

Los negocios de configuración del patrimonio común en la sociedad de gananciales: autonomía privada de los cónyuges y Registro de la Propiedad

Matrimonial agreements in the legal property regime: private autonomy of spouses and Land Registry

por

SILVIA GASPAR LERA
Profesora titular de Derecho Civil
Facultad de Derecho

RESUMEN: Los cónyuges casados en régimen de gananciales pueden acordar, en el ejercicio de su autonomía privada, la transmisión de bienes privativos a la masa común y a la inversa. Las principales dificultades que plantean estos negocios se suscitan en el ámbito registral, pues para poder inscribirlos en el Registro de la Propiedad la DGRN exige, con base en el principio de legalidad, el cumplimiento de determinados requisitos relativos a la causa y al título formal. De lo que se trata en el presente trabajo es de examinar esta doctrina, que resulta controvertida, y de señalar el punto equilibrio entre el pleno respeto de la libertad contractual reconocida a los cónyuges y el principio de seguridad jurídica.

ABSTRACT: *Under legal matrimonial regime spouses can conclude agreements concerning marital property for transferring immovable assets to private patrimonies or the other way around. The main problem arising from these*

contracts is not the perspective of their validity requirements, but under what circumstances should such agreements entry on the Land Registry. The DGRN take into account the existence of diverse factors that specifically condition the registration of those titles: consideration and deed. However this is not absolute. The aim of this paper is to analyze this thesis and to meet the balance between contractual freedom and legal certainty.

PALABRAS CLAVE: Autonomía privada. Gananciales. Registro de la Propiedad.

KEY WORDS: *Private autonomy. Matrimonial property. Land Registry.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. INSCRIPCIÓN DE LOS NEGOCIOS DE CONFIGURACIÓN DEL PATRIMONIO COMÚN: EQUILIBRIO ENTRE AUTONOMÍA PRIVADA Y CONTROL DE LEGALIDAD: 1. LA AUTONOMÍA PRIVADA DE LOS CÓNYUGES COMO FUENTE DE LA CONDICIÓN COMÚN O PRIVATIVA DE LOS BIENES EN LA SOCIEDAD DE GANANCIALES. 2. INSCRIPCIÓN DE LOS NEGOCIOS DE CONFIGURACIÓN DEL PATRIMONIO COMÚN: EL PROBLEMA DE LA CAUSA: A) *Asignación convencional de carácter ganancial a bienes privativos: la doctrina de la DGRN sobre la causa onerosa o gratuita del negocio.* B) *Asignación convencional de carácter privativo a bienes gananciales: la doctrina de la DGRN sobre la causa onerosa o gratuita del negocio.* C) *Reflexiones sobre la causa de los negocios de configuración del patrimonio común como presupuesto de su inscripción.* —III. INSCRIPCIÓN DE LOS NEGOCIOS DE CONFIGURACIÓN DEL PATRIMONIO COMÚN QUE RESULTAN DEL CONVENIO REGULADOR DE LA RUPTURA MATRIMONIAL: EQUILIBRIO ENTRE AUTONOMÍA PRIVADA Y CONTROL DE LEGALIDAD: 1. LA AUTONOMÍA PRIVADA DE LOS CÓNYUGES PARA AUTORREGULAR LOS EFECTOS DE LA RUPTURA MATRIMONIAL. 2. INSCRIPCIÓN DE LOS NEGOCIOS DE CONFIGURACIÓN DEL PATRIMONIO COMÚN QUE RESULTAN DEL CONVENIO REGULADOR DE LA NULIDAD, SEPARACIÓN O DIVORCIO: EL PROBLEMA DEL TÍTULO FORMAL: A) *El supuesto controvertido: inclusión de un bien privativo de ambos cónyuges en la masa ganancial que se liquida en convenio regulador.* B) *Criterios de la DGRN sobre la inscripción de los acuerdos de extinción de un condominio en convenio regulador:* a) El criterio relativo al carácter de vivienda familiar del bien aportado. b) El criterio relativo al tipo de régimen económico matrimonial que se liquida en convenio regulador: gananciales o separación de bienes. c) Reflexiones sobre la inscripción de los negocios de configuración del patrimonio común que aparecen en el convenio regulador. —IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO Y RESOLUCIONES DE LA DGRN.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las posibilidades que ofrece la autonomía privada en el ámbito de la sociedad de gananciales, y en los regímenes de comunidad parcial, es la relativa a los pactos de los cónyuges sobre determinación de los bienes concretos que deben integrar cada uno de los patrimonios privativos y el común. Estos negocios no comportan una modificación del régimen económico-matrimonial sino que suponen una transformación de la calificación originaria de los bienes, es decir, afectan a la composición de la masa común, aumentándola a costa de los patrimonios privativos o reduciéndola en favor de estos. Tal posibilidad de actuación de la autonomía de la voluntad encuentra fundamento en la libertad de contratación entre los cónyuges (art. 1323 del Código Civil) y sirve, principalmente, como cauce para solucionar los resultados no deseados a los que en ocasiones conduce la aplicación de las reglas que disciplinan la sociedad de gananciales.

La DGRN se refiere a estos contratos con expresiones diversas, generalmente, «negocios de aportación o de comunicación de bienes» o «negocios de atribución», considerándolos de finalidad traslativa y, en principio, diferenciados de otros contratos típicos. Cuando los consortes pretenden transferir por esta vía la propiedad de bienes inmuebles, lo habitual es que, con el fin de garantizar la eficacia del desplazamiento frente a terceros, tomen la iniciativa de dotarlo de adecuada publicidad. Precisamente las dificultades fundamentales que en el momento presente plantean este tipo de acuerdos no se centran en su admisibilidad sino en los requisitos que, según la DGRN, deben cumplir para acceder al Registro de la Propiedad. En concreto, por aplicación del principio de legalidad, se considera que para poder inscribir estos negocios es preciso, de una parte, que el título que se presenta a tal fin exprese con claridad la causa de la transmisión, que además ha de ser típica, no bastando el acuerdo en cuestión por sí solo para llenar las exigencias de la calificación registral. De otra parte, se exige que ese acuerdo conste en un título formal adecuado, lo que se traduce en la necesidad de elevarlo a escritura pública, pues resulta rechazada su inscripción cuando aparece en el convenio regulador de la ruptura matrimonial —pese a ser doctrina reiterada su idoneidad como título inscribible—, salvo si el bien transferido es la vivienda familiar.

Lo cierto es que los autores, tribunales, notarios y registradores abordan esta materia con criterios no siempre coincidentes. De lo que se trata en este trabajo es de examinar las razones que impiden en la práctica que el adecuado uso de la libertad reconocida a los cónyuges en el ámbito de la ordenación de la economía familiar sirva para obtener el reconocimiento del efecto jurídico que persiguen. Desde este punto de vista, y con referencia a los negocios de configuración del patrimonio común, la respuesta pasa por encontrar el punto

de equilibrio entre la autonomía de los cónyuges y el principio registral de legalidad, aunque debe admitirse de antemano que resulta complejo y delicado llegar a conclusiones claras.

II. INSCRIPCIÓN DE LOS NEGOCIOS DE CONFIGURACIÓN DEL PATRIMONIO COMÚN: EQUILIBRIO ENTRE AUTONOMÍA PRIVADA Y CONTROL DE LEGALIDAD

1. LA AUTONOMÍA PRIVADA DE LOS CÓNYUGES COMO FUENTE DE LA CONDICIÓN COMÚN O PRIVATIVA DE LOS BIENES EN LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

En la sociedad de gananciales la autonomía de la voluntad de los cónyuges figura entre los principios básicos que permiten asignar a un bien del matrimonio carácter ganancial o privativo. Una manifestación de este principio para un supuesto concreto se recoge en el artículo 1355 del Código Civil, que permite a los consortes, constante la sociedad de gananciales, atribuir carácter común a un determinado bien al tiempo de su adquisición onerosa.

Sin embargo, el citado precepto no reconoce la posibilidad de asignar condición ganancial a los bienes propios de los cónyuges adquiridos antes del inicio del régimen ni a los que, vigente este, son privativos por aplicación de las normas que lo regulan. Y tampoco ampara el pacto de signo contrario, es decir, la determinación convencional del carácter privativo de bienes gananciales. Esta circunstancia ha dado lugar a que parte de la doctrina haya afirmado que, atendida la peculiar estructura de la sociedad de gananciales, la autonomía privada de los cónyuges solo puede intervenir en la limitada medida en que la ley lo autoriza —artículo 1355 del Código Civil— y que los bienes del matrimonio tienen el carácter de privativos o de gananciales según los elementos objetivos que concurren en su adquisición o ingreso tal como viene predeterminado legalmente.

Lo cierto es que en el momento presente no se discute la admisibilidad, en general, de los acuerdos de ampliación y restricción del patrimonio ganancial, pues encuentran fundamento legal en el artículo 1323 del Código Civil, que consagra la libertad de contratación entre cónyuges. De hecho, la extensión de los márgenes reconocidos a la autonomía de voluntad de estos es una de las consecuencias más relevantes del citado precepto, que más allá de autorizar los contratos entre consortes con el mismo alcance que en las relaciones entre extraños, ampara la posibilidad de desplazamientos entre las diferentes masas patrimoniales, alterando el carácter ganancial o privativo de los bienes del matrimonio. En el sentido de lo expuesto ya se pronunció la RDGRN de 7 de octubre de 1992 (*RJ* 1992, 8302), reiterada posteriormente por otras muchas, en la que se afirma lo siguiente:

«Conforme al artículo 1323 del Código Civil, el marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título, bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que la regla de libertad de contratación entre cónyuges, que el citado precepto recoge, permite la transferencia de bienes concretos entre las distintas masas de que son titulares, sin que ello suponga alteración del régimen económico conyugal ni de los criterios que estructuran el régimen de cada una de las masas patrimoniales en cuanto centros autónomos de imputación de derechos y obligaciones [...] Del precepto contenido en el artículo 1355 del Código Civil aisladamente nada puede concluirse en contra de la anterior doctrina [...] Son otros los preceptos del nuevo régimen económico del matrimonio con los que el artículo 1355 del Código Civil debe ser conjugado, los que ponen de manifiesto que el precepto en él contenido no tiene significación de excepción sino que es manifestación de reglas de libertad».

A partir de este pronunciamiento queda claro, también, que el eventual ánimo de fraude que pudiera verse detrás de los acuerdos de ampliación o restricción del patrimonio común no es argumento suficiente para rechazarlos, pues esas situaciones encuentran remedio en los cauces tradicionales regulados al efecto¹.

Admitidos estos negocios en nuestro Derecho, es evidente el creciente interés de los cónyuges por ellos —señaladamente por los de ampliación del patrimonio común— como demuestra el abundante número de resoluciones que se vienen dictando con ocasión de las cuestiones específicas de naturaleza registral que plantean. Ese interés puede explicarse por razones de diversa índole:

En primer lugar, porque sirven para solucionar algunas situaciones concretas que las reglas de la sociedad de gananciales conducirían de otra forma. Por ejemplo, y sin perjuicio de volver sobre esto más adelante, mediante la asignación de carácter ganancial a una vivienda construida con fondos gananciales sobre solar privativo de uno de los cónyuges se evita que aquella, por el juego de la regla de la accesión inmobiliaria, tenga carácter privativo.

En segundo lugar, no debe ignorarse las ventajas que representan, respecto de otros contratos típicos, desde una perspectiva fiscal. Y es que si se trata de una ampliación del patrimonio común, y media el correspondiente reembolso, el traspaso del bien privativo a la masa ganancial constituye un hecho sujeto al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados², resultando exento por aplicación del artículo 45.I.B.3 del Texto Refundido de la Ley que lo regula³. Esta exención no está prevista respecto de los acuerdos de signo contrario, es decir, los de restricción de la masa ganancial, de modo que el ingreso de un bien de esta naturaleza en el patrimonio privativo de uno de los cónyuges originará la correspondiente liquidación por la mitad del valor del bien desplazado⁴. En el marco de estas consideraciones fiscales no está de más señalar que, desde la perspectiva del transmitente, la asignación de carácter común a un bien

que es privativo según el régimen legal puede recaer bajo la órbita del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas⁵. Y es que el artículo 33.1 de la ley que lo regula permite afirmar que en las aportaciones a la sociedad conyugal de un bien concreto puede ponerse de manifiesto una ganancia patrimonial para el aportante por la diferencia entre el valor de adquisición y el valor de transmisión del 50% del inmueble (el otro 50% seguirá perteneciendo a la sociedad de gananciales)⁶.

Y en tercer lugar, también cabe explicar la proliferación de estos negocios por las posibilidades que ofrecen a efectos de inmatriculación. Como es sabido, las fincas que todavía no han accedido al Registro pueden ser inmatriculadas mediante título público de adquisición de su propiedad, apoyado en un título anterior que acredite la adquisición de la finca por el ahora transmitente (art. 205 LH). Sobre esta base, el negocio de aportación a la sociedad de gananciales se convierte en título inmatriculador directo (con bajo coste fiscal) cuando existe un título de herencia anterior o se justifica la titularidad privativa de un cónyuge mediante un acta de notoriedad⁷.

Después de estas observaciones de carácter general, procede descender al examen de los concretos problemas que los acuerdos sobre composición de los patrimonios de la sociedad de gananciales plantean en el ámbito registral. Para ello hay que partir de una doctrina muy consolidada de la DGRN que sostiene que para que se produzcan transferencias de bienes inmuebles —con el consiguiente cambio de titularidad— desde la masa privativa de cualquiera de los cónyuges a la masa común, y a la inversa, se requiere la existencia de un negocio cuya causa y régimen jurídico resulte con precisión y claridad del documento presentado a inscripción. Por consiguiente, el título que se presenta al Registro debe expresar debidamente los elementos constitutivos del negocio de aportación «y, especialmente, su causa, exigencia esta imprescindible, tanto para el adecuado cumplimiento de la función calificadora como para la expresión de las circunstancias de aquel en el Registro». La cuestión controvertida que ahora se trata de examinar consiste, pues, en dilucidar si la inscripción del cambio de titularidad requiere la expresión de una causa negocial típica (por ejemplo, compraventa o donación), como parece exigir la DGRN, o si cabe reconocer en este tipo de pactos una causa específica y suficiente que les permita el acceso al Registro de la Propiedad⁸.

2. INSCRIPCIÓN DE LOS NEGOCIOS DE CONFIGURACIÓN DEL PATRIMONIO COMÚN: EL PROBLEMA DE LA CAUSA

A) *Asignación convencional de carácter ganancial a bienes privativos: la doctrina de la DGRN sobre la causa onerosa o gratuita del negocio*

El acuerdo por el que los cónyuges asignan carácter ganancial a un bien que, según el régimen legal, sería privativo ha sido definido por una reiterada

doctrina de la DGRN como «negocio de aportación de derechos concretos a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente o de comunicación de bienes como categoría autónoma y diferenciada, con sus propios elementos y características, cuyo régimen jurídico vendrá determinado por las previsiones estipuladas por los contratantes dentro de los límites legales y, en su defecto, por la normativa general del Código Civil»⁹. En cuanto a la virtualidad traslativa de estos negocios también es concluyente el Centro Directivo, que afirma al respecto que «comportan un verdadero desplazamiento patrimonial de un bien privativo de uno de los cónyuges a la masa ganancial constituida por un patrimonio separado colectivo, distinto de los patrimonios personales de los cónyuges, afecto a la satisfacción de necesidades distintas y con un régimen jurídico diverso»¹⁰.

Lo cierto es que la doctrina expuesta no resulta demasiado clara en lo que hace a la caracterización de este tipo de acuerdos. En principio, la DGRN se muestra favorable a reconocerles entidad propia, pero no concreta los elementos que justifican esta consideración. Y de hecho, para acceder a su inscripción exige a los cónyuges que utilicen los cauces ordinarios o medios legítimos de transmisión, como la compraventa o la donación. En suma, parece darse a entender que el negocio de aportación no integra en sí mismo una *iusta causa traditionis*, de modo que al margen de esos cauces ordinarios constituiría un acuerdo traslativo abstracto, incompatible con un sistema causalista como el nuestro. Ello sentado, las propias resoluciones que se han dictado sobre esta cuestión matizan la exigencia de la especificación causal, al decir que ha de ser interpretada en sus justos términos, siendo suficiente que se mencione la onerosidad o gratuidad de la aportación o que la misma resulte o se deduzca de los concretos términos empleados en la redacción de la escritura, teniendo en cuenta que la finalidad de la atribución de ganancialidad es la de ampliar el ámbito objetivo del patrimonio consorcial para la mayor satisfacción de las necesidades de la familia en el marco de la relación jurídica básica —la de sociedad de gananciales— cuyo sustrato es la propia relación matrimonial.

Sobre esta base, los pactos de ampliación del patrimonio común requieren indicación de su carácter oneroso o gratuito, tanto si se trata de aportaciones realizadas constante la sociedad de gananciales como si los cónyuges convienen hacerlas a su inicio, en capitulaciones matrimoniales¹¹. Aunque debe señalarse que respecto de estas últimas parece que la DGRN se inclina por mostrarse menos rigurosa¹². Muestra de ello es la resolución de 8 de mayo de 2000 (RJ 2000, 5831), en la que se accede a la inscripción de un acuerdo de aportación que no contenía indicación expresa sobre su causa ni determinaba si se hacía con carácter oneroso o gratuito. Los consortes habían disuelto y liquidado en su día la sociedad de gananciales, acogiéndose a un régimen de separación de bienes. Otorgan cuatro años después escritura pública volviendo al régimen de gananciales, y atribuyen entonces a determinados bienes la

condición de comunes, resultando de la valoración que se hace en la escritura que las aportaciones de cada uno de ellos eran de igual valor. El registrador deniega la inscripción porque el título presentado no expresaba la causa de la aportación. Sin embargo, el Centro Directivo resuelve, sucintamente, que el defecto atribuido no puede mantenerse porque «un negocio de comunicación de bienes, en el que se aportan por ambos cónyuges bienes a la nueva sociedad de gananciales que se constituye, estimando los otorgantes de igual valor los aportados por cada uno, no plantea desde ningún punto de vista problema alguno de expresión de causa».

Con acierto se ha dicho que en esta resolución la DGRN traslada la causa a la igualdad de las aportaciones respectivas, introduciendo una suerte de sinalagma, cuando en realidad la causa por la que aquellas se realizan no es otra que el matrimonio mismo; es decir, el hecho de que las aportaciones de ambos cónyuges sean del mismo valor no hace sino soslayar la cuestión de los reembolsos¹³. Lo que parece evidente es el interés de los cónyuges de reforzar el patrimonio consorcial que en adelante quedará sujeto a la satisfacción de las necesidades familiares. Cabe por tanto defender que estas atribuciones patrimoniales están justificadas de manera suficiente por un especial tipo de causa, debiendo bastar la simple expresión del consentimiento de los cónyuges para dotar de publicidad a la transmisión¹⁴.

Constante la sociedad de gananciales, los acuerdos de aportación pueden tener por finalidad favorecer la consistencia del patrimonio común, pero generalmente sirven también para facilitar la consecución de otros objetivos, como el de compensar desembolsos de dicho patrimonio realizados en beneficio del privativo de uno de los cónyuges. Es lo que sucede, por ejemplo, en el caso de edificación sobre terreno privativo costeada con dinero ganancial; o en el supuesto de adquisición de finca por uno de los cónyuges antes del matrimonio, financiada con un préstamo hipotecario que se va abonando con fondos comunes¹⁵. Son numerosas las resoluciones de la DGRN que, respecto de este tipo de negocios, se han pronunciado en el sentido de exigir una causa justificativa del desplazamiento para poder inscribirlo. Ello con fundamento en el principio de determinación registral y por ser presupuesto lógico necesario para que el registrador pueda cumplir con la función calificadora¹⁶. Una exposición muy circunstanciada de las razones sobre las que se sustenta esta doctrina aparecen en la resolución de 29 de marzo de 2010 (*RJ* 2010, 2375):

«Es preciso que los elementos constitutivos del negocio de aportación por el que se produce el desplazamiento entre los patrimonios privativos y el consorcial, y especialmente su causa que no puede presumirse a efectos registrales (*vid.* arts. 1261.3 y 1274 y siguientes del Código Civil), han de quedar debidamente exteriorizados y precisados en el título inscribible. Así resulta de las siguientes consideraciones: a) La exigencia de causa lícita y suficiente para todo negocio

traslativo (art. 1274 del Código Civil); b) la extensión de la calificación registral a la validez del acto dispositivo inscribible (art. 18 LH); c) la necesidad de reflejar en el registro de la propiedad la naturaleza y extensión del derecho real que se inscriba, con expresión circunstanciada de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente (arts. 9 LH y 51 RH); d) Las distintas exigencias en cuanto a validez de los diferentes actos dispositivos, así como las específicas repercusiones que el concreto negocio adquisitivo tiene en el régimen del derecho adquirido (advuértase las diferencias entre las adquisiciones a título oneroso y las realizadas a título gratuito, así en parta a su protección —arts. 34 LH y 1297 del Código Civil—, como en su firmeza —arts. 644 y sigs. del Código Civil—; y, en suma, la necesaria claridad, congruencia y precisión en la configuración de los negocios jurídicos inscribibles, de modo que quede nítidamente perfilado el contenido y alcance de los derechos constituidos, cuyo reflejo registral se pretenda (*vid.* arts. 9, 21 y 31 LH)».

En la práctica, la DGRN entiende cumplido el referido requisito de la causa de la aportación cuando las partes indican si procede o no el reembolso o cuando dicen que se hace como compensación de gastos o satisfacción de un crédito. A título de ejemplo, cabe mencionar las decisiones siguientes:

Resolución de 21 de julio de 2001 (*RJ* 2001, 2397). Dictada en relación con la transmisión del pleno dominio de una finca al patrimonio ganancial, la DGRN afirma que a efectos registrales se dan los requisitos para inscribir el desplazamiento, entre ellos la onerosidad de la causa que lo impulsa, pues «la sociedad de gananciales adquiere contra reembolso del valor actualizado del bien al tiempo de su disolución».

Resolución de 17 de abril de 2002 (*RJ* 2002, 8099). Se presenta al Registro escritura de aportación a la sociedad conyugal de la vivienda que constituye el domicilio familiar, comprada por el marido en estado de soltero. El Centro Directivo estima que si bien es cierto que la afirmación de este último de querer facilitar en su momento la liquidación es más motivo que causa, también lo es que en la escritura se expresa una causa onerosa suficiente para el desplazamiento patrimonial, «la cual viene constituida por ser la aportación compensación de los gastos realizados para contraer matrimonio, unida al hecho de que el precio de la vivienda pendiente de pago se va a satisfacer con dinero ganancial».

Resolución de 18 de septiembre de 2003 (*RJ* 2003, 6334). Relativa a la solicitud de inscripción como ganancial de una edificación realizada sobre finca privativa de la esposa con aportaciones proporcionales de ambos cónyuges, a fin de que el valor del solar quedase compensado con una mayor aportación privativa del esposo, de modo que cada uno de ellos tuviera el mismo interés económico en el edificio resultante y en el suelo. Frente a la suspensión de la

inscripción por el registrador, que fundamenta en la falta de causa del negocio, la DGRN determina que: «si bien, como ha dicho reiteradamente este Centro Directivo, en nuestro Derecho toda transferencia patrimonial debe tener causa, y la misma, a efectos registrales no puede presumirse, no lo es menos que, en la escritura presentada, además de la declaración de obra nueva, se contiene un negocio jurídico de carácter oneroso que, aunque no esté expresamente nombrado, puede tener aptitud suficiente para provocar el traspaso patrimonial en él contenido».

Resolución de 31 de enero de 2014 (*RJ* 2014, 1969). En este caso el negocio de aportación sirve como título inmatriculador. Los cónyuges solicitan la inscripción de la escritura pública por la que la mujer aporta a la sociedad de gananciales una parcela de terreno que había adquirido en virtud de adjudicación de herencia autorizada ante el mismo notario. El matrimonio poseía de hecho la finca desde hacía mucho tiempo y la construcción de la vivienda sobre ella se verificó con cargo a la sociedad de gananciales. La DGRN admite la inmatriculación por entender que se ha expresado como causa de la aportación «la existencia de un crédito resultante de las relaciones económicas habidas entre el patrimonio ganancial y el privativo del cónyuge aportante».

El examen detenido de los pronunciamientos relacionados pone de relieve las dificultades con las que se encuentra la DGRN a la hora de aplicar su propia doctrina sobre la exigencia de una causa típica del negocio a efectos registrales, pues la centra en la mención de la onerosidad o gratuidad de la aportación, que a su vez trata de explicar mediante la existencia o no de un hipotético reembolso.

Sin embargo, parece claro que estos acuerdos no pueden reputarse onerosos o gratuitos, ni cabe considerar el reembolso contraprestación o precio. El reembolso no es sino la compensación que tiene lugar entre patrimonios conyugales y que opera sobre el valor actualizado del bien aportado, no sobre el que puede tener en el momento de su realización¹⁷. De ahí que, si existe, no sea propiamente la causa sino la consecuencia de la aportación. Y es que debe reconocerse que en este tipo de transmisiones los cónyuges convienen en realizar la aportación sin considerar una figura contractual típica, pues en realidad no quieren vender a la masa ganancial sino que el bien sea común atendidas las inversiones realizadas con fines lícitos. Puede que no reparen siquiera en el aspecto de la compensación, en cuyo caso cabe entender que salvo pacto en contrario existe reembolso. Por consiguiente, no sería preciso que en el título presentado al Registro se hiciera constar esta circunstancia, pues la atribución de ganancialidad es válida sin necesidad de que los cónyuges se pronuncien al respecto¹⁸. Otra cosa es que en la escritura sea común indicar si está previsto o no el reembolso, pero ello no responde a la necesidad de expresar la causa de la atribución sino a la conveniencia de hacerlo de cara al tratamiento de la operación respecto de terceros y frente al riesgo de una indebida liquidación fiscal por donación.

B) Asignación convencional de carácter privativo a bienes gananciales: la doctrina de la DGRN sobre la causa onerosa o gratuita del negocio

El acuerdo de restricción de la masa común supone la atribución definitiva de la condición privativa a un bien que, por aplicación de las reglas del régimen legal, tendría carácter ganancial o presuntamente ganancial¹⁹. En la práctica este tipo de negocio es menos frecuente que el de signo contrario —de ampliación de la comunidad— y ha suscitado mayores recelos ante la sospecha de poder servir a los cónyuges como cauce para defraudar a terceros. Lo cierto es que en el momento presente no se cuestiona su admisibilidad. Es ilustrativa en este sentido la resolución de 25 de septiembre de 1990 (*RJ* 1990, 7153), que reconoce la validez del negocio por el que los consortes, casados bajo el régimen legal de la sociedad de gananciales, adquieren una finca con precio totalmente aplazado, atribuyéndole carácter ganancial en cuanto a un 40% y privativo del marido en el 60% restante. La DGRN afirma que si al amparo del artículo 1323 del Código Civil se permite el trasvase patrimonial de un bien personal o privativo al patrimonio ganancial, es razonable admitir igualmente que los cónyuges puedan convenir que determinado bien común ingrese de manera directa y *erga omnes* en el patrimonio privativo de uno de ellos, a pesar de no haberse acreditado la privatividad de la contraprestación²⁰.

Otra cosa es el reflejo registral del cambio de condición del bien que figuraba inscrito con carácter ganancial, pues en estos casos la DGRN condiciona dicha posibilidad a la especificación de la causa de la atribución. De ahí que en la mencionada resolución de 1990 se suspendiera la inscripción del inmueble en los términos que habían solicitado las partes, precisamente por entender el Centro Directivo que la asignación de carácter privativo a una parte del inmueble no obedecía a una causa adecuada —y cita como ejemplo «el derecho de reembolso»—, justificativa de la no operatividad del principio de subrogación real²¹.

Posteriormente, la resolución de 21 de enero de 1991 (*RJ* 1991, 592) mantiene el mismo criterio en un supuesto de atribución de carácter privativo a un derecho de usufructo: en concreto, los dos cónyuges habían transmitido a su hija la nuda propiedad sobre la finca ganancial, reservándose para sí el usufructo «conjunto y sucesivo». El registrador deniega la inscripción en lo relativo al carácter sucesivo del usufructo, entendiendo que ello implica una donación *mortis causa* entre cónyuges, prohibida a tenor de los artículos 670 y 1271 del Código Civil. La DGRN revoca la calificación, considerando que se trataba de una donación *inter vivos*, aunque con efectos diferidos a la muerte del donante, y que tal negocio es perfectamente admisible sin necesidad de que mediase previa liquidación de gananciales, invocando a este respecto la doctrina sentada en la ya mencionada resolución de 1990. Así concluye que «los cónyuges pueden atribuir carácter privativo a un bien ganancial, pacten o no

compensación a cargo de los bienes privativos y siempre que el desplazamiento pactado aparezca causalizado».

No hay pues diferencia, en punto al asunto considerado, entre los acuerdos de ampliación y restricción del patrimonio común, pudiendo trasladarse a estos últimos las observaciones que formulamos previamente, respecto de los primeros, sobre la causa. Basta aquí señalar, siquiera sea sumariamente, que la atribución de privatividad constituye en sí misma una *iusta causa traditionis* en virtud de la cual el bien queda liberado de las cargas inherentes a los gananciales. En orden a su inscripción a nombre del cónyuge en cuyo favor se hace la atribución no es precisa otra especificación causal. La operación, en principio, genera un reembolso que se presume, cuya expresión no tiene por qué constituir el presupuesto de su acceso al Registro.

C) *Reflexiones sobre la causa de los negocios de configuración del patrimonio común como presupuesto de su inscripción*

Después de haber examinado la doctrina de la DGRN sobre la inscripción de los acuerdos de configuración del patrimonio común, tanto cuando comportan su ampliación como su restricción, parece oportuno formular unas reflexiones conjuntas a fin de proporcionar criterios generales sobre la tensión suscitada en la materia entre los principios de autonomía privada y legalidad en el ámbito registral.

Para llegar a conclusiones fundadas es preciso tener en cuenta que el control de legalidad, en lo que ahora importa, impone la expresión de causa en el título o negocio que, según el artículo 609 del Código Civil, constituye la base y condiciona la efectividad de la transmisión dominical (art. 2.1.º y 2.º y art. 9.2.º LH y art. 51.5.ª y 10.ª RH). Ello se entiende como presupuesto necesario de la calificación del registrador, que entre otros extremos alcanza a la validez del negocio dispositivo que contiene la escritura pública (art. 18 LH). Y como es sabido, en el Derecho español la causa opera como requisito de validez y eficacia del contrato (art. 1274 del Código Civil), sin que la autonomía privada pueda servir como fundamento de los negocios abstractos, pues el enjuiciamiento causal es materia indisponible²².

En el marco de la vigente regulación de la sociedad de gananciales no es cuestionable la admisibilidad de este tipo de pactos al amparo del artículo 1323 del Código Civil, ni su virtualidad traslativa. Desde este punto de vista, la exigencia de una causa típica como presupuesto de la calificación registral parece innecesaria, pues en la realidad de las cosas el negocio de atribución tiene su causa en el régimen que lo admite, no es en absoluto abstracto²³. Con todo, sería razonable y aconsejable que el legislador se pronunciase expresamente sobre el juego de la autonomía de la voluntad de los cónyuges en orden a la

composición de las diferentes masas patrimoniales de la sociedad de gananciales, dada la extraordinaria importancia práctica de los acuerdos al respecto, no solo en los ámbitos fiscal y registral sino también en el sustantivo²⁴. Si el propio ordenamiento reconociera la finalidad del negocio de aportación como digna de protección no haría falta buscar otra justificación a los efectos que analizamos.

Es lo que sucede en la sociedad de conquistas del Derecho navarro y en el consorcio conyugal del Derecho aragonés. Como ya se ha indicado con anterioridad, los legisladores forales han previsto, en sus respectivos ámbitos, la posibilidad de ampliar o reducir en virtud de acuerdo el patrimonio común (cfr. Leyes 82.1 y 83.1 FNN y art. 215 CDFA). Los cónyuges pueden por tanto pactar libremente en escritura pública, tanto en el momento de la adquisición del inmueble como posteriormente, el carácter que los bienes hayan de tener, y el pacto accederá al Registro en los términos que hayan convenido²⁵. El reembolso, que se presume, consiste en el importe actualizado de los bienes desplazados, que se abonará al tiempo de la liquidación del consorcio, aunque puede exigirse antes por acuerdo de los cónyuges o si media justa causa (arts. 215.2 y 226 CDFA).

III. INSCRIPCIÓN DE LOS NEGOCIOS DE CONFIGURACIÓN DEL PATRIMONIO COMÚN QUE RESULTAN DEL CONVENIO REGULADOR DE LA RUPTURA MATRIMONIAL: EQUILIBRIO ENTRE AUTONOMÍA PRIVADA Y CONTROL DE LEGALIDAD

1. LA AUTONOMÍA PRIVADA DE LOS CÓNYUGES PARA AUTORREGULAR LOS EFECTOS DE LA RUPTURA MATRIMONIAL

Puesto que los acuerdos de ampliación y restricción del patrimonio ganancial se conciben como contratos de finalidad traslativa, las exigencias derivadas de la teoría del título y modo imponen, para la efectiva transferencia de la propiedad, que vayan acompañados o seguidos de la tradición efectiva²⁶. Tratándose de desplazamientos de bienes inmuebles, que es la hipótesis en la que se centra este trabajo, el otorgamiento de escritura pública se convierte prácticamente en instrumento insustituible, pues no solo equivale a transmisión (art. 1462.2.º del Código Civil) sino que permite su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Ello sentado, en cuanto a la forma de los negocios que nos ocupan existe una práctica muy extendida en el marco de las crisis matrimoniales que viene suscitando no poca controversia. Me refiero al acuerdo de alteración de la condición de determinados bienes conyugales con ocasión de la liquidación de los gananciales realizada en el convenio regulador de nulidad, separación o divorcio. En principio no parece que quepa oponer objeción alguna a esta posibilidad desde la perspectiva de su admisibilidad y eficacia frente a terceros. De un lado, porque según una doctrina muy asentada el convenio regulador puede albergar acuerdos

que exceden del contenido legal del artículo 90 del Código Civil. De otro lado, porque el testimonio de la sentencia de separación o divorcio por la que aquel se aprueba, expedido por el secretario judicial, es inscribible sin necesidad de otorgamiento ulterior de escritura pública (arts. 3 LH y 317.1 LEC.)²⁷.

Ahora bien, estas consideraciones no pueden sostenerse sin las matizaciones que resultan de la tesis de la DGRN sobre congruencia entre continente o título formal y contenido o título material. Según esta doctrina, para que un título sea inscribible no basta que conste, indistintamente, en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico sino que es necesario que sea congruente con la naturaleza del acto que se trata de inscribir. Sobre esta base, el Centro Directivo rechaza el acceso al Registro de la Propiedad de las transmisiones de bienes entre patrimonios conyugales que resultan del convenio regulador cuando no participen de la «causa familiar» de este último. Profundizando en las argumentaciones al respecto, se dice que el artículo 90.1 del Código Civil restringe su contenido necesario, aparte las consecuencias personales, a la atribución del uso de la vivienda habitual, el régimen de cargas y alimentos, la asignación de una pensión o prestación compensatoria y la liquidación del régimen económico matrimonial²⁸. Esto no impide —como indicábamos antes— que pueda recoger otro tipo de pactos, pero con la matización apuntada: como título inscribible, el convenio regulador ha de interpretarse en sus justos términos, atendiendo a la naturaleza, contenido valor y efectos propios, sin que pueda servir como cauce formal para otros actos que tienen su significación negocial propia, cuyo alcance y eficacia habrán de ser valoradas en función de las generales exigencias de todo negocio jurídico y de los particulares que imponga su concreto contenido y finalidad perseguida²⁹.

Con estos presupuestos, de lo que se trata a continuación es de examinar los criterios que, a juicio de la DGRN, permiten identificar las transferencias entre patrimonios conyugales que cumplen la finalidad propia del convenio regulador y que, por tanto, son inscribibles sin necesidad de elevarlas a escritura pública. No está de más adelantar que esos criterios son discutidos y han dado lugar a posiciones encontradas en la doctrina, planteando serias dudas cuál sea la solución correcta.

2. INSCRIPCIÓN DE LOS NEGOCIOS DE CONFIGURACIÓN DEL PATRIMONIO COMÚN QUE RESULTAN DEL CONVENIO REGULADOR DE LA NULIDAD, SEPARACIÓN O DIVORCIO: EL PROBLEMA DEL TÍTULO FORMAL

A) *El supuesto controvertido: inclusión de un bien privativo de ambos cónyuges en la masa ganancial que se liquida en convenio regulador*

Como punto de partida del asunto que ahora nos ocupa —posibilidad de inscribir los pactos del convenio regulador que comportan la alteración del patri-

monio común — conviene tener en cuenta que la controversia se viene suscitando en la práctica respecto de un supuesto muy concreto; a saber: el de los cónyuges titulares en régimen de condominio de un bien inmueble — generalmente adquirido por ambos por mitad en estado de solteros — que pretenden poner fin a esa situación aprovechando la liquidación de la sociedad de gananciales³⁰. Para ello convienen en inventariar el bien en cuestión entre los gananciales, adjudicándolo después a uno de ellos que asume el pago de la parte pendiente del préstamo hipotecario que grava la finca.

Las ventajas que ofrece esta operación son evidentes desde una perspectiva económica: de un lado, los cónyuges se ahorran el coste que supondría el otorgamiento de la escritura pública de asignación al bien de carácter ganancial; y de otro lado, evitan que la transmisión tribute por el impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados³¹.

Es evidente que la extinción de la comunidad ordinaria en convenio regulador cuenta con la voluntad de las partes legitimadas para otorgarlo y con el propio juez que lo aprueba. La inscripción de la nueva titularidad, sin embargo, viene condicionada por la causa de la operación, en el sentido de que solo accederá al Registro si tiene por finalidad resolver la situación de ruptura matrimonial.

B) Criterios de la DGRN sobre la inscripción de los acuerdos de extinción de un condominio en convenio regulador

a) El criterio relativo al carácter de vivienda familiar del bien aportado

Ya hemos dicho que en la práctica registral el convenio regulador no es título formal suficiente para inscribir todos los desplazamientos inmobiliarios que contiene. No lo es, en vía de principio, respecto de los que tienen por objeto bienes adquiridos por los cónyuges en estado de solteros no especialmente afectos a las cargas del matrimonio.

En este sentido se ha pronunciado reiteradamente la DGRN sosteniendo que la nueva titularidad, a favor del cónyuge adjudicatario, que resulta de la extinción de una situación de proindiviso realizada en convenio regulador, no puede acceder al Registro porque la comunidad de bienes adquirida antes del matrimonio es un negocio ajeno al contenido típico del convenio que regula los efectos de la ruptura del matrimonio, por lo que a tal fin se precisa la oportuna escritura pública o, en su defecto, la sentencia firme dictada por el juez competente en el procedimiento correspondiente³².

Lo que se viene a decir por el Centro Directivo es que el procedimiento consensual de separación o divorcio no tiene por objeto, en su aspecto patrimonial, la liquidación del conjunto de relaciones patrimoniales que puedan existir

entre los cónyuges sino solo las derivadas de la vida en común. Si se admitiera lo contrario se estaría utilizando un procedimiento, que tiene un objeto determinado, para el ejercicio de acciones y pretensiones distintas, que deben conocerse por el juez que tenga atribuida la competencia al efecto (arts. 44 y sigs. 249, 250, 769 y 770 LEC)³³. Desde este planteamiento, el acuerdo de extinción de una comunidad en convenio regulador recibe la consideración de convenio privado, y no queda elevado a público por el hecho de que el juez apruebe lo que constituye su contenido legal. Eso sí, según las reglas generales, y en orden a su inscripción, las partes pueden compelerse a elevarlo a público, en la forma determinada por el ordenamiento jurídico y de acuerdo a los procedimientos legales específicamente previstos.

La doctrina anterior todavía ha sido objeto de ulterior concreción en virtud de la RDGRN de 11 de abril de 2012 (*RJ* 2012, 7742), reiterada por otras muchas, que introduce una excepción cuando el bien transferido de los patrimonios privativos al común es la vivienda familiar. El Centro Directivo justifica esta excepción aduciendo que la inclusión en el inventario de la vivienda habitual privativa de los cónyuges para adjudicarla en pleno dominio a uno de ellos forma parte de las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales, incluso en el supuesto de que su titularidad pertenezca por mitades a ambos por adquisición realizada antes del matrimonio, considerando que su evidente afección a las necesidades del matrimonio justifica sobradamente su inclusión junto a los bienes adquiridos constante el régimen matrimonial. A propósito de esta cuestión, la resolución de 8 de mayo de 2014 (*JUR* 2014, 185633) señala lo siguiente³⁴:

«En este punto es particularmente relevante el dato de tratarse de la vivienda familiar, lo que permite considerar la existencia, junto a la causa onerosa que resulta del convenio (mediante la asunción del préstamo hipotecario que pesa sobre la finca y el pago de una cantidad complementaria compensatoria), de una causa familiar propia de la solución de la crisis matrimonial objeto del convenio. Desde el punto de vista de la causa de atribución patrimonial, no cabe duda de que esta existe, pues se produce una contraprestación (cfr. art. 1274 del Código Civil). Pero además, dentro de las distintas acepciones del concepto de causa, como ha afirmado este Centro Directivo en sus recientes resoluciones de 7 de julio (*RJ* 2012, 8841) y de 5 de septiembre de 2012, existe aquí también una causa tipificadora o caracterizadora del propio convenio regulador, determinante del carácter familiar del negocio realizado, con lo que existe título inscribible suficiente por referirse a un negocio que tiene su causa típica en el carácter familiar propio de los convenios de separación, nulidad o divorcio, por referirse a la vivienda familiar y a la adjudicación de la misma, que entre dentro del interés familiar de los cónyuges y de sus hijos [...] No cabe duda de que la liquidación de los bienes adquiridos por los cónyuges en consideración a su

vida en común es cuestión que debe incluirse en los efectos del cese de esa vida en común. Con mayor razón en el caso que nos ocupa por tratarse de la vivienda familiar».

A la vista de lo expuesto se pone de manifiesto que los cónyuges, en el ejercicio de su libertad civil, pueden incluir en un único convenio la liquidación del conjunto de sus relaciones patrimoniales, tanto las derivadas de la celebración del matrimonio como cualesquiera otras que pudieran existir entre ellos; incluso puede decirse que con ocasión de la ruptura es lógico y posible que así lo deseen. Pero a juicio de la DGRN la aprobación de lo que constituye contenido legal del convenio no puede servir de cauce formal para inscribir ciertos actos —como las atribuciones de inmuebles que no son vivienda familiar— que tienen su significación negocial propia y requieren escritura.

- b) El criterio relativo al tipo de régimen económico matrimonial que se liquida en convenio regulador: gananciales o separación de bienes

En relación con la doctrina que ha sido examinada resulta llamativo que la propia DGRN se haya mostrado partidaria de la inscripción de las adjudicaciones resultantes de la extinción de un condominio, realizada en convenio regulador, cuando el matrimonio está sujeto al régimen de separación de bienes. En estos casos, el Centro Directivo considera suficiente —con independencia de que el inmueble sea o no vivienda familiar— el acuerdo incluido en el referido convenio «cuando la causa es la nueva situación derivada de la separación o divorcio».

La resolución de 21 de enero de 2006 (*RJ* 2006, 3902) introduce esta pauta en un asunto en que el registrador había suspendido la inscripción aduciendo que en supuestos como el planteado no existen bienes gananciales sino meramente unos bienes en comunidad romana cuya disolución excede del contenido ordinario de los efectos de la ruptura matrimonial, lo que lleva a la necesidad del otorgamiento de escritura pública. La DGRN revoca la mencionada calificación, basándose en la diferencia entre comunidad romana y la que sobre determinados bienes existe entre los cónyuges casados bajo el mencionado régimen económico:

«Ciertamente el régimen de separación de bienes está basado en la comunidad romana, pero ello no autoriza a identificar ambas regulaciones. Nuestro ordenamiento acepta esta diferenciación como resulta del hecho de que el régimen económico matrimonial de separación de bienes solo pueda existir entre cónyuges, de la afectación de los bienes al sostenimiento de las cargas del matrimonio, de las especialidades en la gestión de los bienes de un cónyuge por el otro [...] nada de esto sucede en una comunidad romana en la que en ningún momento existen consecuencias patrimoniales derivadas de las circuns-

tancias personales de los titulares pues ni los bienes así ostentados se sujetan a afectación especial alguna ni sufren especiales limitaciones a su disposición».

Partiendo de estas consideraciones, la DGRN ha puesto de relieve en posteriores resoluciones que la previsión legal relativa a la liquidación del régimen económico matrimonial en convenio regulador no se refiere solo a la sociedad de gananciales sino a la separación de bienes. Según el Centro Directivo, en este último régimen es posible que dicha liquidación sea innecesaria, pero puede ocurrir lo contrario cuando existe un patrimonio activo común que no se desea seguir compartiendo o deudas de las que no se desea seguir respondiendo. En este contexto, la extinción de un proindiviso se considera contenido propio del convenio regulador y, por tanto, susceptible de inscripción. Véanse, al respecto, los pronunciamientos siguientes:

Resolución de 29 de octubre de 2008 (*RJ* 2009, 1460). En el presente supuesto los cónyuges inventarían en el convenio regulador varios bienes privativos que figuraban inscritos a nombre de ambos en régimen de copropiedad, conviniendo determinadas adjudicaciones. La DGRN accede a la inscripción calificándolas como «operaciones de evidente contenido liquidacional que alteran la titularidad de tales bienes y que deben tener su reflejo en los libros registrales. No puede olvidarse, en fin, que el régimen de separación de bienes es de primer grado en buena parte del territorio nacional y que los convenios de separación y divorcio que a ellos se refieren son tan ordinarios como aquellos que se refieren a cónyuges casados en régimen de gananciales en territorio de Derecho común. Y, en consonancia con este carácter, convenios relativos al régimen de separación de bienes son pactados y aprobados judicialmente todos los días sin que se cuestione si son contenido normal del convenio regulador»³⁵.

Resolución de 5 de diciembre de 2012 (*RJ* 2013, 1143). Se presenta en el Registro un convenio regulador aprobado judicialmente en un procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo. Entre los bienes que se adjudican a la esposa figura una plaza de garaje que en el Registro aparece inscrita en proindiviso, como bien privativo, a nombre de ambos cónyuges. La plaza de garaje está situada en población distinta de la vivienda habitual. El Registrador deniega la inscripción. El Centro Directivo estima el recurso interpuesto contra la calificación, concluyendo lo siguiente: «Es lógico que, pactado el divorcio, se quiera evitar la relación que, por su propia naturaleza, impone tal proindivisión, por lo que la cesación de tal relación y, por tanto, la extinción de la proindivisión, puede ser objeto del convenio regulador», considerándolo sobre esa base idóneo como título inscribible.

Resolución de 27 de febrero de 2015 (*RJ* 2015, 2315). En este caso, se solicita la inscripción de la nueva titularidad resultante de la disolución de un condominio sobre una plaza de garaje que no tiene la condición de vivienda

familiar. Los cónyuges estaban sujetos al régimen legal de separación de bienes del Código Civil de Cataluña. La DGRN, en orden a fundamentar su decisión, reproduce las consideraciones de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo contencioso, de 11 de noviembre de 2004 que para un caso similar sostiene lo siguiente: «... si bien en el régimen de separación de bienes no hay propiamente una puesta en común de bienes, es obvio que se entremezclan las relaciones personales y económicas del matrimonio. Por ello pueden existir, y a menudo existe, una comunicación entre las cargas y derechos propios de la relación matrimonial. Incluso el legislador, al establecer presunciones *iuris tantum*, viene a reconocer que, en algunos casos, puede no ser fácil averiguar la titularidad material de los bienes adquiridos constante el matrimonio. Y en orden a la delimitación de los derechos, sin duda, harán prueba en contrario las manifestaciones de los cónyuges (dejando a salvo que puedan constituir falsedad o fraude y que permitirían a los terceros perjudicados —entre ellos la Hacienda Pública— el ejercicio de las acciones procedentes en defensa de los intereses legítimos). La especialidad de esta comunicación entre las relaciones personales y económicas viene a afectar incluso a algún bien privativo. Respecto a ellos existen limitaciones legales bien de disposición, de uso o de afección y responsabilidad (arts. 1320; 90; 96; 1319; 1438 y 1.440 del Código Civil). No podemos pues asimilar la relación matrimonial y sus relaciones económicas —asentadas siempre sobre las relaciones personales— a una comunidad de bienes ordinaria ya que el matrimonio, como una de las instituciones básicas del derecho de familia debe estar asegurada de protección social, económica y jurídica por los poderes públicos (art. 39 de la Constitución), incluso cuando se disuelve por unas causas específicas y legalmente previstas, disolución que comportará la extinción del régimen económico matrimonial. Y también en el régimen de separación de bienes, la disolución exige una liquidación siquiera más restringida y menos nítida que la liquidación de aquellos regímenes económico-matrimoniales cuyo rasgo fundamental es la puesta en común de bienes, pero que por el hecho de ser más restringida, no deja de ser una verdadera liquidación».

A la vista de los razonamientos expuestos, no parece suficientemente justificado el diverso tratamiento que se dispensa a las nuevas titularidades surgidas de un convenio regulador en función del régimen económico matrimonial que se liquida. En este sentido se ha dicho que mantener soluciones distintas, como hace la DGRN, atendiendo a dicho criterio, puede generar un agravio comparativo, que incluso podría atentar al principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución; de ahí la defensa de la idoneidad del convenio regulador como título inscribible, tanto en la sociedad de gananciales como en la separación de bienes, y con independencia de la condición del bien procedente de la comunidad ordinaria dividida³⁶.

C) *Reflexiones sobre la inscripción de los negocios de configuración del patrimonio común que aparecen en el convenio regulador*

Las principales objeciones a la solicitud de inscripción de las titularidades modificadas con la extinción de un condominio en convenio regulador judicial se fundamentan en el principio registral de legalidad. Los recelos que entre la doctrina se suscitan al respecto obedecen a la diversa actividad de control que despliegan los jueces al aprobar el convenio regulador y los notarios cuando otorgan una escritura pública. En este sentido se ha puesto de relieve que la actuación de los primeros no comporta un control de la legalidad de todas las cláusulas del convenio sino solo de no lesividad, que ni siquiera es necesario cuando se trata exclusivamente de acuerdos de tipo económico³⁷. Sobre esta base se afirma que la prestación del consentimiento para determinados negocios —como el de disolución de un proindiviso— debe hacerse ante quien es el encargado por ley para recibir esas manifestaciones, no bastando el mero asentimiento de las partes implicadas manifestado en el convenio que contiene los efectos de la ruptura matrimonial³⁸.

Desde esta perspectiva, y a la luz de la legislación vigente, ningún problema debe plantear la inscripción de los acuerdos de extinción de comunidades ordinarias o de alteración del patrimonio común que resultan del convenio regulador formulado en escritura pública³⁹. Y es que en estos casos, la totalidad de las cláusulas están dotadas de idénticos presupuestos de forma. Es decir, la misma escritura servirá como vehículo formal de distintas clases de estipulaciones, dirigidas tanto a recoger los efectos propios de la ruptura matrimonial como la liquidación del conjunto de relaciones patrimoniales que puedan existir entre los cónyuges, con independencia del régimen económico del matrimonio. Y el registrador no podrá rechazar la inscripción aduciendo la falta de idoneidad del título formal.

Por lo que se refiere al convenio regulador aprobado judicialmente, resulta discutible que solo sirva para inscribir los desplazamientos que tienen por objeto la vivienda familiar, y que sin embargo sea precisa la escritura pública en el caso de transmisiones de bienes que carecen de esa condición por considerarlas ajenas al contenido propio del convenio regulador. Esta última afirmación no parece concluyente. Resulta significativo al respecto que el Código Civil de Cataluña haya establecido en el artículo 233-2.3.º), que el convenio regulador deberá contener, si procede: «La liquidación del régimen económico matrimonial y la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa». En esta línea cabe referirse además al Anteproyecto de Ley sobre ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, que prevé también la eventual extinción de comunidades ordinarias en el convenio que regula los efectos de esas situaciones matrimoniales de ruptura⁴⁰.

En el marco de la vigente sociedad de gananciales, es evidente que la clave de la inscripción, en la práctica, reside en el carácter familiar del acuerdo traslativo de que se trate, que es el carácter que se atribuye al convenio regulador. Es decir, las operaciones de naturaleza patrimonial que se realizan en este último deben tener su causa en la liquidación del régimen económico o en la regulación de otros efectos propios de la crisis matrimonial. Si se dice que la extinción de una comunidad ordinaria tiene su propia causa, cabría que los cónyuges acordasen en el propio convenio la específica asignación de carácter ganancial al bien privativo de ambos, para a continuación incorporarlo a la masa común que se desea repartir en la liquidación consensual. De este modo procederá el juez a su aprobación e inserción en la sentencia, sin darle una competencia extraña a su función⁴¹.

IV. CONCLUSIONES

I. Es evidente la tendencia a reforzar el principio de autonomía de la voluntad de los cónyuges en orden a la autorregulación de sus legítimos intereses patrimoniales, tanto durante el matrimonio como con ocasión de su ruptura. Precisamente, la admisibilidad de los negocios de configuración del patrimonio común en la sociedad de gananciales puede considerarse una manifestación de esta tendencia.

II. El respeto de la libertad contractual de los cónyuges se traduce no solo en el reconocimiento de validez de los acuerdos de transmisión de bienes entre la masa ganancial y las privativas sino en la posibilidad de hacerlos valer *erga omnes*. Lo cierto es que la iniciativa de aquellos de dar adecuada publicidad a su voluntad encuentra algunas limitaciones en la práctica registral que se justifican por la aplicación del principio de legalidad.

III. A efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, existe una consolidada doctrina de la DGRN sobre la necesidad de que los negocios de configuración del patrimonio común expresen una causa típica y, como regla, se formalicen en escritura pública, sin que sirva a tal fin el convenio regulador de nulidad, separación o divorcio aprobado judicialmente. Esta doctrina se fundamenta en el principio registral de legalidad, pero resulta discutible, pues acaba dificultando el acceso al Registro de operaciones con causa propia y lícita, cuya inclusión en un convenio regulador no tiene por qué suponer una quiebra del principio de seguridad jurídica.

IV. La trascendencia de los problemas tratados y la frecuencia con que se plantean aconsejan, ante la ausencia de norma expresa, la regulación de los mencionados acuerdos cuya admisibilidad no se cuestiona. La experiencia que proporcionan en esta materia los Derechos forales muestra la conveniencia de poder dar respuesta a esos problemas con apoyo en la ley.

V. ÍNDICE DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO Y RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

1. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS, Sala 3.^a, de 2 de octubre de 2001 (*RJ* 2001, 8930)
- STS de 28 de marzo de 2006 (*RJ* 2006, 1864)
- STS de 18 de julio de 2006 (*RJ* 2006, 4949).

2. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- Resolución de 25 de febrero de 1988 (*RJ* 1988, 1321)
- Resolución de 9 de marzo de 1988 (*RJ* 1988, 2528)
- Resolución de 10 de marzo de 1988 (*RJ* 1988, 2529)
- Resolución de 10 de marzo de 1989 (*RJ* 1989, 2468)
- Resolución de 25 de septiembre de 1990 (*RJ* 1990, 7153)
- Resolución de 21 de enero de 1991 (*RJ* 1991, 592)
- Resolución de 7 de octubre de 1992 (*RJ* 1992, 8302)
- Resolución de 26 de octubre de 1992 (*RJ* 1992, 8582)
- Resolución de 11 de junio de 1993 (*RJ* 1993, 5418)
- Resolución de 28 de mayo de 1996 (*RJ* 1996, 4012)
- Resolución de 30 de diciembre de 1999 (*RJ* 1999, 9428)
- Resolución de 8 de mayo de 2000 (*RJ* 2000, 5831)
- Resolución de 21 de julio de 2001 (*RJ* 2001, 2397)
- Resolución de 17 de abril de 2002 (*RJ* 2002, 8099)
- Resolución de 18 de septiembre de 2003 (*RJ* 2003, 6334)
- Resolución de 6 de septiembre de 2005 (*RJ* 2005, 9799)
- Resolución de 25 de octubre de 2005 (*RJ* 2005, 9818)
- Resolución de 21 de enero de 2006 (*RJ* 2006, 3902)
- Resolución de 7 de julio de 2012 (*RJ* 2010, 8841)
- Resolución de 5 de septiembre de 2012 (*RJ* 2012, 10398)
- Resolución de 31 de marzo de 2008 (*RJ* 2008, 1487)
- Resolución de 29 de octubre de 2008 (*RJ* 2009, 1460)
- Resolución de 29 de marzo de 2010 (*RJ* 2010, 2375)
- Resolución de 31 de marzo de 2010 (*RJ* 2010, 2500)
- Resolución de 19 de octubre de 2010 (*RJ* 2010, 5278)
- Resolución de 29 de febrero de 2012 (*RJ* 2012, 5968)
- Resolución de 11 de abril de 2012 (*RJ* 2012, 7742)
- Resolución de 5 de diciembre de 2012 (*RJ* 2013, 1143)
- Resolución de 9 de marzo de 2013 (*RJ* 2013, 3064)

- Resolución de 26 de junio de 2013 (*RJ* 2013, 6121)
- Resolución de 31 de enero de 2014 (*RJ* 2014, 1969)
- Resolución de 8 de mayo de 2014 (*JUR* 2014, 185633)
- Resolución de 4 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 3825)
- Resolución de 26 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 4472)
- Resolución de 1 de julio de 2014 (*RJ* 2015, 848)
- Resolución de 26 de julio de 2014 (*RJ* 2014, 5501)
- Resolución de 4 de septiembre de 2014 (2014/5735)
- Resolución de 6 de septiembre de 2014 (*RJ* 2014, 5489)
- Resolución de 29 de septiembre de 2014 (*RJ* 2014, 5501)
- Resolución de 13 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 1588)
- Resolución de 27 de febrero de 2015 (*RJ* 2015, 2315)

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes. En: J. Rams Albesa (dir. y coord.), *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*. Madrid: Dykinson, pp. 121-272.
- CALATAYUD SIERRA, A. (2007). La liquidación del consorcio conyugal aragonés, en *Actas de los decimosextos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza: El Justicia de Aragón, 65-94.
- CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES DE ARAGÓN (2008). El régimen económico matrimonial de la Comunidad Autónoma de Aragón. En: J. L. Gimeno y Gómez Lafuente y E. Rajoy Brey (coords.), *Regímenes económico-matrimoniales y Sucesiones. Derecho común, foral y especial*, Tomo I. Cizur Menor: Civitas-Aranzadi, pp. 127-174.
- DÍEZ SOTO, C. M. (2004). *Desplazamiento negocial de bienes entre patrimonios en el régimen de gananciales*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2008). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, Tomo III. Cizur Menor: Civitas, Aranzadi.
- GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. (2002). La sociedad de gananciales. En: J. F. Delgado de Miguel (coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo IV, vol. 2.º Madrid: Civitas, pp. 21-204.
- GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M. (2006). El régimen económico matrimonial en el Código Civil: una revisión crítica veinticinco años después. En: J. M.ª Navarro Viñuales (dir.), *El nuevo Derecho de Familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*. Cizur Menor: Civitas, pp. 49-78.
- GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A. (2002). *La determinación voluntaria de la naturaleza ganancial o privativa de los bienes conyugales*. Madrid: Dykinson.
- LLOPIS GINER, J. M. (2006). La liquidación en el convenio. El convenio como título inscribible. Problemas que plantea. En: J. M. Llopis Giner (coord.), *El contenido del*

- convenio regulador: sus diferentes aspectos*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, pp. 359-430.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (2003). *Elementos de Derecho Civil. Derecho Inmobiliario Registral*, Tomo III bis. Madrid: Dykinson, edición puesta al día por J. Delgado Echeverría y J. Rams Albesa.
- LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M. (1995). La aportación de un bien a la sociedad conyugal. *Revista de Derecho Privado*, núm. 79, 29-71.
- LOURO GARCÍA, M.^a I. (2015). ¿Es el convenio regulador escritura pública a los efectos del artículo 633 del Código Civil? *Revista de Derecho Civil* (<http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>), vol. II, núm. 2, 289-292.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A. (2003). *Régimen económico matrimonial y comunicación de bienes*. Madrid: Colegios Notariales de España.
- MUÑOZ DE DIOS SAEZ, L. F. (2011). La vuelta a la *in iure cessio*. http://www.notarios-yregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2011_lavuelta_dela_In_iure_Cessio.htm.
- PARRA LUCÁN, M.^a A. (2014). La formación del contrato como proceso. En: M.^a A. Parra Lucán (dir.), *Negociación y perfección de los contratos*. Cizur Menor: Aranzadi, pp. 57-105.
- (2012). Autonomía de la voluntad y Derecho de familia. En: *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*. Tomo I, Madrid: Consejo General del Notariado, pp. 97-454.
- PEREÑA VICENTE, M. (2004). *Masas patrimoniales en la sociedad de gananciales. Transmisión de su titularidad y gestión entre los cónyuges*. Madrid: Dykinson.
- PÉREZ HEREZA, J. (2008). La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XLVIII, 547-602.
- UREÑA MARTÍNEZ, M. (2015). Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 1 de julio de 2014. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 97, 513-529.

NOTAS

¹ En el Derecho aragonés, la posibilidad de los negocios que aquí nos ocupan encuentra cauce específico en el artículo 215 del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA), intitulado «Ampliación o restricción de la comunidad». Estos acuerdos pueden consistir en la atribución de carácter común a un bien que con arreglo al régimen legal es privativo, en la asignación de condición privativa a un bien que en principio es común, así como en la determinación, al tiempo de adquirir bienes, de la naturaleza común o privativa que no les correspondería al tiempo de la adquisición (cfr. art. 215.1 CDFA). Estos acuerdos deben formalizarse en escritura pública y, salvo disposición en contrario, darán lugar al correspondiente derecho de reembolso o reintegro entre los patrimonios privativos y el común (cfr. art. 215.2 CDFA).

Parecidamente, el Fuero Nuevo de Navarra (FNN) establece en sede de régimen matrimonial de conquistas que la condición común o privativa de los bienes puede determinarse en virtud de pactos o disposiciones de los cónyuges. Las Leyes 82.1 y 83.1 representan especificaciones de esa amplia libertad para convenir acerca del contenido de las conquistas, en el sentido de permitir a los consortes la inclusión o exclusión de determinados bienes que, si no fuese por el pacto en cuestión, estarían en ese caso fuera del ámbito de la comunidad o, en el supuesto contrario, tendrían la calificación de comunes. También se incluyen entre los bienes de conquista los adquiridos a título oneroso con cargo a bienes privativos y que los cónyuges

convengan que tengan esa condición, cualquiera que fuera el precio o contraprestación y la naturaleza del derecho en cuya virtud fueran adquiridos, sin perjuicio de los reembolsos que procedan (cfr. Ley 82.3 FNN).

² En el supuesto de no haber reembolso el desplazamiento se considera realizado gratuitamente, quedando por tanto sujeto al Impuesto de Sucesiones y Donaciones (cfr. arts. 3.b y 5.b de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre). A este respecto, la Dirección General de Tributos sostiene lo siguiente: «no supone más que la transmisión de una parte de la propiedad de dicho bien, el 50 por 100, que recibe el consultante beneficiado, ya que el otro 50 por 100 ya pertenecía al donante, por lo que la base imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones será solamente el 50 por 100 del valor del bien aportado y será sujeto pasivo del impuesto el cónyuge beneficiado» (Consulta vinculante de la DGT, núm. 2877-13, de 30 de septiembre de 2013).

³ Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre. Sobre la interpretación del ámbito de la exención, *vid.* STS, Sala 3.^a, de 2 de octubre de 2001 (RJ 2001, 8930).

⁴ En relación con un pacto de los cónyuges por el que atribuyeron carácter privativo a un bien común, el cónyuge beneficiado obligado en principio al correspondiente reembolso formula consulta sobre el tratamiento fiscal de la operación. La Dirección General de Tributos, con fundamento en el artículo 7.1.A) de la Ley que regula el ITP, responde en los términos siguientes: «De acuerdo con el precepto transcrito, la transmisión por parte de la sociedad de gananciales de un inmueble, en la que participa al 50% con su mujer, con contraprestación a cambio, constituirá una transmisión onerosa de bienes a favor del consultante por el valor del 50% del bien inmueble que pasa a ser privativo, y, en consecuencia se producirá el hecho imponible de la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados [...] Cabe precisar, que en ningún caso, resultaría aplicable el supuesto de exención regulado en el artículo 45.1.B.3» (Consulta vinculante de la DGT, núm. 1939-14, de 16 de julio de 2014).

⁵ Ley 35/2006, de 28 de noviembre.

⁶ Sobre el particular, la Dirección General de Tributos se ha pronunciado en el sentido de considerar que: «La aportación de un bien privativo de un cónyuge a la sociedad de gananciales constituirá una alteración en la composición de su patrimonio, que generará una ganancia o pérdida patrimonial en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 33.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre [...] A efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, como la sociedad de gananciales no tiene la consideración de contribuyente, los sujetos pasivos del Impuesto serán los cónyuges, de acuerdo con lo establecido en el artículo 8 de la Ley del Impuesto. Como el aportante y el adquirente de un 50 por 100 de lo transmitido son la misma persona, por el 50 por 100 de la aportación no se produce ninguna transmisión, que solo se produciría por la parte que corresponde al otro cónyuge, el otro 50 por 100. La respectiva ganancia o pérdida patrimonial obtenida por cada cónyuge vendrá dada por la diferencia entre la mitad de los valores de adquisición y transmisión de los bienes aportados, de acuerdo con lo establecido en el artículo 34 de la citada Ley» (Consultas vinculantes de la DGT, núms. 0427-13, de 13 de febrero de 2013 y núms 1869-13, de 6 de junio de 2013).

⁷ Es cierto que diversas resoluciones de la DGRN han denegado la inmatriculación a través del negocio de aportación a la masa común, basándose en el carácter ficticio de la documentación presentada, elaborada *ad hoc* para lograr ese fin. Pero el propio Centro Directivo ha matizado que la posibilidad de que ello suceda no debe conducir, con base en meras conjeturas, a negar virtualidad inmatriculadora al mencionado negocio de aportación, que comporta un verdadero desplazamiento patrimonial de un bien privativo de uno de los cónyuges a la masa ganancial. Sobre estas consideraciones, entre otras, *vid.* la RDGRN de 19 de octubre de 2010 (RJ 2010, 5278).

⁸ El problema no se plantea respecto del pacto del artículo 1355 del Código Civil —atribución de ganancialidad al tiempo de la adquisición onerosa del bien—, pues en este caso no se produce un desplazamiento directo de bienes concretos entre masas patrimoniales diferentes,

dado que aquellos son adquiridos directamente como bienes gananciales, por lo que, en rigor, no son de aplicación las reglas propias de la transmisión de derechos. En este sentido, la DGRN sostiene en la resolución de 29 de marzo de 2010 (*RJ* 2010, 2375) que dicho pacto «no constituye un negocio traslativo del dominio sometido a las reglas comunes de esta categoría negocial, sino un negocio atributivo especial. No por ello cabe afirmar que tenga un carácter abstracto, sino que está dotado de causa propia, legalmente contemplada, que va implícita en el propio acuerdo de voluntades y permite diferenciarlo de esos otros negocios propiamente traslativos del dominio, como la compraventa, la permuta o la donación, sin que sea preciso siquiera expresar la onerosidad o gratuidad del negocio atributivo, pues este dará lugar, salvo pacto en contrario, al reembolso previsto en el artículo 1358 del Código Civil, exigible al menos en el momento de la liquidación, y que no es propiamente precio» (en el mismo sentido, *vid.* la STS, Sala 3.^a, de 2 de octubre de 2001 [*RJ* 2001/8930]).

⁹ *Vid.* resoluciones de 11 de junio de 1993 (*RJ* 1993, 5418), 28 de mayo de 1996 (*RJ* 1996, 4012), 30 de diciembre de 1999 (*RJ* 1999, 9428), 17 de abril de 2002 (*RJ* 2002, 8099), 19 de octubre de 2010 (*RJ* 2010, 5278) y 31 de enero de 2014 (*RJ* 2014, 1969).

¹⁰ En efecto, estas transmisiones patrimoniales tienen indudables consecuencias jurídicas. El bien desplazado al patrimonio común, además de quedar afecto al pago de determinados gastos y deudas (cfr. arts. 1362 a 1374 del Código Civil), queda sujeto a un régimen de gestión y disposición diverso al que ostentaba previamente el aportante (cfr. arts. 1375 a 1301 del Código Civil).

¹¹ Las capitulaciones no son requisito de validez en la medida en que la aportación de bienes a la masa común no supone una alteración del régimen de la sociedad de gananciales. Se trata de concretos desplazamientos que se hacen en consideración al matrimonio futuro (o, en su caso, al ya celebrado), que no tienen contenido alguno respecto de la ordenación de la economía del matrimonio. Esta hipótesis responde casi siempre al caso de los cónyuges que previamente estuvieron casados en régimen de separación de bienes y cambian a uno de comunidad, asignando entonces, con ocasión de dicho cambio, carácter común a determinados bienes que hasta entonces eran propios de ellos.

¹² La resolución de 30 de diciembre de 1999 (*RJ* 1999, 9428) aborda un supuesto de aportación en capítulos, que no plantea problema alguno a efectos de inscripción porque se había especificado que se hacía con «carácter gratuito, que es una de las causas recogidas en el artículo 1274 del Código Civil». Los cónyuges habían pactado el régimen de separación de bienes, adjudicando una vivienda a la esposa que se inscribe a su nombre en el Registro. Siete años después otorgan nueva escritura de capitulaciones cuya única cláusula establece lo siguiente: «Otorgan: que en lo sucesivo el régimen de su matrimonio será el legal de gananciales, aportando doña R. L. R., gratuitamente, a su nueva sociedad de gananciales, la vivienda descrita en el antecedente III de esta escritura, la cual en lo sucesivo tendrá carácter ganancial».

¹³ Cfr. GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. (2002). La sociedad de gananciales. En: J. F. Delgado de Miguel (coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo IV, vol. 2.º. Madrid: Civitas, p. 106, y MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A. (2003). *Régimen económico matrimonial y comunicación de bienes*. Madrid: Colegios Notariales de España, p. 164.

¹⁴ En este sentido, cfr. GARDEAZÁBAL DEL RÍO, *op. cit.*, pp. 104-105.

¹⁵ Se ha dicho que si se admite que los cónyuges, actuando de común acuerdo, pueden realizar los reembolsos procedentes sin necesidad de esperar a la disolución y liquidación definitiva del régimen, debe reconocerse la posibilidad de que los correspondientes desplazamientos patrimoniales se den a favor de la masa ganancial como a favor de los patrimonios privativos, del mismo modo que habrá de admitirse la posibilidad de que se realicen no solo en metálico sino también en especie mediante la atribución de bienes concretos, cfr. GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A. (2002). *La determinación voluntaria de la naturaleza ganancial o privativa de los bienes conyugales*. Madrid: Dykinson, pp. 352-361, y Díez SOTO, C. M. (2004). *Desplazamiento negocial de bienes entre patrimonios en el régimen de gananciales*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, pp. 467-468.

¹⁶ La RDGRN de 10 de marzo de 1989 (*RJ* 1989, 2468) puede considerarse como el punto de partida de esta doctrina que ha sido seguida por numerosas decisiones ulteriores. *Vid.* resoluciones de 26 de octubre de 1992 (*RJ* 1992, 8582), 11 de junio de 1993 (*RJ* 1993, 5418), 28 de mayo de 1996 (*RJ* 1996, 4012), 17 de abril de 2002 (*RJ* 2002, 8099), 31 de marzo de 2010 (*RJ* 2010, 2500), 19 de octubre de 2010 (*RJ* 2010, 5278).

¹⁷ Un importante sector de la doctrina se ha pronunciado en este sentido, poniendo de relieve que a los efectos del artículo 1274 del Código Civil la causa onerosa se caracteriza por la utilidad recíproca que no se da en este tipo de negocios. *Cfr.* LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M. (1995). La aportación de un bien a la sociedad conyugal. *Revista de Derecho Privado*, núm. 79, 43, GARDEAZÁBAL DEL RÍO, *op. cit.*, pp. 115-116, MARTÍNEZ SANCHIZ, *op. cit.*, p. 166 y PEREÑA VICENTE, M. (2004). *Masas patrimoniales en la sociedad de gananciales. Transmisión de su titularidad y gestión entre los cónyuges*. Madrid: Dykinson, pp. 294-295 y 305-306.

¹⁸ En cuanto derecho de crédito sujeto a las vicisitudes propias de este tipo de titularidades, pueden los cónyuges acordar lo que estimen conveniente: hacerlo efectivo, renunciarlo o simplemente no computarlo en la liquidación del consorcio por entender que la compensación del crédito ha tenido lugar de diversa forma.

¹⁹ Este negocio atributivo no debe confundirse con la confesión de privatividad, que queda subordinada a la realidad o inexactitud del hecho confesado, y que por sí sola no resulta suficiente para inscribir en el Registro de la Propiedad el bien a nombre del cónyuge beneficiado por la confesión. Adviértase en este sentido cómo el propio Reglamento Hipotecario, a la hora de fijar los términos de la inscripción de tales bienes, y a diferencia del criterio seguido en otros casos (*cfr.* sus arts. 93.1 y 95.1), se abstiene de exigir su calificación en el asiento como privativos o gananciales, limitándose a ordenar que se inscriban a favor del cónyuge favorecido por la confesión, con expresión de esta circunstancia (*cfr.* art. 95.4), produciéndose una cierta indeterminación registral en lo relativo a la titularidad de ese bien. *Vid.* resolución de DGRN 29 de febrero de 2012 (*RJ* 2012, 5968).

²⁰ La DGRN precisa que el fraude de acreedores tiene remedio en las correspondientes acciones de nulidad y rescisión, o en la aplicación de las normas que se hubiere tratado de eludir. Sobre esta cuestión, Díez SOTO, que considera sumamente discutible este tipo de negocios aunque se admitan con fundamento en el artículo 1323 del Código Civil, afirma que los perjudicados pueden recurrir a los instrumentos generales de la protección del crédito y, además, en contra de lo que parece indicar la resolución de 1990, a los artículos 1401 y 1402 del Código Civil para impedir la alteración del régimen de afectación de los bienes al pago de las deudas gananciales preexistentes (*cfr.* Díez SOTO, *op. cit.*, pp. 473-477).

²¹ En este punto se reproducen esencialmente los argumentos empleados respecto de la inscripción de los acuerdos de ampliación del patrimonio: «la posible excepción a la norma que impone el principio de subrogación real depende de la validez del negocio atributivo de privatividad cuestionado, la cual solo puede enjuiciarse si consta su causa que es uno de los elementos determinantes de la misma, así como el régimen jurídico al que queda sujeto el negocio, y que ha de ser debidamente calificada por el registrador».

²² No está de más referirse aquí a los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL, por sus siglas en inglés) y al Proyecto de Marco Común de Referencia (DCFR, por sus siglas en inglés), para poner de relieve que en ambos textos se entiende válidamente celebrado un contrato si las partes tienen la voluntad de quedar jurídicamente vinculadas y el acuerdo es suficiente (*cfr.* art. 2.103 PECL y la regla II.—4.101 DCFR). No hay contenido mínimo ni elementos esenciales, tampoco causa, lo que se justifica por los comentaristas de los mencionados trabajos de armonización sobre la base de considerar que la función que cumple en los sistemas jurídicos en los que se admite puede lograrse mediante otros elementos del contrato o por medio de otras instituciones. Sobre la ambigüedad de estas normas en el sentido de que permiten entender que hay contrato si las partes quieren obligarse y reflejan lo que consideran suficiente o esencial, *cfr.* PARRA LUCÁN, M.^a A. (2014). La formación del contrato como proceso. En: M.^a A. Parra Lucán (dir.), *Negociación y perfección de los contratos*. Cizur

Menor: Aranzadi, p. 68. Por su parte, la Propuesta de Anteproyecto de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos (PMCC), elaborada por la sección civil de la Comisión General de Codificación, tampoco enumera ni define los requisitos esenciales del contrato, aunque mantiene en su articulado algunas referencias a la noción de causa. La Exposición de Motivos de la PMCC afirma al respecto que «aunque se mantiene la idea de que todo contrato debe estar fundado en una causa que sea lícita, no se dota al elemento causal del contrato del rigor que en el Derecho anterior parecía tener». Los últimos trabajos de actualización del Código Civil, elaborados en el seno de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, siguen la línea del *soft law* y prescinden de la causa como requisito esencial del contrato (*vid.* el texto propuesto y la memoria explicativa en <http://www.derechocivil.net/esp/pdf/TITULO-II-CONTRATOS.pdf>, última consulta en noviembre de 2015).

²³ Cfr. MARTÍNEZ SANCHIZ, *op. cit.*, pp. 167-169. Con carácter general, sobre los posibles planteamientos del papel de la causa de los negocios traslativos como presupuesto de su inscripción, cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L. (2003). *Elementos de Derecho Civil. Derecho Inmobiliario Registral*, tomo III bis. Madrid: Dykinson, edición puesta al día por J. Delgado Echeverría y J. Rams Albasa, pp. 107-109, y Díez-PICAZO, L. (2008). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, Tomo III. Cizur Menor: Civitas-Aranzadi, p. 900.

²⁴ Con ocasión de un análisis crítico de las cuestiones dudosas que se suscitan en la sociedad de gananciales en cuanto a la composición del activo de los patrimonios gananciales y privativos, y en particular de los acuerdos de los cónyuges que suponen la alteración del carácter ganancial o privativo de sus bienes, ha señalado la oportunidad de su específica regulación: GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M. (2006). El régimen económico matrimonial en el Código Civil: una revisión crítica veinticinco años después. En: J. M.^a Navarro Viñuales (dir.), *El nuevo Derecho de Familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*. Cizur Menor: Civitas, p. 74.

²⁵ En este sentido, respecto de los cónyuges sujetos al consorcio conyugal, cfr. CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRAL DE ARAGÓN (2008). El régimen económico matrimonial de la Comunidad Autónoma de Aragón. En: J. L. Gimeno y Gómez Lafuente y E. Rajoy Brey (coords.), *Regímenes económico-matrimoniales y Sucesiones. Derecho común, foral y especial*, Tomo I, Cizur Menor: Civitas-Aranzadi, p. 138, y PARRA LUCÁN, M.^a A. (2012). Autonomía de la voluntad y Derecho de familia. En: *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo I. Madrid: Consejo General del Notariado, p. 186.

²⁶ En estos casos no puede existir propiamente desplazamiento posesorio, pues las cosas ya se encuentran en poder del que las aporta que conserva la posesión del bien, aunque sea en virtud de título o concepto diferente. Por tanto, puede afirmarse que existe un supuesto típico de *constitutum possessorium*, sin perjuicio de que cuando la tradición se realice mediante escritura pública, el otorgamiento de esta equivalga a entrega de la cosa (cfr. GARDEAZÁBAL, *op. cit.*, p. 211). En efecto, según el parecer jurisprudencial y doctrinal dominante, para poder probar en estas situaciones la transmisión de la propiedad, hace falta un acuerdo traslativo de los contratantes que debe manifestarse expresamente salvo que el pacto de aportación se haya otorgado en escritura pública (*vid.* STS de 28 de marzo de 2006 —RJ 2006, 1864— y STS de 18 de julio de 2006 —RJ 2006, 4949—). El pacto que no cumpla esos requisitos formales podrá valer entre los cónyuges como un negocio de afectación de bienes, que no tiene por finalidad esencial operar un cambio de titularidad en un bien determinado, sino atribuirle carácter común, quedando así sujeto al peculiar régimen de afección propio de los bienes de esta condición (en este sentido, cfr. Díez SOTO, *op. cit.*, pp. 320 y 332).

²⁷ Los primeros pronunciamientos de la DGRN que sientan la doctrina sobre la virtualidad del convenio regulador aprobado judicialmente como título inscribible, se contienen en las resoluciones de 25 de febrero de 1988 (RJ 1988, 1321), 9 de marzo de 1988 (RJ 1988, 2528) y 10 de marzo de 1988 (RJ 1988, 2529).

²⁸ Aunque la liquidación del régimen económico forma parte del contenido mínimo del convenio regulador, según la común interpretación del artículo 90.1.E) del Código Civil, este puede aprobarse sin la liquidación, que se difiere a un momento ulterior, lo que de hecho constituye una práctica habitual para propiciar una rápida solución del conflicto personal. *Vid.* RDGRN de 6 de septiembre de 2005 (*RJ* 2005, 9799).

²⁹ Por esta razón, la DGRN no accede a la inscripción de la adjudicación de un inmueble en convenio regulador a favor de tercero en pago de deudas, concluyendo que esa operación exige escritura pública otorgada por los cónyuges y el adjudicatario (*vid.* resolución de 25 de octubre de 2005, *RJ* 2005, 9818). Y también rechaza el acceso al Registro de transmisiones adicionales de bienes privativos del patrimonio de un cónyuge al del otro, al considerarlos negocios distintos al título calificado, que ha de referirse exclusivamente a la liquidación de la sociedad conyugal, y cuya efectividad presupone el carácter ganancial de los bienes adjudicados (*vid.* resolución de 31 de marzo de 2008, *RJ* 2008, 1417).

³⁰ Es razonable que pactada la separación o el divorcio se quieran evitar las relaciones que, por su propia naturaleza, imponen las situaciones de proindivisión entre los cónyuges cotitulares y que, a tal fin, estos decidan incluir los bienes que les pertenecen en régimen de comunidad ordinaria en las operaciones de liquidación del consorcio para proceder así a su reparto, generalmente adjudicando a uno los consorciales y a otro los privativos proindiviso.

³¹ La modalidad de actos jurídicos documentados del ITP y AJD que grava la extinción de un condominio cuando el bien objeto del mismo es indivisible, se aplica a los documentos notariales y no a los judiciales. En concreto, tributa por la modalidad de AJD (cuota gradual) al tipo autonómico correspondiente, al cumplir la operación los requisitos previstos en el artículo 31.2 del Texto refundido que aprueba la ley del Impuesto. La base imponible será el valor declarado de los bienes, sin perjuicio de la comprobación administrativa, como prevé el artículo 30.1, y será sujeto pasivo cada uno de los comuneros por el valor del bien que recibe (Consultas vinculantes de la DGT, núm. 0860/2013, de 19 de marzo de 2013 y núm. 0326/2013, de 5 de febrero de 2013).

³² *Vid.* las resoluciones de 9 de marzo de 2013 (*RJ* 2013, 3064), 26 de junio de 2013 (*RJ* 2013, 6121), 1 de julio de 2014 (*RJ* 2015, 848), 4 de septiembre de 2014 (2014, 5735) y 13 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 1588).

³³ La RDGRN de 4 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 3825) sostiene que el acuerdo por el que se incorpora al inventario un bien que tienen los cónyuges en comunidad ordinaria indivisa, para dividirlo en la liquidación convencional, tiene por causa negocial la extinción del condominio (art. 51.10 RH) y debe realizarse a través de los cauces previstos a tal fin. Es también ilustrativa la RDGRN de 6 de septiembre de 2014 (*RJ* 2014, 5489). En este caso los cónyuges inventarían como ganancial una vivienda —respecto de la que no se justifica su carácter habitual familiar— inscrita en el Registro de la Propiedad en proindiviso, por haber sido adquirida por ambos cónyuges en estado de solteros. Pero el carácter común de esa finca había sido declarada previamente por sentencia firme dictada en procedimiento de formación de inventario, a falta de acuerdo de los cónyuges al respecto. El registrador suspende la inscripción argumentando: de un lado, que no puede considerarse como título de aportación a la sociedad de gananciales el que los litigantes hayan dado muestra de su conformidad al carácter ganancial del bien en el procedimiento referido, pues faltan datos tan esenciales al negocio como la causa y las contraprestaciones; de otro lado, que al tratarse de un negocio extrajudicial, debió de documentarse mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública para tener acceso al Registro. La DGRN sostiene que «no puede afirmarse en este caso, que estemos propiamente ante un negocio jurídico de aportación a la sociedad de gananciales —en cuyo caso sí sería necesaria la expresión de causa negocial y su formalización en escritura pública—, sino ante una sentencia firme dictada en procedimiento de formación de inventario, en la que expresamente se atribuye a la vivienda su anterior carácter ganancial, sin que pueda el registrador en el ejercicio de calificación registral calificar el fondo de la resolución judicial ni por tanto discutir las razones de la atribución de ganancialidad ni por tanto discutir las razones de la atribución de la ganancialidad [...], lo cierto es que existe una sentencia firme

que declara tal ganancialidad, debiendo el registrador a efectos de inscripción considerar esta como título previo a la disolución en el convenio regulador aprobado judicialmente».

³⁴ Vid. también las resoluciones de 26 de junio de 2014 (RJ 2014, 4472), 26 de julio de 2014 (RJ 2014, 5501) y 29 de septiembre de 2014 (RJ 2014, 5501).

³⁵ Refiriéndose en general a las dificultades para practicar la inscripción de las titularidades que resultan de la aprobación del convenio regulador, respecto de la solución a la que se llega en el caso concreto de la RDGRN de 29 de noviembre de 2008, se ha mostrado favorable, considerando inexplicable el criterio del registrador, AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. de (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes. En: J. Rams Albesa (dir. y coord.), *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*. Madrid: Dykinson, p. 138, nota 45.

³⁶ Cfr. UREÑA MARTÍNEZ, M. (2015). Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 1 de julio de 2014. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 97, 529.

³⁷ Debe tenerse en cuenta, igualmente, que la actividad calificadora del registrador se encuentra más limitada respecto de los documentos judiciales que de los notariales, al no poder entrar a valorar en ningún caso el fundamento de la decisión. La calificación, según resulta del artículo 100 RH, se limitará a la competencia del Juzgado o del Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro.

³⁸ Cfr. LLOPIS GINER, J. M. (2006). La liquidación en el convenio. El convenio como título inscribible. Problemas que plantea. En: *El contenido del convenio regulador: sus diferentes aspectos* (coord. J. M. Llopis Giner) Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, pp. 411-413; PÉREZ HERESA, J. (2008). La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, p. 601; MUÑOZ DE DIOS SAEZ, L. F. (2011). La vuelta a la *in iure cessio* (http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2011_lavuelta dela_In_iure_Cessio.htm); LOURO GARCÍA, M.^a I. (2015). ¿Es el convenio regulador escritura pública a los efectos del artículo 633 del Código Civil? *Revista de Derecho Civil* (<http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>), vol. II, núm. 2, 289-292.

³⁹ Esta posibilidad se reconoce en el artículo 54.1 de la Ley del Notariado (redacción dada por la Disposición final undécima de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria) cuando los cónyuges no tuvieren hijos menores no emancipados, o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de ellos. De conformidad con tal previsión, el artículo 90.2 del Código Civil dispone que si el Notario considerase que, a su juicio, alguno de los acuerdos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges solo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador (redacción dada por el apartado veintitrés de la Disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria).

⁴⁰ De acuerdo con el artículo primero, uno, se propone la modificación del artículo 90.1 del Código Civil, que determina el contenido mínimo del convenio regulador, figurando en el apartado f) el siguiente extremo: «El inventario y liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio y la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa, si hubiera» (<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/anteproyectos-informados>).

⁴¹ Cfr. LLOPIS GINER, *op. cit.*, 413-416 y CALATAYUD SIERRA, A. (2007). La liquidación del consorcio conyugal aragonés. *Actas de los decimosexto encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza: El Justicia de Aragón, pp. 85-87.

(Trabajo recibido el 17-11-2015 y aceptado
para su publicación el 11-12-2015)