

# COMPRA PRIVATIVA POR CÓNYUGE CASADO EN GANANCIALES



## **I. Introducción: normas esenciales que conforman el “régimen de gananciales”.**

El régimen de gananciales se construye sobre dos normas fundamentales, tres excepciones, una de cierre y una consecuencia económica; cuales son:

### **1. Normas fundamentales:**

- a. Ganancialidad: Se hacen comunes las ganancias obtenidas por cualquiera de los cónyuges.
- b. Subrogación real: Son bienes comunes, los adquiridos a título oneroso con dichas ganancias u otros bienes gananciales.

### **2. Excepciones:**

- a. Accesión: Las edificaciones, plantaciones y mejoras

Autor:

**Javier Escolano Navarro**

Notario

serán privativas o gananciales según la naturaleza del terreno o bien sobre el que se realicen, aunque se inviertan fondos de otro carácter (artículo 1359 Cc).

- b. Carácter privativo del derecho de adquisición: El bien adquirido a título oneroso será privativo aunque se pague con dinero ganancial, porque el derecho que permite adquirirlo es privativo ex artículos 1346, 4º (retracto privativo), 1347, 4º (retracto ganancial) y 1352 (derecho de suscripción preferente) del Cc.
- c. Libertad de pacto entre los cónyuges: La Ley reconoce un margen muy amplio para la autorregulación de los esposos, como dicen los artículos: 1315 (para establecer el régimen matrimonial), 1325 (para modificarlo), 1328 (contenido de los pactos matrimoniales), 1323 (contratos) y, sobre todo, 1355 (libertad para atribuir el carácter ganancial a los bienes) del Cc.

### **3. Norma de cierre:**

Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los cónyuges (*presunción de ganancialidad, artículo 1361 Cc*).

### **4. Consecuencia económica:**

La atribución del carácter privativo o ganancial de un bien, conforme a las excepciones dichas, con independencia de la naturaleza ganancial o privativa del dinero invertido, determina el “*derecho al reembolso*” a favor del patrimonio (*ganancial o privativo del cónyuge*) de procedencia del dinero (artículo 1358 Cc).

## **II. Prueba del carácter privativo del dinero empleado por el cónyuge comprador:**

De lo expuesto se desprende que si utilizamos dinero privativo para efectuar el pago del precio de un inmueble, éste será privativo del cónyuge adquirente. El problema será la “*prueba plena*” de dicho carácter, derivada de elementos que den “*fehaciencia*” y superen la “*presunción de ganancialidad*”; lo cual, al ser el dinero totalmente fungible resulta realmente difícil, aunque no imposible, dado que la escritura identifica fehacientemente los medios de pago (cheques, transferencias bancarias, etcétera) con lo que se facilita la prueba del origen privativo del dinero.

## **III. Atribución del carácter privativo de un bien por acuerdo de los cónyuges:**

Existen dos posibilidades, que me permito calificar como “*débil*” y “*plena*”. A saber:

### **Atribución débil:**

Por mera manifestación de los cónyuges. Es lo que se llama atribución “*por confesión*” del artículo 1324. Según jurisprudencia del TS y DGRN (resolución de 8 de octubre de 2014), es mera prueba dentro de un “*negocio jurídico de fijación de la verdadera naturaleza privativa del dinero*”. Este supuesto es muy sencillo, pues basta la mera manifestación del carácter privativo del dinero que constituye la contraprestación por los dos cónyuges; pero no produce plenos efectos, pues el inmueble privativo se inscribirá en el registro de la propiedad con una categoría que no existe en el Cc pero si en el Reglamento Hipotecario (artículo 95.4), “*privativo por confesión*”. Con la importante limitación de que al fallecimiento del cónyuge no adquirente, sus legitimarios tendrán que consentir cualquier acto de disposición por el cónyuge titular.

### **Atribución plena:**

Por acuerdo expreso de ambos cónyuges en el momento de la compra o adquisición, con independencia del carácter ganancial o privativo del dinero invertido y sin necesidad de probar fehacientemente su carácter. A diferencia del supuesto anterior en el que simplemente se manifiesta que el dinero es privativo sin más (prueba por confesión el carácter del dinero); aquí hay un verdadero negocio jurídico de atribución del carácter privativo del bien en atención a la libertad de contratación entre los cónyuges.

Esta posibilidad tras las importantes resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (de 12 de junio de 2020, BOE del 31 de julio) ha quedado facilitada al sentar la doctrina siguiente: “los esposos en ejercicio de su autonomía de la voluntad, han excluido el juego de la presunción de ganancialidad del artículo 1361 Cc”.

Los elementos de este negocio jurídico son:

- a. Voluntad expresa de los cónyuges de atribuir carácter privativo.
- b. No es preciso acreditar el carácter privativo del dinero empleado en la compra.
- c. Causa onerosa o gratuita: será onerosa si se reconoce el derecho de reembolso a favor del patrimonio ganancial al liquidar el régimen económico matrimonial (cuando se paga el precio con dinero ganancial); o, será gratuita, si se dispensa este reembolso (donación dineraria entre cónyuges).

Y un efecto esencial: el carácter privativo del bien es pleno, sin las limitaciones del artículo 95.4 RH.

### **IV. Trascendencia fiscal:**

#### Confesión de privaticidad:

Será neutra fiscalmente si responde a la realidad de los hechos y es demostrable a la Administración Tributaria, siendo recomendable que en la propia escritura consten, además de la prueba de confesión, otros indicios del carácter privativo del dinero empleado; en caso contrario, será un negocio de atribución o traslativo, con desplazamiento patrimonial entre cónyuges, sujeto a tributación (directa e indirecta).

#### Atribución de privaticidad:

Si la causa es onerosa (existe reembolso), no tributa, pues el desplazamiento es del dinero que sale del patrimonio ganancial y se prevé su restitución posterior; por el contrario si la causa es gratuita, por ejemplo, se condona el reembolso del dinero al patrimonio ganancial, tributará por el Impuesto de Donaciones.

### **V. Cuestión práctica final ante el colapso de los Registros Civiles:**

Una fórmula que solía emplearse en la práctica para asegurar el carácter privativo del bien a adquirir por un cónyuge casado en gananciales, era pactar previamente la disolución con o sin liquidación de la sociedad de gananciales (escritura de capitulaciones matrimoniales), fijando como nuevo régimen el de separación de bienes. De este modo el cónyuge comprador adquiriría en régimen de separación de bienes.

Hoy el problema que impide esta fórmula, es el colapso del Registro Civil que tarda meses en inscribir el cambio de régimen; lo cual es indispensable para la inscripción en el Registro de la Propiedad de la escritura de compraventa, ex artículo 266 del RRC. Lo cual determina que si hay financiación bancaria ésta no se formalizará hasta que se acredite la toma de razón en el RC.

En este caso, la solución adecuada es la “*atribución de privacidad*” antes expuesta, conforme a la nueva doctrina emanada de las citadas resoluciones de la DGSJyFP (12 junio 2020).

Incluso hay quien ha defendido que, en el caso de cónyuges casados en separación de bienes en virtud de escritura no inscrita todavía en el RC, dado que el pacto capitular no inscrito no produce efectos para terceros (publicidad negativa) y se presume legalmente que el régimen es el de gananciales; podrían utilizar la figura del negocio de atribución para que se inscribiera el bien adquirido por uno o ambos cónyuges, con el carácter propio o privativo. De modo que, una vez inscrito el régimen de separación en el RC, se otorgaría por los cónyuges una escritura complementaria para “acreditar que en el momento de la compra estaban casados en régimen de separación de bienes, inscrita posteriormente”.