como aquel en virtud del cual el bien de naturaleza ganancial, adquirido por un negocio jurídico diferente, pasa al patrimonio privativo de uno de los cónyuges. Es importante también señalar que la atribución de privatividad ha de ser individualizada o diferenciada del negocio jurídico de adquisición donde la causa se determina por la naturaleza del negocio, y la inscripción de la transmisión en el Registro de la Propiedad seguirá los cauces ordinarios con los efectos oportunos (art.609 CC). En el primer negocio de carácter atributivo, los cónyuges solo manifiestan su voluntad de consentir la transmisión del bien o bienes entre los patrimonios<sup>3</sup>.

En ocasiones, el negocio jurídico atributivo no causaliza la transmisión, limitándose a declarar el carácter del bien, por lo que se plantea si es suficiente el citado pacto o acuerdo de atribución de privatividad para que un bien que según las normas del Código Civil se reputa de naturaleza ganancial pase al patrimonio privativo de uno de los cónyuges. O bien, si es necesaria la causalización de este negocio atributivo. Y, de ser posible, si la citada transferencia patrimonial puede ser inscrita en el Registro de la Propiedad con ese carácter.

A efectos prácticos, la situación anteriormente descrita puede vislumbrarse aún mejor siguiendo en este punto a MADRIDEJOS FERNÁNDEZ y LÓPEZ FRÍAS. Así, pensemos en un supuesto donde una cónyuge, constante matrimonio en régimen de gananciales, vende una finca heredada de su madre y posteriormente, con el dinero de la citada venta, adquiere otro inmueble destinado a satisfacer sus necesidades de vivienda habitual. Seguramente pensará que, como única propietaria que es, en primer lugar, pueda inscribir el dominio bajo su titularidad y, en segundo lugar, que pueda disponer libremente de su vivienda<sup>4</sup>.

No obstante, la presunción de ganancialidad y la normativa hipotecaria aplicable (arts.1361 CC y 94 y 95 RH) pueden plantearles serios problemas y

3 LÓPEZ IGLESIAS, L.: "La atribución de privatividad de bienes de la sociedad de gananciales por acuerdo de los cónyuges y su inscripción en el Registro de la Propiedad", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 25, 2020.

4 MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, A.: "El artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario: una norma manifiestamente derogable y de dudosa legalidad", *El Notario del siglo XXI*, núm. 97, 2021. Puede consultarse en: <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10754-el-articulo-95-4-del-reglamento-hipotecario-una-norma-manifiestamente-derogable-y-de-dudosa-legalidad> (fecha de última consulta: 26/09/2023); LÓPEZ FRÍAS, A.: "La asignación convencional de carácter privativo a los bienes adquiridos a título oneroso por uno de los cónyuges a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad", *Revista de Derecho Civil*, núm. 4, 2022, p. 270.

también una situación de indisponibilidad del bien que se pretende inscribir con carácter privativo.

Si en el título público de transmisión no se determinó la procedencia de los fondos invertidos en la vivienda, prescribe el art. 94.1 RH que “Los bienes adquiridos a título oneroso por uno solo de los cónyuges, sin expresar que adquiere para la sociedad de gananciales, se inscribirán a nombre del cónyuge adquirente con carácter presuntivamente ganancial”. Aun a pesar de ser adquirida ese inmueble con fondos privativos, será necesario para realizar actos dispositivos bien el consentimiento del otro cónyuge o autorización de la autoridad judicial tal y como recogen los arts. 94.3 y 94.4 RH.

De igual modo si el cónyuge adquirente no consigue acreditar la privatividad de los fondos empleados en la adquisición conforme a las exigencias del art. 95.2 RH que determina que “El carácter privativo del precio o de la contraprestación del bien adquirido deberá justificarse mediante prueba documental pública”. Han sido numerosos los autores que en la doctrina han tildado de diabólica la citada prueba por la complejidad documental de acreditar en la praxis registral la proveniencia de los fondos<sup>5</sup>.

El último recurso que cabe pensar sería con base en el art. 1324 CC que prevé que “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 no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges”. Es decir, acudir a la confesión de privatividad efectuada por el cónyuge de quien adquiere para destruir la presunción de ganancialidad<sup>6</sup>. Así, se permite probar que determinados bienes son propios de uno de ellos (o bien el dinero empleado en su adquisición) por la confesión del otro<sup>7</sup>.

5 GARDEZÁBAL DEL RÍO, F. J.: “Tema 6. La sociedad de gananciales”, en AA.VV.: *Instituciones de Derecho Privado*, (coord. J.F. Delgado de Miguel), t. IV, vol. 2, Civitas-Consejo General del Notariado, Madrid, 2002, p. 125; MONTERO GIMÉNEZ, J. M.: “La privatividad del dinero en las adquisiciones de inmuebles”, *La Ley Derecho de familia*, núm. 25, 2020; MANZANO FERNÁNDEZ, M. M.: “Los bienes privativos por confesión en el Código Civil y en la legislación hipotecaria”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10, 2016.

6 DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I.: “De la confesión de privatividad anterior a la Ley de 13 de mayo de 1981, a la atribución directa del carácter privativo sin acudir a la confesión”, en AA.VV.: *Fortalezas y debilidades del derecho de familia contemporáneo. Liber amicorum en homenaje al profesor Carlos Lasarte Álvarez*, (dirs. F. YAÑEZ VIVERO, B. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, F.J. JIMÉNEZ MUÑOZ, A. DORADO VARA, P. LÓPEZ PELÁEZ y E. ABAD ARENAS), t. II, Dykinson, Madrid, 2023, pp. 1155-1169.

7 ALCAÍN MARTÍNEZ, E.: *La declaración de propiedad de bienes matrimoniales*, McGraw Hill, Madrid, 1996, pp. 11-12, señala que no se debe confundir el pacto o negocio atributivo con la confesión de privatividad tanto por los presupuestos como por los efectos. Así indica que “en cuanto a los primeros, se considera que en el art. 1324 preocupa la posible falsedad de lo que apela confesión; por el contrario, el pacto de atribución connota un previo reconocimiento de ganancialidad. En cuanto a los efectos, en la confesión son relativos tanto en la calificación del bien como en el ámbito subjetivo en el que opera, puesto que la eficacia erga omnes permite excluir a los acreedores y herederos forzosos del confesante”. Igualmente, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: *Los negocios de fijación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 153-154, indica que la confesión de privatividad es negocio de fijación cuando se utiliza como medio para eliminar la incertidumbre que sobre la naturaleza privativa de un bien recae. Por el contrario, si se tiene certeza del origen privativo del

Ahora bien, en el ámbito registral para determinar los términos de la inscripción de estos bienes es de aplicación el art. 95.4 RH con los importantes efectos que de él se derivan<sup>8</sup>. El precepto reglamentario determina que “Si la privatividad resultare sólo de la confesión del consorte, se expresará dicha circunstancia en la inscripción y ésta se practicará a nombre del cónyuge a cuyo favor se haga aquélla. Todos los actos inscribibles relativos a estos bienes se realizarán exclusivamente por el cónyuge a cuyo favor se haya hecho la confesión, quien, no obstante, necesitará para los actos de disposición realizados después del fallecimiento del cónyuge confesante el consentimiento de los herederos forzosos de éste, si los tuviere, salvo que el carácter privativo del bien resultare de la partición de la herencia”. De tal forma que, para la enajenación del bien inmueble inscrito con carácter privativo por confesión de privatividad, en el caso de que el cónyuge titular no confesante fallezca y existen herederos forzosos, será necesario la prestación de su consentimiento en la escritura pública de venta o enajenación. Por lo que el problema queda sin resolver, es decir la inscripción del bien con carácter privativo sin más con plena libertad de disposición. En definitiva, se sitúa al bien a expensa de la voluntad de los herederos forzosos.

Estas consecuencias son significativas, pues pueden someter al bien a una situación de indisponibilidad similar a la de las prohibiciones de disponer. El consentimiento de los herederos forzosos no siempre es sencillo de obtener. Maxime si imaginamos relaciones familiares complejas en las que alguno de los miembros con un ánimo espurio o entorpecedor se niegue en rotundo a prestar su consentimiento. Esto sitúa al cónyuge viudo en una situación vulnerable si ante una situación económica de crisis necesita vender el bien inmueble confesado privativo para atender a sus necesidades vitales básicas. O bien, en otros casos hacer frente a la dejadez o desidia de los legitimarios del causante que, puede incluso que no sean comunes, lo que conlleva una dilatación en la disposición del bien en perjuicio del cónyuge beneficiado con la confesión.

Ante las dificultades expuestas en orden a la inscripción de estos bienes, particularmente probar la procedencia del dinero privativo y evitar los efectos de la indisponibilidad del art. 95.4 RH, es decir que no sean inscritos por confesión como privativos, se ha buscado una alternativa o solución. Esta es la técnica de los pactos de atribución de privatividad o asignación convencional de carácter privativo por los cónyuges a bienes gananciales.

---

precio o contraprestación como en el caso que nos ocupa en el presente trabajo y se decide atribuir la condición de privatividad opera una modificación cuyo efecto no es una fijación, ya que faltaría el elemento de incertidumbre, sino una modificación plena sobre la naturaleza del bien. De ahí su carácter como negocio de atribución.

8 Sobre estos GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Legislación hipotecaria y del crédito inmobiliario. Jurisprudencia y Comentarios*, t. II, Civitas, Madrid, 2019, pp.542 y ss.

Este planteamiento se hace sobre una interpretación inversa del art. 1355 CC que posteriormente veremos ha sido acogida por la DGSJYFP. El aludido precepto señala que “podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga (...)”. Es decir, si cabe atribuir carácter ganancial a los bienes adquiridos, por qué no es posible con carácter privativo o, en otras palabras, si se admite la transmisión de bienes del patrimonio privativo al ganancial de uno de los cónyuges mediante un negocio traslativo típico, podríamos pensar en admitir idéntico resultado a través del mero acuerdo entre cónyuges. Por tanto, esto no debe ser óbice para que ambos, conjuntamente, verifiquen a través de un negocio de atribución un desplazamiento patrimonial en favor de uno de ellos que lo adquirirá con carácter privativo<sup>9</sup>. También sobre la base del art. 1323 CC que propugna la libertad de contratación entre los cónyuges prescribe que “Los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos”.

Del mismo modo, tal y como se verá en la doctrina académica, también hay opiniones favorables a que en virtud del art. 1355 CC los cónyuges confieran condición privativa por mutuo acuerdo a un bien común amparándose en el principio de libre contratación entre estos<sup>10</sup>.

## II. DOCTRINA DE LA DGSJYFP.

Al objeto de concebir el verdadero alcance de los acuerdos de los cónyuges destinados asignar el carácter privativo a bienes gananciales y su posterior inscripción, resulta necesario conocer como la doctrina registral ha abordado su tratamiento.

En relación con esta cuestión, la actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJYFP), antigua Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) viene desde tiempo atrás abordando la figura de la atribución por los cónyuges del carácter privativo a bienes gananciales. Si bien no lo ha hecho en numerosas resoluciones con anterioridad al año 2020, en algunas resoluciones, que analizamos a continuación, reconoce la validez y efectividad del negocio de atribución de privatividad a bienes gananciales. Lo hace con una importante matización, a saber, la necesidad que se encuentre causalizado como veremos. Esta admisibilidad se hace manifiesta en los recursos resueltos por las RRDGSJYFP

9 CALAZA LOPEZ, C. A.: “Una apuesta por la atribución de privatividad frente al cajón de sastre del art. 1324 del Código Civil”, *La Ley Derecho de Familia*, núm. 35, 2022.

10 MARTÍNEZ SÁNCHEZ, J. A.: “Casos dudosos de bienes privativos y gananciales”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1985, p. 404.

de 12 de junio de 2020<sup>11</sup> que abordan la inscripción registral de los pactos de atribución de ganancialidad, que a su vez suponen un punto de inflexión y cambio en la materia al estimar los recursos e inscribir los bienes con carácter privativo absoluto, no por confesión, sino como privativos puros al amparo de los arts. 1323 y 1355 CC.

### **I. Doctrina clásica. Tendencia a la inscripción de los bienes como privativos por confesión.**

Antes de las aludidas resoluciones del año 2020 la doctrina registral en no pocas ocasiones rechaza la inscripción con carácter privativo de bienes adquiridos por uno de los cónyuges con fundamento en el ya aludido art. 95.2 RH. Al no justificarse, o, mejor dicho, no quedar acreditado a través de prueba documental publica el carácter privativo del dinero el Registrador deniega la inscripción con esta naturaleza operando la presunción de ganancialidad (art. 1361 CC). Paradigma de ello son las situaciones en las que uno de los cónyuges manifiesta y trata de acreditar en la escritura que protocoliza el negocio de adquisición que los fondos con los que adquiere tienen naturaleza privativa al proceder de otro negocio jurídico como una donación, herencia o la venta previa de un bien de naturaleza privativa.

En esta línea, la RDGRN 28 noviembre 1988<sup>12</sup> señala que en estos casos la inscripción ha de practicarse como presuntivamente ganancial, dadas las dificultades de la esencial fungibilidad del numerario y la posible verificación durante el tiempo intermedio de otros actos dispositivo que hubiesen agotado o disminuido la cantidad obtenida con la primera venta; ello, sin perjuicio de consignar, en su día, el carácter privativo, si se presenta justificación suficiente, o confesión por el consorte de la privatividad. Igualmente, la RDGRN 21 mayo 1998<sup>13</sup> insiste en la misma doctrina, pues la manifestación solo prueba que en su día existió dinero privativo, pero no que se empleó en la nueva adquisición, dado que es exigible prueba documental pública y no puede destruirse de ese modo la presunción de ganancialidad.

Más recientemente, la RDGRN 2 marzo 2016<sup>14</sup> aclara que, para acreditar el carácter privativo de un bien inscrito como presuntivamente ganancial, y de otro inscrito como ganancial, no bastan las pruebas testificales ni los documentos de donación de dinero al no constituir pruebas suficientes a estos efectos, ni tampoco el hecho de que en la sentencia de divorcio en que se hace la liquidación de la

<sup>11</sup> RJ 2020, 3365 y RJ 2020, 3382, respectivamente.

<sup>12</sup> RJ 1988, 9010.

<sup>13</sup> RJ 1998, 4456.

<sup>14</sup> RJ 2016, 1892.



sociedad de gananciales no figuren esas dos fincas, pues podría tratarse de una omisión por error que sería susceptible de complemento en su día, por lo que se requiere en consecuencia el consentimiento del ex cónyuge o autorización judicial.

Por último como reflejo de esta doctrina, la RDGRN 2 febrero 2017<sup>15</sup> estima que no es suficiente para inscribir una finca con carácter privativo de un cónyuge casado en régimen legal de gananciales la manifestación del mismo contenida en un acta notarial simultánea a la escritura de compra, ratificada por la esposa, que adquirió con cargo a unos fondos privativos, procedentes de un depósito realizado en estado de soltero, incorporándose certificación bancaria acreditativa de que tenía una cantidad superior al precio de la compra en una cuenta; pero luego hay otras imposiciones a plazo, por lo que no se puede determinar con exactitud si se destinó el importe al precio de la compra, y en cuanto a la ratificación de la esposa, deberá tener consideración de confesión de privatividad (art. 1324 CC) o de atribución de privatividad y no de prueba plena de privatividad del bien.

En relación lo anteriormente expuesto, el Centro Directivo no ha optado por la inscripción privativa pura del bien cuando el cónyuge corrobora las manifestaciones por las cuales declara que efectivamente el dinero empleado en la adquisición es privativo. Dentro de estos casos, antes del cambio de doctrina acaecido en junio de 2020, lo que se admite la posibilidad de inscribir la finca con carácter privativo por confesión (arts. 1324 CC y 95.4 RH). En esta línea la RDGRN 18 octubre 1999<sup>16</sup>, aun a pesar de la diligencia notarial realizada en la escritura de procedencia del dinero invertido, pues no acredita el carácter privativo, si admite la inscripción como bien privativo por confesión del consorte, al comparecer también en la adquisición, pero no como bien privativo absoluto. Asimismo, la RDGRN 10 octubre 2005<sup>17</sup> resuelve sobre la procedencia de la inscripción como bien privativo por confesión de su consorte. En el momento del otorgamiento de escritura pública el Notario incorporó un resguardo de transferencia que acredita que el comprador recibió una cantidad por herencia del causante formalizada el mismo día, pero no prueba que esa misma cantidad se entregó a los vendedores; pues la manifestación del Notario es prueba de que la manifestación se ha realizado, pero no la realidad de tal manifestación. Igualmente, como se ha apuntado en la RDGRN 2 febrero 2017<sup>18</sup> no se admitió el acta notarial simultánea a la adquisición del bien que adquiere conforme a unos fondos privativos, aun ratificando la esposa la circunstancia descrita.

---

15 RJ 2017, 536.

16 RJ 1999, 7674.

17 RJ 2005, 7446.

18 RJ 2017, 536.

Dentro de esta segunda solución que venía admitiendo el Centro Directivo, es decir, la inscripción del bien con carácter privativo por confesión de forma subsidiaria al no acreditarse fehacientemente la privatividad del dinero, resulta de nuestro interés la RDGSJYFP 26 febrero 2020<sup>19</sup>. Esta resolución contiene la doctrina expuesta antes de dar paso a la actual postura que se expondrá más adelante. En este supuesto se analiza un caso donde se presenta a inscripción una escritura de compraventa en el que la compradora casada en régimen de gananciales adquiere el pleno dominio de dos fincas. Para ello paga el precio con dos cheques bancarios, y, además, manifiesta con la confirmación de su marido que el dinero invertido en la compraventa proviene de la venta de bienes privativos. A los efectos de acreditar esta privatividad, exhibe unas escrituras al Notario autorizante en las que se halla presente un certificado bancario donde consta que el ingreso de dinero en una determinada cuenta es el mismo que luego se usa para abonar el precio de los inmuebles que ahora se adquieren. El objetivo es demostrar que el dinero privativo es fruto de una enajenación previa de unos bienes, acaecida en la extinción de un condominio. La compradora, al amparo de los arts.1346.3 CC y 95.1 RH solicita la inscripción del bien con carácter privativo puro.

No obstante, aun a pesar de la solicitud, la Registradora de la Propiedad, con fundamento en el art. 95.4 RH, inscribe el bien con carácter privativo por confesión. El Notario autorizante interpone recurso contra la resolución inicial. Su disconformidad la fundamenta alegando que la privatividad del bien no resulta solo de la confesión de un cónyuge, sino que la establecen ambos cónyuges explicando la causa. Gracias al correspondiente certificado bancario que se adjunta, considera que los cónyuges declaran que el dinero utilizado por la cónyuge adquirente era privativo al proceder de la extinción del condominio y se ingresó en la cuenta bancaria de la que precisamente, y como figura en la escritura de compra, salieron los fondos para hacer frente al pago del precio. De esta manera, es de ese dinero de lo que el cónyuge de la compradora manifiesta su privatividad, confesión que según entiende, en base al art. 1324 CC, debería ser suficiente para considerar el carácter privativo del dinero. Aparte de ello, además, los cónyuges fundamentándose en la libertad de contratación del art. 1323 CC, convienen en dar carácter absoluto de privatividad a las fincas adquiridas con dicho dinero, no por confesión, ejerciendo su facultad de autorregulación para evitar la indisponibilidad del art. 95.4 RH.

También indica el recurrente que, de no considerar la pretensión de los cónyuges a efectos registrales, se podría conseguir lo pretendido mediante una vía indirecta. A saber, no explicitando la naturaleza de los fondos para el pago, inscribiéndose con carácter presuntivamente ganancial, y posteriormente realizar una donación de las fincas objeto del negocio en favor del cónyuge que adquiere

19 BOE núm. 183, 3 julio 2020, pp.46943-46948.

con dinero privativo. Con esta solución el donatario puede disponer libremente del bien al constar el inmueble con carácter puramente privativo, no existiendo a su vez limitación para disponer sobre el bien en el momento del fallecimiento del consorte, al no necesitar del consentimiento de los herederos forzosos para disponer. Aun admitiendo lo absurdo de la solución reglamentaria, con una simulación de un negocio jurídico se podría haber llegado a la pretensión inicial en opinión del Notario recurrente.

El Centro Directivo finalmente no acoge estos planteamientos, desestimando el recurso primeramente en un plano formal y procedimental. Así, entiende que el recuso procede con base en los arts.40 y 326 LH cuando se impugnen calificaciones registrales que suspendan o denieguen el asiento solicitado. Cuestión que aquí no ocurre pues se inscriben las fincas con carácter privativo por confesión, lo que conlleva la práctica de un asiento registral. En segundo término, resuelve que no puede tomarse en consideración la certificación bancaria aportada que debió incorporarse con anterioridad a la nota de calificación, no siendo el recurso gubernativo la vía adecuada para subsanar defectos, sin que obste a que puedan volver a ser presentados los documentos a los efectos de obtener otra calificación nueva.

No obstante, sobre la cuestión de fondo, la DGSJYFP aplica la doctrina ya enunciada anteriormente. Aunque se presentara de nuevo el título con la certificación bancaria, el Centro Directivo reitera su interpretación sobre el art. 95.2 RH. Tras poner de relieve la dificultad en justificar el carácter privativo del precio a través de prueba documental pública añade que "hay que acreditar de forma indubitada que el dinero invertido es justo el mismo que había adquirido anteriormente con igual carácter el cónyuge adquirente y que integraba su peculio privativo. El rastro del dinero privativo que se dice invertido en la adquisición ha de gozar de una acreditación documental plena, pues en el procedimiento registral no existe la posibilidad de admisión de otros medios de prueba, cuya admisión habría de llevar pareja la posibilidad de contradicción. Esa conclusión viene avalada por el contenido del art. 95.2 RH que, exige, con el limitado alcance de regular su acceso registral, que, en las adquisiciones a título oneroso, se justifique el carácter privativo del precio o de la contraprestación mediante prueba documental pública. Fuera del proceso esa exigencia se viene entendiendo necesario que sea directamente la fe notarial, y no tanto las manifestaciones de la parte interesada, la que ampare la privatividad del precio invertido. En otro caso, la presunción de ganancialidad proyecta tabularmente sus efectos, hasta su impugnación judicial". Finalmente, el Centro Directivo señala que se trata de una solución estricta en el ámbito registral hasta que no exista una modificación normativa.

Estos argumentos conducen a desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada por lo que no proceda la asignación de naturaleza privativa plena a las fincas. Lo hace sin que en ningún momento aluda a la existencia de un acuerdo conyugal encaminado específicamente a atribuir carácter privativo puro a las fincas y al que el notario acude en su recurso, como posible fundamento para inscribirlas y así evitar que sean inscritos privativamente por confesión al faltar la prueba documental indubitada que acredite que el dinero es privativo, con los ya perniciosos efectos apuntados, a saber la *probatio diabólica* de la procedencia del dinero y la indisponibilidad de los arts.95.2 y 4 RH.

Hilvanando con lo expuesto, con anterioridad el Centro Directivo también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión de si es suficiente la mera voluntad de los cónyuges para atribuir carácter privativo a bienes gananciales y sobre la necesidad de su causalización.

En este sentido, la RDGRN 25 septiembre 1990<sup>20</sup> en un caso donde los cónyuges casados en régimen de gananciales cuando adquieren un determinado bien asignan al 60% del mismo carácter privativo, no procediéndose a juicio del Registrador su inscripción al no quedar acreditado la privatividad del dinero empleado en la adquisición. En este supuesto, en primer lugar, reconoce admitiendo la libertad de autocontratación de los cónyuges la posibilidad de que ambos de común acuerdo puedan obtener el desplazamiento de un bien ganancial al patrimonio privativo de uno de ellos (art. 1323 CC). Esto constituiría una interpretación a *sensu contrario* del art. 1355 CC que recoge la atribución de ganancialidad. Igualmente, admite que el citado pacto puede acaecer sin necesidad de probar la privatividad de la contraprestación. Si bien, si incorpora un elemento esencial al mismo, pues la atribución de privatividad siempre habrá de realizarse en virtud de un título suficientemente causalizado. Por lo que su régimen jurídico estará determinado por su causa específica, siendo aquel negocio el que provoque una excepción al principio de subrogación real del art. 1347 CC. Así, declara que será elemento esencial para desvirtuar el principio que el negocio de atribución de privatividad sea válido por contener una causa ya que así “solo puede enjuiciarse si consta su causa que es uno de los elementos determinantes de la misma (...) y que ha de ser debidamente calificada por el Registrador”. De ello se colige que la causa no es solo instrumento de control de las relaciones jurídico-privadas, sino que también, con carácter general, es necesaria en el negocio atributivo como sucede en el negocio traslativo en el título que recoge la transmisión.

Solo un año después, la RDGRN 21 enero 1991<sup>21</sup> examina un caso donde el marido adquiere dos fincas para su sociedad de gananciales y dona, con el

---

20 RJ 1990, 7153.

21 RJ 1991, 592.

consentimiento de su esposa, a su hija en común la nuda propiedad, reservándose el usufructo vitalicio, sucesivo y conjunto con su esposa. A propósito de la reserva, el recurso con fundamento en la doctrina anteriormente expuesta admite 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 patrimonial aparezca causalizado”.

Más próxima en el tiempo, resulta interesante para nuestro estudio la RDGRN 30 julio 2018<sup>22</sup> por cuanto sintetiza y contiene los argumentos a favor y contra para la admisión del pacto de atribución de privatividad. Aquí el Centro Directivo examina un caso donde se extingue el condominio de una finca en la que las participaciones originarias correspondían inicialmente a una tercera parte a dos comuneros cada una con carácter ganancial por compra, y la otra tercera parte a uno de ellos, el adjudicatario final, con carácter privativo por herencia. El citado bien inmueble se adjudica por tanto una mitad con carácter privativo puro y la otra mitad con carácter privativo por confesión. En esta resolución se admite, de nuevo, la validez de los negocios de atribución de privatividad a bienes gananciales con la importante diferencia de la matización de la causa respecto de este negocio.

Así, haciéndose eco de la RDGRN 22 de junio 2006<sup>23</sup> determina que la exigencia de especificación causal ha de ser interpretada en sus justos términos. De modo que la Dirección General considera suficiente “que se mencione la onerosidad o gratuidad de la aportación, o que la misma resulte o se deduzca de los concretos términos en la redacción de la escritura”. Si bien, establece que respecto de la aportación de bienes de carácter privativo a la sociedad de gananciales se debe afirmar que el pacto del art. 1355 CC no constituye un negocio traslativo, sino un negocio atributivo especial que tiene su causa en la *causa matrimonii*, que es propia y legalmente contemplada, implícita si se quiere en el acuerdo de voluntades destinado a satisfacer las necesidades de la familia. Esta circunstancia justifica la atribución patrimonial, lo que hace innecesario que se exprese la onerosidad o gratuidad de dicho negocio atributivo, pues aquel dará lugar, salvo pacto en contrario, al reembolso del art. 1358 CC que es consecuencia de la atribución y exigible en el momento de la liquidación. Por lo que esta última circunstancia no es aplicable al paradigma inverso, es decir, a la atribución de privatividad a bienes gananciales. En ese supuesto, ante la ausencia de un precepto que permita la atribución implícita del carácter privativo a bienes gananciales, es necesaria la expresión de la causa onerosa o gratuita para que opere la mutación de la porción indivisa de ganancial en privativa. Esta causa puede ser expresa, o de forma indirecta, pero en todo caso ha de ser siempre clara y no presunta.

---

22 RJ 2018, 3887.

23 RJ 2022, 3084.

Resumendo, admite el Centro Directivo este pacto de atribución de privatividad como negocio de atribución, pero siempre y cuando el desplazamiento patrimonial este causalizado de forma autónoma respecto al negocio jurídico traslativo. Pues el negocio atributivo especial tiene una causa propia, implícita en el propio acuerdo de voluntades de los cónyuges de atribuir carácter privativo al bien. Si bien, en este caso inadmite la inscripción por cuanto no se expresó la causa de la adquisición y mutación del carácter del bien hasta tanto en cuanto no se exprese la causa onerosa o gratuita del negocio de atribución de privatividad.

Asimismo, la lectura y estudio de todas las resoluciones expuestas ofrecen argumentos para no admitir la atribución de privatividad. Ciertamente que no existe un principio general ni precepto en el Código Civil que admite la atribución inversa, o pacto inverso si se prefiere, y que se prevé en el art. 1355 CC en virtud del cual los cónyuges puedan atribuir carácter privativo a los bienes adquiridos a título oneroso. Ello debe quedar enmarcado legalmente en la confesión de privatividad del art. 1324 CC que es un medio de prueba que no ha de confundirse con el principio de libre contratación de los cónyuges previsto en el art. 1323 CC y que parece estar previsto para que operen transmisiones (con su causa) entre los cónyuges a través de donaciones, compraventas etc.

Asimismo, el carácter de los bienes se disciplina por el principio de subrogación real (art. 1347.3 CC) excepto supuestos previstos por la ley. Igualmente, la perspectiva desde la cual está contemplada la norma, la evitación del fraude de acreedores, por lo que ese interés determina que no se asignen bienes privativos a un cónyuge que inicialmente deberían ser de carácter ganancial.

Aun a pesar de los argumentos expuestos, sí existen razones favorables a la atribución de privatividad y que serán las que ulteriormente asumirá el Centro Directivo. En síntesis, son dos los fundamentos en los que se basa para admitir la atribución de privatividad.

En un primer lugar, que el mismo principio de libertad de contratación y de autonomía de la voluntad entre los cónyuges que autoriza transmisiones del patrimonio ganancial al privativo, también actúa a la inversa. Con énfasis en aquel principio, y en la posibilidad ex art. 1355 CC como aplicación particular, no se deduce que se excluya otra tipología de acuerdo entre los cónyuges. Si se admite este trasvase patrimonial, señalan las RRDGRN 2 febrero 1983 y 25 septiembre 1990<sup>24</sup>, que "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

24 RJ 1983, 1008 y RJ 1990, 7153, respectivamente.

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 (1347.3 CC) cual, por ejemplo, la previa transmisión gratuita de la contraprestación a favor del cónyuge adquirente, el derecho de reembolso al que se refiere el art. 1358 CC, etc. Dicho negocio atributivo no debe confundirse con la confusión de privatividad, pues la virtualidad de esta, a efectos de la calificación del bien, sobre ser relativa en su ámbito subjetivo (art. 1324 CC), queda subordinada a la realidad o inexactitud del hecho confesado (art. 1234 CC)". Por tanto, se defiende y se permite al mismo tiempo el pacto de atribución de privatividad siempre y cuando este causalizado, e igualmente se predica su autonomía como negocio atributivo especial. La causa, como se ha dicho, está expuesta en el propio acuerdo de voluntades. A efectos registrales sí, es necesaria expresarla en ese acuerdo sin que ello implique que debamos acudir a otro negocio como el contrato de compraventa o una donación entre cónyuges tanto en los supuestos en los que el pacto sea previo, simultaneo o posterior a la adquisición del bien.

De otro lado, otro argumento a favor de la admisión del pacto de atribución de privatividad radica en la no interpretación de la norma jurídica desde la perspectiva del fraude de los acreedores. Estos cuentan con otros remedios legales en las correspondientes acciones de simulación y en las rescisorias, así como otros para solucionar el posible fraude que cometa el cónyuge deudor en el negocio de que se trate.

En suma, todas estas resoluciones vienen a aceptar los pactos de atribución de privatividad si son debidamente causalizados. Aun a pesar de ello, los paradigmas analizados tienen en común la suspensión de su inscripción registral, precisamente por faltar la expresión indubitada de la causa onerosa o gratuita del negocio atributivo que trata de acceder al Registro de la Propiedad.

## **2. Doctrina actual. El reforzamiento del patrimonio privativo a través del negocio jurídico de atribución de privatividad.**

Representan un hito las RRDGSJYFP de 12 junio 2020<sup>25</sup> al abrir camino a la libertad contractual entre cónyuges mediante una interpretación y aplicación inversa del art. 1355 CC. En este punto es justo reconocer la labor del Notario OÑATE CUADROS que interpone sendos recursos gubernativos y que a su vez dan lugar a estas resoluciones. De ahí que también se le conozca a esta nueva doctrina con el sobrenombre de sus apellidos. Así, en el año 2019 se otorgan dos escrituras de compraventa en las que los cónyuges casados en régimen de gananciales

---

25 RJ 2020, 3365 y RJ 2020, 3382, respectivamente. Seguiremos como referencia la nota de calificación y hechos de la primera de estas.

comparecen a los efectos de dar su consentimiento para que se inscriba en favor del otro cónyuge con carácter privativo puro. En síntesis, los cónyuges, haciendo uso de la preferencia del principio de la autonomía de la voluntad, fundamentan tal acuerdo en los arts. 4 y 125 de la Ley 5/2015 del Derecho Civil Vasco, y en los arts. 1255 y 1355 CC sobre el principio de subrogación real para la sociedad de gananciales. Igualmente manifiestan ante el Notario autorizante de forma expresa que se inscriba el bien con carácter privativo puro y no por confesión. Asimismo, los cónyuges expresan a los solos efectos del art. 1358 CC que los fondos empleados en la adquisición del bien provienen de la herencia de un progenitor del cónyuge adquirente, acreditándose el título público oportuno, de forma que “no procederá compensación o reembolso alguno actual o futuro entre los patrimonios ganancial y privativo de los cónyuges, sin perjuicio de las acciones 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”.

Dichas escrituras fueron presentadas en los correspondientes Registros de la Propiedad de la ciudad de San Sebastián y en sendos casos se suspende la inscripción de los títulos. En la inicial calificación registral se apela de un lado a que la simple declaración que los cónyuges vierten en el título adquisitivo no es suficiente para destruir la presunción de ganancialidad del art. 1361 CC. Por otra parte, se fundamenta en la nota de calificación que la confesión del art. 1324 CC es un medio de prueba que opera en la esfera privada, razón por la cual no queda acreditada fehacientemente la privatividad de la contraprestación como prevé el art. 95.2 RH, siendo solo admisible que el bien sea inscrito como privativo por confesión.

Ante esta nota el Notario autorizante presenta un recurso ante el Centro Directivo. Someramente, en su escrito fundamenta que, en primer lugar, en lo relativo al principio de subrogación real y autonomía de la voluntad que los adquirentes invocan en el título, estos atribuyen carácter privativo al bien adquirido en uso de su autonomía de la voluntad y no en el principio de subrogación real que operaría a falta de acuerdo entre los cónyuges. Entiende que la voluntad de los cónyuges prevalece sobre aquel por lo que tienen derecho a que se inscriba el bien con carácter privativo alguno, sin restricción alguna. Además, agrega con ocasión del carácter oneroso o gratuito del negocio de atribución de privatividad que en la escritura que autoriza el negocio se explicita *ex profeso* el carácter oneroso, existiendo una conmutatividad sinalagmática entre la naturaleza de lo adquirido y los fondos empleados en la adquisición. Recordemos que en ambos expedientes se acredita fehacientemente mediante prueba documental pública el carácter privativo del dinero empleado en su compra, lo que, a su vez, le lleva a defender que no existe un derecho de reembolso entre las masas patrimoniales ganancial y privativa.



Elevados los recursos a la DGSJYFP se estiman ambos y revocan las calificaciones registrales, de forma que permite finalmente la inscripción de los inmuebles a favor de uno de los cónyuges con carácter plenamente privativo. En síntesis, estas resoluciones vienen a confirmar el principio de libertad contractual que alumbra la regulación del régimen económico matrimonial con fundamento en el art. 1355 CC como una representación más del ya tan aludido principio de libertad de contratación entre los cónyuges consagrado en el art. 1323 CC. A propósito de este último, se permite cualquier desplazamiento patrimonial entre patrimonios siempre y cuando se especifique la causa y se explicita a efectos registrales. Esta quedará suficientemente acreditada siempre y cuando resulte de la escritura la onerosidad o gratuidad de la aportación al patrimonio privativo de uno de los cónyuges. De forma que recoge la doctrina enunciada de las RRDGRN 25 septiembre 1990<sup>26</sup> y 30 julio 2018<sup>27</sup> en la resolución de estos recursos.

Esta tesis se ha mantenido con posterioridad en diversas resoluciones del Centro Directivo. Así, se contiene en las RRDGSJYFP 15 enero 2021<sup>28</sup>, 8 septiembre 2021<sup>29</sup>, 9 septiembre 2021<sup>30</sup>, 11 abril 2022<sup>31</sup>, 7 junio 2022<sup>32</sup>, 30 junio 2022<sup>33</sup>, 4 julio 2022<sup>34</sup> y 24 mayo 2023<sup>35</sup>. En la última resolución citada se denegó la inscripción de un bien con carácter privativo puro. Los cónyuges por pacto determinaron el carácter privativo del bien comprado por la esposa, sin embargo, no se pudo acreditar el citado carácter de dicho bien por faltar la prueba fehaciente del carácter privativo del dinero empleado<sup>36</sup>. De modo que ambos consortes, efectivamente, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, excluyen el juego de la presunción de ganancialidad del art. 1361 CC. Pero nada se expresa sobre la causa onerosa o gratuita de dicho negocio por lo que se sujeta al régimen especial de los arts. 1324 CC y 95.4 RH, es decir, el bien es inscrito finalmente como privativo por confesión.

---

26 RJ 1990, 7153.

27 RJ 2018, 3887.

28 RJ 2021, 207.

29 RJ 2021, 5527.

30 RJ 2021, 4699.

31 RJ 2022, 3321.

32 RJ 2022, 3187.

33 RJ 2022, 5158.

34 RJ 2023, 576.

35 JUR 2023, 263777.

36 A falta de una previsión legal en derecho común como la establecida art. 213 Código de Derecho Foral de Aragón "1. Adquirido bajo fe notarial dinero privativo, se presume que es privativo el bien que se adquiera por cantidad igual o inferior en escritura pública autorizada por el mismo notario o su sucesor, siempre que el adquirente declare en dicha escritura que el precio se paga con aquel dinero y no haya pasado el plazo de dos años entre ambas escrituras. 2. La presunción admite en juicio prueba en contrario" y la Ley 89.4 del Fuero Nuevo de Navarra "Son bienes privativos de cada cónyuge: 4. Los adquiridos por compra, permuta, dación en pago, venta, transacción y por otra subrogación cualquiera de bienes privativos".

En suma, en la actualidad la DGSJYFP ha iniciado una vía hacia la tipicidad causal del pacto o negocio de atribución de privatividad en el momento de la adquisición del bien por uno de los cónyuges con fondos privativos, con fundamento en el pacto vigente la sociedad de gananciales como figura inversa al art. 1355 CC.

### III. POSICIONES DOCTRINALES ACERCA DE LOS PACTOS DE ATRIBUCIÓN DE PRIVATIVIDAD EN LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

No podemos pasar por alto que este cambio de doctrina registral despierta ciertos recelos en la doctrina. La opción por la cual los propios cónyuges sean quienes mediante pacto atribuyan el carácter privativo de aquellos inmuebles adquiridos por uno a título oneroso. La aplicación analógica a la inversa del art. 1355 CC y la autonomía de la voluntad conferida por el art. 1323 CC ha suscitado polémica por diversas razones que en resumen se circunscriben a si los cónyuges pueden sustraerse al régimen legal previsto en esta materia, o si, por el contrario, el tan mencionado pacto tiene sus límites en el régimen legal vigente en materia de sociedad de gananciales y que de admitir lo contrario estaríamos alterando libremente la esencia y naturaleza de aquel régimen por otro atípico.

Antes de admitir el Centro Directivo estos pactos de atribución de privatividad hemos de destacar en primer término un nutrido grupo de autores, los cuales se han pronunciado a favor del pacto de atribución de privatividad con fundamento en los arts. 1323 y 1355 CC<sup>37</sup>. RAMS ALBESA señala que el propio art. 1355 CC, permite que la voluntad conjunta y concorde de los cónyuges sea bastante para evitar que un bien, que será privativo por subrogación real, se convierta en ganancial. Asimismo, que el propio art. 1323 CC incorpora en las relaciones patrimoniales interconyugales la más amplia libertad de contratación, y que, además, el principio de subrogación real (art. 1361 CC) no opera de forma automática, sino que queda sujeto a la voluntad de los interesados<sup>38</sup>. Además, significa que existe ejemplos en

37 CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: "Artículo 1323", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. A. CAÑIZARES LASO), t. IV, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 6045; PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derecho Civil, estudios comentarios y notas*, t. III, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009, pp. 1780-1781; GASPAS LERA, S.: "Los negocios de configuración del patrimonio común en la sociedad de gananciales: autonomía privada de los cónyuges y Registro de la Propiedad", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 753, 2016, pp. 265-266; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: "La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad", *Anuario de Derecho Civil*, 1986, pp. 430-431; SANTILLÁN SANTA CRUZ, R.: "Pactos de atribución de ganancialidad o de privatividad a los bienes bajo un régimen de gananciales. Apuntes de Derecho español y peruano", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 29, 2020, pp. 493-494. También a favor de esta postura pero que únicamente sostiene el pacto a la luz del principio de libertad de contratación de los cónyuges sin tener que recurrir a la interpretación inversa del art. 1355 CC cfr. NIETO ALONSO, A.: "La atribución voluntaria de ganancialidad: reflejo de la autonomía privada en el régimen económico matrimonial", *Revista de Derecho Civil*, núm. 2, 2021, pp. 69 y 88; REYES GALLUR, J. J.: "Atribución del carácter privativo de un bien por acuerdo de las partes: pacto de privatividad en el régimen de separación de bienes", *Revista de Derecho de Familia*, núm. 35, 2007, p. 273; REBOLLEDO VARELA, A. L.: "Artículo 1355", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), t. VII, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p.9581; GUTIÉRREZ BARRENGOIA, A.: *La determinación voluntaria de la naturaleza ganancial o privativa de los bienes conyugales*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 247 y ss.

38 RAMS ALBESA, J. J.: *La sociedad de gananciales*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2010, pp. 272 y ss.

la legislación foral favorables a una interpretación a la atribución de privatividad a bienes que tienen naturaleza común por el mero acuerdo de los cónyuges<sup>39</sup>.

Por su parte GARRIDO DE PALMA entiende que según lo dispuesto en el art. 1355 si necesidad de acudir a figuras contractuales típicas como la donación o compraventa, los cónyuges pueden pactar el desplazamiento de un bien entre el patrimonio ganancial al privativo asignándole tal carácter pues se permite de forma inversa. Así entiende que, con independencia del tenor literal del art. 1355 CC, procede de conformidad con el art. 1323 CC que reconoce la libertad de contratación entre los cónyuges<sup>40</sup>. Por tanto, para estas tesis la interpretación conjunta de los arts. 1323 y 1355 CC permitirían, aun sin reconocimiento legal, la atribución de privatividad con fundamento en el pacto de los esposos.

Por el contrario, otro sector doctrinal se ha mostrado crítico a propósito de los pactos objeto de estudio. Desde esta posición doctrinal se pone el acento en que no se puede admitir una aplicación inversa del art. 1355 CC pues el legislador establece una regulación del régimen económico matrimonial de gananciales en la que tiende a favorecer de forma clara la comunidad de bienes. Lo que no se discute es una aplicación directa de aquel precepto, es decir, la transmisión de bienes del patrimonio privativo al ganancial, pero se argumenta que para que sucediese al contrario sería necesario un precepto específico que lo previese tal y como sucede en algunos derechos autonómicos. Igualmente, critican que, si los esposos consiguen que a través de un acuerdo se logre de forma efectiva y *erga omnes* la privatividad plena del bien, se estaría desvirtuando la confesión de privatividad del art. 1324 CC quedando esta inoperante por lo que no sería necesaria para hacer ineficaz la presunción de ganancialidad del art. 1361 CC<sup>41</sup>. Es decir, sería necesario que se modificase la legislación vigente y se incluyera tal posibilidad en el art. 1355 CC suprimiendo, a su vez, la presunción de ganancialidad del art. 1361 CC. Del mismo modo se tendría que modificar la confesión del art. 1324 CC y los artículos concordantes de la legislación hipotecaria.

39 Así, respecto al régimen de conquista la Ley 89.5 del Fuero Nuevo de Navarra “Son bienes privativos de cada cónyuge: 5. Los adquiridos con cargo a bienes de conquista si en el título adquisitivo ambos cónyuges hacen constar la atribución privativa a uno de ellos”, y en cuanto al consorcio conyugal el art. 211 a) del Código de Derecho Foral de Aragón “Son bienes privativos de cada cónyuge los que le pertenecieren al iniciarse el consorcio y los enumerados en los apartados siguientes: a) Los que, durante el consorcio, ambos cónyuges acuerden atribuirles carácter privativo”, sobre la materia vid. GASPAS LERA, S.: “Bienes comunes o privativos por voluntad de los cónyuges en el régimen matrimonial legal de consorciales”, *Revista de Derecho Civil aragonés*, núm. 24, 2018, pp.55-87.

40 GARRIDO DE PALMA, V.: “La economía de la familia. Las capitulaciones matrimoniales y el régimen económico matrimonial”, en AA.VV.: *Instituciones de Derecho privado. Familia* (coord. por J.F. Delgado de Miguel), t. IV, vol. I, Civitas, Madrid, 2001, pp. 221-222.

41 GIMÉNEZ DUART, T.: “Cargas y obligaciones en el matrimonio”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 66, 1982, p. 121; DIEZ SOTO, C. M.: *Desplazamiento negocial de bienes entre patrimonios en el régimen de gananciales*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, pp. 235-236.

Con posterioridad a la doctrina de junio de 2020 emanada del Centro Directivo son diversos los autores que se han pronunciado, vertiéndose opiniones en diversos sentidos. Así, el propio OÑATE CUADROS alaba la decisión adoptada por la Dirección General. Lo hace al entender que “la adquisición con carácter privativo del adquirente por acuerdo expreso de ambos cónyuges hace inaplicables las reglas supletorias sobre subrogación real, presunción de ganancialidad y confesión de privatividad”. El autor argumenta en favor de la consideración de las normas del Código Civil que determinan la naturaleza de los bienes como gananciales o privativos como normas de carácter facultativo. Además, sostiene que los acuerdos que atribuyen carácter privativo a ciertos bienes no solo están respaldados por la interpretación previa de la Dirección General, sino que también encuentran respaldo en la regulación del Código Foral de Aragón, (arts. 211, 214 y 215), que se considera como una “interpretación auténtica” del sistema de relaciones Código Civil-Reglamento Hipotecaria en la materia. Además, este jurista vincula la causa de los acuerdos que atribuyen carácter privativo a la naturaleza de los fondos utilizados en la adquisición de los bienes y a la existencia o ausencia de un derecho de reembolso, argumentando que, dependiendo de cómo se combinen estas dos variables, la causa de dichos acuerdos puede considerarse onerosa o gratuita<sup>42</sup>.

En el presente contexto, MADRIDEJOS FERNÁNDEZ elogia la astuta e ingeniosa estrategia que involucra la utilización del pacto de atribución de privatividad como medio para eludir la confesión y evitar la aplicación del art. 95.4 RH, el cual él caracteriza como un precepto reglamentario anacrónico, intrusivo e injustificado. No obstante, expresa su inquietud acerca de que la cláusula de atribución de privatividad que ha dado origen a la nueva jurisprudencia registral pudiera ser percibida como artificiosa y enfrentar posibles obstáculos en los tribunales. Más aún, resalta que esta estrategia no resuelve el dilema que enfrentan aquellos que ya han registrado propiedades a su nombre mediante la confesión, ya que seguirán viéndose constreñidos por las limitaciones en sus facultades de disposición impuestas por el mencionado art. 95.4 RH. En consecuencia, el autor aboga por la derogación de dicho precepto y, en tanto esto no sea llevado a cabo, sugiere la promoción de acciones legales para impugnar su validez, basándose en el argumento de que se trata de una norma reglamentaria que establece una restricción no contemplada en la normativa de mayor jerarquía, específicamente el art. 1324 CC<sup>43</sup>.

---

42 OÑATE CUADROS, F. J.: “Adquisición de bienes con carácter privativo por cónyuges casados en régimen de gananciales”, *El Notario del siglo XXI*, núm. 93, 2020. Puede consultarse en: <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-93/10155-adquisicion-de-bienes-con-caracter-privativo-por-conyuges-casados-en-regimen-de-gananciales> (fecha de última consulta: 26/09/2023).

43 MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, A.: “El artículo 95.4”, cit.

La postura crítica con respecto a las resoluciones emitidas por la DGSJYFP el 12 de junio de 2020<sup>44</sup> y su plasmación en resoluciones posteriores la plantea GARCÍA GARCÍA<sup>45</sup>. Este autor argumenta que la nueva interpretación de la Dirección General de los Registros y del Notariado invalida efectivamente los arts. 1324 CC, 95.2 y 95.4 RH, entre otros. Según él, para inscribir un bien como privativo, ya no será necesario demostrar el origen privativo de los fondos utilizados en la adquisición ni recurrir a la confesión de privatividad. Basta con la declaración simple de los cónyuges sobre el origen de los fondos utilizados, lo que en la práctica elimina la efectividad de los mencionados preceptos legales.

En su opinión, conforme a la legislación vigente, solo existen dos vías para atribuir voluntariamente carácter privativo a un inmueble: la confesión según lo dispuesto en el art. 1324 CC, con las restricciones inherentes, y el acuerdo explícito de atribución de privatividad basado en el art. 1323 CC, que establece la libertad de contratación entre cónyuges. Sin embargo, en el ámbito registral, este último enfoque requiere la manifestación de una causa adecuada, no siendo suficiente un pacto abstracto, aunque surja de la autonomía de la voluntad. Sostiene que las resoluciones mencionadas reconocen esta exigencia causal, pero la aplican de manera incorrecta al confundir la causa del acuerdo de adquisición celebrado entre uno de los cónyuges y un tercero (causa que se deriva de la consideración onerosa del intercambio), con la causa del pacto de atribución en sí, que carece de una causa específica. No se puede asumir, según él, que exista una *causa matrimonii* en el caso debatido, ya que esto sería apropiado para una situación diferente, como el acuerdo de atribución de ganancialidad contemplado en el art. 1355 CC, cuyo objetivo es la expansión del patrimonio común destinado a cubrir las necesidades familiares. Este objetivo familiar no se aplica a la atribución de privatividad. Por último, enfatiza que no es posible aplicar al sistema del Código Civil la regulación contenida en las leyes forales de Aragón y Navarra, que permiten expresamente la asignación de carácter privativo a los bienes mediante acuerdo de los cónyuges, a menos que se realice una modificación correspondiente en el Código Civil.

También destaca la perspectiva crítica de BORRUEL GARCÉS en su enfoque. Estima que la doctrina del Centro Directivo se halla inmersa en un proceso de entrelazamiento o confusión entre la causa y otras instituciones, tales como el derecho de reembolso. Asimismo, se apunta que la Dirección General hace uso del principio de autonomía de la voluntad de los cónyuges como un medio para encontrar una vía expedita que permita la inscripción de un bien como privativo, obviando las disposiciones aplicables a la sociedad de gananciales. La mencionada autora subraya que, una vez que los cónyuges optan libremente por adherirse al

44 RJ 2020, 3365 y RJ 2020, 3382, respectivamente.

45 GARCÍA GARCÍA, J. M.: "Comentario crítico de las tres resoluciones de 15 de enero de 2021 y 12 de junio de 2020 (1ª y 4ª): el pacto de atribución de carácter privativo de un bien por los cónyuges y la confesión de privatividad. Autonomía de la voluntad y causa", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2021.

régimen de gananciales, deben regirse por las disposiciones de dicho régimen, incluido el principio de subrogación real, que a menudo actúa como una restricción legal<sup>46</sup>. Se plantea la pregunta de si el legislador hubiera deseado que los cónyuges tuvieran la libertad de pactar el carácter privativo de los bienes en el contexto de la sociedad de gananciales, lo habría estipulado de manera explícita, al igual que lo hizo en el caso del pacto de ganancialidad. Además, no se habría establecido una presunción de ganancialidad en el art. 1361 CC ni se habría requerido la prueba de la naturaleza privativa. Tampoco se habría instituido una modalidad especial de inscripción para los bienes cuya naturaleza privativa se confiesa, ni se habría limitado la confesión a los casos en los que no perjudique a los acreedores y herederos forzosos. En suma, apunta que se crea un atajo para admitir la inscripción de un bien como privativo haciendo una interpretación a medida del mismo a través de la utilización del principio de la autonomía de la voluntad que se traslada al ámbito de la contratación entre cónyuges (arts. 1255 y 1323 CC).

En nuestra opinión entendemos que, en el marco de la vigente regulación de la sociedad de gananciales, no es cuestionable la admisibilidad de este tipo de pactos de atribución de privatividad de bienes entre cónyuges al amparo del art. 1323 CC<sup>47</sup>. De forma que, si el pacto se realiza antes o al tiempo de la adquisición, el bien ingrese directamente en el patrimonio de los cónyuges que elijan a tal efecto, quedando a salvo el derecho de reembolso, salvo que se manifieste ya satisfecho o bien se haga una renuncia al mismo<sup>48</sup>. Si es posterior será necesario una causa suficiente para que opere la transferencia del bien desde el patrimonio ganancial al privativo<sup>49</sup>.

46 BORRUEL GARCÉS, Y.: “La atribución de privatividad en la sociedad de gananciales ¿un nuevo negocio jurídico?”, *Diario la Ley*, núm. 10.170. En esta línea doctrinal se pronuncia también LATAS ESPINO, M. J.: “La confesión de privatividad: un análisis del art. 1324 CC y de la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública relativa al mismo”, *La Ley Derecho de familia*, núm. 35, 2022. Tilda de perturbadora y preocupante la actual doctrina registral por desdibujar la necesaria causalización del negocio jurídico de atribución de privatividad, pues confunde la causa del citado negocio con la del negocio adquisitivo lo que conlleva a efectos registrales, además, a la inaplicación de los arts.95.2 y 95.4 RH.

47 También el propio Tribunal Supremo lo admite en su STS 19 diciembre 1997 (RJ 1997, 9110) que admite como causa de la transmisión, “la cesión o reconocimiento de derechos, al ser modalidades, dentro de la tipicidad contractual, que las partes, en uso de esa libertad negocial, podrá utilizar, pues, en virtud de la permisibilidad de dicho art. 1323 CC”.

48 GARRIDO DE PALMA, V.: *Derecho de familia*, Trivium, Madrid, 1993, pp.64-88.

49 LÓPEZ FRIAS, A.: “La asignación”, cit., p. 290, no obstante, entiende que “no cree que pueda hablarse como hace el centro Directivo de una autentica causa onerosa o gratuita, sino que habría una simple razón o motivo que explique el pacto de atribución de privatividad, que normalmente será la dificultad de acreditar a través de prueba documental pública la procedencia privativa del dinero empleado en la adquisición. Añade que, si hay una causa onerosa como hace la DGSJYFP derivada del hecho de que se atribuya carácter privativo como fondos de idéntica naturaleza, operaría el criterio de subrogación real. El problema se circunscribe a la hora de acreditar la circunstancia registralmente, debiéndose reconducir al régimen de confesión de privatividad en la actualidad. Una posible solución para alterar las reglas existentes sobre calificación de bienes de la sociedad sería a través de capitulaciones matrimoniales donde los cónyuges modulen el criterio legal de la subrogación y especifiquen la naturaleza del bien que ingresaran constante matrimonio”, en ese sentido CALAZA LÓPEZ, C.A.: “El inmisericorde camino del capital privativo hacia la comunidad ganancial: controversias jurídicas y propuestas de lege ferenda”, *La Ley Derecho de familia*, núm. 15, 2017.

Esta causa del negocio atributivo de privatividad podrá ser gratuita o a título lucrativo teniendo como requisitos formales, si se refiere a bienes inmuebles, la escritura pública como requisito *ad solemnitatem* (art. 633 CC). Por lo que se refiere a los efectos, de existir legitimarios, la liberalidad deberá computarse al os efectos de determinar si es inoficiosa (arts. 636, 654 y 817 CC). Es manifiesto que, por vía de atribución de privatividad, en ningún caso podrán ser perjudicados los derechos legitimarios de los herederos forzosos. Igualmente, podrá quedar sujeta a una posible rescisión por perjuicio a acreedores (arts. 1291.3 y 1297 CC). Para los casos en los que sea onerosa la causa del negocio de atribución de privatividad, el desplazamiento patrimonial habrá de tener su compensación correlativa, en particular, otro desplazamiento patrimonial de importe equivalente en sentido contrario. Ya sea previo, en caso de compensación de una deuda preexistente; simultaneo, si en el mismo acto se recibe una prestación equivalente; o futuro, cuando la contraprestación y el desplazamiento se difieren a un momento posterior. Si se expresase la causa onerosa del negocio de atribución de privatividad, pero no se concretase la compensación y su temporalidad, si es pasada, presente o futura, existirá siempre un derecho de reembolso tal y como prescribe el art. 1358 CC.

Ahora bien, también es cierto que cualquier pacto de atribución de privatividad podría no encajar del todo bien con la regulación de régimen económico matrimonial de gananciales vigente. Cierto es, se excluye el marco jurídico al privarse de sentido a la confesión de privatividad del art. 1324 CC y se elimina de facto la protección registral a los legitimarios del art. 95.4 RH. Con el pacto atributivo se permite con los requisitos expuestos la inscripción del bien como privativo puro. Este último precepto ha despertado numerosas críticas<sup>50</sup>, tal y como se ha apuntado, por generar situaciones de indisponibilidad al necesitar el cónyuge beneficiado con la confesión del consentimiento de los herederos forzosos. Hay cierta obsesión por controlar registralmente lo que hay tras la confesión de privatividad, quizá por el posible perjuicio a acreedores y legitimarios. No obstante, también se ha citado que si se lleva a cabo la donación del inmueble de un cónyuge a otro se evitarían estos efectos, por lo que se podría inscribir el bien como privativo puro sin el consentimiento de aquellos, quedándoles el recurso a la acción de reducción de la donación si es inoficiosa<sup>51</sup>.

En este último sentido se manifestó LACRUZ BERDEJO en el año 1983 a propósito de la actual redacción del art. 95.4 RH. Esta resulta del Real Decreto 3215/1982, de

50 MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, A.: "El artículo 95.4" cit.; ONATE CUADROS, F. J.: "Adquisición de", cit.; BLANQUER UBEROS, R.: "La presunción de ganancialidad. La confesión de privatividad, La fijación negocial de privatividad", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t. III, Civitas, Madrid, 2002, pp. 4510-4512 y VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A.: "La confesión de privatividad del artículo 1324 del Código Civil: sus repercusiones registrales", en AA.VV.: *Estudios jurídicos: Liber amicorum en honor a Jorge Caffarena* (dirs. J. M. EMBID IRUJO, J. M. MIQUEL GONZÁLEZ y A. M. MORALES MORENO), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2017, pp. 733-734.

51 LÓPEZ FRÍAS, A.: "La asignación", cit., p. 293.

12 de noviembre, por el que se reforman determinados artículos del Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria, como consecuencia de la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Indicó que el invento del RH era exagerado por dotar a la legítima de una protección innecesaria y que representa un obstáculo para el tráfico, en un caso en el cual, normalmente, incluso si hubiera liberalidad, el perjuicio causado por ésta sería sólo de la mitad del valor de la cosa cuya exclusividad se confiesa mientras, en el supuesto de la donación, el perjuicio puede ser por entero y el acto es siempre gratuito, no simplemente sospechoso de gratuidad. Asimismo, el art. 95.4 RH no deja a salvo el derecho de los acreedores de la sociedad de gananciales o en su caso, del esposo confesante. Omisión que en caso alguna no elimina la vigencia del art. 1324 CC. De modo que, constando que la condición privativa de la finca solo resulta de la confesión del cónyuge del adquirente, los acreedores podrán embargar ésta en calidad de bien ganancial, y será el dueño quien haya de probar que no tiene tal carácter<sup>52</sup>.

Desde la perspectiva del posible fraude a los acreedores, se da actualmente la situación que, durante la vida del confesante, el cónyuge titular beneficiario de la confesión puede enajenar el bien. Entonces, verificada esta situación se sustraería el bien a los acreedores de la sociedad de gananciales salvo el ejercicio de la acción pauliana. Mientras que, una vez fallezca el confesante constante matrimonio y vigente la sociedad de gananciales, el viudo necesitará el consentimiento de los herederos forzosos de aquel. Esa exigencia debiera durar hasta la liquidación de la comunidad conyugal, si bien el precepto reglamentario no lo expresa, pues se limita a aludir la partición de la herencia del confesante premuerto, de la cual raramente puede resultar nada relativo a los bienes propios de persona distinta de él<sup>53</sup>. Una interpretación literal del art. 95.4 RH impone al viudo, por tiempo indefinido, o hasta la prescripción de la acción de legitima en su caso, el consenso de todos los legitimarios, lo que carece de sentido. Y ello, porque en la venta a tercero por el esposo en cuyo favor se reconoció la privatividad, de una finca inscrita por confesión, es válida y únicamente podría ser impugnada de demostrarse la complicidad del comprador en el fraude. Es decir, una venta no consentida por los herederos forzosos será válida y eficaz en el ámbito civil, con independencia de la postura doctrinal que se siga, pero no será inscribible en el ámbito registral.

De ahí que sea difícil el sostenimiento de este precepto reglamentario siendo deseable su derogación y que al art. 1324 CC, de *lege ferenda*, se le otorgue de un contenido similar al del art. 214 del Código de Derecho Foral de Aragón que

52 LACRUZ BERDEJO, J. L.: "Los bienes conyugales y el registro de la propiedad tras la reforma del Reglamento Hipotecario. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 9 de junio de 1983", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXVI, 1985, VLEX-233216, pp. 12-13.

53 *Ibidem*, p. 12. En esta línea se pronuncia la propuesta de Código Civil de la asociación de profesores de derecho civil que en su art. 261-14 establece que los herederos han de probar que su omisión perjudica a las legítimas en el momento de la partición de la herencia, a los efectos de incluir el bien en el activo hereditario.



establece “Se considerará privativo un bien determinado cuando la atribución por un cónyuge de tal carácter al dinero o contraprestación con que lo adquiriera sea confirmada por declaración o confesión del otro, que habrá de constar en documento público si ha de acceder al Registro de la Propiedad. La titularidad y libre disposición del bien así adquirido, aun fallecido el otro cónyuge, no puede quedar afectada o limitada sino por el ejercicio de las acciones que puedan corresponder a acreedores y legitimarios en defensa de su derecho”. Es decir, que el cónyuge beneficiado por la confesión no se vea limitado para poder disponer después del fallecimiento del cónyuge no adquirente. Al mismo tiempo, no se lesionan los derechos de posibles acreedores y legitimarios en defensa de su derecho que podrán ejercitar aquellas acciones que les asistan en sede judicial. De esta forma, se evita bajo la óptica de una protección, a nuestro juicio, exagerada de la legítima situación de indisponibilidad pues en ningún momento se les priva a acreedores y legitimarios de sus derechos ante un posible fraude o simulación negocial. Entendemos que las acciones que asistan a terceros no han de afectar, presuponiendo un posible fraude, a la titularidad o libre disposición del bien *ex ante*<sup>54</sup>.

En caso de fraude los acreedores estarán siempre protegidos por el art. 1324 CC, pudiendo ejercitar la acción rescisoria de dicha transmisión conforme a los arts. 1320 y ss. CC, y si con esta transmisión se eluden las normas de liquidación, y que protegen a los acreedores de la sociedad de gananciales, conforme al art. 6.4 CC, tendrá lugar“(…) la responsabilidad solidaria y *ultra vires* de ambos cónyuges”<sup>55</sup>.

Por estas razones, compartimos el cambio de criterio del Centro Directivo al permitir a los cónyuges la posibilidad a través mediante el pacto de atribución de privatividad la inscripción del bien con carácter privativo puro. Es cierto que a esta fórmula le subyace una clara artificiosidad doctrinal para solventar un problema, una posible situación de indisponibilidad. En este punto hemos de tener ciertas cautelas, pues este pacto o acuerdo sería en estos momentos fiscalmente neutro, y en el existe, según en el momento en que se haga, diversas consideraciones de carácter tributario. Este extremo ha de ser analizado por su importancia y darle el conveniente encaje en la normativa tributaria y fiscal con el fin de evitar el pago de impuestos por esta vía de atribución negocial de la privatividad.

Pero no debemos olvidar, respetando el ordenamiento vigente, que la admisión de este pacto de atribución de privatividad, que realiza el Centro Directivo en su nueva doctrina, supone eliminar por vía de hecho el régimen vigente sin su modificación, en particular a efectos registrales del art. 95.4 RH. Por ello sería

54 Ya lo indicé la citada RDGRN 25 septiembre 1990 (RJ 1990, 7153) al decir que las normas no pueden ser interpretadas desde la perspectiva del fraude de acreedores, el cual, además, tiene suficiente remedio en las acciones de nulidad y rescisión o en la aplicación de normas que hubiera tratado de eludir.

55 PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derecho Civil*, cit., p. 1781.

momento de plantear a la autoridad judicial la posible nulidad de un precepto reglamentario, que, sin amparo legal, impone a los propietarios limitaciones injustificadas a las legítimas facultades dispositivas de bienes de su exclusiva propiedad. Siempre, claro está, que su supresión no conlleva ningún perjuicio respecto a las acciones que pudieran corresponder a legitimarios y acreedores en caso de demostrarse la falta de certeza en la atribución.

Tras lo expuesto, nos resulta acertada la nueva posición del Centro Directivo por la flexibilización de la tradicional doctrina en cuanto a la acreditación del dinero privativo empleado (art. 95.2 RH). Se admite que a través de escritura y certificación bancaria contenida en aquella se identifique la naturaleza del dinero empleado en la adquisición<sup>56</sup>.

Así, se abandona el rigorismo anterior que exigía una acreditación excesiva o cuasi imposible de que el dinero que se heredaba o procedía de una donación, o bien procedente de una venta de un bien privativo, era idéntico al que se usaba en la compraventa posterior por uno de los cónyuges. Ahora se admite una acreditación que demuestre una cierta coherencia entre el origen de los fondos y su posterior empleo en el bien que se desee inscribir con carácter privativo. De modo que no se descarte como señalan las RRDGSJYFP 30 mayo 2022 y 24 mayo 2023 “una interpretación flexible del referido art. 95.2 del RH que, atendiendo a la realidad social (cfr. art. 3.1 CC), lleve a admitir la inscripción del bien con carácter privativo sobre la base de manifestaciones del comprador que, constando en documento público, tengan como soporte algún dato adicional como pudiera ser, por ejemplo, el documento bancario del que resulte la correspondencia del pago realizado con el previo ingreso en una cuenta de la titularidad del comprador de dinero procedente de donación constatada en escritura pública”.

#### IV. REFLEXIONES FINALES.

Resulta notable la inclinación hacia el fortalecimiento del principio de autonomía de la voluntad de los cónyuges con respecto a la autorregulación de

<sup>56</sup> En este sentido también hay que tener presente lo dispuesto en el art. 24 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, en especial, la reforma realizada por el art. 6.3 de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal. De tal manera que se establece que “(...) En las escrituras relativas a actos o contratos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan a título oneroso el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles se identificarán, cuando la contraprestación consistiere en todo o en parte en dinero o signo que lo represente, los medios de pago empleados por las partes. A tal fin, y sin perjuicio de su ulterior desarrollo reglamentario, deberá identificarse si el precio se recibió con anterioridad o en el momento del otorgamiento de la escritura, su cuantía, así como si se efectuó en metálico, cheque, bancario o no, y, en su caso, nominativo o al portador, otro instrumento de giro o bien mediante transferencia bancaria. Igualmente, en las escrituras públicas citadas el Notario deberá incorporar la declaración previa del movimiento de los medios de pago aportadas por los comparecientes cuando proceda presentar esta en los términos previstos en la legislación de prevención del blanqueo de capitales. Si no se aportase dicha declaración por el obligado a ello, el Notario hará constar esta circunstancia en la escritura y lo comunicará al órgano correspondiente del Consejo General del Notariado (...)”.

sus intereses patrimoniales legítimos durante el matrimonio. En este contexto, la admisibilidad de los negocios especiales de atribución en el marco de la sociedad de gananciales puede interpretarse como una expresión de dicha tendencia. Esto no solo se ha demostrado en la doctrina registral objeto de este estudio, también la jurisprudencia del Tribunal Supremo revela una orientación hacia el fortalecimiento del patrimonio privativo. En particular, en supuestos de liquidación de sociedad de gananciales en los que se allana el camino para recuperar el dinero privativo invertido en bienes de carácter ganancial, así como los ingresos que se realicen en cuentas de titularidad conjunta de los cónyuges, sin necesidad de hacer alguna reserva en el momento de su desembolso. Una posición que ciertamente no encuentra ningún óbice al tener su referente en el art. 1358 CC que permite el reembolso de las sumas de dinero de carácter privativo<sup>57</sup>.

Así, se ha de valorar positivamente la nueva doctrina registral por la cual los cónyuges determinan de forma convencional la naturaleza privativa pura del bien que adquiere uno de ellos con carácter oneroso. De esta manera, salvada la acreditación de forma fehaciente la procedencia del dinero privativo y que se destina a la adquisición del bien que se determina con tal carácter (art. 95.2 RH), se ha estimado la inscripción con carácter privativo puro. Todo ello a través del denominado negocio atributivo especial que tiene una causa propia y ha de ser expresada y diferenciada del negocio transmisivo. Esa causa se determina entre la correspondencia del carácter de lo adquirido y los fondos que se emplean en la adquisición. Esto es lo más relevante en el negocio jurídico para ser admitida la inscripción privativa pura.

Hilvanando con lo expuesto, ante la estricta doctrina que tenía el Centro Directivo en la materia, parece advenirse una cierta interpretación más flexible. De no ser así, la simple confesión obliga a efectos registrales a que sean inscritos como privativos por confesión (art. 95.4 RH) con las perniciosas consecuencias de la indisponibilidad apuntadas. Igualmente, con esta vía se evita la aplicación de la presunción de ganancialidad (art. 1361 CC).

No obstante, esta solución tendente a reforzar los patrimonios privativos puede resultar artificiosa y de difícil encaje. A la vista del ordenamiento jurídico vigente una interpretación sistemática de los preceptos registrales apuntados con el art. 1323 CC puede estar desplazando el conjunto de disposiciones en materia de sociedad de gananciales. Igualmente, la interpretación inversa del art. 1355 CC que permite el pacto de atribución de ganancialidad a bienes privativos parece ir en la misma línea. El art. 1323 CC puede estar, por tanto, limitado por el conjunto de disposiciones que regulan el régimen económico de gananciales.

---

57 Así, por todas la STS 6 marzo 2023 (RJ 2023, 1849).

Sería necesario una reforma legislativa para que los esposos casados en gananciales pudieran atribuir carácter privativo por acuerdo, incluyendo la citada posibilidad en el art. 1355 CC, se suprima la presunción de ganancialidad (art. 1361 CC), la confesión del art. 1324 CC y los respectivos preceptos de la legislación hipotecaria. De no ser así, se priva de sentido a la confesión de privatividad y la protección registral del art. 95.4 RH. Por tanto, en el ámbito registral el citado precepto ha de ser aplicado mientras no sea derogado o declarado ilegal.

Participamos de las críticas del art. 95.4 RH, y, además, exhortamos al legislador a que regule un posible pacto o reconocimiento de privatividad de un bien por el cónyuge no adquirente, sin las limitaciones del cónyuge beneficiado por el pacto o reconocimiento tras el fallecimiento del otro. Un posible modelo a seguir podría ser el art. 214 CDFA o la Ley 89.5 FN para el régimen de conquistas en Navarra. O bien, recurrir a la fórmula del pacto capitular entre cónyuges contenido en capitulaciones matrimoniales que module el criterio de la subrogación real y especifiquen la naturaleza ganancial o privativa de los bienes que ingresen constante matrimonio. Solución plausible de conformidad con el art. 1315 CC que posibilita una autonomía a los cónyuges para configurar sus relaciones económicas. La voluntad de los esposos es clara que puede determinar el carácter de los bienes, si bien, las reglas actuales no permiten que el pacto de atribución de privatividad tenga encaje legal, pues sus efectos son la inaplicación del régimen de la confesión de privatividad y la protección que el Registro de la Propiedad dispensa a los legitimarios del cónyuge que efectúa la confesión.

Todas estas reflexiones no han de pasar por alto la calificación fiscal que este nuevo negocio o fórmula pueda conllevar. La Administración tributaria no es ajena, y puede observar con acierto que se esconde una transmisión subyacente. Ciertamente es que la confesión de privatividad tiene efectos fiscales por cuanto implica un trasvase de bienes del patrimonio ganancial al privativo de uno de los cónyuges. Sería conveniente un análisis a futuro por parte del legislador, al ser admitida la fórmula registralmente, sobre su encaje en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, o, en su caso en el Impuesto de Donaciones<sup>58</sup>.

De esta forma, para terminar, hasta la fecha solo cabría admitir el carácter privativo puro cuando se pruebe el origen de los fondos, o bien, cuando se celebre un negocio de atribución de privatividad, al que ciertamente le lleva aparejado una transmisión onerosa o gratuita con todas las consecuencias fiscales. Razón por la cual, es necesario analizar con profundidad las consecuencias fiscales de este

58 La materia excede de nuestra área de estudio. En este ámbito es de interés JUÁREZ GONZÁLEZ, J. M.: "Repercusiones fiscales de la confesión de privatividad", *Informe actualidad fiscal*, junio, 2019. Puede consultarse en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/fiscal/informes-mensuales-fiscal/informe-actualidad-fiscal-junio-2019-sts-sobre-extinciones-de-condominio-fiscalidad-confesion-de-privatividad/> (fecha de última consulta: 26/09/2023).

pacto, o si se llega a operar una modificación legislativa que lo consagre como un negocio jurídico independiente. En especial, en los paradigmas en los que la atribución sea inicial, en el momento en que se adquiere el bien inmueble.

## BIBLIOGRAFÍA

ALCAÍN MARTÍNEZ, E.: *La declaración de propiedad de bienes matrimoniales*, McGraw Hill, Madrid, 1996.

BLANQUER UBEROS, R.: "La presunción de ganancialidad. La confesión de privatividad, La fijación negocial de privatividad", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t. III, Civitas, Madrid, 2002.

BORRUEL GARCÉS, Y.: "La atribución de privatividad en la sociedad de gananciales ¿un nuevo negocio jurídico?", *Diario la Ley*, núm. 10170.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: "Artículo 1323", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. A. CAÑIZARES LASO), t. IV, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023.

CALAZA LÓPEZ, C.A.:

- "El inmisericorde camino del capital privativo hacia la comunidad ganancial: controversias jurídicas y propuestas de *lege ferenda*", *La Ley Derecho de familia*, núm. 15, 2017.
- "Una apuesta por la atribución de privatividad frente al cajón de sastre del art. 1324 del Código Civil", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 35, 2022.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: "La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad", *Anuario de Derecho Civil*, 1986.

DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I.: "De la confesión de privatividad anterior a la Ley de 13 de mayo de 1981, a la atribución directa del carácter privativo sin acudir a la confesión", en AA.VV.: *Fortalezas y debilidades del derecho de familia contemporáneo. Liber amicorum en homenaje al profesor Carlos Lasarte Álvarez*, (dirs. F. YÁÑEZ VIVERO, B. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, F.J. JIMÉNEZ MUÑOZ, A. DORADO VARA, P. LÓPEZ PELÁEZ y E. ABAD ARENAS), t. II, Dykinson, Madrid, 2023.

DÍEZ SOTO, C. M.: *Desplazamiento negocial de bienes entre patrimonios en el régimen de gananciales*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004.

GARCÍA GARCÍA, J. M.:

- "Comentario crítico de las tres resoluciones de 15 de enero de 2021 y 12 de junio de 2020 (1ª y 4ª): el pacto de atribución de carácter privativo de un bien por los cónyuges y la confesión de privatividad. Autonomía de la voluntad y causa", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2021.

- *Legislación hipotecaria y del crédito inmobiliario. Jurisprudencia y Comentarios*, t. II, Civitas, Madrid, 2019.

GARDEZÁBAL DEL RÍO, F. J.: "Tema 6. La sociedad de gananciales", en AA.VV.: *Instituciones de Derecho Privado*, (coord. J. F. DELGADO DE MIGUEL), t. IV, vol. 2, Civitas-Consejo General del Notariado, Madrid, 2002.

GARRIDO DE PALMA, V.:

- *Derecho de familia*, Trivium, Madrid, 1993.
- "La economía de la familia. Las capitulaciones matrimoniales y el régimen económico matrimonial", en AA.VV.: *Instituciones de Derecho privado. Familia* (coord. por J.F. DELGADO DE MIGUEL), t. IV, vol. I, Civitas, Madrid, 2001.

GASPAR LERA, S.:

- "Bienes comunes o privativos por voluntad de los cónyuges en el régimen matrimonial legal de consorciales", *Revista de Derecho Civil aragonés*, núm. 24, 2018.
- "Los negocios de configuración del patrimonio común en la sociedad de gananciales: autonomía privada de los cónyuges y Registro de la Propiedad", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 753, 2016.

GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V.: *La atribución voluntaria de ganancialidad*, Montecorvo, Madrid, 1986.

GIMÉNEZ DUART, T.: "Cargas y obligaciones en el matrimonio", *Revista de Derecho Privado*, 1982, núm. 66.

GUTIÉRREZ BARRENGOIA, A.: *La determinación voluntaria de la naturaleza ganancial o privativa de los bienes conyugales*, Dykinson, Madrid, 2002.

LATAS ESPINO, M. J.: "La confesión de privatividad: un análisis del art. 1324 CC y de la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública relativa al mismo", *La Ley Derecho de familia*, núm. 35, 2022.

LÓPEZ FRÍAS, A.: "La asignación convencional de carácter privativo a los bienes adquiridos a título oneroso por uno de los cónyuges a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad", *Revista de Derecho Civil*, núm. 4, 2022.

LÓPEZ IGLESIAS, L.: "La atribución de privatividad de bienes de la sociedad de gananciales por acuerdo de los cónyuges y su inscripción en el Registro de la Propiedad", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 25, 2020.

MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, A.: "El artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario: una norma manifiestamente derogable y de dudosa legalidad", *El Notario del siglo XXI*, 2021, núm. 97. Puede consultarse en: <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10754-el-articulo-95-4-del-reglamento-hipotecario-una-norma-manifiestamente-derogable-y-de-dudosa-legalidad> (fecha de última consulta: 26/09/2023).

MANZANO FERNÁNDEZ, M. M.: "Los bienes privativos por confesión en el Código Civil y en la legislación hipotecaria", *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10, 2016.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, J. A.: "Casos dudosos de bienes privativos y gananciales", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1985.

MONTERO GIMÉNEZ, J. M.: "La privatividad del dinero en las adquisiciones de inmuebles", *La Ley Derecho de familia*, núm. 25, 2020.

NIETO ALONSO, A.: "La atribución voluntaria de ganancialidad: reflejo de la autonomía privada en el régimen económico matrimonial", *Revista de Derecho Civil*, núm. 2, 2021.

OÑATE CUADROS, F. J.: "Adquisición de bienes con carácter privativo por cónyuges casados en régimen de gananciales", *El Notario del siglo XXI*, núm. 93, 2020.

PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derecho Civil, estudios comentarios y notas*, t. III, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009.

RAMS ALBESA, J. J.: *La sociedad de gananciales*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2010.

REBOLLEDO VARELA, A. L.: "Artículo 1355", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), t. VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

REYES GALLUR, J. J.: "Atribución del carácter privativo de un bien por acuerdo de las partes: pacto de privacidad en el régimen de separación de bienes", *Revista de Derecho de Familia*, núm. 35, 2007.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: *Los negocios de fijación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.



SANTILLÁN SANTA CRUZ, R.: “Pactos de atribución de ganancialidad o de privatividad a los bienes bajo un régimen de gananciales. Apuntes de Derecho español y peruano”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 29, 2020.

VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A.: “La confesión de privatividad del artículo 1324 del Código Civil: sus repercusiones registrales”, en AA.VV.: *Estudios jurídicos: Liber amicorum en honor a Jorge Caffarena* (dirs. J. M. EMBID IRUJO, J. M. MIQUEL GONZÁLEZ y A. M. MORALES MORENO), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2017.