

Ganancialidad y adquisición de bienes con dinero privativo*

Camino Sanciñena Asurmendi

Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Oviedo

SUMARIO. I. PLANTEAMIENTO. II. LA ATRIBUCIÓN DE GANANCIALIDAD. 1. La atribución expresa de ganancialidad. 1.1. En particular, el momento de la adquisición. 1.2. El derecho de reembolso. 2. La atribución legal de ganancialidad. III. ADQUISICIÓN CON DINERO EN PARTE PRIVATIVO Y EN PARTE GANANCIAL. 1. Adquisición al contado vigente la sociedad de gananciales. 2. Adquisición con precio aplazado antes del inicio de la sociedad de gananciales. 2.1. Adquisición de la vivienda o del ajuar familiares. 2.2. Adquisición con préstamo hipotecario. 2.3. Adquisición conjunta por ambos cónyuges. 3. Adquisición con precio aplazado vigente la sociedad de gananciales. IV. CONSIDERACIÓN FINAL. V. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Tribunales Superiores de Justicia. Audiencias Provinciales. Dirección General de los Registros y del Notariado. Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. Dirección General de Tributos.

I. PLANTEAMIENTO

La adquisición de bienes durante la sociedad de gananciales empleando dinero privativo de uno o ambos cónyuges ha cobrado especial importancia práctica en los últimos años, quizás motivado por la mayor trazabilidad de la procedencia del dinero generado por los avances de la técnica informática, pues el ingreso de dinero privativo en cuentas corrientes conjuntas del matrimonio no altera su naturaleza privativa¹. Asimismo, se observa un importante incremento de las adquisiciones de viviendas en la inmensa mayoría con precio aplazado realizadas antes del matrimonio –y de la sociedad de gananciales– por uno de los novios o futuros cónyuges o conjuntamente por ambos, motivado principalmente por el retraso en la edad de contraer matrimonio.

Este escenario caracterizado por un incremento del empleo de dinero privativo en la adquisición de bienes gananciales obligó al legislador a adoptar reglas específicas en el régimen de sociedad de gananciales para la determinación de la naturaleza de los bienes a través de la reforma del Código civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Es más, esta reforma no solo introdujo reglas muy novedosas en la calificación de los bienes en el régimen de sociedad de gananciales, sino que abolió la prohibición de las donaciones entre cónyuges recogida en el artículo 1334 del Código civil (redacción originaria del 1889), consagró el principio de libertad de contratación entre cónyuges en el artículo 1323 del Código civil, e instauró el principio de equilibrio entre las masas patrimoniales del matrimonio². De esta manera, aunque la legislación mantiene la “pro ganancialidad” como criterio principal, ha concedido total relevancia a la voluntad de los cónyuges –o de un cónyuge– que pueden provocar trasvases de bienes entre las masas patrimoniales del matrimonio, y la utilización de fondos privativos para la adquisición de bienes gananciales, lo que provoca la consiguiente alteración de la ganancialidad expresa o presunta de los bienes en la sociedad de gananciales³.

Para la determinación de la naturaleza ganancial o privativa de los bienes adquiridos por un cónyuge, o incluso por los dos consortes conjuntamente, no resulta suficiente el mero análisis de las reglas generales de los artículos 1346 y 1347 del Código civil sobre los bienes gananciales y privativos, es preciso conocer la voluntad de los cónyuges, el carácter privativo de los fondos –en su totalidad o en parte– empleados para la adquisición de dichos bienes, el momento en que se realiza la compra del bien respecto a la vigencia de la sociedad de gananciales, si la adquisición se realiza al contado o con precio aplazado, y si los bienes adquiridos constituyen la vivienda y el ajuar familiares. Todas estas circunstancias, pueden alterar la calificación privativa que se atribuiría a un bien de conformidad con las reglas generales, a favor del carácter ganancial o incluso proindiviso, a pesar de haberse comprado antes de comenzar la sociedad de gananciales (art. 1346.1 CC) o de haberse adquirido a costa o en sustitución de otro bien privativo (art. 1346.3 CC).

En las páginas siguientes, se estudia la atribución de ganancialidad legal o convencional incluso de los bienes adquiridos con dinero solo privativo –o con fondos en parte privativos y en parte gananciales–, con la evidente transcendencia práctica de hacer surgir entre los consortes un derecho a una contraprestación o derecho de reembolso, y su interrelación o confrontación con los preceptos que alteran la naturaleza de los bienes de los cónyuges a favor del proindiviso entre la sociedad de gananciales y las masas privativas en una estricta aplicación del principio de subrogación real.

Para ello se analizan las reglas introducidas en el Código civil en 1981 que, si bien siguen inalteradas desde hace cuarenta años, han tenido una importante evolución jurisprudencial, motivada por la creciente exigibilidad del equilibrio entre las masas patrimoniales sobre todo al tiempo de la liquidación de la sociedad de gananciales, especialmente tras la disolución del matrimonio. En esta evolución del tratamiento jurídico, no se puede obviar la labor del Tribunal Supremo en unificación de doctrina que, iniciada con la Sentencia Plenaria de 27 de mayo de 2019, ha sido continuada con la concurrencia de más de una decena de sentencias recaídas con posterioridad sobre esta materia.

II. LA ATRIBUCIÓN DE GANANCIALIDAD

Pese a que el legislador ha mantenido el principio de “pro ganancialidad” como criterio inspirador del sistema de calificación de los bienes en el régimen de sociedad de gananciales, tras la reforma del Código civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, se aprecia un mayor reconocimiento de la autonomía de la voluntad de los cónyuges en el ámbito de determinación de la naturaleza o condición de los bienes adquiridos con anterioridad y durante la sociedad de gananciales.

Atendiendo a la diferente categorización en la atribución de ganancialidad resulta necesario proceder al análisis en detalle y de forma separada de la atribución expresa de ganancialidad y de las atribuciones legales, destacando especialmente las consecuencias derivadas de la prueba del carácter privativo del dinero (u otros bienes) empleado en la adquisición de un bien al que se le atribuyó expresa, tácita o presuntivamente carácter ganancial.

1. LA ATRIBUCIÓN EXPRESA DE GANANCIALIDAD

Una manifestación del principio de autonomía de la voluntad en el régimen de sociedad de gananciales se recoge en el artículo 1355.1 del Código civil, que concede a los cónyuges, constante la sociedad de gananciales, la posibilidad de atribuir a un bien, al tiempo de su adquisición onerosa y de manera expresa y conjunta, el carácter ganancial: “podrán los cónyuges de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga”.

La voluntad expresa de ambos cónyuges atribuye la ganancialidad convencional a un bien que, según las reglas generales de calificación de bienes, sería de naturaleza privativa⁴. Esta alteración de la naturaleza del bien por voluntad de los cónyuges supone una excepción al principio de subrogación real recogido en el artículo 1346.3º del Código civil: los bienes adquiridos con dinero privativo –o en sustitución de otro bien privativo– que tendrían carácter privativo, tendrán naturaleza ganancial por la expresa voluntad de los consortes⁵.

El efecto inmediato de la atribución de ganancialidad es que el bien se integra en la sociedad de gananciales y se somete a las reglas de administración y disposición, así como a los criterios de responsabilidad, sujetándose al sostenimiento de las cargas de la familia y de las deudas gananciales, como los demás bienes gananciales.

En el análisis de la atribución expresa de ganancialidad cabe destacar las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 y de 31 de marzo de 2010 y la Sentencia (Pleno) del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2019. Según las referidas Resoluciones “en virtud de este pacto, se proyecta el principio de autonomía de la voluntad en el ámbito de las reglas de calificación y se excepciona la regla de la subrogación real, haciendo que el bien adquirido, aun habiéndose satisfecho con fondos privativos, ingrese en el patrimonio consorcial”. Por su parte, el Tribunal Supremo considera que “el artículo 1355 del Código civil permite que los cónyuges atribuyan de común acuerdo carácter ganancial a un bien adquirido a título oneroso durante la vigencia de la sociedad de gananciales, con independencia de la procedencia de los fondos utilizados para la adquisición”. Ese acuerdo de los cónyuges atribuye el carácter ganancial a un bien adquirido a título oneroso constante la sociedad de gananciales que, de no existir dicho acuerdo, sería privativo con arreglo a los criterios de determinación legal, por haberse utilizado en su totalidad fondos privativos, o sería proindiviso en parte ganancial y en parte privativo de uno o de los dos cónyuges en proporción al dinero aportado⁶, así lo puntualiza la sentencia citada: “lo que permite el artículo 1355 del Código civil es que los cónyuges atribuyan carácter ganancial a bienes que, de no existir tal acuerdo, serían privativos o proindiviso con arreglo a los criterios de determinación legal”.

De conformidad con ello, parece reducirse la atribución de ganancialidad a los supuestos de adquisición con dinero privativo, en parte o en su totalidad, sin que se necesite aplicar a supuestos de adquisición con dinero ganancial, dado que la presunción de ganancialidad y el artículo 1347 Código civil, ya concederían el carácter ganancial a dicho bien. Así lo confirma el Tribunal Supremo en la Sentencia referida al declarar que “si los fondos utilizados fueran gananciales, el bien adquirido sería ganancial por aplicación del artículo 1347.3 del Código civil. No haría falta la voluntad de las partes para atribuir al bien adquirido carácter ganancial”.

A nuestro modo de ver, en la idea del legislador, la atribución expresa de ganancialidad por voluntad de los cónyuges constituye un plus, que se superpone respecto del carácter presuntivamente ganancial; determina la naturaleza ganancial con carácter definitivo concediendo seguridad jurídica y certeza desde el momento de la adquisición hasta la liquidación de la sociedad de gananciales. Pues, la atribución expresa de ganancialidad por la voluntad de ambos cónyuges tiene carácter irrevocable, ya que no se consignará en el Registro de la Propiedad una confesión contraria a la aseveración inicial registrada en el momento de la inscripción (art. 95.6 RH). No obstante, y como quedará expuesto ese pretendido efecto añadido se ha ido diluyendo hasta equiparse a la ganancialidad legal.

El acuerdo mutuo de ambos cónyuges en el momento de su adquisición es lo que permite atribuir carácter ganancial a un bien ex artículo 1355.1 del Código civil. El común acuerdo se refiere a la atribución y no a la adquisición⁷, es decir, podrá un solo cónyuge adquirir el bien y ambos cónyuges efectuar conjuntamente la atribución de ganancialidad, pasando la ganancialidad a tener carácter definitivo⁸. Esta conclusión parece compartirse por la Sentencia plenaria de 27 de mayo de 2019 al afirmar que “ante una norma que para la atribución de ganancialidad exige el común acuerdo de los cónyuges (...) hay que entender que si adquiere uno solo es el no adquirente quien debe probar la existencia del acuerdo, dado que constituye un hecho positivo exigido por la norma como presupuesto para la atribución de la ganancialidad”.

La operatividad de la atribución de ganancialidad del artículo 1355.1 del Código civil requiere además de la voluntad de los cónyuges de atribuir conjuntamente y de manera explícita la condición de ganancial al bien, la concurrencia de los siguientes requisitos: la adquisición debe realizarse a título oneroso, constante la sociedad de gananciales, y el acuerdo mutuo debe expresarse al tiempo de la adquisición. En nuestra opinión, solo si concurren todos los requisitos legalmente exigidos, existe una atribución convencional de ganancialidad de carácter definitivo, dado que la autonomía de la voluntad de los cónyuges no puede suplir la carencia de alguno de los presupuestos. No obstante, en caso de ausencia de alguno de los requisitos mencionados, los cónyuges podrán dotar de carácter ganancial a un bien privativo no a través de la atribución de ganancialidad ex artículo 1355 del Código civil sino a través de otro negocio, como es el de aportación de un bien privativo a la sociedad de gananciales, amparado de manera genérica por el artículo 1323 del Código civil. En consecuencia, cuando no concurre alguno de los requisitos legales exigidos, puede mantenerse el carácter ganancial del bien, derivando del acuerdo expreso de los cónyuges un negocio de aportación a la masa ganancial⁹.

En primer lugar, el precepto exige de manera expresa el carácter oneroso de la adquisición. Exigencia que ha sido reiterada por el Tribunal Supremo, como se observa en la Sentencia de 26 de febrero de 2002, al exigir ratio decidendi que la adquisición por el matrimonio fuera a título oneroso. En el supuesto de hecho, el marido casado en sociedad de gananciales había recibido por donación de sus padres en escritura pública una vivienda; donación remuneratoria en la que el donatario se había subrogado en el préstamo hipotecario que gravaba la vivienda. Diez años después de la donación, el matrimonio pacta en capitulaciones matrimoniales el régimen de separación de bienes, y en el inventario de liquidación de la sociedad de gananciales incluyen la vivienda donada como ganancial por adquisición conjunta por compraventa. El litigio cuestiona el carácter privativo o ganancial de la vivienda que hacen depender del título –gratuito u oneroso– de adquisición, sin atender al hecho –que no se había alegado– de que entre la

donación y la pretendida atribución de ganancialidad habían transcurrido 10 años. El Tribunal Supremo aprecia la adquisición por donación a título gratuito, pues aunque el hijo se había subrogado en el préstamo hipotecario “el importe de ese gravamen sería inferior al valor del bien donado”. En consecuencia, atendiendo al carácter gratuito de la adquisición, estima la aplicación indebida del artículo 1355.1 del Código civil, casa la sentencia de apelación y confirma la de primera instancia a favor del carácter privativo de la vivienda¹⁰.

En las adquisiciones a título lucrativo como no resulta aplicable el artículo 1355 del Código civil no es infrecuente que la atribución de ganancialidad derive de la aportación del bien privativo a la sociedad de gananciales (art. 1323 CC). Así se manifiesta la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de marzo de 1989. En el asunto de autos, tres copropietarios de un solar levantaron un edificio a expensas de sus respectivas sociedades conyugales. Al término de la edificación, dividen horizontalmente el inmueble y disuelven el condominio adjudicándose una vivienda cada uno. Uno de los copropietarios, que había adquirido por donación su cuota indivisa en el solar, acuerda con su esposa que la vivienda que le corresponda tenga carácter ganancial, efectuándose la adjudicación en esos términos. El Registrador suspende la inscripción con tal carácter e inscribe la vivienda como bien privativo del marido, al entender aplicable el artículo 1359 del Código civil. El Centro Directivo estima el recurso accediendo a inscribir la vivienda con carácter ganancial, pero no por aplicación del artículo 1355.1 del Código civil al no ser una adquisición a título oneroso, sino que la redirige a un negocio de aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales, “aun cuando la hipótesis considerada no encaje en el ámbito definido por la norma del artículo 1355 del Código civil... no por ello ha de negarse la validez y eficacia del acuerdo..., toda vez que los amplios términos del artículo 1323 del Código civil posibilitan cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges y por ende, entre sus patrimonios privativos y el consorcial, siempre que aquéllos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto, entre los cuales, no puede desconocerse el negocio de aportación”¹¹.

Como segundo requisito, la adquisición debe realizarse constante la sociedad de gananciales, a pesar del tenor literal del precepto que menciona “los bienes que adquiera... durante el matrimonio”¹². Ello determina la exclusión del ámbito de aplicación del precepto de todos aquellos bienes adquiridos con anterioridad al inicio de la sociedad de gananciales o tras la disolución de ésta, aun cuando en ambos casos fuera constante el matrimonio y, por tanto, constante otro régimen económico matrimonial, pues sólo puede incorporarse ab initio un bien a la masa conyugal –ganancial– si en el momento de la adquisición está vigente la sociedad de gananciales¹³.

1.1. En particular, el momento de la adquisición

El siguiente presupuesto se refiere al momento de la manifestación del acuerdo de voluntades de los cónyuges de atribuir la condición ganancial a los bienes que adquieran; expresión que se ha interpretado en el sentido de que la atribución de ganancialidad debe realizarse en el “momento de la adquisición”¹⁴. Por efecto de la atribución de ganancialidad, el bien ingresa ab initio en la masa ganancial, sin pasar por el patrimonio privativo del cónyuge que aporta el dinero (u otro bien) privativo para su adquisición, por lo que no existe desplazamiento entre las distintas masas (privativo-ganancial)¹⁵. En consecuencia, en la atribución de ganancialidad concurre un solo negocio de carácter transmisivo, el que vincula a los cónyuges adquirentes –o a un solo

cónyuge adquirente— con el tercero transmitente, por medio del cual el bien con el carácter ganancial atribuido ingresa directamente en la sociedad de gananciales.

De acuerdo con lo expuesto, resulta esencial averiguar el momento de adquisición del bien a efectos de poder conocer cuándo debe recaer la voluntad de los cónyuges para que rijan la atribución expresa de ganancialidad, si a la perfección del contrato con el título, o a la escritura pública que funciona como modo o traditio y determina la adquisición del derecho de dominio sobre el bien. Ello ocurre, sobre todo, en aquellos supuestos en los que el estado civil del adquirente cambia entre la perfección del contrato y la adquisición del derecho real. Por ejemplo, un cónyuge en estado de soltero compra en documento privado, y posteriormente ya casado en régimen de sociedad de gananciales, eleva la compraventa a escritura pública, compareciendo los dos cónyuges que atribuyen conjuntamente carácter ganancial al bien.

Tal es el caso enjuiciado por la Sentencia de 12 de febrero de 2020. La esposa había comprado de soltera en documento privado una vivienda en 1982. Cinco meses después contrajo matrimonio en régimen de gananciales, momento que coincidió con la entrega de la posesión. Al año del casamiento, en 1983, los cónyuges pactaron el régimen de separación de bienes y en 1984 el matrimonio se disuelve por divorcio. Cinco años después en 1989, ambos cónyuges contraen nuevamente matrimonio entre sí bajo el régimen de gananciales; y en 1995 constante el segundo matrimonio y la sociedad de gananciales, ambos esposos otorgaron escritura pública declarando que compraban conjuntamente la vivienda comprada por la esposa en 1982. Este segundo matrimonio duró hasta el año 2002 en el que se separaron legalmente (y definitivamente). Trece años después, el esposo solicita la liquidación del régimen de gananciales, calificando la vivienda litigiosa de ganancial por atribución expresa; la esposa se opone alegando que la vivienda comprada antes del matrimonio tiene naturaleza privativa. La sentencia entra a analizar la naturaleza de la vivienda familiar adquirida antes del matrimonio, pero escriturada por ambos cónyuges constante la sociedad de gananciales. El Juzgado había entendido que la vivienda había sido adquirida antes del matrimonio y en consecuencia aplicó los artículos 1357.2 y 1354 del Código civil, calificando la vivienda de bien en proindiviso entre la esposa y la sociedad de gananciales. La Audiencia estimó el recurso de apelación y declaró que la vivienda era ganancial por atribución expresa de ganancialidad (art. 1355.1) efectuada por ambos cónyuges en la escritura pública de 1995, y falló que debía incluirse en el activo ganancial la totalidad de la vivienda familiar y el ajuar doméstico. El Tribunal Supremo considera indebida la aplicación del artículo 1355 del Código civil por cuanto el acuerdo adoptado por los cónyuges en escritura pública en 1995 no se produce en el momento de adquisición del bien, no constituyendo un supuesto de atribución expresa de ganancialidad. Afirma que el bien fue adquirido por la esposa con anterioridad al matrimonio y, en consecuencia, ya formaba parte de su patrimonio privativo cuando se casó. No obstante, otorga a la declaración contenida en la escritura pública el significado de aportación de bien privativo a la masa ganancial, manteniendo la calificación de que la vivienda es enteramente ganancial, no por atribución, sino por aportación de los cónyuges en la escritura pública de 1995. El Tribunal Supremo concluye que “aunque la parte recurrente pudiera llevar razón sobre la improcedencia de la aplicación del artículo 1355 del Código civil, tal apreciación carece de lo que en numerosas resoluciones hemos dado en llamar efecto útil, dado que la calificación de ganancial procedería igualmente”. El fallo estima parcialmente el recurso para incluir en el pasivo de la sociedad el crédito a favor de la mujer por los plazos pagados con dinero privativo (los abonados antes del

primer matrimonio, y los efectuados después de pactar el régimen de separación de bienes en 1983 hasta el nuevo matrimonio de 10 de febrero de 1989). En definitiva, el Tribunal Supremo considera que el momento de adquisición se corresponde con el documento privado seguido de la entrega de la posesión, y no cuando se escrituró trece años después.

Menos extremos son los hechos enjuiciados por la Sentencia de 17 de abril de 2002. La esposa en estado de soltera había comprado, tomado posesión y pagado al contado, una vivienda y una plaza de garaje en sendos documentos privados (3 agosto 1983 y 30 noviembre 1984). El 8 de diciembre de 1984 contrajo matrimonio y el 15 de enero de 1985 elevó los contratos a escritura pública, inscribiéndose en el Registro de la Propiedad a su nombre con carácter presuntivamente ganancial. Los cónyuges se separan de hecho en 1987 y la mujer fallece el 14 de diciembre de 1992. Los padres de la esposa, como herederos abintestato, interponen demanda solicitando que la vivienda, la plaza de garaje y un determinado dinero ingresado en una libreta de ahorros se consideren privativos y pertenecientes enteramente a la comunidad hereditaria. Dejando al margen el tema sucesorio, pues el marido alegaba la existencia de un testamento ológrafo, la sentencia califica esos bienes de privativos de la esposa por haberlos adquirido en documento privado antes de contraer matrimonio (art. 1346.1.º CC), pese a que la escritura pública se formalizase en estado de casada y constante la sociedad de gananciales. Declara que “en nada se opone a esta calificación el que, a poco del matrimonio se elevara a público el documento privado de compraventa, sin hacerse en éste la indicación formal de ser privativos los inmuebles, pues la escritura no desvirtúa el hecho básico de tratarse de unos bienes privativos”, como tampoco que se hubieran inscrito en el Registro de la Propiedad con carácter presuntivamente ganancial. Finalmente, reitera como doctrina consolidada: “cuando un negocio jurídico, como el contrato de compraventa, se perfecciona en un momento dado, la escritura pública que reproduce el mismo negocio jurídico no perfecciona uno nuevo, sino que simplemente lo eleva a tal forma, que no es sino ratificación o reproducción del anterior”¹⁶.

Estas dos sentencias analizadas comparten la secuencia de los hechos; en primer lugar, contrato de compraventa en documento privado, luego, adquisición de la propiedad por entrega de la posesión, seguido de la celebración de matrimonio del comprador en sociedad de gananciales y, por último, escritura pública elevando el contrato de compraventa. También coinciden en que se interpone el litigio al tiempo de la liquidación de la sociedad de gananciales, en un caso por separación conyugal y en el otro por fallecimiento. El Tribunal Supremo entiende correctamente que el comprador ha perfeccionado la compraventa y adquirido la propiedad del bien comprado antes de contraer el matrimonio, en estado de soltero, por lo que la atribución de la condición de ganancial en la escritura pública no se realiza en el momento de adquisición del bien y, en consecuencia, no resulta aplicable el artículo 1355.1 del Código civil.

Por otra parte, las emblemáticas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 y de 31 de marzo de 2010 analizan un supuesto que pudiera parecer similar a los vistos en las anteriores sentencias del Tribunal Supremo, pero la secuencia de hechos es radicalmente diferente. Las dos resoluciones proceden de idénticos supuestos de hecho: dos escrituras públicas, ante el mismo notario con número de protocolo seguido, entre las mismas partes contratantes; la primera escritura pública (que dio lugar a la Resolución del 31 de marzo) eleva un documento privado de compraventa de dos viviendas y tres participaciones indivisas de determinado local de

garaje, y la segunda escritura pública una vivienda y una participación indivisa de determinado local de garaje. Ambas escrituras públicas fueron presentadas en el mismo Registro de la Propiedad de Madrid con dos minutos de diferencia tomándose asiento con números correlativos, siguiendo tramitación paralela respecto a la calificación que suspendía la inscripción. Entonces el notario solicitó calificaciones sustitutorias, que se emitieron con una semana de diferencia, lo que provocó que los recursos también se interpusieran con esa diferencia de tiempo. En la sucesión de hechos, el primer acto lo constituyó los contratos de compraventa en documento privado de unas fincas que estaban en construcción y los pagos fraccionados de un quinto o un sexto del precio, respectivamente; luego, la celebración de matrimonio del comprador; por último, sendas escrituras públicas elevando los contratos de compraventa en la que el comprador, ya casado en sociedad de gananciales, junto con su esposa “ratifican y elevan a público” el documento privado incorporado a la escritura, de modo que la vendedora “vende y transmite” a los cónyuges “que compran y adquieren, para su sociedad de gananciales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1355 del Código civil, las fincas descritas..., transmitiéndose su pleno dominio”. En los contratos de compraventa en documento privado, se había pactado que el comprador se subrogaría en los préstamos hipotecarios existentes cuando se escriturasen las compraventas, pero este punto no vuelve a ser mencionado en las resoluciones.

Por tanto, la propiedad de las fincas compradas se había adquirido en estado de casado con régimen de gananciales, con la voluntad expresa de ambos cónyuges de atribuir carácter ganancial a los bienes adquiridos. Voluntad que se supone mantenida, puesto que es el notario autorizante quien recurre ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, alegando la cualidad de ganancial de las fincas por aplicación del artículo 1355.1 del Código civil, al ser suspendida la inscripción y alegarse por el registrador que las fincas debían inscribirse como privativas a favor exclusivamente del comprador, por haberlas comprado en estado civil de divorciado (de un anterior matrimonio), todo ello sin perjuicio del derecho de reembolso del artículo 1358 del Código civil.

En dichas Resoluciones de 29 y de 31 de marzo de 2010, el Centro Directivo hace un profuso análisis del artículo 1357.1 del Código civil, de la aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales y finalmente del artículo 1355.1 del Código civil. Considera de aplicación el artículo 1357.1 sobre la compra a plazos por un cónyuge antes de comenzar la sociedad, considerando que es totalmente aplicable al supuesto de hecho. Para ello diferencia entre la dicción bienes comprados de este artículo respecto a los artículos 1354 y 1356 que recogen la expresión bienes adquiridos¹⁷. Concluyendo en este punto la aplicación del artículo 1357.1 del Código civil, pues lo relevante es que el contrato obligacional se haya realizado con anterioridad al matrimonio, sin importar cuándo se produce la adquisición del derecho real. En este punto realiza una comparación con el artículo 1346.4º del Código civil que prevé la privatividad del bien comprado durante la sociedad de gananciales en virtud de un derecho anterior a la vigencia del régimen de gananciales, como derechos de retracto, de opción de compra, readquisiciones derivadas de cumplimiento de una condición resolutoria o por ejercicio de un derecho de reversión expropiatoria. Seguidamente analiza la autonomía de la voluntad de los cónyuges que pueden atribuir carácter ganancial a un bien, y también asignar ese carácter mediante el negocio de aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales. En sus argumentaciones deja abierta la posibilidad de admitir que ese acuerdo de ganancialidad pueda reconvertirse en un negocio de aportación de bien a la sociedad de gananciales. Por último, examina el

artículo 1355.1 del Código civil con sus presupuestos, y su compatibilidad con el contenido del artículo 1357.1, concluyendo que “aunque en el supuesto de hecho del presente recurso, como hemos dicho, son parcialmente concurrentes los respectivos ámbitos de aplicación de las citadas disposiciones de los artículos 1357 y 1355 del Código civil, debe considerarse prevalente la disposición legal sobre atribución convencional de ganancialidad. Y es que, de interpretarse de otro modo y entender que no cabe atribuir carácter ganancial, con base en el artículo 1355, al bien adquirido constante la sociedad conyugal por el hecho de haber sido comprado a plazos antes de iniciarse ésta, se produciría una contradicción de valoración normativa”. Aceptada la calificación de ganancialidad, al Centro Directivo solo le restó admitir la inscripción a nombre de los dos cónyuges, que fundamentó en el contenido de las escrituras públicas, “es indudable que de la escritura calificada resulta que con su otorgamiento se completa el iter transmisivo mediante tradición instrumental”.

En definitiva, estas Resoluciones hacen encaje de bolillos, con base en que la adquisición del derecho real fue posterior a la celebración del matrimonio, para entender la aplicación del artículo 1355.1 del Código civil, dado que los cónyuges mantienen la voluntad de asignar el carácter ganancial a las fincas compradas, y siempre queda abierta la posibilidad de que el bien sea ganancial, “ya que –como las resoluciones reconocen– en caso de que se entendiera que no es aplicable la previsión del artículo 1355 por haberse producido la compra antes del matrimonio, el supuesto haría tránsito a un negocio de aportación o atribución de bienes privativos al patrimonio consorcial, amparado por el principio de libertad contractual entre los cónyuges consagrado por el artículo 1323 del Código civil”.

De conformidad con la doctrina expuesta, la exigencia de realizarse la atribución expresa de ganancialidad a los bienes que adquieran parece poner el acento en el momento en que se produce la adquisición de la propiedad –del derecho real–. Por ello, si un cónyuge compra un bien y adquiere la propiedad antes de contraer matrimonio, el hecho de que una vez casado escribire la compraventa junto con su consorte atribuyendo la condición ganancial al bien, no implica la existencia de una atribución expresa de ganancialidad del artículo 1355.1 del Código civil, porque no se cumple el requisito de haberse realizado la atribución en el momento de la adquisición; sin perjuicio, de que en tales casos, el acuerdo mutuo sobre la atribución de ganancialidad pueda convertirse en un negocio de aportación de un bien privativo a la masa ganancial, amparado en el principio de libre transmisión de bienes entre cónyuges (art. 1323 CC).

De acuerdo con lo expuesto, la atribución de ganancialidad altera las reglas sobre la calificación de los bienes constante la sociedad de gananciales atribuyendo directamente naturaleza ganancial a un bien que tendría naturaleza privativa al haberse adquirido a costa o en sustitución de un bien privativo, o carácter proindiviso con la sociedad de gananciales al haberse empleado fondos privativos y fondos gananciales, o simplemente carácter privativo de ambos cónyuges.

1.2. El derecho de reembolso

La atribución de ganancialidad realizada de forma expresa por ambos cónyuges tiene carácter firme e irrevocable, y aunque se pruebe el carácter privativo del dinero utilizado en la adquisición no se altera la naturaleza del bien que será, en todo caso, ganancial¹⁸. Ahora bien, la posterior prueba del carácter privativo de los fondos empleados, aunque resulta irrelevante a efectos del carácter del bien (que será

ganancial), tiene especial repercusión respecto al derecho de reembolso a favor del cónyuge aportante.

En efecto, si bien la atribución expresa de ganancialidad convierte en irrevocable el carácter ganancial del bien, la procedencia privativa del precio o de la contraprestación genera un derecho de reembolso a favor del cónyuge que aportó fondos privativos para la adquisición de ese bien ganancial, de conformidad con el principio de equilibrio de las masas existentes en el matrimonio¹⁹. Por ello, no obstante la irrelevancia de la prueba de la procedencia de los fondos a los efectos del carácter de bien, esa prueba del carácter privativo del dinero empleado para la adquisición del bien será necesaria a efectos del reconocimiento y cuantificación del derecho de reembolso a favor del cónyuge aportante²⁰.

El derecho de reembolso a favor del cónyuge aportante se previó en el artículo 1358 por la Ley 11/1981, de 13 de mayo de reforma del Código civil que consagró por entonces un novedoso principio de equilibrio de derechos entre los cónyuges por el valor actualizado de las cantidades abonadas para la adquisición del bien²¹. Conforme a ello, la sociedad de gananciales habrá de reembolsar el valor satisfecho a costa del caudal propio de uno de los cónyuges, mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación (art. 1358 CC)²². El derecho de reembolso constituye una deuda pecuniaria que se materializa al tiempo de la liquidación de la sociedad de gananciales en el valor actualizado del dinero empleado para la adquisición del bien ganancial. La reforma del Código civil de 13 de mayo de 1981 estableció de manera uniforme dentro del régimen legal de sociedad de gananciales la regla de la deuda de valor con la finalidad de evitar los problemas generados como consecuencia de la depreciación monetaria²³. Ello significa que la sociedad de gananciales será deudora por una deuda de valor frente al cónyuge titular del dinero o del bien privativo, debiendo calcular su valor según el importe aportado actualizado al tiempo de la liquidación (criterio valorista)²⁴. Lo expuesto equivale a decretar que se tenga en cuenta el valor de la cantidad debida en el momento de salir del patrimonio, y se devuelva otra –que se pretende– semejante en poder adquisitivo –y no en unidades monetarias– en el momento de la restitución.

En la aplicación del principio del derecho de reembolso a la atribución expresa de ganancialidad por ambos cónyuges se cuestionó si surgía con la mera prueba del carácter privativo de los fondos empleados en la adquisición, o si era necesario que en el momento de la atribución, el cónyuge se hubiera reservado el derecho de reembolso haciendo constar la utilización de fondos privativos en la adquisición.

La interpretación del artículo 1358 del Código civil en tal sentido generó una controversia en el seno de la jurisprudencia menor sobre si procedía el reembolso cuando el aportante no hubiera hecho reserva de dicho derecho en el momento de la adquisición. Un número significativo de Audiencias Provinciales pusieron de manifiesto la necesidad de reservar el derecho de reembolso, pues de no hacerlo se interpretaba el carácter gratuito y liberal de la aportación y, en consecuencia, el cónyuge aportante no tenía derecho al reembolso al tiempo de la liquidación de la sociedad. Ello puede observarse en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de mayo de 2017 que afirma: “en ausencia de declaración expresa de carácter privativo de aportación alguna por parte del esposo, con omisión de anuncio concreto de reserva o condición sobre las cantidades ingresadas, ni mención sobre el derecho de reembolso, es evidente

la voluntad del consorte, de realizar a favor de la sociedad conyugal un desplazamiento patrimonial, de manera que no procede ningún derecho de reembolso, ni inclusión en el pasivo societario de ningún derecho de crédito a favor de aquel”[25](#).

Por el contrario, otras Audiencias Provinciales estimaron el derecho de reembolso, aunque no se hubiera hecho reserva del derecho a reclamar el dinero privativo aportado para la adquisición del bien ganancial. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 11 de febrero de 2004 reconoció el derecho de crédito a favor de la esposa por las cantidades privativas abonadas para la adquisición de una vivienda ganancial, aunque en el momento de la adquisición del inmueble no se había hecho mención de la reserva del reembolso, tras haber quedado probado que el dinero privativo provenía de una donación realizada por los padres de la esposa exclusivamente para su hija[26](#). En parecidos términos, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 16 de septiembre de 2016 precisa que “aunque no se haya hecho valer en la escritura ninguna manifestación sobre reserva o reembolso del carácter privativo del capital empleado, ha de advertirse que tampoco consta ni se hace valer especial indicación en contra sobre el particular ni sobre liberalidad de parte alguna a la actora, siendo así que tanto la renuncia de derechos como la donación ha de ser expresa y de interpretación restrictiva y no extensa como si de una transmisión onerosa se tratara (art. 1289 CC). Por lo que no cabe obviar por ello tampoco la norma imperativa del artículo 1358 del Código civil”[27](#).

Esta discrepancia ha sido solventada recientemente por el Tribunal Supremo al declarar que no cabe entender que la aportación de fondos privativos para la adquisición de bienes gananciales implique animus donandi en el cónyuge, y ni siquiera un ánimo liberal. Esto significa que no se puede hacer depender el derecho de reembolso a la previa reserva, sino que el derecho de reembolso procede por aplicación del artículo 1358 del Código civil, con independencia de que se hubiera hecho reserva en el momento de la adquisición[28](#). El Tribunal Supremo ha invertido la argumentación al reconocer el derecho de reembolso a favor del cónyuge aportante del dinero privativo, salvo que éste renuncie expresamente al reembolso en el momento de la aportación del dinero y atribución de ganancialidad[29](#).

Esta doctrina se recoge en la Sentencia plenaria de 27 de mayo de 2019, a cuyo tenor “el derecho de reembolso procede, por aplicación del artículo 1358 del Código civil, aunque no se hubiera hecho reserva alguna en el momento de la adquisición”, motivando dicha conclusión en varias razones[30](#). Por un lado, en que la donación no se presume, por lo que sólo se excluirá el derecho de reembolso ex artículo 1358 del Código civil si el cónyuge beneficiario renuncia expresamente a dicho reembolso[31](#). Por otro, en que el acuerdo de los cónyuges para atribuir la ganancialidad al bien no convierte en ganancial al dinero empleado para su adquisición, y genera un crédito por el valor satisfecho (art. 1358 CC), crédito que es exigible en el momento de la liquidación, si no se ha hecho efectivo con anterioridad (art. 1398.3.ª CC); y, finalmente, en que la adquisición de los bienes comunes es de cargo de la sociedad de gananciales (art. 1362 CC)[32](#).

La admisión del derecho de reembolso, aun cuando no se hubiera hecho reserva del reembolso es reiterado en cinco ocasiones más hasta la fecha. La Sentencia de 11 de julio de 2019, cuyo motivo de recurso era precisamente determinar si el marido conserva un derecho de crédito frente a la sociedad de gananciales por el importe actualizado del dinero privativo aportado para la adquisición de las dos viviendas de

naturaleza ganancial ex artículo 1355 del Código civil; confirma la sentencia de primera instancia que había reconocido el derecho de reembolso a favor del esposo de las cantidades abonadas actualizadas a la fecha de la liquidación de la sociedad de gananciales, aunque no había realizado reserva del reembolso en el momento de la adquisición.

La Sentencia de 6 de febrero de 2020 parte como hechos probados “tanto del carácter ganancial del piso como del carácter privativo de la esposa del dinero empleado en su adquisición”, confirma la sentencia de primera instancia y declara que debe incluirse en el pasivo de la sociedad de gananciales un crédito a favor de la esposa por el importe actualizado del precio pagado en la adquisición de la vivienda, aunque no se hubiera hecho reserva alguna en el momento de la adquisición. Igualmente, la Sentencia de 2 de marzo de 2020 estima el derecho de reembolso a favor de la esposa por el importe actualizado de las aportaciones que había realizado con dinero privativo para la adquisición del 50% de las dos viviendas litigiosas a las que se atribuyó carácter ganancial por acuerdo mutuo de ambos cónyuges³³. La Sentencia de 11 de noviembre de 2020 vuelve a incidir sobre el derecho de reembolso a favor del cónyuge que aporta dinero privativo para la adquisición de un bien de naturaleza ganancial, aunque no se hiciera reserva del reembolso en el momento de la adquisición. Esta sentencia establece que el reembolso que prevé el artículo 1358 del Código civil para equilibrar los desplazamientos entre las masas patrimoniales procede siempre que no se excluya expresamente. En el asunto litigioso, el Tribunal Supremo confirma que la vivienda se había comprado íntegramente con el dinero privativo de la indemnización por accidente de tráfico del marido acontecido con anterioridad al matrimonio y, en consecuencia, le reconoce un derecho de reembolso por las cantidades abonadas actualizadas al tiempo de la liquidación de la sociedad de gananciales. También reitera esta doctrina, la Sentencia de 12 de febrero de 2020, en un supuesto de aportación de un bien privativo a la masa ganancial, y no de atribución expresa de ganancialidad³⁴.

En definitiva, la atribución expresa de ganancialidad convierte en ganancial el bien adquirido a título oneroso por acuerdo conjunto de ambos cónyuges al tiempo de la adquisición, pero no al dinero empleado para la adquisición del bien, lo que generará un crédito a favor del cónyuge aportante por el valor satisfecho actualizado que es exigible en el momento de la liquidación si no se ha hecho efectivo con anterioridad (arts. 1358 CC). Para ello, es preciso que el cónyuge aportante no haya renunciado al reembolso y pueda probar el carácter privativo del dinero o del bien empleado en la adquisición, destruyendo la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código civil.

2. LA ATRIBUCIÓN LEGAL DE GANANCIALIDAD

Además de la atribución expresa de ganancialidad del artículo 1355.1 del Código civil, son posibles otros supuestos de atribución legal de ganancialidad a los bienes que se adquieren durante la sociedad de gananciales por uno o por ambos cónyuges. En tales casos el carácter ganancial del bien privativo o proindiviso no deriva de la voluntad expresa de ambos cónyuges manifestada al tiempo de la adquisición del bien a título oneroso, pero ello no obsta para que puedan producir los mismos efectos que produce la atribución expresa de ganancialidad ex artículo 1355.1 del Código civil.

Uno de los supuestos en los que rige la atribución legal de ganancialidad es el contemplado en el artículo 1355.2 del Código civil, cuando ambos cónyuges adquieren un bien “en forma conjunta y sin atribución de cuotas”, apareciendo como titulares del

bien adquirido, pero sin atribuir expresamente la condición de ganancial (específica del párrafo primero del artículo 1355), ni manifestar que adquieren por cuotas o en proindiviso (lo que se incardinaría en el artículo 1354 del Código civil). Dada la ausencia de voluntad expresa en un sentido u otro, se entiende que adquieren tácitamente para la sociedad de gananciales y, en consecuencia el bien tendrá la condición de ganancial³⁵. La ganancialidad en este caso surge porque ambos cónyuges compran de manera conjunta, sin atribución de cuotas y sin otorgar una cualidad determinada al bien que adquieren, ni manifestar la naturaleza del dinero que emplean para la adquisición³⁶. En estos casos, el bien se inscribe “a nombre de marido y mujer, con carácter ganancial” por haber sido comprado por ambos cónyuges “en forma conjunta y sin atribución de cuotas” (artículo 93.1 RH), con la misma expresión que el artículo 1355.2 del Código civil.

Esta atribución de ganancialidad deriva del silencio de ambos cónyuges que adquieren conjuntamente un bien. La posterior prueba del carácter privativo de la totalidad o de una parte de los fondos invertidos en la compra no implica la modificación o revocación de la ganancialidad atribuida legalmente, sino el nacimiento de un derecho de reembolso, a favor del cónyuge aportante. Como lo destaca la Sentencia de 29 de septiembre de 1997, que estima el recurso de casación interpuesto por la esposa, desestimando el entablado por el marido y, en consecuencia, reconoce la privatividad de parte del dinero invertido por la esposa en la compra del bien inmueble, y hace surgir un derecho de reembolso en la liquidación de la sociedad de gananciales³⁷.

Otro supuesto de atribución legal de ganancialidad es la realizada por un cónyuge cuando adquiere de manera unilateral para la sociedad de gananciales³⁸. Supuesto que, como señala el artículo 93.4 del Reglamento hipotecario determinará la inscripción del bien inmueble “con esta indicación a nombre del cónyuge adquirente”. Esta adquisición por un solo cónyuge para la sociedad de gananciales no requiere de ningún tipo de prueba de los fondos empleados para la adquisición, pues se manifiesta a favor de la presunción de ganancialidad. Así, cuando un solo cónyuge expresa que adquiere un bien a título oneroso para la sociedad de gananciales, esa manifestación de voluntad no se incardina en la atribución expresa de ganancialidad del artículo 1355.1 del Código civil, que precisa del mutuo acuerdo de ambos cónyuges, no siendo suficiente la voluntad de uno solo.

Consecuentemente, se cuestiona entonces qué efectos tiene la atribución legal de ganancialidad, y si cabe desvirtuarla mediante prueba de la naturaleza privativa de los fondos empleados; es decir, si el cónyuge adquirente con posterioridad puede, por un lado, desdeñarse negando el carácter ganancial del bien que ha adquirido, y por otro, probar que utilizó su dinero privativo³⁹. De conformidad con el artículo 95.6 del Reglamento hipotecario, el cónyuge que manifiesta en un principio la ganancialidad del bien no podrá declarar el carácter privativo de dicho bien en un acto posterior, pues “no se consignará la confesión contraria a una aseveración o a otra confesión previamente registrada de la misma persona”⁴⁰. Por tanto, en el caso de que pudiera probar la utilización de dinero privativo para compra de ese bien ganancial, el cónyuge aportante podrá solicitar el derecho de reembolso por el valor actualizado del montante privativo empleado en la adquisición, del mismo modo que como consecuencia de lo prescrito en el artículo 1355.2 del Código civil.

Por último, la adquisición unilateral de un bien a título oneroso por un cónyuge constante la sociedad de gananciales sin expresar que adquiere para la sociedad de gananciales, ni para su exclusivo interés y provecho, se califica como un supuesto de ganancialidad presuntiva. En este caso, el cónyuge adquirente no manifiesta que adquiere para la sociedad de gananciales, pero tampoco expresa ni prueba que adquiera para su patrimonio privativo, luego se considera presuntivamente ganancial. Ello se constata en el artículo 94.1 del Reglamento hipotecario, a cuyo tenor “los bienes adquiridos a título oneroso por uno solo de los cónyuges, sin expresar que adquiere para la sociedad de gananciales, se inscribirán a nombre del cónyuge adquirente con carácter presuntivamente ganancial”. Y ello porque el registrador sólo inscribirá el bien como privativo de uno de los cónyuges en caso de haberse justificado el carácter privativo del precio o de la contraprestación utilizados en la adquisición mediante prueba documental pública a cargo de cualquiera de los cónyuges⁴¹ (art. 95.2 RH)⁴².

En los distintos supuestos examinados, la presunción de ganancialidad iuris tantum queda desvirtuada por prueba en contrario, a través de la prueba de la naturaleza privativa del dinero empleado en la adquisición. El efecto fundamental de la presunción consiste en desplazar la carga de la prueba, el cónyuge que alegue el carácter privativo del bien litigioso deberá probar el origen del dinero empleado. Ahora bien, la prueba del carácter privativo del bien parece no alterar la naturaleza del bien que tendrá carácter ganancial.

La prueba de la aportación de fondos privativos para la adquisición de un bien que ha resultado ganancial, en su totalidad o en parte, genera un derecho de reembolso, tal y como también sucede en la atribución de ganancialidad expresa⁴³. Como ha quedado expuesto, el derecho de reembolso surge en el supuesto de atribución expresa de ganancialidad, dado que en este caso el carácter ganancial atribuido por ambos cónyuges se considera irrevocable; pero también surge en la atribución tácita o presuntiva de ganancialidad, en la que la prueba del dinero privativo empleado en la adquisición del bien no altera la naturaleza del bien, sino que genera también un derecho de reembolso. Para alterar la naturaleza de un bien adquirido durante la sociedad de gananciales, y por tanto aplicar las reglas de los artículos 1346 y 1354, debería haberse indicado en el momento de la adquisición, la utilización de fondos privativos en todo o en parte⁴⁴.

En caso de que no se mencione el empleo de fondos privativos en la adquisición del bien, la doctrina jurisprudencial adopta la misma solución que en el supuesto de atribución expresa de ganancialidad, reconocer un derecho de reembolso a favor del cónyuge por el importe actualizado de las cantidades abonadas al tiempo de la liquidación de la sociedad de gananciales. De modo que no diferencia los supuestos de atribución de ganancialidad convencional y legal, pues en ambos casos reconoce un derecho de reembolso a favor del cónyuge que aportó el dinero privativo que se empleó en la adquisición del bien.

Como ejemplo, destaca la reciente Sentencia de 3 de noviembre de 2020, que estima el derecho de reembolso a favor de la esposa por la aportación de fondos privativos para la adquisición de un bien que resulta ganancial, a pesar de que durante el procedimiento judicial el esposo había reconocido que “al comprar el inmueble no se le atribuyó a la mujer un porcentaje de la titularidad”. La Sentencia analiza en la liquidación de la sociedad de gananciales la inclusión en el pasivo de la sociedad del derecho de

reembolso a favor de la esposa, conforme al artículo 1358 del Código civil, por el dinero privativo empleado en la compra de la vivienda familiar adquirida constante la sociedad de gananciales y satisfecha en parte con dinero ganancial y en parte con dinero privativo. En el caso enjuiciado, la esposa había probado que parte del precio se había pagado con el dinero adquirido por la venta de dos pisos sobre los que tenía derechos de carácter privativo junto a su madre y su hermana. La sentencia de primera instancia había reconocido dicho derecho de reembolso frente a la sociedad de gananciales por el importe actualizado de las cantidades abonadas con dinero privativo de la esposa para la compra de la vivienda ganancial. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 21 de diciembre de 2017 había revocado la sentencia del juzgado en el sentido de no incluir dicho reembolso en el pasivo de la sociedad, pero con base en la ausencia de una reserva del reembolso al tiempo de la adquisición. En casación, el Tribunal Supremo reitera su doctrina de conceder el reembolso, aun cuando no se hubiera hecho reserva en el momento de la atribución de ganancialidad, casa la sentencia de apelación, e incluye en el pasivo de la sociedad de gananciales un crédito a favor de la esposa de seis millones de pesetas.

En suma, ya sea en caso de ganancialidad convencional por mutuo acuerdo de los cónyuges o de ganancialidad legal, no se altera la naturaleza ganancial de bien, sino que como estima el Tribunal Supremo surge un derecho de reembolso siempre y cuando se pruebe la utilización de fondos privativos para la adquisición del bien ganancial, siempre que no se haya hecho constar al momento de la adquisición el empleo de fondos privativos, como quedará expuesto en las páginas siguientes.

III. ADQUISICIÓN CON DINERO EN PARTE PRIVATIVO Y EN PARTE GANANCIAL

La adquisición de bienes con dinero en parte privativo y en parte ganancial tiene una regulación particular, introducida ex novo en la reforma del Código civil por Ley de 13 de mayo de 1981, que todavía no ha conseguido un cómodo encaje en nuestro ordenamiento. Se trata de los artículos 1354, 1356 y 1357 del Código civil, que determinan la naturaleza del bien en caso de adquisición constante la sociedad de gananciales al contado o con precio aplazado, y en el supuesto de adquisición antes de la vigencia de la sociedad de gananciales con precio aplazado, respectivamente⁴⁵.

Dentro de este estudio resulta relevante el momento o fecha de la adquisición del bien respecto a la vigencia de la sociedad de gananciales, el modo de adquisición, si al contado o con precio aplazado, e incluso si el bien adquirido constituye la vivienda y ajuar familiares, pues estas circunstancias hacen variar las reglas aplicables. Todo ello, queda siempre supeditado a que los cónyuges no atribuyan expresamente carácter ganancial al bien adquirido (art. 1355 CC), ni aporten dicho bien a la sociedad de gananciales, pues la autonomía de la voluntad de los cónyuges a favor de la ganancialidad del bien prevalece sobre la naturaleza privativa o proindiviso atribuida legalmente; es decir, las referidas reglas especiales sobre la naturaleza de los bienes se aplicarán en defecto de la atribución de ganancialidad⁴⁶.

Una última puntualización, dado que los actos se rigen por las leyes vigentes en el momento de su celebración, las adquisiciones de bienes empleando fondos privativos de uno o ambos cónyuges y fondos gananciales anteriores al 8 de junio de 1981 – entrada en vigor de la Ley de 13 de mayo de 1981– se rigen por la legislación anterior, sin que se puedan aplicar las nuevas reglas que determinan el carácter proindiviso o privativo del bien adquirido constante la sociedad de gananciales. La jurisprudencia, en los

supuestos de adquisición de bienes ocurridos antes de dicha fecha declara que “el carácter de ganancial o privativo de un bien adquirido constante matrimonio ha de determinarse de acuerdo con la legislación vigente al tiempo en que ese bien se integra en el respectivo patrimonio; desde el momento de su adquisición ese bien ha de considerarse como ganancial o como privativo (criterio que, en la legislación reformada preside la atribución de uno u otro carácter a los bienes comprados en los artículos 1354 y 1356). Por todo ello, para la solución de la cuestión litigiosa ha de acudir al texto del Código civil anterior a la reforma llevada a efecto por la Ley de 13 de mayo de 1981” (STS 8 febrero 1993, seguida de la STS 8 marzo 1996)[47](#). Sin embargo, en no pocas ocasiones, el Tribunal Supremo ha declinado la aplicación de la legislación anterior a favor de la normativa vigente, a pesar de que la adquisición se había producido durante la vigencia de la legislación anterior[48](#).

Seguidamente se analiza el régimen establecido en los artículos 1354, 1356 y 1357 del Código civil que, en palabras de O’Callaghan, ponente de la Sentencia de 3 de noviembre de 2006, establecen “un sistema más justo en la calificación de ganancial y privativa que el antiguo régimen”. En atención a su contenido, se inicia con el artículo 1354, seguido del artículo 1357, para finalizar con el artículo 1356 del Código civil.

1. ADQUISICIÓN AL CONTADO VIGENTE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

En la adquisición de bienes constante la sociedad de gananciales, cuando se emplea dinero privativo y dinero ganancial resulta relevante el modo de adquisición, pues el Código civil distingue la adquisición de bienes al contado (art. 1354 CC) y la adquisición de bienes con precio aplazado (art. 1356 CC). De conformidad con el artículo 1354 del Código civil cuando se adquiere vigente la sociedad de gananciales bienes al contado con aportación de dinero privativo y dinero ganancial, tales bienes corresponderán en proindiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las respectivas aportaciones[49](#). En tales casos y en el momento de la adquisición, debe alegarse la naturaleza privativa de la parte del precio que se emplea en la adquisición del bien.

El artículo 1354 del Código civil constituye una manifestación legal del principio de subrogación real, pues determina la naturaleza del bien de acuerdo con los fondos empleados en su adquisición, al estipular que el bien pertenecerá proindiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en la proporción de las cantidades aportadas.

La aportación de cada masa patrimonial en la adquisición del bien es determinante para delimitar la cuota del bien en proindiviso que debe precisarse con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente para su inscripción (art. 54.1 RH). Asimismo, esa determinación de las cuotas tiene repercusión al tiempo de la liquidación de la sociedad de gananciales, pues solo la cuota ganancial se incluye en el activo del inventario para dividirse y adjudicarse por mitad entre ambos cónyuges[50](#).

La Resolución de 8 de octubre de 2014 sin mencionar el artículo 1354, ni el 1356, admite la inscripción de una finca registral en proindiviso, “una participación del 52,08% con carácter ganancial, ya que la adquisición de la misma se financia con un préstamo hipotecario, que se formaliza el mismo día”, y sendas participaciones con carácter privativo, 41,98% para la mujer, y un 5,94 para el marido, con declaración de que el dinero invertido procede de la venta en escritura de fecha 31 de marzo de 2014 de

una vivienda privativa de ambos. La escritura de compraventa que se pretende inscribir fue formalizada el día 10 de abril de 2014. La registradora suspende la inscripción en la parte privativa de cada cónyuge “por no acreditarse la procedencia de dinero mediante prueba documental pública” de conformidad con el artículo 95.2 del Reglamento hipotecario; para seguidamente estimar admisible, con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la inscripción según el número 4 de dicho precepto, dado que los dos cónyuges han comparecido en la escritura y cada uno de ellos ha manifestado adquirir con fondos privativos, y ratificado expresamente la adquisición del otro, por lo que teniendo en cuenta que la confesión de privatividad no requiere una solemnidad especial, cabe admitir la inscripción en proindivisión con las participaciones determinadas por confesión de cada cónyuge.

La inscripción del bien inmueble adquirido al contado con dinero privativo y dinero ganancial difiere en caso de que concurren en la adquisición del bien ambos cónyuges o solo uno de ellos. En caso de un solo cónyuge adquirente con dinero privativo y con parte de dinero ganancial, el bien figurará a su nombre, tanto para la parte indivisa privativa como para la parte ganancial (ex art. 54.2 RH); en cambio, cuando ambos cónyuges son los adquirentes con dinero ganancial y privativo de uno o de los dos, la parte ganancial figurará a nombre de los dos cónyuges, y la parte privativa a nombre de cada cónyuge (ex art. 95.5 RH).

Así se configura en la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 12 de junio de 2020, en la que marido y mujer compran un inmueble con cuotas, haciendo constar una participación indivisa del setenta por ciento con carácter ganancial y el treinta por ciento con carácter privativo para la esposa. El registrador suspende la inscripción por falta de prueba de la privatividad de los fondos empleados en la adquisición de la cuota privativa de la esposa, dado que los cónyuges había solicitado “expresamente que se inscriba dicha participación indivisa del 30% a nombre del cónyuge adquirente con carácter privativo por haber sido adquirida con tal carácter y no por confesión”, añadiendo “que no procederá compensación o reembolso alguno actual o futuro entre los patrimonios ganancial y privativo de los cónyuges, sin perjuicio de las acciones que en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales pudieran corresponder a acreedores o legitimarios en caso de demostrarse su falta de certeza”. El Centro Directivo estima el recurso interpuesto por el notario, por comparación con la admisión de la atribución expresa de ganancialidad por ambos cónyuges, “debe igualmente admitirse que los cónyuges, con ocasión de la adquisición de determinado bien a tercero, puedan convenir que éste ingrese de manera directa y erga omnes en el patrimonio personal de uno de ellos a pesar de no haberse acreditado la privatividad de la contraprestación, siempre que dicho negocio conyugal atributivo (que mantiene su sustantividad y auto-nomía jurídica pese a su conjunción con el negocio adquisitivo) obedezca a una causa adecuada que justifique la no operatividad del principio de subrogación real (art. 1347.3.º CC) cual, por ejemplo, la previa transmisión gratuita de la contraprestación a favor del cónyuge adquirente, el derecho de reembolso al que se refiere el artículo 1358 del Código Civil, etc. Dicho negocio atributivo no debe confundirse con la confesión de privatividad, pues la virtualidad de ésta a efectos de la calificación del bien, sobre ser relativa en su ámbito subjetivo (art. 1324 CC), queda subordinada a la realidad o inexactitud del hecho confesado (vid. art. 1234 CC)”. Es decir, admite la inscripción de la privatividad que deriva sólo de la confesión del consorte, y también la que procede de los pactos de privatividad entre los cónyuges siempre que estén causalizados⁵¹; causa que basa en la conmutatividad

sinalagmática entre el carácter de lo adquirido y los fondos empleados en la adquisición, alegada por los cónyuges en la escritura pública⁵².

En el análisis del artículo 1354 del Código civil llama la atención la escasa litigiosidad que dicho precepto ha provocado, pudiendo justificarla en la aplicación del principio de subrogación real del artículo 1346.3.º en vez del artículo 1354 del Código civil.

En primer lugar, los cónyuges deben hacer constar en el momento de la adquisición la utilización de fondos privativos, pues de no hacerlo primaría la atribución legal de ganancialidad, y la posterior prueba de haber utilizado dinero privativo en la adquisición del bien no produciría la alteración de la calificación del bien mediante la atribución de cuota o parte indivisa correspondiente al valor de los fondos privativos aportados, sino que haría surgir el derecho de reembolso del artículo 1358 del Código civil⁵³.

En este sentido, cabe destacar el supuesto resuelto por las Sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos de 11 de abril de 2013 y de 14 de junio de 2018, la primera dictada en el procedimiento de formación de inventario y la segunda en el de liquidación de la sociedad de gananciales. Sin embargo, a pesar de los dos procedimientos incoados y de los años que las partes estuvieron litigando, los esposos siempre consideraron la vivienda de carácter ganancial, circunscribiendo el litigio a la cuantía del derecho de reembolso. En el caso enjuiciado, el marido había comprado de soltero en 1998 una vivienda pagando la entrada que ascendía a un tercio del precio, y financiando los dos tercios restantes con un préstamo hipotecario. Tres años después contrajo matrimonio, pagando los siguientes plazos con dinero ganancial. En octubre de 2007, vende la vivienda e ingresa el dinero en una cuenta corriente ganancial, que sirve para cancelar al día siguiente un crédito puente que el matrimonio había obtenido para pagar la entrada de otra vivienda familiar. Unos pocos meses después, en escritura pública, los cónyuges “compran y adquieren” la nueva vivienda y plaza de garaje abonándose el precio con el dinero de la cuenta corriente. Nótese que la entrada y el precio de esta segunda vivienda prácticamente coincidía con el precio obtenido de la venta de la primera vivienda. En ambos procedimientos se discutió la existencia y cuantía del derecho de reembolso, pues ambas partes estaban de acuerdo en el carácter ganancial de la segunda vivienda. Así, la primera sentencia determina que no todo el dinero obtenido de la venta de la primera vivienda era privativo, sino que una parte era ganancial, pues en aplicación del artículo 1357.2 del Código civil que remitía al artículo 1354, se había pagado con dinero privativo la entrada y los préstamos devengados antes de contraer matrimonio, pero los plazos posteriores se habían satisfecho con dinero ganancial. A pesar de que la segunda vivienda familiar se había comprado con dinero ganancial y con dinero privativo, no se había hecho constar este particular en el momento de la adquisición, por lo que no se aplica el artículo 1354 del Código civil, sino el artículo 1355.2 del Código civil, al considerar que los cónyuges habían comprado “en forma conjunta y sin atribución de cuotas”. Como consecuencia de todo ello, se estima el derecho de reembolso a favor del esposo por el valor actualizado de las cantidades abonadas en la adquisición de la vivienda ganancial, cuya cuantía según la sentencia de primera instancia deberá acordarse en ejecución de sentencia. Como no se llegó a un acuerdo en la cuantía del reembolso, fue el juzgado en un nuevo procedimiento quien fija la cantidad, que es confirmada por la sentencia de apelación de 14 de junio de 2018.

En definitiva, constante la sociedad de gananciales, la adquisición al contado con dinero en parte privativo y en parte ganancial tanto por un cónyuge como por los dos conjuntamente requiere que se haga constar ese hecho en el momento de la adquisición para que el bien se adquiriera por cuotas (art. 1354 CC). De no hacerlo así, prevalece la atribución legal de ganancialidad, bien sea la prevista en el artículo 1355.2 cuando ambos cónyuges adquieren conjuntamente, o la ganancialidad presunta cuando adquiere uno solo. La posterior prueba del carácter privativo del dinero empleado en la adquisición –habitualmente realizada al momento de la liquidación de la sociedad de gananciales– no provoca la alteración de la naturaleza del bien, sino que hace surgir el derecho de reembolso a favor del cónyuge aportante.

Sin embargo, aun cuando pudiera parecer que el artículo 1354 del Código civil en sí mismo no goza de virtualidad práctica en las adquisiciones al contado constante la sociedad de gananciales, la remisión que efectúa el artículo 1357.2 del mismo texto legal produce una aplicación –cada vez con más repercusión fáctica– del proindiviso de carácter ganancial y privativo, respecto de la vivienda familiar comprada con anterioridad a la sociedad de gananciales.

2. ADQUISICIÓN CON PRECIO APLAZADO ANTES DEL INICIO DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

El artículo 1357 del Código civil regula la compra con precio aplazado de bienes por un cónyuge antes de iniciar la sociedad de gananciales, en atención a que una vez constante la sociedad de gananciales los plazos pueden abonarse con dinero ganancial. Consta de dos párrafos, el primero con una regla general, y el segundo con una norma particular para el caso de compra de vivienda o ajuar familiares.

La regla general del primer párrafo considera privativos los bienes comprados por un cónyuge antes del inicio de la sociedad de gananciales, determinando la naturaleza del bien por el momento de la compra en estado de soltero “aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial”; es decir, el bien resulta privativo, incluso cuando el precio se satisface en su totalidad con dinero ganancial, ya sea porque el futuro cónyuge compra con precio aplazado un bien inmediatamente antes del inicio de la sociedad de gananciales, o porque se haya pactado un plazo de tiempo más dilatado para abonar el precio que coincide con la vigencia de la sociedad de gananciales⁵⁴.

El artículo 1357.1 del Código civil se separa de los preceptos precedentes en que los artículos 1354, 1355 y 1356 del Código civil se refieren a los bienes adquiridos –o que se adquieren–, mientras que en el artículo 1357.1 trata de los bienes comprados, lo que parece determinar que, para calificar como privativo un bien ex artículo 1357 del Código civil, resulta indiferente que se haya realizado la entrega (traditio), pues se atiende exclusivamente al plano obligacional con la exigencia del título (momento de perfeccionamiento del contrato), siendo suficiente con que uno de los futuros cónyuges realice una compraventa con precio aplazado⁵⁵. De tal modo que el bien tendrá naturaleza privativa si el contrato se perfeccionó (se compró) con anterioridad a la sociedad de gananciales⁵⁶.

La atribución del carácter privativo a un bien adquirido con precio aplazado antes de la sociedad de gananciales concuerda con la regla general de privatividad de los bienes pertenecientes a un cónyuge al comenzar la sociedad de gananciales (art. 1346.1.º CC). El bien será privativo por haberse adquirido por un cónyuge antes de la sociedad de

gananciales, sin perjuicio del derecho de reembolso que surge en todo caso a favor de la sociedad de gananciales por el valor actualizado de las cantidades abonadas con dinero ganancial para la compra de dicho bien (art. 1358 CC). Crédito por el importe actualizado de las cantidades satisfechas con dinero ganancial, que al momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, ingresa en el activo del inventario de conformidad con el artículo 1397.3.º del Código civil.

2.1. Adquisición de la vivienda o del ajuar familiares

El párrafo segundo del artículo 1357 de Código civil excluye la vivienda y el ajuar familiares de la regla general del carácter privativo de los bienes comprados por un solo cónyuge antes de la sociedad de gananciales⁵⁷. A estos bienes se aplica por remisión el criterio legal de la adquisición al contado durante la vigencia de la sociedad de gananciales del artículo 1354 del Código civil, es decir, la vivienda familiar (o el ajuar) adquirida con anterioridad a la sociedad de gananciales por precio aplazado no será privativa del cónyuge adquirente, sino que pertenecerá proindiviso al cónyuge adquirente y a la sociedad de gananciales en proporción a los pagos realizados⁵⁸.

La remisión al artículo 1354 del Código civil para determinar la naturaleza de la vivienda y el ajuar familiares adquiridos antes de la sociedad de gananciales con precio aplazado se introdujo de forma consciente durante la tramitación parlamentaria de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de reforma del Código civil. El Proyecto de Ley disponía en el artículo 1357.2 “se exceptúan la vivienda y ajuar familiares, respecto de los cuales se aplicará el artículo anterior”, y de acuerdo con el artículo 1356 de la redacción del Proyecto, la vivienda familiar sólo tendría carácter privativo si además de haberse satisfecho el primer pago con dinero privativo se hubiera pagado con dinero privativo la mitad del precio total. La modificación del texto del artículo 1356 del Código civil durante la tramitación parlamentaria tuvo como consecuencia que el párrafo segundo del artículo 1357 fuera rectificado motu proprio y a la vez que el artículo 1356 por la ponencia, suprimiendo la referencia al “artículo anterior” e incorporando la remisión al artículo 1354, consiguiendo la redacción definitiva⁵⁹. Y ello porque si se hubiera mantenido la referencia al artículo anterior, la vivienda familiar sería privativa siempre que el primer desembolso se hubiera pagado con dinero privativo (lo que sería habitual al adquirirse antes de la sociedad de gananciales). Así por coherencia –como explicaba la ponencia– se modificó la remisión del artículo 1357 a favor del proindiviso resultante del artículo 1354 del Código civil⁶⁰.

La adquisición de la vivienda y ajuar familiares con anterioridad a la sociedad de gananciales con precio aplazado corresponderá proindiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge adquirente en la proporción al valor de las aportaciones respectivas. Con la consiguiente incertidumbre que ello conlleva, dado que hasta que no se haya consumado el pago completo del bien no se conocerán las proporciones de los pagos privativos y gananciales. Esta regla parece contravenir la finalidad de las otras reglas de compra a plazos (arts. 1356 y 1357.1), más respetuosas con el principio de seguridad jurídica, pues permiten conocer el carácter del bien en el momento de su adquisición⁶¹.

En cambio, para conocer la naturaleza de la vivienda familiar adquirida antes de la sociedad de gananciales por uno de los cónyuges habrá que esperar hasta el pago íntegro del precio, ya que todos los pagos satisfechos (con dinero privativo o ganancial) son determinantes a efectos de conocer la naturaleza del bien⁶². El pago de los distintos plazos provoca el acrecimiento de la cuota en el bien proindiviso, y no genera derecho

de reembolso, pues el equilibrio de las masas se salvaguarda con la participación en cuota⁶³.

La situación de inseguridad jurídica durante la vigencia de la sociedad de gananciales que genera la sucesión de los pagos es evitada por la legislación hipotecaria, que incluye una especial regulación protectora en el artículo 91 párrafos segundo y tercero del Reglamento hipotecario⁶⁴. Establece que la vivienda familiar adquirida con precio aplazado antes de la sociedad de gananciales se inscribirá a nombre del cónyuge adquirente, pero se identificará en nota marginal la naturaleza ganancial o privativa del dinero empleado en el pago de los restantes plazos, y se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges para la determinación de la cuota indivisa de la vivienda familiar que haya de tener carácter ganancial –y por ende la de carácter privativo–, que también se practicará mediante nota marginal. El citado precepto cumple la función de dejar constancia del carácter proindiviso de la vivienda familiar cuando el propietario la había comprado en estado de soltero y contrae matrimonio en régimen de gananciales. De esta manera, durante la vigencia del régimen económico matrimonial queda constancia en el Registro de la Propiedad al poderse practicar en nota marginal la anotación de los sucesivos pagos realizados con dinero ganancial y/o privativo⁶⁵.

La aplicación del proindiviso en la adquisición por uno de los cónyuges con anterioridad a la sociedad de gananciales, de la que es o será la vivienda familiar, no requiere que la compra se realice con esa finalidad, solo que sea la vivienda familiar. Tampoco le afecta que la cantidad o porcentaje satisfecho por una de las masas sea exiguo o ilusorio. Así, acontece en el caso enjuiciado por las Sentencias de 7 de junio de 1996 y 16 de marzo de 2007, en las cuales la sociedad de gananciales había abonado un único plazo (por lo que la cuota ganancial del inmueble constituía el 1,557% del total).

En el asunto de autos, el esposo había comprado mucho antes de casarse por precio aplazado un inmueble que constituiría la vivienda familiar tras la celebración del matrimonio el 18 octubre 1988, habiéndose satisfecho con dinero ganancial un único pago, pues el esposo falleció cuatro meses después de casarse el 1 marzo 1989. Tras el fallecimiento, la viuda se trasladó a vivir con sus padres, siendo la madre del esposo quien satisfizo los restantes plazos. Trece años después, la madre del causante inicia un juicio voluntario de testamentaría, que la viuda consigue convertir en juicio ordinario, y que finaliza con la Sentencia de 7 de junio de 1996. Sentencia que reconoce el carácter proindiviso del inmueble, dado que había constituido la vivienda familiar durante los cuatro meses y medio que duró el matrimonio, determina la cuota ganancial en un 1,557% al haberse pagado un único plazo del precio con dinero ganancial, y el resto privativo del esposo⁶⁶. El Tribunal Supremo destaca que el artículo 1357.2 del Código civil, aunque es susceptible de críticas, debe ser aplicado cuando concurre el presupuesto legalmente exigido “en el cual no se fija más que en el dato de que la vivienda sea familiar”. Por Auto de 24 de abril de 1997, el Juzgado declaró terminado el juicio de menor cuantía, continuando el voluntario de testamentaría, en el que el Auto de 23 de febrero de 1999 cuantificó el derecho usufructuario de la viuda en 2.712.490 pesetas. Fallecida la madre del causante, sus herederos apelan este último Auto, recurso que la Audiencia estimó parcialmente, condenando al pago en metálico del usufructo viudal y del haber de la viuda en la liquidación de la sociedad de gananciales. Contra la decisión de apelación, la viuda presenta recurso de casación en el que solicita se le adjudique en la liquidación de la sociedad de gananciales la vivienda familiar, con base en que el artículo 1406 del Código civil establece que se incluya con preferencia en el

haber del cónyuge viudo la vivienda familiar ganancial. La Sentencia de 16 de marzo de 2007 desestima el recurso de casación con una argumentación que gira sobre dos ejes: en primer lugar, que el petitum es una cuestión ajena al ámbito del recurso de casación presentado, pues el procedimiento en curso es una testamentaria, y además que la sociedad de gananciales ya había sido liquidada, liquidación que había sido aceptada por ambas partes⁶⁷.

En suma, en el caso de la vivienda familiar adquirida antes de la sociedad de gananciales con precio aplazado se produce una alteración de la naturaleza del bien que no será privativo del cónyuge comprador, sino que corresponderá proindiviso a éste y a la sociedad de gananciales cuando al menos un plazo se hubiese satisfecho vigente la sociedad de gananciales. El precepto examinado resulta conforme con el principio “pro ganancialidad” inspirador del régimen de sociedad de gananciales, evitando que la vivienda pagada en parte con dinero ganancial sea exclusiva del cónyuge comprador por haberse comprado antes de la sociedad de gananciales.

2.2. Adquisición con préstamo hipotecario

Muy habitualmente la compra de la vivienda familiar por uno de los cónyuges antes del inicio de gananciales se produce mediante un préstamo hipotecario que grava la vivienda comprada, con lo que no se realiza con precio aplazado desde la posición del vendedor, ya que éste recibe por completo el precio de la compraventa gracias al préstamo hipotecario; préstamo cuyos plazos se satisfacen con fondos privativos antes de la sociedad de gananciales y, posteriormente con dinero ganancial.

Técnicamente la compra a plazos de un bien por parte de un cónyuge es un negocio diferente a la compra mediante una entidad financiera o préstamo, por medio de la cual el vendedor recibe el precio de la venta al contado, pago realizado por el cónyuge adquirente con el préstamo obtenido, surgiendo una obligación por parte del comprador frente a la entidad crediticia de abono a plazos periódicos del préstamo y de los intereses pactados. Sin embargo, desde el punto de vista de la sociedad de gananciales la diferencia se diluye, pues se adquiere un bien, y se van pagando cuotas a lo largo de un período de tiempo. Cuotas que en este caso no recibe el vendedor, sino la entidad financiera o prestamista⁶⁸. Esto no obstante, a los efectos del artículo 1357.2 del Código civil, la doctrina jurisprudencial ha equiparado la compra con préstamo hipotecario y la compra de un bien con precio aplazado, en atención a que para el comprador el precio queda aplazado en ambos supuestos, y en consecuencia entiende aplicable el artículo 1357.2, y la remisión al artículo 1354 del Código civil.

La primera Sentencia que establece la equiparación de la compra con préstamo hipotecario a la compra a plazos a los efectos de la calificación como bien proindiviso en la proporción de las aportaciones económicas, lleva por fecha el 31 de octubre de 1989, con la siguiente argumentación: “en aras de una justicia material rectamente entendida y superadora de ciertos excesos formalistas, propiciadora incluso del fraude de ley que podría suponer entender como decisivo y determinante el hecho formal de que quien compra una vivienda familiar en estado de soltería y en vísperas de contraer matrimonio, constituyendo al propio tiempo una hipoteca sobre aquél a pagar a lo largo de dicho matrimonio, pueda sostener, burlando el espíritu del párrafo 2.º del artículo 1357 que ese concreto bien, vivienda y ajuar familiares, es y sigue siendo privativo, pese a que las amortizaciones del crédito hipotecario constituido paralelamente se hagan efectivas en definitiva durante el matrimonio, resultando patentes en todo caso la

equiparación a estos efectos entre dichas amortizaciones de la hipoteca y los pagos de una compraventa a plazos”. En el supuesto enjuiciado, la vivienda familiar había sido comprada y gravada con un préstamo hipotecario por el esposo seis meses antes de contraer matrimonio, préstamo que fue amortizado con dinero ganancial. El Tribunal Supremo aplica el artículo 1357.2 del Código civil y confirma el carácter proindiviso, que a la liquidación de la sociedad de gananciales queda determinado en un 60,20% para el marido y el restante 39,80% para la mujer.

A pesar de que el préstamo hipotecario resulta diferente a una compra a plazos, el Tribunal Supremo ha fijado como doctrina jurisprudencial su equiparación, por cuanto la sociedad de gananciales hace frente a unos gastos determinantes para la adquisición de la vivienda familiar. Consecuentemente, resultan de aplicación los artículos 1357.2 y 1354 del Código civil a la compra de la vivienda familiar realizada por un cónyuge antes de contraer matrimonio mediante un préstamo, correspondiendo la vivienda en proindiviso al cónyuge comprador y a la sociedad de gananciales⁶⁹.

Esta doctrina jurisprudencial consolidada ha sido acogida por otros órganos como la Dirección General de los Registros y del Notariado –actualmente Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública– o la Dirección General de Tributos⁷⁰.

La Dirección General de los Registros y del Notariado considera aplicable la regla especial del artículo 1354 del Código civil a la vivienda familiar comprada antes de la sociedad de gananciales y gravada con un préstamo, y por tanto, reafirma el carácter proindiviso. Así ha consolidado la siguiente doctrina: “tratándose de la vivienda familiar, si se hubieran realizado pagos del precio aplazado de la misma con dinero ganancial, la titularidad privativa inicial habrá devenido –ex lege– con los desembolsos realizados, en el nacimiento de una comunidad romana por cuotas entre la sociedad de gananciales y los cónyuges titulares, en proporción al valor de las aportaciones respectivas (...) la relevancia que tiene para la vivienda familiar adquirida en estado de soltero el hecho de que se haya amortizado con fondos gananciales derivados de un préstamo hipotecario durante el matrimonio, lo que permite confirmar que es adecuada la conexión de los fondos gananciales empleados en la adquisición de la vivienda familiar con las adjudicaciones que en este caso se realizan con motivo de la liquidación de la sociedad de gananciales incluyendo la finca adquirida en el reparto de bienes que motiva dicha liquidación” (RRDGRN 27 julio 2015 y 9 septiembre 2015)⁷¹.

La Dirección General de Tributos ha asumido también esta doctrina y acoge la alteración de la titularidad de la vivienda familiar comprada por uno de los cónyuges antes del matrimonio con préstamo hipotecario que se abona durante la vigencia de la sociedad de gananciales. Ello puede observarse en la Resolución de 25 de octubre de 2002 (consulta 1595-02) al resolver si la esposa que había comprado la vivienda habitual en estado de soltera con préstamo hipotecario puede seguir deduciendo por adquisición de vivienda habitual el importe total amortizado de hipoteca, aunque se pague con dinero ganancial, y si el marido puede utilizar el saldo de su cuenta vivienda para el pago del préstamo, ya que es también su vivienda habitual. Para dar respuesta afirmativa a la consulta planteada, la Dirección General de Tributos acude a la normativa civil y, en concreto, a los artículos 1357.2 y 1354 del Código civil, confirma que según doctrina jurisprudencial los pagos efectuados para amortizar la hipoteca se equiparan con la compraventa a plazos, a efectos de la aplicación de la excepción contenida en el segundo párrafo del artículo 1357 caso de tratarse de la vivienda

familiar, “de lo dicho se desprende que la titularidad de la vivienda corresponde proindiviso al cónyuge consultante, en proporción al valor de las aportaciones realizadas antes del comienzo de la sociedad de gananciales y, a la propia sociedad, en la parte del precio satisfecha con fondos gananciales”[72](#).

La Dirección General de Tributos incide nuevamente en la calificación de la vivienda familiar, adquirida por uno de los cónyuges antes del matrimonio y gravada con un préstamo hipotecario, en la Resolución de 22 de noviembre de 2017 (consulta V3045-17), al analizar la deducción por inversión en vivienda habitual por el 50% de las aportaciones gananciales para el otro cónyuge. Reitera la remisión del artículo 1357.2 al artículo 1354 ambos del Código civil y, en consecuencia, estima el carácter proindiviso de la vivienda por las aportaciones del cónyuge con dinero privativo antes de contraer matrimonio y por las amortizaciones del préstamo que se satisfarán con dinero ganancial.

La aplicación a la vivienda familiar gravada con un préstamo hipotecario contraído únicamente por el cónyuge comprador de la regla de la compra a plazos plantea un problema adicional cuando no se ha pagado íntegramente el préstamo antes de la disolución de la sociedad de gananciales. Problema que converge en dos cuestiones interrelacionadas entre sí: quién debe seguir haciendo frente a los plazos no devengados cuando se disuelve la sociedad de gananciales, y cómo se determinan las cuotas proindiviso del bien[73](#).

En coherencia con la doctrina ya muy consolidada de que una vez disuelta la sociedad de gananciales el préstamo hipotecario no constituye una carga del matrimonio, sino una deuda personal del cónyuge que lo contrajo, se resuelve que las cuotas del préstamo hipotecario posteriores a la disolución de la sociedad de gananciales son personales del cónyuge adquirente y prestatario[74](#). Así, la jurisprudencia ha adoptado varias soluciones sin establecer un criterio objetivo y uniforme, con base en este principio ya pacífico.

Por un lado, considera que el montante de los plazos que restan por pagar se computarán (por adelantado) para la calificación de la vivienda familiar, engrosando la cuota privativa del cónyuge adquirente, a los efectos de la liquidación de la sociedad de gananciales. En consecuencia, en la liquidación de la sociedad de gananciales se determinan las cuotas de participación privativo-ganancial de la vivienda familiar, computando los plazos no devengados como privativos del cónyuge adquirente y acreciendo su cuota privativa, sin que tenga ningún otro reflejo en el activo o pasivo de la sociedad de gananciales[75](#).

Esta conclusión se acoge en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 29 de abril de 2010 al estimar el recurso de apelación declarando que la vivienda familiar adquirida por el esposo con anterioridad al matrimonio corresponde proindiviso al cónyuge adquirente y a la sociedad de gananciales por las cuotas devengadas y pagos o abonos destinados a la amortización del préstamo hipotecario realizados constante matrimonio; en cuanto a los plazos todavía no satisfechos tras la disolución de la sociedad de gananciales “se corresponden con el porcentaje privativo en el inmueble de aquél, único obligado a su abono”[76](#).

Por otro lado, se entiende que la vivienda familiar debe calificarse teniendo en cuenta las cuotas ya satisfechas, que determinarán el proindiviso a favor del cónyuge

comprador y de la sociedad de gananciales. De modo que los plazos no devengados al tiempo de la disolución de la sociedad de gananciales no alterarán la naturaleza del bien, sino que producen un crédito en el pasivo de la sociedad de gananciales a favor del cónyuge adquirente correspondiente a los restantes plazos que satisfará con su dinero privativo. Es decir, como la cuota ganancial (y también la privativa) se fija en el momento de la disolución de la sociedad de gananciales y los restantes plazos se satisfacen con dinero privativo, la sociedad de gananciales es deudora de la cuota que se le asignó en los plazos que restan por pagar⁷⁷.

Esta es la solución que adopta la Sentencia de 7 de junio de 1996 que fija la cuota ganancial de acuerdo con el pago realizado en un 1,557%. El fallo concluye que pertenece al activo la cuota del inmueble que se abonó con dinero ganancial y hace surgir en el pasivo una deuda por la misma cuota: “Dicha cuota, que se concretará en período de ejecución de sentencia, formará parte del activo de la sociedad de gananciales disuelta por el fallecimiento (del marido), y en su pasivo figurará la misma cuota en la deuda representada por el precio aplazado no satisfecho en el momento del fallecimiento”.

Igualmente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 17 de abril de 2009 concluye la aplicación del artículo 1357.2 con la remisión al 1354, por lo que la vivienda (VPO) y la plaza de aparcamiento compradas por el marido antes del matrimonio con préstamo hipotecario corresponde en proindiviso al cónyuge adquirente y a la sociedad de gananciales y “en esa misma proporción habrá de distribuirse la carga hipotecaria que aún resta por pagar a partir del dictado de la sentencia de divorcio”⁷⁸. El fallo estima el recurso de apelación “en el sentido de precisar en el pasivo del inventario de la misma que no se incluirá en el mismo la totalidad de la carga hipotecaria pendiente a la disolución del matrimonio, sino el correspondiente a la parte proporcional que pertenece la titularidad de la vivienda con plaza de aparcamiento a dicha sociedad de gananciales, y atribuir el crédito a favor del cónyuge pagador frente a dicha sociedad las cantidades abonadas por la carga hipotecaria atribuida a gananciales”.

Teniendo en cuenta que los precios de los inmuebles suelen revalorizarse, la primera solución beneficia al cónyuge adquirente, pues aunque le corresponde el pago de los restantes pagos, aumenta su cuota privativa del inmueble cuyo valor será mayor que el pago del montante restante del préstamo, además el acrecer su parte privativa facilita la adjudicación de la vivienda en la liquidación de la sociedad de gananciales.

2.3. Adquisición conjunta por ambos cónyuges

La regla del artículo 1357 del párrafo primero, como la del párrafo segundo respecto a la vivienda y al ajuar familiares se circunscribe a las compras celebradas por uno solo de los cónyuges. Sin embargo, resulta cada vez más frecuente que los futuros cónyuges adquieran conjuntamente –de novios o de pareja– la vivienda familiar en proindiviso y por mitades, con préstamo hipotecario suscrito por los dos⁷⁹. Préstamo que primero abonan ambos con dinero privativo y tras la celebración del matrimonio con dinero ganancial.

En caso de que ambos cónyuges compren conjuntamente por mitades con precio aplazado o con préstamo antes de la sociedad de gananciales cualquiera otros bienes diferentes a la vivienda y ajuar familiar, estos se calificarán de proindiviso privativo, sin

que se altere su naturaleza por el inicio de la sociedad de gananciales, aun cuando se paguen los restantes plazos con dinero ganancial⁸⁰.

Esto no obstante, cuando ambos cónyuges adquieren conjuntamente antes de la sociedad de gananciales la vivienda familiar con precio aplazado o con préstamo hipotecario, satisfaciéndose el precio en parte con dinero privativo de cada uno de ellos y en parte con dinero ganancial, se cuestiona si la vivienda familiar corresponde proindiviso a ambos cónyuges por mitades privativas de acuerdo con el artículo 1357.1 por ser adquirida por ambos, o si participa también la sociedad de gananciales por ser vivienda familiar de conformidad con la regla del artículo 1354 por remisión del 1357.2 del Código civil.

La doctrina mayoritariamente extiende a la compra conjunta por ambos cónyuges el artículo 1357.2 del Código civil, de modo que en caso de vivienda y ajuar familiares corresponde en proindiviso a cada uno de los cónyuges privativamente y a la sociedad de gananciales en proporción a las cuotas satisfechas⁸¹. Esta solución resulta más equilibrada cuando ambos cónyuges compran antes de la sociedad de gananciales con cuotas distintas –y no por mitades–, correspondiendo la vivienda en proindiviso a cada masa –privativa de un cónyuge, privativa del otro y ganancial– en la proporción al valor de las aportaciones respectivas. La cotitularidad privativa de ambos cónyuges y de la sociedad de gananciales en proporción a los fondos empleados para la adquisición de la vivienda familiar es compartida por la Sentencia de 23 de marzo de 1992, en cuyo supuesto las cuotas no aparecen determinadas, al entender que la vivienda familiar adquirida conjuntamente por ambos cónyuges antes de contraer matrimonio con precio aplazado corresponde proindiviso a la sociedad de gananciales y a los dos esposos en proporción al valor de sus aportaciones⁸².

Esta doctrina se reitera nuevamente por la Sentencia de 7 de julio de 2016 con mayor razón, pues en el caso enjuiciado se tuvo por probado que “la vivienda fue adquirida por ambas partes mediante escritura pública otorgada el día 5 de febrero de 1999, encontrándose solteros los adquirentes, en un porcentaje de participación de 23,25% para el (marido) y de 76,75% para la (esposa)”. El Tribunal Supremo, casando la sentencia de apelación, concluye que la vivienda corresponde proindiviso a la sociedad de gananciales y a cada uno de los cónyuges según sus respectivas aportaciones, “cuando la vivienda ha sido comprada conjuntamente por ambos esposos, antes de contraer matrimonio por precio aplazado, de forma que una parte del precio se pagó cuando aún eran solteros, con dinero privativo de ellos, y el resto durante el matrimonio y con dinero ganancial, corresponde proindiviso a la sociedad de gananciales y a los dos esposos en proporción al valor de las respectivas aportaciones, naturalmente si se trata de la vivienda familiar, por aplicación del artículo 1354 del Código civil en relación con el párrafo segundo de 1357 del mismo texto legal”.

La aplicación del artículo 1354 por remisión del artículo 1357.2 del Código civil, en el caso de que sean los dos cónyuges quienes adquieren la vivienda familiar antes de la sociedad de gananciales en proindiviso con cuotas diferentes, podría participar de la finalidad tuitiva que el legislador ha adoptado en las adquisiciones por un solo cónyuge en el artículo 1357.2 para proteger al cónyuge no adquirente, y esa protección podría ser extendida al cónyuge que adquiere la vivienda familiar con menor cuota, cuyos plazos se pagan durante la vigencia de la sociedad de gananciales con dinero ganancial.

Ahora bien, cuando la compra se hace proindiviso y por mitades, antes de contraer matrimonio, pagando ambos cónyuges en la misma proporción y, una vez celebrado el casamiento se satisfacen los restantes plazos con dinero ganancial, la posible aplicación del artículo 1357.2 y su remisión al artículo 1354 del Código civil ve reducida su virtualidad económica, aunque la existencia de una cuota de carácter ganancial genere un específico tratamiento procesal al momento de la división y liquidación de la sociedad de gananciales⁸³.

En efecto, la eventual participación de la sociedad de gananciales en una cuota indivisa de la vivienda familiar, inscrita a nombre de ambos en proindiviso privativo por mitades, añade la exigencia de que la división de la vivienda después de la disolución de la sociedad de gananciales debe realizarse de acuerdo con el procedimiento especial de liquidación del régimen de gananciales de los artículos 806 al 810 de la Ley de Enjuiciamiento civil⁸⁴. En este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de diciembre de 2012 y las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Jaén de 4 de abril de 2018 y de Granada de 12 de julio de 2013 estiman la inadecuación del procedimiento de división de la cosa común del artículo 400 del Código civil entablado por una de las partes, a favor de la liquidación de la sociedad de gananciales⁸⁵. Hay que hacer notar que en los casos enjuiciados no se había completado el pago del préstamo, por lo que además se cuestionaba la formación del pasivo de la sociedad de gananciales.

3. ADQUISICIÓN CON PRECIO APLAZADO VIGENTE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

La adquisición con precio aplazado vigente la sociedad de gananciales se regula en el artículo 1356 del Código civil, con una regla especial en el caso de que se abone con dinero privativo y con dinero ganancial. El Código civil hace depender su carácter privativo o ganancial de los fondos utilizados para el pago del primer desembolso. El primer plazo –o entrada– es el determinante, de manera que el bien será ganancial o privativo según el carácter que tenga tal aportación: si el primer pago se realizó con dinero privativo, el bien tendrá naturaleza privativa (con independencia del importe satisfecho y del dinero empleado en el pago de los restantes plazos); mientras que si el primer pago se realizó con dinero ganancial, el bien será ganancial.

En la misma línea, cuando en el primer plazo –o muchas veces en la entrada, que suele ser de cantidad mayor– se emplea dinero privativo y dinero ganancial, resultan aplicables conjuntamente los artículos 1354 y 1356 del Código civil⁸⁶, en tanto y cuanto el bien corresponderá proindiviso al cónyuge adquirente y a la sociedad de gananciales (art. 1354 CC), pero atendiendo únicamente a la correspondiente proporción de participación en el primer pago (art. 1356 CC), cualquiera que sea la naturaleza y proporción del dinero empleado en los demás desembolsos.

Ahora bien, el cónyuge que adquiere con precio aplazado abonando el primer pago con dinero privativo debe hacerlo constar en el momento de la adquisición y además debe probar el carácter privativo del dinero empleado, pues de no realizar esa manifestación o de no probarse la naturaleza privativa del primer desembolso, el bien se calificaría de ganancial (o el primer pago se presumiría ganancial arrastrando el bien entero a la ganancialidad)⁸⁷.

El carácter del resto de los desembolsos no tiene repercusión en la cuota del bien, pero determinan el derecho de reembolso o de crédito a favor de la sociedad de gananciales o del cónyuge adquirente por el importe actualizado de las cantidades satisfechas en la

adquisición del bien al tiempo de la liquidación (art. 1358 CC). Ello significa que si el primer plazo fue privativo, los sucesivos desembolsos con dinero ganancial no alteran la naturaleza del bien (que será privativo), pero generan un crédito a favor de la sociedad de gananciales; o, viceversa, si el primer plazo se satisfizo con dinero ganancial y los restantes (o parte de ellos) con dinero privativo, el bien será ganancial, debiendo incluirse en el pasivo de la sociedad de gananciales al tiempo de su liquidación el importe actualizado de las cantidades satisfechas con dinero privativo. Y cuando el primer pago se haya realizado con dinero privativo y ganancial conjuntamente, el resto de los plazos resultan indiferentes para determinar la cuota indivisa de carácter ganancial y privativa de uno o de ambos cónyuges, pero tendrán relevancia para determinar el derecho de reembolso que surja en la liquidación de la sociedad de gananciales a favor del cónyuge adquirente o de la sociedad de gananciales en relación con la cuota indivisa fijada por el primer plazo.

Este criterio de accesión económica⁸⁸ se separa de las reglas de ganancialidad y de privatividad contenidas en los artículos 1354 y 1357 del Código civil. No cabe achacar la diferencia del criterio al trámite parlamentario de la ley, pues el criterio del artículo 1356 del Proyecto de Ley ya se distinguía de los otros criterios recogidos en los referidos artículos. El texto originario del proyecto se inclinaba a favor de la ganancialidad del bien con una sencilla regla, el bien sería ganancial cuando el primer desembolso se realizase con dinero ganancial “aunque los plazos restantes se satisfagan con dinero privativo”⁸⁹. En cambio, con una redacción más oscura, el carácter privativo del bien no sólo requería que el primer desembolso se hubiese satisfecho con dinero privativo, sino que además exigía que al menos la mitad del precio hubiera sido satisfecho con dinero privativo.

El informe de la ponencia, con inspiración en la enmienda núm. 374 de la Minoría Catalana presentada por Miquel Roca, modificó el inciso final del precepto adquiriendo en ese momento la redacción definitiva⁹⁰. A pesar de que la ponencia afirmara que había aceptado la enmienda, el grupo de Minoría Catalana la reservó para debatirla en el pleno⁹¹, aunque finalmente el debate no tuvo lugar, por lo que el artículo 1356 entró en la misma votación de los artículos 1353 a 1367, aprobándose por una inmensa mayoría de 228 a favor y 3 abstenciones⁹². Así, se suprimió el requisito de la cuantía mínima del valor del bien que debía abonarse con fondos privativos, dejándose únicamente como criterio decisivo, con un perfecto equilibrio del carácter ganancial o privativo, la naturaleza del dinero que se emplea para el primer desembolso. Este criterio no exento de críticas tiene sin duda como gran ventaja que la naturaleza del bien queda determinada, prácticamente, desde el momento de su adquisición, según la naturaleza del pago del primer plazo⁹³.

La adquisición con precio aplazado por un cónyuge constante la sociedad de gananciales se beneficia de la doctrina jurisprudencial surgida a propósito del artículo 1357 del Código civil, que equipara a los efectos de la calificación de ganancialidad o de privatividad de los bienes, la adquisición con precio aplazado y la adquisición con préstamo hipotecario. Asimismo, se le puede aplicar *mutatis mutandi* lo ya expuesto sobre los plazos no devengados del préstamo a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales; momento en el que el préstamo es una deuda del cónyuge prestatario, por lo que se hace cargo con sus fondos privativos. En el caso de que el bien tuviera carácter ganancial, se mantendría esa calificación, pero surgiría un crédito en el pasivo de la sociedad de gananciales a favor del cónyuge adquirente correspondiente a

los plazos restantes, que satisfará con su dinero privativo. Si el bien es privativo, el resto de pagos no devengados del préstamo son de cargo del cónyuge propietario y prestatario, no generan reembolso y carecen de efectos en el inventario de la sociedad de gananciales.

La regla prevista en el artículo 1356 del Código civil no distingue respecto a la vivienda y ajuar familiares, tal y como acontece en el artículo 1357, que meritan un tratamiento tuitivo especial, por lo que no termina de encajar con otros preceptos de la sociedad de gananciales, planteándose varios interrogantes sobre la razón del diferente tratamiento, pues si la vivienda familiar fue comprada en estado de soltero antes de iniciar la sociedad de gananciales corresponderá proindiviso al cónyuge comprador y a la sociedad de gananciales en proporción al valor de las cuotas satisfechas (sin generarse un derecho de reembolso); mientras que la vivienda familiar comprada constante la sociedad será privativa si el primer pago se realizó con fondos privativos, generando un derecho de reembolso a favor de la sociedad de gananciales por los pagos realizados⁹⁴.

La adquisición de la vivienda familiar con precio aplazado constante la sociedad de gananciales no debería ser tratada de una manera más perjudicial que la adquirida antes de contraer matrimonio e iniciar la sociedad de gananciales. En este sentido, la doctrina mayoritaria está conforme con que la vivienda y el ajuar familiares requieren un régimen específico, no pudiéndose someter a la regla general del artículo 1356 del Código civil⁹⁵; sin embargo, no hay unanimidad en cuál debería ser la solución. Por un lado, se defiende una unificación de criterios con los artículos 1357 y 1354 del Código civil, y en consecuencia, la aplicación de un proindiviso en proporción al valor de las aportaciones respectivas, que incluso se extiende a cualquier bien y no solo a la vivienda familiar⁹⁶. Por otro, se respalda mantener el criterio del carácter del primer desembolso en el supuesto de que sea ganancial, a favor del carácter ganancial; y aplicar la alteración de la naturaleza del bien a favor de un proindiviso en el supuesto de que el primer desembolso sea privativo⁹⁷. Esta segunda solución resultaría conforme con el principio de “pro ganancialidad” latente en el régimen legal de sociedad de gananciales⁹⁸.

Asimismo, esta segunda argumentación concordaría con la regla especial del artículo 1357.2 del Código civil que establece una regla especial a favor de la ganancialidad de la vivienda familiar por los pagos realizados durante la sociedad de gananciales, pues de aplicarse la regla general la vivienda siempre sería privativa al haberse comprado antes de la sociedad de gananciales.

Refuerza esta opinión la obligación o responsabilidad de la sociedad de gananciales con respecto a los plazos devengados de la compra de la vivienda familiar con precio aplazado o del préstamo hipotecario, con independencia de que el bien sea privativo o ganancial, pues es una carga de la sociedad de gananciales el atender a las necesidades de la familia y, claro está, la vivienda es una de ellas (para cubrir las necesidades de habitación de la familia)⁹⁹.

Conforme a lo expuesto, a nuestro parecer, encajaría mejor con la responsabilidad de la sociedad de gananciales para atender las necesidades de la familia y con el principio de ganancialidad, en consonancia con la regla especial del artículo 1357.2 del Código civil, que constante la sociedad de gananciales la adquisición de la vivienda familiar tuviera

carácter ganancial, generando un derecho de reembolso por los pagos abonados con dinero privativo.

Por último, llama la atención el exiguo número de supuestos de adquisiciones a plazos vigente la sociedad de gananciales por un solo cónyuge llegados a nuestros tribunales. La escasa jurisprudencia sobre la aplicación del artículo 1356 del Código civil se puede deber a que constante la sociedad de gananciales, las compras a plazos se realizan conjuntamente por ambos cónyuges o, por lo menos, a que en la contratación de un préstamo hipotecario por una persona casada, las entidades financieras requieren la firma de los dos cónyuges, convirtiéndose ambos en prestatarios.

En caso de que sean los dos cónyuges quienes adquieren constante la sociedad de gananciales conjuntamente con precio aplazado, la calificación del bien se independiza del criterio del primer desembolso, calificándose de ganancial, salvo que adquieran con atribución de cuotas (arts. 1355.2 y 1354), y siempre sin perjuicio del derecho de reembolso¹⁰⁰. La Sentencia de 1 de junio de 2006 es un ejemplo de ello: la cuestión litigiosa se plantea con motivo del abono del préstamo por parte del marido después de la disolución de la sociedad de gananciales por sentencia de separación de los cónyuges, que demandaba la parte indivisa del bien correspondiente a las aportaciones satisfechas con su dinero (arts. 1354 y 1356 CC). El Tribunal Supremo entiende que el bien tenía carácter ganancial por el artículo 1347.3.º del Código civil, y que correspondía al marido un derecho de reembolso por el valor actualizado de los importes satisfechos.

Otro buen ejemplo de dotación de ganancialidad a la vivienda familiar incardinada en lo preceptuado en el artículo 1356 del Código civil, aunque no provenga del ámbito civilista, lo constituye la Resolución de la Dirección General de Tributos de 8 de noviembre de 2016 (consulta V4723-16). El consultante había adquirido una vivienda familiar constante el matrimonio, pagado una parte en metálico con dinero privativo en el momento de la compra, y financiado el resto del precio mediante un préstamo hipotecario, que se amortizó con dinero ganancial. La consulta está motivada porque el cónyuge comprador quiere realizar un proindiviso en escritura y otorgar carácter ganancial a la parte de la vivienda pagada con el préstamo hipotecario, por lo que solicita la tributación de la operación¹⁰¹.

IV. CONSIDERACIÓN FINAL

En suma, la regulación del régimen de sociedad de gananciales dota de una mayor autonomía privada a los cónyuges y, en defecto de voluntad en contrario, mantiene el principio de “pro ganancialidad” y la atribución legal de ganancialidad a los bienes adquiridos constante la sociedad de gananciales, salvo que el cónyuge o los cónyuges adquirentes manifiesten adquirir con atribución de cuotas (tal y como aparece en el art. 1355.2 o en el art. 1354 CC).

La atribución expresa, tácita o presunta de ganancialidad genera un derecho de reembolso a favor del cónyuge que emplea dinero privativo para la adquisición de dichos bienes gananciales; derecho de reembolso que resulta más adecuado con el principio de equilibrio de las masas matrimoniales. Esto ha provocado la unificación de los efectos de la atribución de ganancialidad cualquiera que sea su forma (convencional o legal), de tal modo que la prueba posterior del dinero privativo empleado no altera la naturaleza del bien (que será ganancial), sino que implica un derecho de reembolso a

favor del cónyuge que aportó dinero privativo, sin que la reserva del reembolso en el momento de la adquisición resulte preceptiva.

La adquisición por uno o ambos cónyuges con atribución de cuotas produce un proindiviso regulado en el artículo 1354 del Código civil que deriva del principio de subrogación real consagrado en el apartado tercero de los artículos 1346 y 1347 del Código civil. Esta atribución en proindiviso se refuerza con la regla específica contemplada en el artículo 1357.2 del Código civil que altera la naturaleza de la vivienda familiar adquirida antes de la sociedad de gananciales, pasando de ser privativa del cónyuge comprador a pertenecer proindiviso a éste y a la sociedad de gananciales en proporción a las cuotas satisfechas. En este caso, dado que la vivienda familiar se ha comprado antes de la sociedad de gananciales, se conserva el carácter privativo respecto a los pagos anteriores al régimen de gananciales (en proporción a la aportación privativa), reconociéndose a la sociedad de gananciales una cuota de participación.

Estos principios tropiezan sin justificación con la excepción contemplada en el artículo 1356 del Código civil, según la cual cuando el bien se adquiere con precio aplazado constante la sociedad de gananciales, el bien tendrá naturaleza privativa o ganancial según los fondos empleados en el primer plazo. Se trata de un precepto claro y vigente, que sin embargo, la jurisprudencia se resiste a aplicar y los propios cónyuges a solicitar, en ambos casos a favor del carácter ganancial del bien y del consiguiente reembolso al cónyuge que satisfizo algún plazo con dinero privativo.

Por todo ello, tanto la atribución de ganancialidad legal y convencional, como las adquisiciones constantes la sociedad de gananciales realizadas por uno o ambos cónyuges (con excepción del art. 1356 CC), transcurren por sendas paralelas en pro de la ganancialidad de los bienes adquiridos y del reconocimiento del reembolso a favor del cónyuge que aporta dinero privativo, salvo que la adquisición se realice expresamente con atribución de cuotas.

V. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO CIVIL)

Sentencia de 31 de octubre de 1989 (RJ 1989, 7038).

Sentencia de 8 de febrero de 1991 (RJ 1991, 1156).

Sentencia de 23 de marzo de 1992 (RJ 1992, 2224).

Sentencia núm. 54/1993 de 8 de febrero de 1993 (RJ 1993, 688).

Sentencia núm. 372/1993 de 7 de abril de 1993 (RJ 1993, 2992).

Sentencia núm. 711/1994 de 18 de julio de 1994 (RJ 1994, 6447).

Sentencia núm. 905/1994 de 18 de octubre de 1994 (RJ 1994, 77229).

Sentencia núm. 1199/1994 de 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10330).

Sentencia de 7 de julio de 1995 (RJ 1995, 5569).

Sentencia núm. 158/1996 de 8 de marzo de 1996 (RJ 1996, 1939).

Sentencia de 7 de junio de 1996 (RJ 1996, 4826).

Sentencia núm. 556/1996 de 2 de julio de 1996 (RJ 1996, 5550).

Sentencia núm. 652/1996 de 24 de julio de 1996 (RJ 1996, 6052).

Sentencia núm. 1003/1996 de 30 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 8582).

Sentencia núm. 1085/1996 de 16 diciembre de 1996 (RJ 1996, 9020).

Sentencia de 7 de abril de 1997 (RJ 1997, 2741).

Sentencia núm. 839/1997 de 29 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6825).

Sentencia núm. 210/1998 de 9 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1268).

Sentencia núm. 426/1999 de 17 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3349).

Sentencia núm. 313/2000 de 3 de abril de 2000 (RJ 2000, 2341).

Sentencia núm. 842/2000 de 19 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 8122).

Sentencia núm. 1082/2000 de 20 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 9346).

Sentencia núm. 1150/2000 de 18 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 10396).

Sentencia núm. 847/2001 de 25 de septiembre de 2001 (RJ 2001, 8152).

Sentencia núm. 157/2002 de 26 de febrero de 2002 (RJ 2002, 2050).

Sentencia núm. 358/2002 de 17 de abril de 2002 (RJ 2002, 3293).

Sentencia núm. 1157/2002 de 4 de diciembre de 2002 (RJ 2002, 10423).

Sentencia (Sección 1.ª) núm. 1223/2003 de 22 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 9203).

Sentencia (Sección 1.ª) núm. 969/2004 de 8 de octubre de 2004 (RJ 2004, 5993).

Sentencia (Sección 1.ª) núm. 373/2005 de 25 de mayo de 2005 (RJ 2005, 6361).

Sentencia (Sección 1.ª) núm. 563/2006 de 1 de junio de 2006 (RJ 2006, 3060).

Sentencia (Sección 1.ª) núm. 1111/2006 de 3 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 9430).

Sentencia (Sección 1.ª) núm. 1216/2006 de 29 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 10030).

Sentencia (Sección 1.ª) núm. 354/2007 de 16 de marzo de 2007 (RJ 2007, 1861).

Sentencia (Sección 1.ª) de 27 de noviembre de 2007 (RJ 2008, 29).

Sentencia (Sección 1.ª) núm. 991/2008 de 5 de noviembre de 2008 (RJ 2009, 3).

Sentencia (Sección 1.ª) núm. 188/2011 de 28 de marzo de 2011 (RJ 2011, 939).

Sentencia (Sección 1.ª) núm. 713/2012 de 26 de noviembre de 2012 (RJ 2013, 186).

Sentencia (Sección 1.ª) núm. 340/2012 de 31 de mayo de 2012 (RJ 2012, 6550).

Sentencia (Sección 1.ª) núm. 206/2013 de 20 de marzo de 2013 (RJ 2013, 4936).

Sentencia (Sección 1.ª) núm. 72/2014 de 17 de febrero de 2014 (RJ 2014, 918).

Sentencia (Sección 1.ª) núm. 465/2016 de 7 de julio de 2016 (RJ 2016, 3722).

Sentencia (Sección 1.ª) núm. 516/2016 de 21 de julio de 2016 (RJ 2016, 3214).

Sentencia (Sección 1.ª) núm. 498/2017 de 13 de septiembre de 2017 (RJ 2017, 3915).

Sentencia (Sección 1.ª) núm. 246/2018 de 24 de abril de 2018 (RJ 2018, 1599).

Sentencia (Sección Pleno) núm. 295/2019 de 27 de mayo de 2019 (RJ 2019, 2143).

Sentencia (Sección 1.ª) núm. 327/2019 de 6 de junio de 2019 (RJ 2019, 2738).

Sentencia (Sección 1.ª) núm. 415/2019 de 11 de julio de 2019 (RJ 2019, 2797).

Sentencia (Sección 1.ª) núm. 583/2019 de 5 de noviembre de 2019 (RJ 2019, 4466).

Sentencia (Sección 1.ª) núm. 10/2020 de 15 de enero de 2020 (RJ 2020, 649).

Sentencia (Sección 1.ª) núm. 657/2019 de 11 de diciembre de 2019 (RJ 2019, 5212).

Sentencia (Sección 1.ª) núm. 78/2020 de 4 de febrero de 2020 (RJ 2020, 80).

Sentencia (Sección 1.ª) núm. 87/2020 de 6 de febrero de 2020 (RJ 2020, 326).

Sentencia (Sección 1.ª) núm. 98/2020 de 12 de febrero de 2020 (RJ 2020, 374).

Sentencia (Sección 1.ª) núm. 138/2020 de 2 de marzo de 2020 (RJ 2020, 599).

Sentencia (Sección 1.ª) núm. 216/2020 de 1 de junio de 2020 (RJ 2020, 1342).

Sentencia (Sección 1.ª) núm. 571/2020 de 3 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4213).

Sentencia (Sección 1.ª) núm. 591/2020 de 11 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4250).

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Sentencia de Navarra (Sala de lo Civil y Penal) núm. 29/2002 de 27 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 2214).

Sentencia de Navarra (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.^a) núm. 5/2005 de 7 de junio de 2005 (RJ 2005, 4961).

Sentencia de Aragón (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.^a) núm. 2/2006 de 27 de febrero de 2006 (RJ 2006, 3861).

Sentencia de Navarra (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.^a) núm. 8/2012 de 17 de abril de 2012 (RJ 2012, 11224).

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencia de Almería (Sección 1.^a) de 19 de febrero de 2003 (AC 2003, 586).

Sentencia de Asturias (Sección 5.^a) de 27 de junio de 2003 (JUR 2003, 268960).

Sentencia de Barcelona (Sección 2.^a) de 24 de octubre de 2003 (JUR 2003, 259958).

Sentencia de León (Sección 2.^a) de 11 de febrero de 2004 (AC 2004, 557).

Sentencia de Alicante (Sección 4.^a) de 17 de noviembre de 2004 (JUR 2005, 87136).

Sentencia de Burgos (Sección 2.^a) de 19 de octubre de 2005 (JUR 2006, 6024).

Sentencia de Murcia (Sección 5.^a) de 11 de septiembre de 2007 (JUR 2008, 60767).

Sentencia de Málaga (Sección 6.^a) de 17 de abril de 2009 (JUR 2009, 378828).

Sentencia de Alicante (Sección 9.^a) de 5 de marzo de 2010 (JUR 2010, 208474).

Sentencia de Pontevedra (Sección 3.^a) de 29 de abril de 2010 (JUR 2010, 202596).

Sentencia de Valladolid (Sección 1.^a) de 1 de octubre de 2010 (JUR 2010, 391851).

Sentencia de Álava (Sección 1.^a) de 16 de febrero de 2011 (JUR 2011, 295856).

Auto de Madrid (Sección 9.^a) de 17 de diciembre de 2012 (JUR 2013, 39730).

Sentencia de Ourense (Sección 1.^a) de 17 de enero de 2013 (JUR 2013, 54103).

Sentencia de Málaga (Sección 6.^a) de 4 de marzo de 2013 (JUR 2013, 304825).

Sentencia de Burgos (Sección 2.^a) de 11 de abril de 2013 (JUR 2013, 179359).

Sentencia de Madrid (Sección 24.^a) de 27 de mayo de 2013 (JUR 2013, 209768).

Sentencia de Granada (Sección 4.^a) de 12 de julio de 2013 (JUR 2013, 329395).

Sentencia de Madrid (Sección 22.^a) de 25 de octubre de 2013 (JUR 2014, 4844).

Sentencia de Málaga (Sección 6.^a) de 30 de octubre de 2013 (JUR 2014, 17962).

Sentencia de Guipúzcoa (Sección 2.^a) de 26 de junio de 2014 (JUR 2014, 266918).

Sentencia de A Coruña (Sección 6.^a) de 16 de febrero de 2015 (JUR 2015, 94670).

Sentencia de Granada (Sección 5.^a) de 10 de julio de 2015 (JUR 2015, 222944).

Sentencia de León (Sección 1.^a) de 21 de junio de 2016 (JUR 2016, 184586).

Sentencia de Valladolid (Sección 3.^a) de 14 de junio de 2016 (JUR 2016, 185945).

Sentencia de Córdoba (Sección 1.^a) de 16 de septiembre de 2016 (JUR 2016, 262283).

Sentencia de Madrid (Sección 22.^a) de 12 de mayo de 2017 (JUR 2017, 176986).

Sentencia de Guadalajara (Sección 1.^a) de 28 de julio de 2017 (JUR 2017, 231588).

Sentencia de Álava (Sección 1.^a) de 2 de noviembre de 2017 (JUR 2018, 24115).

Sentencia de Sevilla (Sección 2.^a) de 21 de diciembre de 2017 (JUR 2018, 83502).

Sentencia de Jaén (Sección 1.^a) de 4 de abril de 2018 (JUR 2018, 219612).

Sentencia de Burgos (Sección 2.^a) de 14 de junio de 2018 (JUR 2018, 238671).

Auto de Granada (Sección 5.^a) de 7 de diciembre de 2018 (JUR 2018, 239625).

Sentencia de Lugo (Sección 1.^a) de 15 de abril de 2020 (JUR 2020, 154639).

Sentencia de Asturias (Sección 6.^a) de 8 de mayo de 2020 (JUR 2020, 181627).

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Resolución de 17 de octubre de 1979 (RJ 1979, 3463).

Resolución de 10 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2468).

Resolución de 21 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4456).

Resolución de 13 de febrero de 1999 (RJ 1999, 628).

Resolución de 7 de diciembre de 2000 (RJ 2001, 2580).

Resolución de 8 de mayo de 2008 (RJ 2008, 3153).

Resolución de 29 de marzo de 2010 (RJ 2010, 2375).

Resolución de 31 de marzo de 2010 (RJ 2010, 2500).

Resolución de 4 de octubre de 2010 (RJ 2010, 5274).

Resolución núm. 13680/2011 de 13 de abril de 2011 (RJ 2015, 5076).

Resolución núm. 6524 de 11 de abril de 2012 (RJ 2012, 7742).

Resolución núm. 5951 de 29 de febrero de 2012 (RJ 2012, 5968).

Resolución núm. 8714/2012, de 4 de junio de 2012 (RJ 2012, 7951).

Resolución núm. 9310, de 8 de junio de 2012 (RJ 2012, 10045).

Resolución núm. 1001/2014 de 19 de diciembre de 2013 (RJ 2013, 8297).

Resolución núm. 6986/2014 de 8 de mayo de 2014 (JUR 2014, 185633).

Resolución núm. 11523/2014 de 8 de octubre de 2014 (RJ 2014, 5521).

Resolución núm. 8106/2014 de 26 de junio de 2014 (RJ 2014, 4472).

Resolución núm. 10956/2014 de 29 de septiembre de 2014 (RJ 2014, 5501).

Resolución núm. 9013/2015 de 30 de junio de 2015 (RJ 2015, 4434).

Resolución núm. 10456/2015 de 27 de julio de 2015 (RJ 2015, 4440).

Resolución núm. 10540/2015 de 9 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 4263).

Resolución núm. 13712/2015 de 24 de noviembre de 2015 (RJ 2015, 6475).

Resolución núm. 5506/2016 de 11 de mayo de 2016 (RJ 2016, 3020).

Resolución núm. 12556/2018 de 30 de julio de 2018 (RJ 2018, 3887).

Resolución núm. 16307/2018 de 7 noviembre 2018 (RJ 2018,4852).

Resolución núm. 3535/2019 de 14 de febrero de 2019 (RJ 2019, 754).

Resolución núm. 13612/2019 de 24 de julio de 2019 (RJ 2019, 3699).

DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA

Resolución de 26 de febrero de 2020 (RJ 2020, 2943).

Resolución de 12 de junio de 2020 (RJ 2020, 3382).

Resolución de 15 de septiembre de 2020 (RJ 2020, 3674).

DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS

Resolución de 25 de octubre de 2002 (consulta 1595-02) (JT 2003, 144).

Resolución de 5 de diciembre de 2003 (consulta 2089-03) (JT 2004, 162).

Resolución de 15 de enero de 2004 (consulta 0037-04) (JUR 2004, 85747).

Resolución de 19 de abril de 2010 (consulta V0736-10) (JT 2010, 652).

Resolución de 9 de marzo de 2012 (consulta V0529-12) (JUR 2012, 141835).

Resolución de 8 de noviembre de 2016 (consulta V4723-16) (JUR 2017, 19008).

Resolución de 3 de abril de 2017 (consulta V0826-17) (JT 2017, 709).

Resolución de 22 de noviembre de 2017 (consulta V3045-17) (JUR 2018, 8662).

Resolución de 23 de febrero de 2018 (consulta V0513-18) (JUR 2018, 93124).

* El apartado II dedicado a la atribución de ganancialidad ha sido trabajado por Gago Simarro, y el apartado III relativo a la adquisición con dinero en parte privativo y en parte ganancial por Sanciónena Asurmendi.

1. Así lo manifestaban las SSTs 8 febrero 1991, 7 junio 1996, 29 septiembre 1997, y en especial recientemente las SSTs 11 diciembre 2019, 4 febrero 2020 y 1 junio 2020. En esta última, el Tribunal Supremo recuerda que “hemos afirmado que el mero hecho de ingresar dinero privativo en una cuenta conjunta no permite atribuirle carácter ganancial”. Plantea como un supuesto específico de atribución unilateral de ganancialidad el ingreso de dinero privativo en cuenta común del matrimonio y posterior adquisición de un bien. A tenor de la doctrina jurisprudencial, el hecho de que se deposite una determinada suma de dinero en una cuenta corriente que sea de titularidad conjunta de los dos esposos no implica necesariamente que el numerario haya de ser considerado como ganancial, ni determina, por sí sólo, la existencia de un condominio y menos por partes iguales sobre dicho saldo de los dos titulares indistintos de la cuenta. Así lo reitera CABEZUELO ARENAS al declarar que “inferir la existencia de una aportación gratuita al acervo ganancial de la sola orden de ingreso en cuenta compartida con el otro cónyuge es una conclusión inaceptable. Por decisión unilateral de uno de los esposos no se altera la cualidad de los bienes o derechos” (“Del simple hecho de ingresar dinero privativo en cuenta compartida con el otro cónyuge no cabe inferir atribución de ganancialidad ni aportación gratuita a favor del consorcio. Comentario a la STS de 1 de junio de 2020”, RAD, núm. 8, 2020, BIB 2020, 35393, p. 8).

2. En opinión de DE LOS MOZOS en los arts 1355 a 1357 CC “se manifiesta con diversa intensidad el reconocimiento por parte del Código de la autonomía de la voluntad de los cónyuges para determinar la condición de los bienes del matrimonio” (“Comentario al artículo 1358 del Código Civil”, en Comentarios al Código Civil, t. XVIII, vol. II, Madrid, 1984, p. 185).

3. En este sentido, la STS 8 marzo 1996 reconoce que dado el momento de adquisición de los bienes en litigio (1974 y 1976), la mera voluntad de los cónyuges no podía

haberles atribuido por el carácter ganancial, tal y como la sentencia de apelación había fallado, con aplicación del nuevo artículo 1355 del Código civil. El Tribunal Supremo felicita al recurrente por sus alegaciones: “En el desarrollo se realiza un loable estudio de la subrogación real y del equilibrio de las masas patrimoniales, afirmándose, también con acierto, que el mecanismo subrogatorio proclamado por el Código civil en su art. 1396, antes de la reforma de 1981, se concebía con un carácter totalmente objetivo y, desde luego, de modo tal que la voluntad de los cónyuges no podía provocar trasvases de una masa patrimonial hacia otra: el eventual traspaso (...) no sólo carecía de la menor cobertura legal sino que además resultaba claramente impedido por la expresa prohibición de donaciones y compraventas entre cónyuges. Con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma de 13 de mayo de 1981, en suma, ni los cónyuges podían válidamente transferir un bien de una masa patrimonial a otra ni atribuir a un bien privativo el carácter de ganancial o viceversa”. Sin embargo, concluye que el recurrente no ha destruido convenientemente la presunción de ganancialidad. Además y a propósito de la no rastreabilidad del dinero (más propia de los tiempos anteriores a la irrupción de la informática en el ámbito bancario) declara: “La apertura de cuentas corrientes y los pagos hechos contra ellas sólo podrían tener carácter fehaciente si, justificado el ingreso del dinero privativo, carecieren de cualquier otro movimiento en ingresos y pagos”.

4. En este sentido, véase, BERROCAL LANZAROT, A. I., “La sociedad de gananciales: confesión de ganancialidad, atribución voluntaria de la ganancialidad y derecho de reembolso”, RCDI, núm. 781, 2020, pp. 3045-3099; GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A., La determinación voluntaria de la naturaleza ganancial o privativa de los bienes conyugales, Dykinson, Madrid, 2002; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., El régimen de gananciales, Thomson-Reuters, Pamplona, 2017, pp. 122-139; REBOLLEDO VARELA, A. L., “Comentario al artículo 1355 del Código Civil”, en “Comentario a los artículos 1344 a 1410 del Código Civil”, en Comentarios al Código Civil, t. XII, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9579-9594; RIBERA PONT, M. C., “La atribución de ganancialidad del artículo 1.355 del Código Civil”, RCDI, núm. 559, 1983, pp. 1413-1433; SERRANO FERNÁNDEZ, M., “Comentario al artículo 1355 del Código Civil”, en “Comentario a los artículos 1344 a 1361 del Código Civil”, en Código Civil comentado, vol. III, Thomson-Reuters, Pamplona, 2011, pp. 987-990.

5. De acuerdo con MECO TÉBAR resulta suficiente que ambos cónyuges declaren que adquieren el bien para la sociedad de gananciales (“Los acuerdos entre cónyuges como mecanismo para atribuir la condición de ganancial a bienes privativos: los planes de pensiones. Comentario a la STS núm. 327/2019, de 6 de junio”, Revista Boliviana del Derecho, núm. 29, 2020, pp. 546-547).

6. La atribución de ganancialidad no se circunscribe a los bienes que se adquieren en su totalidad con dinero privativo, sino que también cabe la atribución de ganancialidad a un bien que se adquiere en parte con dinero privativo y en parte con dinero ganancial, y que hubiera sido proindiviso en virtud del artículo 1354 CC, de no haber recaído la atribución expresa de ganancialidad, que lo ha convertido en un bien enteramente ganancial.

7. GIMÉNEZ DUART entiende que “el negocio en sí podrá concluirse por uno sólo de los esposos, que manifestará su voluntad de atribuir al bien carácter ganancial, lo cual consentirá su consorte. Es decir, el común acuerdo hay que referirlo a la atribución de

ganancialidad no al negocio que vaya a ser concluido por ambos cónyuges con el transmitente” (“Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981”, RCDI, núm. 548, 1982, p. 121). Comparte esta opinión PEREÑA VICENTE al afirmar que “la adquisición podrá llevarse a cabo por uno solo de los cónyuges, pero la atribución de ganancialidad deberá efectuarse por ambos” (Masas patrimoniales en la sociedad de gananciales: transmisión de su titularidad y gestión entre cónyuges, Dykinson, Madrid, 2004, p. 112).

8. En opinión de MARTÍN MELÉNDEZ el acuerdo de voluntades debe realizarse con anterioridad o coetáneo al momento de adquisición del bien sin que sea posible que el acuerdo pueda recaer en un momento posterior (La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales, McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 388).

Por su parte, BERROCAL LANZAROT admite que no resulta necesario que “el consentimiento se preste simultáneamente y en el mismo negocio de adquisición, pues, puede suceder que en el mismo momento de la adquisición concorra la voluntad del cónyuge adquirente y en un momento posterior el consentimiento o aceptación del otro cónyuge. Si bien, mientras esta declaración de voluntad no concorra, no producirá efectos la atribución convencional de la ganancialidad. Una vez, se otorgue aquella, adquiere de modo definitivo el bien su carácter ganancial” (“La sociedad...”, cit., p. 3057).

9. Como pone de manifiesto REBOLLEDO VARELA en el caso de que la atribución no se realice en el mismo momento de la adquisición, “con fundamento en la libertad de contratación entre cónyuges del art. 1323 CC, la doctrina mayoritaria admite que el acuerdo pueda ser posterior a la adquisición de un bien que es privativo de uno de los cónyuges (...) mediante su aportación a la sociedad conyugal lo que, por otra parte, es frecuente en la práctica notarial (...) Cuando el pacto es posterior a la adquisición no es una cuestión de aplicación del art. 1355 CC sino que lo ampara el art. 1323 CC por lo que la atribución de ganancialidad se configura en estos casos como un pacto autónomo de aportación de bienes privativos al patrimonio ganancial” (“Comentario al artículo 1355 del Código civil”, en Comentarios..., cit., pp. 9583-9584).

El negocio de aportación a la masa ganancial produce un desplazamiento entre la masa privativa y ganancial, dado que el bien sale del patrimonio privativo y entra en la masa ganancial, pasando de tener naturaleza privativa a ganancial. A este respecto, PEREÑA VICENTE opina que “el cambio de calificación tiene un efecto traslativo, pues lo que ocurre en realidad es el que el bien se transmite del patrimonio privativo de uno de los cónyuges al patrimonio común” (ob. cit., p. 313). En este mismo sentido, cfr. CARPIO GONZÁLEZ, I., “Aportación a la sociedad de gananciales (conversión voluntaria de bienes privativos en gananciales)”, BICNG, núm. 125, 1991, p. 1213.

La aportación de un bien privativo a la sociedad de gananciales, coincidiendo en la finalidad con la atribución de expresa de ganancialidad, tiene importantes diferencias, como el tratamiento fiscal.

Sobre el negocio de aportación, véase entre otros muchos, GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A., “Breves reflexiones sobre el negocio de aportación de un bien a la sociedad de gananciales”, en Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón,

Servicio de publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pp. 947-966; LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., “La aportación de un bien a la sociedad conyugal”, RDP, 1995, pp. 29-71; MARIÑO PARDO, F. M., “Aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales”, RDF, 2016, pp. 81-107; PÉREZ MARTÍN, A. J., La liquidación de la sociedad de gananciales: el pasivo, LexFamily, Córdoba, 2019, pp. 529-564; POVEDA BERNAL, M. I., “Consideraciones en torno al llamado ‘negocio jurídico de aportación’ a la sociedad de gananciales. La transmisión de bienes de los patrimonios privativos al ganancial y su incardinación en nuestro sistema contractual”, RCDI, núm. 640, 1997, pp. 799-888, y PEREÑA VICENTE, M., ob. cit., pp. 229-320.

10. El Juzgado había estimado la demanda al considerar que se había adquirido la vivienda a título gratuito por donación y, en consecuencia, fallado la nulidad de las capitulaciones matrimoniales y la rectificación del Registro de la Propiedad. La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado y desestimó la demanda. El marido recurre en casación alegando aplicación indebida del art. 1355 CC, recurso que es estimado por el Tribunal Supremo.

11. Dicha resolución elude la aplicación del art. 1359 CC “declarando que la edificación durante el matrimonio por sí sola, no altera la naturaleza privativa de la finca correspondiente, pero no prejuzga, ni es su cometido hacerlo, sobre la facultad de los cónyuges para provocar el desplazamiento de la finca edificada desde el patrimonio privativo de uno de ellos en favor del consorcial”.

CHICO Y ORTIZ criticó duramente esta resolución, entendiendo, de una parte, que, dado su carácter imperativo, no cabe exceptuar la regla del art. 1359 CC, y, de otra parte, que la libre contratación entre cónyuges se encuentra limitada por el art. 1355 CC, de forma que la atribución del carácter ganancial a un bien sólo puede tener lugar cuando concurren los requisitos contemplados en este precepto (“Comentario a la resolución de 10 de marzo de 1989”, RCDI, 1991, pp. 221-235).

Discrepa de esta segunda crítica PEREÑA VICENTE, al sostener que supondría una enorme restricción del principio de libre contratación entre cónyuges, totalmente injustificada, siendo así que, mientras el art. 1323 CC consagra el principio general de libertad contractual, el art. 1355 únicamente regula la posibilidad de atribuir a determinado bien, al momento de su adquisición, la condición de ganancial, de lo que no puede derivarse que todo desplazamiento de bienes en el seno de la sociedad de gananciales deba realizarse de acuerdo con los requisitos en prevenidos en el último precepto (ob. cit., pp. 231 y 232).

12. GUTIÉRREZ BARRENENGOA, no comparte esta conclusión al declarar que “quizá hay que entender que el legislador dice lo que quería decir y en este sentido, el momento determinante de la adquisición tendrá que ser la existencia del matrimonio y no de la sociedad de gananciales” (La determinación..., cit., p. 189).

13. Como señala BERROCAL LANZAROT “no se puede operar respecto de bienes adquiridos con anterioridad al inicio de la sociedad de gananciales o tras su disolución, pues, tendrán, en todo caso, carácter privativo. Lo dicho no impide que, recibidos bienes (...) antes de la sociedad de gananciales, los cónyuges les atribuyan posteriormente carácter ganancial al amparo de lo dispuesto en el artículo 1323 del Código civil mediante su aportación a la sociedad de gananciales” (“La sociedad...”, cit., p. 3056).

No obstante, RAGEL SÁNCHEZ defiende que debería incluirse en el ámbito de aplicación del precepto analizado las atribuciones que se realicen constante la sociedad de gananciales, pero referidas a bienes adquiridos con anterioridad a su inicio (El régimen..., cit., p. 123). En parecidos términos, GARDEAZÁBAL DEL RÍO y SÁNCHEZ GONZÁLEZ consideran que “no hay ningún inconveniente en que la atribución de la ganancialidad se haga al liquidar la sociedad de gananciales y también que pueda realizarse en momentos diferentes, esto es, antes o después de la adquisición del bien” (“La sociedad de gananciales”, en Instituciones de Derecho Privado, T. IV, vol. II, Thomson-Reuters, Pamplona, 2019, p. 411).

[14.](#) La atribución de ganancialidad debe realizarse en el momento en que se produce la adquisición, tal y como señalan DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS “el artículo 1355 CC da idea de que se ha redactado bajo este requisito” (Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia. Derecho de sucesiones, (ed. 10.^a), vol. IV, Tecnos, Madrid, 2006, p. 166).

[15.](#) Como apunta la STS plenaria 27 mayo 2019, el efecto del artículo 1355 del Código civil es que el bien ingresa directamente en el patrimonio ganancial.

[16.](#) Esta STS 17 abril 2002 cita expresamente las SSTs 30 noviembre 1996 y 17 mayo 1999 que entendieron que la elevación a escritura pública no supone la celebración de un nuevo contrato.

[17.](#) Continúa argumentando ambas RRDGRN 29 y 31 marzo 2010: “Dispone el artículo 1357, párrafo primero, del Código Civil que tendrán siempre carácter privativo los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad de gananciales, aunque la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial. A diferencia de los arts. 1354 y 1356 CC que hacen referencia a ‘bienes adquiridos’, lo que parece presuponer la necesaria consumación del proceso transmisivo para que el bien adquiera naturaleza privativa o ganancial en los supuestos a que se refieren, el art. 1357 antes reseñado presenta la particularidad de referirse a ‘bienes comprados’. Esta expresión revela que para el Código Civil basta que el contrato se haya perfeccionado para considerar el bien como privativo, aunque la adquisición del dominio por efecto de la tradición tenga lugar con posterioridad al momento en que haya comenzado a regir la sociedad de gananciales (cfr. arts. 1445 y 1450 CC), sin perjuicio del correspondiente derecho de reembolso respecto de la parte del precio aplazado que sea satisfecho con cargo a fondos gananciales (cfr. art. 1358 CC)”.

[18.](#) Esta argumentación se recoge también en la SAP de Madrid 25 octubre 2013, a cuyo tenor “el art. 1355 permite que los cónyuges, de común acuerdo, puedan atribuir el carácter ganancial a cualquier bien adquirido a título oneroso durante el matrimonio, especialmente si dicho bien pudiera resultar, en otro caso, privativo, por la procedencia de los fondos empleados en la adquisición, y ello quiere decir que el bien al que se le ha atribuido voluntariamente la condición de ganancial lo va a ser de manera definitiva, siendo irrelevante cualquier demostración posterior del carácter privativo del dinero empleado en su adquisición”.

[19.](#) MARTÍN MELÉNDEZ considera que el derecho de reembolso nace “como manifestación de la teoría de las recompensas como mecanismo que tiene como

finalidad recuperar el equilibrio interpatrimonial perdido cuando éste no puede resurgir de otro modo” (La liquidación..., cit., p. 387).

Cfr. en este sentido, GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V., La atribución voluntaria de ganancialidad, Montecorvo, Madrid, 1986, p. 140; GUTIÉRREZ BARRENGOA, A., La determinación..., cit. pp. 207-208.

20. La STS 27 mayo 2019 estima que “frente a la atribución de ganancialidad realizada de forma voluntaria por los cónyuges, la prueba posterior del carácter privativo del dinero invertido sería irrelevante a efectos de alterar la naturaleza del bien, que ha quedado fijada por la declaración de voluntad de los cónyuges. Sin embargo, la prueba del carácter privativo del dinero puede ser determinante del derecho de reembolso a favor del aportante (art. 1358 CC)”. La RDGRN 24 julio 2019 comparte la doctrina jurisprudencial reiterando que “la prueba posterior del carácter privativo del dinero invertido (...) puede ser determinante del derecho de reembolso a favor del aportante”.

21. Es este un principio recogido como tal, en la exposición de motivos del Proyecto de Ley de la que sería Ley de 13 de mayo de 1981 “en la contemplación de todas las obligaciones de reembolso entre patrimonios como deudas de valor, es decir, prescindiendo del nominal de la deuda y restituyéndose un valor idéntico al que recibió el cónyuge o se confundió con los bienes comunes” (BOCG, 1 Legislatura, Serie A, 14 de septiembre de 1979, núm. 71-1, p. 316). La Ley de 13 de mayo de 1981 se aprobó sin exposición de motivos, que perdió durante la tramitación parlamentaria.

22. El texto originario del art. 1358 CC contenido en el Proyecto de Ley no contenía la referencia a la deuda de valor, pues disponía que “cuando conforme a este Código los bienes sean privativos o gananciales, con independencia de la procedencia del caudal con que la adquisición se realice, habrá de reembolsarse el valor satisfecho a costa, respectivamente, del caudal común o del propio” (BOCG, 1 Legislatura, Serie A, 14 de septiembre de 1979, núm. 71-1, p. 330). Y con esta misma redacción emanó del informe de la Ponencia, a pesar de la enmienda núm. 419 del grupo centrista a favor de la actualización del valor (BOCG, 1 Legislatura, Serie A, 22 de mayo de 1980, núm. 71-1-3, p. 348/23 y 24). Esta única enmienda fue aceptada en el Dictamen de la Comisión adquiriendo la redacción actual (BOCG, 1 Legislatura, Serie A, 1 de diciembre de 1980, núm. 71-II, p. 348/63).

23. La STS 1 junio 2006 casó la de la Audiencia, en el único extremo de entender que el reembolso “se actualizará al momento actual, fecha de la ejecución de la presente sentencia”.

Como señala DE LOS MOZOS “aunque se trata de una deuda pecuniaria, es tomada como una deuda de valor, como revela la expresión importe actualizado que utiliza el propio art. 1358 CC. Añadido que no hubiera sido necesario, ciertamente, porque la reforma se cuida de la integridad de los patrimonios frente a la inflación, como lo revela el que son varios los preceptos que se refieren a determinar con toda exactitud la naturaleza de la deuda” (“Comentario al artículo 1354 del Código Civil”, en Comentarios..., cit., p. 204). Para LACRUZ BERDEJO la finalidad del artículo examinado es “imponer el principio de actualización de las deudas de dinero: el importe adeudado habrá de revalorizarse a la fecha de pago y, en su caso, a la de la liquidación” (Elementos de Derecho Civil. Familia, t. IV, Madrid, 2010, p. 209). En este mismo

sentido, cfr. BERROCAL LANZAROT, A. I., “La sociedad...”, cit., p. 3057; REBOLLEDO VARELA, A. L., “Comentario al artículo 1358 del Código Civil”, en Comentarios..., cit., p. 9610.

[24.](#) SERRANO FERNÁNDEZ aplaude dicho inciso final del art. 1358 CC como remedio a la constante pérdida de poder adquisitivo del dinero (“Comentario al artículo 1358 del Código Civil”, en Código..., cit., p. 998). Asimismo, REBOLLEDO VARELA considera adecuado que se tenga en cuenta la actualización del crédito con arreglo a los índices de depreciación de la moneda, “porque normalmente se pagará años después de haberse efectuado y, también porque por regla general no genera intereses” (“Comentario al artículo 1358 del Código Civil”, en Comentarios..., cit., p. 9611).

[25.](#) Esta misma doctrina se recoge, entre otras, en las SSAP de Murcia 11 septiembre 2007, de Álava 16 febrero 2011, de Granada 10 julio 2015, de León 21 junio 2016, de Guadalajara 28 julio 2017, de Álava 2 noviembre 2017 y de Sevilla 21 diciembre 2017, y AAP de Granada 7 diciembre 2018.

Otras Audiencias asumieron la necesidad de realizar una reserva del derecho de reembolso con cita de la STS 8 octubre 2004, pese a que ésta no resuelve sobre el posible derecho de reembolso a favor del cónyuge que emplea dinero (u otros bienes) privativo para la adquisición de un bien al que se le atribuye naturaleza ganancial. El asunto de autos se refería a una confesión de privatividad del artículo 1324 del Código civil y a la posibilidad de revocarla.

VARA GONZÁLEZ tampoco llega a entender la relación que pueda existir entre esta STS y la doctrina que derivan las Audiencias. “Este caso no parece que avale la tesis que niega el reembolso al aportante, porque no son asimilables una confesión expresa de privatividad del 1324 CC, con una atribución presunta de ganancialidad del 1355, no siendo en modo alguno comparable la pretensión del declarante de revocar –contra proprium– su consentimiento expreso y en escritura pública, con la del aportante de destruir la presunción de gratuidad derivada de su silencio” (“Liquidación del régimen económico matrimonial: Jurisprudencia de Derecho de Familia”, Notarios y Registradores, 2019. Última consulta el 23 abril 2021).

[26.](#) La referida sentencia concluye que “aun no constando manifestación alguna de reserva o reembolso, pero resultando que tampoco consta renuncia alguna al efecto del demandado, y habiendo sido expresamente reconocido el carácter privativo del capital empleado, con el reconocimiento implícito que ello supone de crédito contra la sociedad de gananciales, ha de concluirse igualmente, por virtud de aquel precepto que necesariamente correlativo de aquellas partidas de activo, han de hacerse figurar, como pasivo en inventario el correspondiente crédito/s de reembolso actualizados a favor de la demandada, partiendo de las cifras de valor estimadas en el mismo, no objeto de contradicción alguna de partes”.

[27.](#) En el mismo sentido, véase entre otras, las SSAP de Burgos 19 octubre 2005, de Ourense 17 enero 2013 y de Málaga 4 marzo 2013.

[28.](#) Esta era ya la opinión de DE LOS MOZOS, quien en su comentario al art. 1355 CC puso de manifiesto que la atribución de ganancialidad “no impide que se aplique la regla

de los reembolsos o reintegros que correspondan según el art. 1358 CC, pues para nada funciona como una presunción de gratuidad en favor del patrimonio ganancial (o del privativo en su caso), ya que la donación como título no se presume, y aunque se halle permitida entre cónyuges, debe atenderse a sus reglas específicas” (“Comentario al artículo 1354 del Código Civil”, en Comentarios..., cit., p. 188).

[29.](#) Sin embargo, la STS 25 mayo 2005 no reconoció el derecho de reembolso a favor de la esposa por la atribución de ganancialidad del vehículo adquirido con el dinero privativo recibido de la indemnización que le había sido abonada anteriormente por despido, sino que resuelve exclusivamente la inclusión en el activo de la sociedad de gananciales del vehículo, “supondría clara discordancia la inclusión en el inventario, como privativa, de la indemnización por despido y, como ganancial, del automóvil comprado en parte con la misma”. Discordancia que se nos escapa, pues resulta coherente el incluir el coche ganancial en el activo de la sociedad (art. 1397.1.º CC), y a la vez incluir en el pasivo el crédito por el valor actualizado del dinero privativo utilizado para la adquisición de ese coche (art. 1398.3.ª CC). Véase el comentario de FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, CCJC, núm. 70, 2006, pp. 507-518.

[30.](#) En el asunto de autos se analiza la naturaleza de tres inmuebles adquiridos constante la sociedad de gananciales, un piso en Málaga, una finca en Toledo y un piso en Getafe. La STS califica el piso de Málaga como bien privativo del marido al no haberse probado la existencia de la voluntad común de atribuir al piso litigioso carácter ganancial; en cuanto a la finca de Toledo se considera bien ganancial, pero no se admite un derecho de reembolso a favor del marido por no haberse probado suficientemente que hiciera algún pago con su dinero privativo; finalmente, por lo que respecta al piso de Getafe, queda probado que tiene carácter ganancial, porque la escritura se otorgó por ambos cónyuges declarando el carácter ganancial del inmueble y, también quedó probado que parte del precio lo pagó el esposo con el dinero privativo obtenido por la venta de otro inmueble privativo, luego se le reconoce el derecho de reembolso por las cantidades abonadas actualizadas al tiempo de la liquidación.

[31.](#) La STS 13 septiembre 2017 había resuelto un supuesto concretando el interés casacional de la cuestión en la afirmación de que “no existe derecho de reembolso por el dinero privativo aportado, al no hacer reserva expresa o condición alguna sobre ese derecho de reembolso”. El fallo, confirma la SAP de A Coruña 16 febrero 2015, que a su vez había estimado el recurso de apelación, y afirmado que la aportación de dinero del esposo no se había hecho a título de liberalidad. El Tribunal Supremo considera procedente el derecho de reembolso, que incluye en el pasivo de la sociedad (art. 1398.3.ª CC), a pesar de que no se hubiera hecho previa reserva; si bien precisa que el caso de autos “no encajaba en el art. 1355 CC”, sino que se trataba de la aportación de la vivienda familiar de carácter privativo a la masa ganancial.

[32.](#) En opinión de CANO TELLO la atribución a determinados bienes de la condición de gananciales por la voluntad de los cónyuges no podrá perjudicar los derechos de los acreedores ni de los legitimarios, estando sometida a posible impugnación por parte de éstos (La nueva regulación de la sociedad de gananciales, Civitas, Madrid, 1981, p. 71). Esto tendría razón de ser en el caso de que no se reconociera reembolso, como ocurre en la confesión de privatividad del art. 1324 CC. Pero el reconocimiento del derecho de reembolso, aunque surja a la liquidación de la sociedad de gananciales, no perjudica a los legitimarios y a los acreedores del cónyuge que aportó dinero (u otros bienes)

privativo para la adquisición de un bien ganancial, pues su patrimonio se equilibra con la entrada actualizada del valor que salió.

En defensa del no perjuicio a legitimarios a acreedores, cfr. MORENO VELASCO, V., “La atribución de la ganancialidad por voluntad de los propios cónyuges”, Diario La Ley, núm. 7234, 2009, p. 5 y RIBERA PONT, M. C., ob. cit., pp. 1432-1433.

[33](#). La STS 2 marzo 2020 establece textualmente que “es doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo que cabe derecho de reembolso por aplicación del art. 1358 CC, aunque no se hubiera hecho reserva alguna en el momento de la adquisición. Sólo se rechaza el derecho de reembolso cuando se hubiera excluido expresamente. En consecuencia, la atribución del carácter ganancial al bien no convierte en ganancial al dinero empleado para su adquisición y genera un crédito por el valor satisfecho que es exigible en el momento de la liquidación si no se ha hecho efectivo con anterioridad. Ello determina que debe incluirse en el pasivo de la sociedad de gananciales un crédito a favor de la esposa por el importe actualizado de las aportaciones que realizó para la adquisición del 50% de los dos inmuebles litigiosos”. En el asunto de autos no se hace ninguna referencia al otro 50%.

[34](#). La STS 12 febrero 2020 considera que la inclusión en el activo de la vivienda adquirida por la esposa antes del matrimonio aportada a la sociedad de gananciales debe ir acompañada del reconocimiento de un crédito a su favor por el importe actualizado del dinero privativo empleado en su adquisición (art. 1358 CC), con el fin de equilibrar los desplazamientos entre las masas patrimoniales, puesto que no consta que renunciara al mismo.

[35](#). La adquisición por cuotas quiere significar adquisición en proindiviso con cuotas privativas de cada cónyuge, que tras la reforma de 1981 no necesitaría prueba de la privatividad de los fondos invertidos, bastando la doble declaración o confesión (de sendos cónyuges) del carácter privativo de la cuota del otro cónyuge, tal y como lo admite la RDGRN 8 octubre 2014.

Antes de la reforma, la RDGRN 17 octubre 1979 admitió la inscripción por cuotas de mitad de un bien adquirido por los dos cónyuges casados en sociedad de gananciales, pero ambas cuotas tenían carácter presuntivamente ganancial, pues no habían probado la privatividad del precio (originario art. 1407 CC).

GUTIÉRREZ BARRENENGOA explica que la regla contenida en el art. 1355.2 CC era la interpretación habitual de la doctrina sub art. 1401 CC en su redacción originaria (La determinación..., cit., p. 228).

[36](#). La doctrina defiende posiciones diferentes. RAMS ALBESA considera que el art. 1355.2 CC tiene un alcance meramente explicativo y contiene una declaración de ganancialidad presuntiva (La sociedad de gananciales, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 174-175). RAGEL SÁNCHEZ destaca que se debería inscribir como presuntivamente ganancial, ya que los cónyuges han actuado conjuntamente y no se han pronunciado sobre la procedencia del dinero empleado en la adquisición (El régimen..., cit., p. 128). LÓPEZ LIZ defiende una posición a cuyo tenor “el supuesto que contempla este precepto no presume gananciales los bienes adquiridos en forma conjunta y sin atribución de cuotas, sino que lo que realmente presume es un acuerdo tácito entre los

cónyuges para dar a la adquisición el carácter ganancial, o sea una voluntad (no expresada de forma expresa, valga la redundancia) favorable al carácter ganancial de los bienes adquiridos” (Bienes inmuebles y sociedad de conyugal, Bosch, Barcelona, 1998, p. 29).

DE LOS MOZOS afirma que “se establece una presunción que refuerza a la del art. 1361 CC, aunque el artículo 93.1 RH citado no distingue entre uno y otro supuesto, acaso por considerarle manifestación tácita y no presunción” (“Comentario al artículo 1361 del Código Civil”, en Comentarios..., cit., p. 227). Así como señala MARTÍNEZ SANCHIZ “el art. 1355.2 CC refuerza considerablemente la presunción de ganancialidad, al sumar a la prueba en contrario de la ganancialidad, la de la ausencia de atribución” (“Casos dudosos de bienes privativos y gananciales”, AAMN, XXVI, p. 402).

SANTILLÁN SANTA CRUZ lo califica de presunción iuris tantum, pero que para ser desvirtuada “el interesado debe probar que el precio pagado era privativo y que en el momento de la adquisición no hubo una voluntad común de integrar el bien en el patrimonio ganancial” (“Atribución voluntaria de ganancialidad vs. prueba de la privatividad de los bienes: ámbito y efectos. Comentario a la STS núm. 295/2019, de 27 de mayo”, RBD, núm. 30, 2020, p. 741). MORENO VELASCO parece entender una atribución de ganancialidad presunta e irrevocable, sin prueba en contrario, “el párrafo segundo del art. 1355 CC establece, en definitiva, una presunción iuris tantum de la voluntad de los cónyuges de atribuir al bien la naturaleza ganancial. Es decir, aunque se demostrara que el pecunio utilizado para la adquisición del bien fuera privativo, ello no destruiría la presunción de voluntad de los cónyuges de darle un carácter ganancial al bien, todo ello sin perjuicio de los reembolsos pertinentes (ex art. 1358 CC)” (ob. cit., p. 2).

[37.](#) La STS 29 septiembre 1997 otorga un derecho de reintegro a la esposa por el dinero privativo invertido en la compra conjunta de un bien ganancial: “determina la procedencia del artículo 1364 del Código Civil y declara el derecho que asiste a la recurrente de ser reintegrada en el referido exceso de 750.000 ptas., toda vez que el precepto establece un régimen general de reintegros que opera proyectado a la responsabilidad definitiva de la masa ganancial, que ha de cubrir este tipo de anticipos, en las operaciones liquidatorias del haber patrimonial común”.

[38.](#) La atribución expresa de ganancialidad realizada por un único cónyuge adquirente no se incardina en el supuesto del art. 1355 CC, que requiere el acuerdo mutuo de ambos cónyuges, ni comparte sus efectos. Como pone de relieve la STS 27 de mayo de 2019 “para la atribución de ganancialidad, el art. 1355.1 CC exige el mutuo acuerdo, es decir, el consentimiento de ambos cónyuges”, y continúa este pronunciamiento “no contempla la atribución de ganancialidad de manera unilateral, por voluntad de un solo cónyuge. La declaración del cónyuge que, al adquirir un bien en solitario, manifiesta hacerlo para su sociedad de gananciales, es coherente con la presunción de ganancialidad (art. 1361 CC), pero por sí sola no atribuye al bien adquirido la condición de ganancial”.

[39.](#) La doctrina entiende que el cónyuge que adquiere para la sociedad de gananciales no puede desdecirse de su declaración. Así, RAGEL SÁNCHEZ opina que en los casos en los que el cónyuge adquirente declara que compra el bien para la sociedad de

gananciales el bien tendrá carácter ganancial por atribución de ganancialidad, lo que significa que vincula al confesante y le impide posteriormente ir contra sus propios actos solicitando que se declare judicialmente que se trata de un bien privativo (El régimen..., cit., p. 219). GAVIDIA SÁNCHEZ manifiesta que, a pesar de que la ley no contempla expresamente el supuesto de declaración unilateral por uno de los cónyuges que adquiere para la sociedad de gananciales, ante el cónyuge que lo declarara “nos encontraríamos ante una confesión de ganancialidad” (ob. cit., p. 22).

[40.](#) Sobre la base del citado precepto, la RDGRN 4 junio 2012 comparte la calificación negativa del registrador confirmando que “quienes declararon expresa y reiteradamente que el bien inscrito es ganancial no pueden a través de una simple confesión cambiar el carácter ganancial del bien pasándolo a privativo de uno de ellos (...) Las salidas y entradas de bienes de un patrimonio a otro, es decir, las atribuciones patrimoniales, cuando el bien está ya inscrito como reconocidamente ganancial por declaraciones de ambos cónyuges repetidamente realizadas, sólo puede tener lugar por un acto que sirva de causa al desplazamiento patrimonial, que no puede ser sustituido por una mera confesión de privatividad contraria a la propia confesión registrada”.

ÁVILA ÁLVAREZ llegó esta misma conclusión en su comentario al art. 93.4 RH, al afirmar que “la inscripción de aquél no admite (y la de éste sí) la confesión contraria, parece que el cónyuge que adquiera a costa del caudal común, según su propia declaración, no podrá luego aseverar la privatividad del precio sin ir contra sus propios actos” (“Inscripción de bienes de ausentes, de los cónyuges y de la sociedad conyugal”, RCDI, núm. 555, 1983, p. 295). Igualmente, esta opinión es compartida por PEREÑA VICENTE, M., ob. cit., p. 116.

[41.](#) El supuesto de la RDGSJFP 26 febrero 2020 es significativo de la exigencia de prueba documental pública. Se presenta escritura notarial de compraventa en la que esposa compraventa manifiesta “que el dinero invertido en la presente compraventa proviene de la venta de bienes privativos” según consta en una escritura de extinción de condominio notarial, “la cual me exhibe copia en este acto, aseverando su esposo, aquí compareciente lo aquí manifestado, solicitando expresamente la esposa que se inscriba esta adquisición con tal carácter privativo según lo previsto en los artículos 1346.3.º del Código Civil y 95.1 del Reglamento Hipotecario”. La registradora inscribe el inmueble como privativo de la mujer por confesión. Recurre el notario que la finca debería ser privativa por acreditación del carácter privativo del dinero, y por no confesión, con diferentes efectos. Desestima el recurso el Centro Directivo con una fundamentada resolución, afirmando, por un lado, que “una vez practicado un asiento registral, se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia”; y por otro “también ha puesto de relieve que la prueba de la privatividad de la contraprestación es especialmente difícil cuando consiste en dinero, ya que su carácter fungible hace muy difícil demostrar que el dinero utilizado es privativo, pues para ello hay que acreditar de forma indubitada que el dinero invertido es justo el mismo que había adquirido anteriormente con igual carácter el cónyuge adquirente y que integraba su peculio privativo. El rastro del dinero privativo que se dice invertido en la adquisición ha de gozar de una acreditación documental plena, pues en el procedimiento registral no existe la posibilidad de admisión de otros medios de prueba, cuya admisión habría de llevar pareja la posibilidad de contradicción”.

[42.](#) Este requisito del art. 95.2 RH resulta especialmente rígido, teniendo en cuenta que en el ámbito extrarregistral se admite cualquier prueba válida en Derecho para calificar al bien adquirido por uno sólo de los cónyuges con carácter privativo, si bien a través de una prueba expresa, cumplida y no indiciaria: “la destrucción de la presunción de ganancialidad requiere la aportación de documentos fehacientes que acrediten la propiedad exclusiva por parte de uno de los cónyuges” (STS 27 noviembre 2007). A tenor de lo expuesto, la STS 7 abril 1997 admite la escritura de adquisición de la vivienda litigiosa donde aparecía la esposa como compradora, así como la escritura de obra nueva, figurando exclusivamente el marido para prestar asistencia y dar la licencia del entonces vigente art. 61 CC “para destruir la presunción de ganancialidad y así poder, con ello, calificar como privativo de la esposa al bien, abundando en esta tesis, la actuación del marido que puede perfectamente sustentar la doctrina de los actos propios que no le permite ir a la contra de lo que había permitido y aceptado”. Las SSTs 2 julio 1996 y 24 julio 1996 precisan que “la vis atractiva de la ganancialidad de los bienes, inspiradora del art. 1407 y del actual art. 1361, impone la exigencia de una prueba –no sólo de indicios– que reúna las características señaladas jurisprudencialmente, debiendo resolverse las situaciones dudosas, como la presente, en favor de la naturaleza ganancial de los bienes”. No obstante, en opinión de RIVERA FERNÁNDEZ se admiten incluso las presunciones hominis (La sociedad legal de gananciales, Dilex, Madrid, 2010, p. 179).

En el ámbito registral se exige prueba documental pública ex art. 95.2 RH. De acuerdo con ello, la RDGRN 21 mayo 1998 declara que “esta presunción puede destruirse por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, si bien, en el ámbito registral, y a los efectos de obtener la inscripción del bien con el carácter de privativo, el art. 95 RH exige que, en las adquisiciones a título oneroso, se justifique el carácter privativo del precio o de la contraprestación mediante prueba documental pública. La simple manifestación del adquirente de que emplea, para su adquisición, dinero privativo no es suficiente para destruir registralmente la presunción de ganancialidad. El hecho de que el adquirente haya enajenado con anterioridad un bien privativo prueba que un día existió en su patrimonio privativo una cierta cantidad de dinero pero no que sea ese dinero el que se está empleando ahora para la adquisición de otro bien” (en parecidos términos, cfr. RDGRN 7 diciembre 2000).

[43.](#) En línea con lo expuesto, DE LOS MOZOS señala que “esto supone que, en vez de reconocer al esposo que pagó parte del dinero por la adquisición de una vivienda, un derecho de crédito por el importe satisfecho, se le habría de reconocer una parte alícuota de ella” (art. 1357.2 CC, en relación con el art. 1354 CC y siendo la vivienda habitual de la familia) (“Comentario al artículo 1354 del Código Civil”, en Comentarios..., cit., p. 179).

[44.](#) En el caso de que la totalidad del dinero empleado en la adquisición del bien sea privativo implicaría la calificación del bien como privativo del cónyuge que aportó el dinero (art. 1346.3 CC), y la utilización de dinero privativo junto con dinero ganancial, provocaría que el bien fuera en proindiviso en parte privativo y en parte ganancial en proporción al carácter de los fondos invertidos (art. 1354 CC).

[45.](#) El análisis se centra en la adquisición de bienes con dinero privativo, en la totalidad o en parte. Quedan al margen aquellos supuestos de bienes que resultan privativos o gananciales, con independencia de la naturaleza del dinero invertido en su adquisición,

por aplicación de las reglas de los arts. 1346 y 1347 CC, y que darán lugar al reembolso en el momento de liquidación de la sociedad de gananciales a favor de la masa de bienes que no deviene la beneficiada con el carácter del bien por los pagos realizados. Nos referimos, por ejemplo, al derecho de retracto que perteneciente a uno solo de los cónyuges o a la sociedad de gananciales, se satisface con dinero procedente de la otra masa de bienes (números 4 de los arts. 1346 y 1347), o a los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio del art. 1346.8.º. Conforme al primer ejemplo, la RDGRN 8 mayo 2008 concluye que “derivando la adquisición realizada de un derecho de adquisición preferente de naturaleza legal, el cual trae su causa o fundamento en la titularidad privativa de una finca colindante, igual carácter privativo ha de predicarse respecto de la adquisición documentada en la escritura pública cuya calificación ha motivado este recurso, pues la presunción del art. 1361 CC cede, por su propio carácter de tal, ante un título adquisitivo que determine la privatividad de lo adquirido según las reglas del art. 1346 del mismo Código”. Respecto al segundo, la SAP de Asturias 8 mayo 2020 califica como privativos los vehículos industriales adquiridos constante la sociedad de gananciales con dinero común para el ejercicio de la profesión del marido, pero estimando el crédito a favor de la sociedad de gananciales por el valor actualizado de los vehículos.

[46.](#) En este sentido, la STS 12 febrero 2020 considera que la vivienda familiar comprada por la esposa de soltera, que le correspondería por el artículo 1357.2 y 1354 carácter proindiviso entre la esposa y la sociedad de gananciales, tiene naturaleza ganancial por aportación a la sociedad de gananciales.

[47.](#) La STS 8 febrero 1993 casa las sentencias de instancia que habían aplicado la normativa actual a la adquisición de un bien por contrato de compraventa celebrado el 14 julio 1969. En este caso, de conformidad con la legislación anterior, califica de ganancial la vivienda adquirida constante la sociedad de gananciales, satisfaciendo la esposa parte del precio, sin perjuicio del crédito a favor de la esposa por el importe actualizado de las cantidades satisfechas. Disuelta la sociedad de gananciales en 1982, la liquidación se rige por la normativa vigente. La STS 8 marzo 1996 reconoce que dado el momento de adquisición de los bienes en litigio (1974 y 1976), la mera voluntad de los cónyuges no podía haberles atribuido por el carácter ganancial, tal y como la sentencia de apelación había fallado, con aplicación del (vigente) artículo 1355 del Código civil. Asimismo, aplicando la normativa anterior a la reforma en 1981, las SSTs 4 diciembre 2002 y 22 diciembre 2003 calificaron de privativo del esposo las viviendas adquiridas con precio aplazado antes de contraer matrimonio.

[48.](#) Así, la STS 31 octubre 1989 aplica los artículos 1357.2 y 1354 vigentes en vez de la legislación anterior. La compra de la vivienda y el préstamo hipotecario llevan fecha de 28 julio 1975, cuando el marido comprador era soltero, pues el matrimonio se contrajo en diciembre del mismo año. La vivienda familiar se califica de proindiviso y en la liquidación de la sociedad de gananciales se determina la cuota del marido en un 60,20%, y la de la esposa en el restante 39,80 por ciento. Igualmente, la STS 9 marzo 1998 consideró que la vivienda comprada por el marido en 1962, correspondía proindiviso a la esposa (15,62%), al marido (37,5%) por sus respectivas aportaciones, y a la sociedad de gananciales (46,88%) por la devolución del préstamo que el marido había convenido con sus hermanos prestamistas. La STS 19 septiembre 2000 estima el recurso de casación ejercitado por la esposa y declara que la vivienda familiar comprada por el esposo en estado de soltero el 4 abril 1975, dos meses antes de contraer

matrimonio el 9 junio 1975, correspondía proindiviso al marido y a la sociedad de gananciales; debiéndose resolver en ejecución de sentencia la parte que le corresponde a la esposa a la liquidación de la sociedad de gananciales.

La STS 7 julio 1995 concluye que la vivienda litigiosa tiene carácter privativo de la mujer en la proporción de 45,7% al haber quedado probado que la esposa aportó para la adquisición de la vivienda el dinero obtenido en la venta de una finca rústica privativa, resultando el restante porcentaje 54,3% con carácter ganancial, y con esa cuota se habría de fijar la distribución del valor del inmueble. Conviene precisar y así lo hace la propia Sentencia que el caso enjuiciado debía haber sido resuelto de acuerdo con la normativa anterior a la reforma del Código Civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, ya que los cónyuges adquirieron el piso litigioso el 11 de agosto de 1975 vigente la sociedad de gananciales, si bien la escritura de compraventa no se formalizó hasta el 19 de septiembre de 1979 (en todo caso anterior a 1981). Pese a ello, el TS afirma sorprendentemente que el fallo no variaría de haber aplicado la normativa en su redacción originaria (anterior a 1981).

[49.](#) El artículo 1354 ampara el proindiviso entre la sociedad de gananciales y el patrimonio privativo de uno o de los dos cónyuges, siendo necesario que participe la sociedad de gananciales.

La RDGSJFP 15 septiembre 2020 deniega la inscripción de un bien adquirido por compra en proindiviso y por mitades privativas realizada por unos cónyuges que todavía no habían inscrito las capitulaciones matrimoniales en las que habían pactado el régimen de separación de bienes.

[50.](#) La SAP de Lugo 15 abril 2020 aplica el art. 1354 CC alegado, y estima la solicitud del esposo de que se declare que el vehículo litigioso pertenece proindiviso al apelante y a la sociedad de gananciales. En consecuencia, “procede establecer el carácter de proindiviso del vehículo Audi A4, declarando que 17.100 euros del precio satisfecho para su adquisición abonados a medio de las dos transferencias bancarias reseñadas de 4.000 y 13.100 euros eran privativos y el resto del precio del vehículo ganancial”.

En la SAP de Asturias 27 junio 2003 también se había demandado, pero no se consiguió probar, la procedencia privativa de parte del precio empleado en la adquisición del vehículo, por lo que no estima la copropiedad el proindiviso, “ya que habiendo quedado acreditado que se compró constante matrimonio rige la presunción de ganancialidad contenida en el art. 1361 CC”.

[51.](#) La RDGSJFP 12 junio 2020 analizada destaca citando la RDGRN 30 julio 2018 que “el pacto de privatividad siempre será admisible si bien será necesaria su causalización, tanto en los supuestos en que sea previa o simultánea a la adquisición, como en los casos en que sea posterior, sin que ello signifique que haya que acudir a contratos de compraventa o donación entre cónyuges”. Sin embargo, en la Resolución de 2018, el Centro Directivo no había estimado que el pacto de privatividad estuviese causalizado por lo que desestimó el recurso. El caso enjuiciado tenía su origen en una escritura de extinción de condominio con terceras personas.

[52.](#) La RDGSJFP 12 junio 2020 finaliza: “En el presente caso debe concluirse que los cónyuges, por pacto, están determinando el carácter privativo de la participación

indivisa del bien comprada por la esposa, abstracción hecha de que no haya podido acreditarse el carácter privativo de dicha participación mediante aplicación directa del principio de subrogación real por faltar la prueba fehaciente del carácter privativo del dinero empleado (a falta en el Derecho común de una presunción legal como la establecida en el artículo 213 del Código de Derecho Foral de Aragón), de modo que ambos consortes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, excluyen el juego de la presunción de ganancialidad del art. 1361 CC; y, como alega el recurrente, en la escritura calificada queda explicitado el carácter oneroso del negocio entre los esposos, en el sentido de que hay una perfecta conmutatividad sinalagmática entre el carácter de lo adquirido y los fondos empleados en la adquisición”.

De esta manera, se elude la confrontación de si la confesión de privatividad puede configurarse como una declaración de voluntad, o si constituye solo un medio de prueba entre los cónyuges. Esta última posición es la mantenida por las RRDGRN 13 febrero 1999, 4 octubre 2010, 13 abril 2011, 29 febrero 2012, 8 junio 2012 y 7 noviembre 2018.

En principio, la confesión constituye prueba suficiente entre los cónyuges para destruir la presunción de ganancialidad (art. 1361 CC), pero no perjudica a terceros (acreedores o legitimarios). Así lo pone de manifiesto la STS 29 noviembre 2006: “concurriendo estos requisitos, la confesión por parte de un cónyuge acerca de que los bienes comprados por el otro constante matrimonio son privativos es perfectamente válida y eficaz y desvirtúa la presunción de ganancialidad del art. 1361 CC”. Conforme a ello, la STS 25 septiembre 2001 declara que “el art. 1324 CC contempla una prueba lícita, que se presenta perjudicial a los intereses económicos del que la presta, pero refuerza su autonomía y libre decisión, que ha de relacionarse con su voluntad expresada de poner de manifiesto la realidad de las cosas, por lo que la privatividad de la finca se presenta plenamente en todos sus efectos, ya que la manifestación tuvo lugar vigente el matrimonio, pues los litigantes se divorciaron por sentencia muy posterior”. De acuerdo con la confesión de privatividad no resulta de aplicación al caso que nos ocupa la presunción de ganancialidad (cfr. en este mismo sentido STS 8 octubre 2004). Antes de la reforma de 1981 y por la prohibición de los cónyuges de donarse entre sí, la confesión de uno de los cónyuges no era prueba suficiente para desvirtuar la presunción de ganancialidad, como señala la STS 18 julio 1994, y recogía el art. 95.2.^a RH (redacción vigente desde el 15 abril 1959 hasta el 17 diciembre 1982) “Cuando en la adquisición por cualquiera de los cónyuges asevere el otro que el precio o contraprestación es de la exclusiva propiedad del adquirente, sin acreditarlo, se practicará la inscripción a nombre de éste y se hará constar dicha circunstancia, sin que el asiento prejuzgue la naturaleza privativa o ganancial de tales bienes”. La confesión de privatividad ostenta una función de prueba que cada vez tiene mayor repercusión. En este sentido, la STS 8 octubre 2004 reconoce el valor probatorio de la confesión de privatividad inter partes, y calificándolo de “fuerte presunción legal que se establece por encima de la regla común del onus probandi”. Asimismo, la STS 15 enero 2020 desestima las pretensiones del esposo de que el bien litigioso era ganancial con base en la doctrina de los actos propios, pues el recurrente había confesado el carácter privativo del bien a favor de su esposa en el momento de su adquisición y no aporta una prueba eficaz y contundente para desvirtuar dicha confesión (para un análisis más profuso de dicha Sentencia, cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Comentario a la Sentencia de 15 de enero de 2020” en CCJC, núm. 114, 2020, pp. 275-302).

53. Véase en este sentido las SSTS 29 septiembre 1997 y 3 noviembre 2020.

[54.](#) La doctrina cuestiona la equidad del artículo 1357.1 en el supuesto de que el pago se realice íntegramente con fondos gananciales. MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ sostiene que el supuesto de adquisición de un bien antes del matrimonio con la totalidad del precio aplazado “no encaja en la subrogación real en su versión material: porque ese bien comprado con precio pagado a costa del dinero común, debía ser también común, mas la norma sigue el camino de que esa subrogación habrá de encontrarse (...) por el peso específico del acto constitutivo que es el que en rigor incorpora el bien comprado al patrimonio del adquirente; en consecuencia, como al comenzar la sociedad el bien ya se ha comprado ya es privativo del cónyuge adquirente” (“Comentario al artículo 1357 del Código Civil”, en Comentario del Código Civil, VII, Bosch, Barcelona, 2000, p. 109).

REBOLLEDO VARELA plantea el carácter del bien adquirido antes de la sociedad de gananciales con precio totalmente aplazado y, en consecuencia, satisfecho íntegramente con dinero ganancial, “se ha sostenido que en estos casos no ha lugar a la aplicación del art. 1357 CC sino del art. 1356 CC, por lo que abonándose la totalidad del precio con fondos comunes el bien sería ganancial. Ahora bien, dado que la norma no hace distinción alguna y teniendo en cuenta la expresión del art. 1357 CC que los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, también se puede considerar que lo decisivo es que los bienes hayan sido comprados antes de comenzar la sociedad de gananciales, aun en el supuesto de que no se haya hecho ningún desembolso con cargo al patrimonio privativo del cónyuge comprador. Sin embargo, en este caso cabría plantear la aplicación del art. 1390 CC” (“Comentario al artículo 1357 del Código Civil”, en Comentarios..., cit., pp. 9602-9603).

[55.](#) Así lo entiende MARTÍN MELÉNDEZ al defender que para que el art. 1357 sea aplicable “basta con la celebración de la compraventa, sin necesidad de que se haya transmitido ya el dominio mediante la tradición, de modo que será la fecha de la primera (...) la que habrá que tomar en consideración para concluir la aplicabilidad o no del art. 1357 CC” (Compra financiada de vivienda familiar y sociedad de gananciales. Artículo 1357, párrafo 2 del Código Civil, Civitas, Madrid, 2002, pp. 22-23).

[56.](#) La diferencia terminológica es puesta de manifiesto por la STS 20 noviembre 2000 entendiendo que de “una acertada interpretación del precepto invocado puesto que son los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad los que tienen siempre carácter privativo y debe repararse, al efecto, que la compra es el título obligacional, pero no el modo, de suerte, que no cabe enfrentar ni buscar contradicciones entre la atribución del carácter de privativo a un bien comprado y la fecha en que se afirma la posesión, por medio de la traditio instrumental, esto es, al otorgar la escritura pública correspondiente”.

[57.](#) El concepto de vivienda familiar ha sido definido por la jurisprudencia de diversas maneras, como “bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario” (STS 31 diciembre 1994), “medio patrimonial que cumple la continuidad de la vida familiar” (STS 18 octubre 1994) o como “el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad, al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de éstos” (STS 16

diciembre 1996) o como “la residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia” (STS 31 mayo 2012).

Un análisis en profundidad de la calificación de familiar de la vivienda, puede verse en ELORRIAGA DE BONIS, F., Régimen jurídico de la vivienda familiar, Aranzadi, Pamplona, 1995; CUENA CASAS, M., “Régimen jurídico de la vivienda familiar”, en Tratado de Derecho de la familia, vol. III, Thomson-Reuters, Pamplona, 2011, pp. 275-442; DÍAZ MARTÍNEZ, A., “Comentario al artículo 96 del Código Civil”, en Comentarios al Código Civil, T. I, Valencia, 2013, p. 1001 y ss.; GIL MEMBRADO, C., La vivienda familiar, Reus, Madrid, 2013 y MORALEJO IMBERNÓN, N., “Régimen jurídico de la vivienda familiar”, en El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos: constitución, gestión, responsabilidad, continuidad y tributación, vol. II, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 267-362.

[58.](#) Explica la finalidad de la norma la STS 7 julio 2016: “No obstante la decisión adoptada, el Tribunal Supremo destaca en su fundamentación la crítica doctrinal a esta regla legal, al declarar que ‘tal normativa surge tras la reforma operada por la Ley 11/1981, y aunque mereció críticas por algún sector de la doctrina, otro la justificó por acudir a remediar las situaciones poco equitativas que resultarían de una calificación de privatividad en los casos más corrientes en que tales bienes se compran antes de la boda por precio aplazado y después se pagan los plazos con bienes gananciales’. Algún autor fundamenta tal previsión en la necesidad de proteger la titularidad común de determinados bienes encaminados a satisfacer las necesidades primarias de la familia, como son la vivienda y ajuar familiares, y como medio para evitar que se eluda la comunidad si en parte ha abonado con fondos comunes y en parte con fondos privativos, persiguiéndose una finalidad tuitiva”.

[59.](#) BOCG, 1 Legislatura, Serie A, 22 de mayo de 1980, núm. 71-1-3, p. 348/23.

[60.](#) Por el contrario, MARTÍNEZ SANCHIZ explica otro posible motivo del cambio de la remisión. “Al proponer la aceptación de la enmienda presentada al Congreso con el núm. 364 por la minoría catalana, en los mismos términos que hoy registra el art. 1356, el informe de la Ponencia sugirió que por razones de coherencia se modificara en el actual sentido el último apartado del 1357, sin reparar que al prescindir de la remisión dejaba en el aire las viviendas familiares compradas a plazos durante el matrimonio. Las razones de coherencia alegadas lo fueron, pues de coherencia con el deseo de ampliar, en este caso, la calificación de ganancialidad, pero no de coherencia con otros artículos estrechamente conectados, como es el art. 1356 CC” (ob. cit., p. 365).

[61.](#) La compra de un bien con precio aplazado con anterioridad a la sociedad de gananciales será privativo (art. 1357.1 CC) y la adquisición constante la sociedad de gananciales se determinará de acuerdo con la naturaleza del dinero empleado en el primer pago (art. 1356 CC). Estas soluciones tienden a evitar la inseguridad jurídica, ya que no es preciso esperar hasta el pago total de todos los plazos para conocer la naturaleza del bien, pero en estos casos, el problema se traslada al momento de la liquidación de la sociedad de gananciales cuando surge el derecho de reembolso por los importes actualizados satisfechos de la compra a plazos.

[62](#). Esta espera hasta que se complete el abono total del precio ha provocado que una parte de la doctrina califique esta regla como “norma de liquidación” y, en consecuencia, que durante la vigencia de la sociedad de gananciales la vivienda debe ser considerada privativa del cónyuge adquirente a los efectos de administración y disposición, y proceder sólo a su consideración como proindiviso al tiempo de su liquidación. Sin embargo, durante la vigencia de la sociedad de gananciales, la protección que brinda el ordenamiento a la vivienda familiar, con independencia de su calificación como vivienda privativa, en proindiviso ganancial y privativo, o incluso ganancial, diluye los efectos de esta calificación.

Cabe destacar la opinión GIMÉNEZ DUART de que, con fundamento en el “principio de certidumbre, el legislador atribuye siempre a los bienes un determinado carácter ab initio (modificando para ello incluso la inicial redacción del proyecto) y que, en cambio, en el supuesto más evidente de privatividad, las compras en estado de soltería, cambia aparentemente de criterio, atribuyendo a la vivienda y ajuar familiares un indeterminado carácter hasta que su precio sea totalmente satisfecho (...) Por ello, en base a la coherencia interna que hay que suponer en el legislador, es mucho más lógico interpretar el precepto a la manera de la Circular del Colegio Nacional de Registradores de 5 de junio de 1981, a saber, considerando que la ganancialización parcial de la vivienda familiar es una norma de liquidación y no una norma para el tráfico” (ob. cit., pp. 140-141).

Esta calificación como norma de liquidación permitiría reputar como vivienda familiar únicamente la existente al tiempo de la disolución de la sociedad de gananciales –o al tiempo de la ruptura de la convivencia–, evitando la aplicación del proindiviso a otras posibles viviendas que, adquiridas con anterioridad a la sociedad de gananciales, hubieran podido acoger a la familia durante el matrimonio. Así ÁVILA ÁLVAREZ entiende que si el art. 1357 CC no fuera norma de liquidación “se daría el absurdo de que los cambios de domicilio familiar irían convirtiendo en parcialmente gananciales todos los pisos adquiridos antes del nacimiento de la sociedad y pagados después de este nacimiento, lo cual desbordaría la finalidad de la reforma” (ob. cit., p. 283). Por el contrario, ante el silencio del legislador debería admitirse que están sujetas al proindiviso las posibles viviendas familiares que cumplan con los requisitos de haber sido compradas por un cónyuge antes de la sociedad de gananciales con precio aplazado que se satisface con dinero privativo y con dinero ganancial, como defienden MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *Compra...*, cit., p. 52, y REBOLLEDO VARELA, A. L., “Comentario al artículo 1357 del Código Civil”, en *Comentarios...*, cit., pp. 9608-9609.

[63](#). Comparte esta conclusión, la STS 18 diciembre 2000, a cuyo tenor la vivienda familiar adquirida por la esposa antes de contraer matrimonio y pagada en parte con dinero privativo y en parte con dinero ganancial corresponde proindiviso a la esposa y a la sociedad de gananciales. La misma conclusión es adoptada por la SAP de Barcelona 24 octubre 2003.

La STSJ de Aragón 27 febrero 2006 excluye la aplicación de los arts. 1354 y 1357 al territorio sometido al Derecho de Aragón, estableciendo que únicamente cabe el reintegro de patrimonios. “La aplicación de los preceptos del Código Civil que se citan en el recurso, especialmente los artículos 1354 y 1357, no resulta posible en este caso, al existir norma aragonesa reguladora de la cuestión, no haber laguna en el

ordenamiento jurídico propio de la Comunidad Autónoma y no ser preciso, por tanto, acudir al derecho común como supletorio”.

[64.](#) Esta legislación hipotecaria, con repercusión durante la vigencia de la sociedad de gananciales, impide la calificación del art. 1357.2 CC como norma liquidatoria. Con base en el art. 91 RH, RODRÍGUEZ LÓPEZ rectificó su opinión, al reconocer que “el nuevo art. 91.3, en contra de la orientación que yo he defendido en las anteriores notas, la constitución del pro indiviso recogido en el art. 1357.2 CC, aun antes de la liquidación de la sociedad conyugal, exigiendo para ello el consentimiento de ambos cónyuges” (“Notas sobre la vivienda habitual de la familia” (en turno de rectificación), RCDI, 1982, p. 1664).

[65.](#) En este mismo sentido, cfr. ELORRIAGA DE BONIS, F., ob. cit., pp. 428-431; FERNÁNDEZ CANALES, C., *Sociedad de gananciales y vivienda conyugal*, Reus, Madrid, 2013, p. 168, y MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *Compra...*, cit., pp. 91-99.

[66.](#) La viuda demandaba también la mitad del montante de unas cuentas corrientes que el causante tenía con sus hermanas, y que quedó probado ya existían mucho antes de contraer matrimonio, y la devolución por la madre y hermanas de su fallecido esposo, del capital del seguro de vida que habían cobrado de la aseguradora, por el seguro colectivo de vida concertado por la empresa de su esposo para sus trabajadores, pues aunque el fallecido esposo había designado como beneficiarias a su madre y hermanas, la viuda sostenía que tal designación realizada antes de contraer matrimonio decaía a su favor, dado que el importe de la prima del seguro lo pagaba la empresa, por lo que, era una contraprestación del trabajo de carácter ganancial, argumentos que fueron fácilmente desmontados por el tribunal.

[67.](#) La STS 16 marzo 2007 concluye que “es cuestión ajena al ámbito del presente recurso de casación en la medida en que las cuestiones relativas a la adjudicación de los bienes, previa la liquidación de la sociedad de gananciales, quedaron expresamente al margen de lo decidido en las instancias y en la Sentencia dictada en sede casacional que se dice contrariada, que estaba ceñida a la calificación de los bienes integrantes del caudal relicto, y, por consiguiente, en modo alguno existe contradicción entre lo resuelto por el Auto recurrido y en la expresada Sentencia de esta Sala”.

[68.](#) Motivo por el cual, RAGEL SÁNCHEZ defiende la interpretación del art. 1357 en sentido estricto, sin incluir la compraventa mediante un préstamo hipotecario, con fundamento en que las normas excepcionales deben interpretarse restrictivamente sin que pueda ampliarse su supuesto de hecho jurisprudencialmente, “si el art. 1357.2 CC se refiere a la compra a plazos no es correcto que su ámbito se amplíe al pago del préstamo hipotecario, pues en este caso es más correcto opinar que el bien adquirido con el préstamo es de carácter privativo y el pago se hizo al contado, por lo que no se aplicaría el precepto estudiado” (El régimen..., cit., pp. 254-255).

[69.](#) La ley 89.2 del Fuero Nuevo de Navarra (redacción por Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de reforma del Fuero Nuevo) recoge expresamente la aplicación de la regla especial de la vivienda y ajuar familiares en caso de préstamo, disponiendo que los pagos de la vivienda se aplican a la compra “al contado, a plazos o con préstamo posterior”. El Fuero Nuevo aplica con un régimen muy amplio la regla del proindiviso en caso de la vivienda y ajuar familiares según la proporción de importes privativos y

comunes, sin diferenciar la adquisición al contado o a plazos, ni la efectuada antes o después de la vigencia del régimen de conquistas. Anteriormente la ley 83.2 (redacción vigente desde el 27 abril 1987 hasta el 15 octubre 2019) tenía una regulación similar al Código civil: “Si se tratara de la vivienda o ajuar familiares, el bien adquirido corresponderá proindiviso a la sociedad de conquistas y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas”. En este sentido, véase la STSJ de Navarra 27 diciembre 2002.

La STSJ de Navarra 7 junio 2005 confirma las dos sentencias de instancias entendiendo que el 68,7% de la vivienda familiar es ganancial y debe ser incluido en el activo de la sociedad de conquistas (siendo privativo de la esposa el 16,44% y privativo del esposo el 14,86%). Respecto a los plazos del préstamo no devengados concluye que “la parte pendiente ha de imputarse a los partícipes en el condominio en proporción a sus respectivas cuotas en dicho momento”, debiendo el pasivo “reflejar la deuda pendiente de pago, distribuida entre tales partícipes en proporción a esas mismas cuotas”. Además incluye como ambas partes habían hecho constar en calidad de anejos una plaza de garaje y un cuarto trastero, en el mismo tratamiento que la “vivienda que fue domicilio conyugal”.

En el comentario a la ley 89.2, FERNÁNDEZ URZAINQUI precisa que “aunque se hace mención del préstamo posterior, parece que en la voluntad de la ley está incluir el préstamo amortizado con cuotas de sucesivo vencimiento en el tiempo, aun derivadas de un préstamo simultáneo a la compra y anterior a la celebración del matrimonio. Con ello se sale al paso de la frecuente alegación de que la adquisición y el pago íntegro del precio al vendedor tuvieron lugar, como el otorgamiento del título, antes de la celebración del matrimonio, aunque merced a un préstamo total o parcialmente amortizado mediante desembolsos posteriores a él” (“Comentario a la ley 89 del Fuero Nuevo”, en Comentarios al Fuero Nuevo: compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, Thomson-Reuters, Pamplona, 2020, p. 396). De este autor como ponente, véase la muy extensa STSJ de Navarra 17 abril 2012.

[70](#). La doctrina jurisprudencial ha reiterado la equiparación de la compra a plazos y con préstamo, así entre otras, SSTJS 7 junio 1996, 3 abril 2000, 18 diciembre 2000, 3 noviembre 2006 y 16 marzo 2007.

Es preciso destacar la STS de 7 julio 2016 que casó la SAP de Guipúzcoa 26 junio 2014 por haber considerado que la vivienda familiar comprada por ambos cónyuges conjuntamente antes de contraer matrimonio mediante un préstamo, tenía carácter privativo de ambos cónyuges al ser una compra al contado, “el hecho de que el préstamo se haya ido abonando con dinero ganancial no permite entender que estemos ante el supuesto del artículo 1354 del Código Civil que contempla la adquisición de bienes mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, porque en este caso todo el precio se pagó con dinero privativo de ambos adquirentes”. El Tribunal Supremo reiteró la equiparación de la compra a plazos con la compra mediante préstamo.

[71](#). Véase las RRDGRN 19 diciembre 2013, 30 junio 2015 y 24 noviembre 2015 que reiteran textualmente esta doctrina. Si bien en el supuesto de la RDGRN 30 junio 2015, la mujer había comprado de soltera la que sería vivienda familiar, sin que aparezca ni que la compra fue a plazos ni ningún tipo de préstamo. En la RDGRN 24 de noviembre

2015 se había producido un negocio de aportación a la sociedad de gananciales que sirve de base para inscribir el convenio regulador de liquidación del régimen de gananciales en el que se adjudica a la mujer la vivienda familiar que figuraba inscrita a nombre del marido, aunque aparecía que este la había comprado de soltero con dos préstamos que había pagado la sociedad de gananciales.

[72.](#) La RDGT 25 octubre 2002 (consulta 1595-02) continua, con apoyo en el carácter proindiviso de la vivienda familiar de conformidad con los arts. 1357.2 y 1354 CC, “una vez contraído el matrimonio, la deducción por adquisición de vivienda por las cantidades amortizadas corresponderá por mitad a ambos cónyuges, al satisfacerse su importe con dinero ganancial, y no únicamente al consultante. Por tanto, el consultante sólo se puede computar el 50 por 100 de los pagos efectuados, procediendo a computar el 50 por 100 restante el otro cónyuge en caso de que éstos tengan lugar, el cual en ningún caso podrá deducir en concepto de aportaciones a la cuenta vivienda, ya que éstas se pueden aplicar hasta que se produzca la adquisición de la primera vivienda, siendo requisito necesario que el contribuyente no haya sido nunca propietario de otra edificación que hubiera constituido su vivienda habitual”.

Véase en el mismo sentido, la RDGT 9 marzo 2012 (consulta V0529-12) que reitera esta doctrina a propósito de la consulta sobre la futura aportación a la sociedad de gananciales, cuando contraigan matrimonio, de una vivienda comprada por el novio. La novia consultante quiere, a su vez, aportar a la sociedad de gananciales, la cantidad en efectivo que haya pagado el novio hasta el momento, para seguir pagando la hipoteca conjuntamente.

Se reitera esta conclusión en la RDGT 23 febrero 2018 (consulta V0513-18) pese a que finalmente no considera aplicable el art. 1354 CC dado que la vivienda en cuestión no era la vivienda familiar del matrimonio. La Dirección General de Tributos diferencia ambas clases de bienes, “al haber contraído matrimonio bajo el régimen de la sociedad de gananciales, y haberse adquirido la vivienda con anterioridad por uno de los cónyuges, utilizando financiación ajena, procede traer a colación lo dispuesto en los arts. 1357 y 1354 CC (...) Al no tratarse de la vivienda familiar, no será de aplicación el párrafo segundo del art. 1357 CC, ni, en consecuencia, el art. 1354 CC”.

[73.](#) Esta problemática se complica cuando se adjudica el uso de la vivienda al cónyuge no adquirente y no prestatario a consecuencia de la nulidad, separación o divorcio.

[74.](#) La doctrina jurisprudencial ha consolidado una máxima que reza: “se excluyen del concepto de cargas matrimoniales los pagos correspondientes a la amortización del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar”. El pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges o por uno de ellos para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar constituye una deuda de la sociedad de gananciales y como tal, queda incluida en el art. 1362.2.º CC; pero no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los arts. 90 y 91 CC. El Tribunal Supremo acoge esta doctrina para la sociedad de gananciales en las SSTs 5 noviembre 2008, 28 marzo 2011 y 24 abril 2018, y la extiende al régimen económico de separación de bienes en las SSTs 26 noviembre 2012, 20 marzo 2013, 17 febrero 2014, 21 julio 2016 y 5 noviembre 2019.

En la doctrina véase, BERROCAL LANZAROT, A. L., “El pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 28 de marzo de 2011 y de 26 de noviembre de 2012”, RCDI, núm. 736, 2013, pp. 1066-1120; COSTAS RODAL, L., “Préstamo hipotecario que grava vivienda familiar ganancial: obligación de los ex cónyuges de pagar las cuotas hipotecarias por mitad. Comentario a la STS de 28 de marzo de 2011”, ACM, núm. 3, pp. 35-44; FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, M. C., “Pago de las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar: su consideración o no como carga del matrimonio. Comentario a la STS de 28 de marzo de 2011”, RADP, núm. 27, 2011, pp. 307-318; MORENO-TORRES HERRERA, M. L., “Pago del préstamo hipotecario, que grava la vivienda familiar, tras la crisis matrimonial”, en Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar, Reus, Madrid, 2017, pp. 147-158, y FERNÁNDEZ CANALES, C., “El préstamo hipotecario ganancial y la crisis matrimonial” RCDI, núm. 745, pp. 2085-2115.

[75.](#) Esta postura es defendida por BENAVENTE MOREDA cuando analiza la cotitularidad de la vivienda que constante el matrimonio pierde la condición de familiar, al entender que “carece de sentido seguir aplicando a los plazos subsiguientes, a partir de tal momento, la norma prevista en el art. 1357.2, por lo que, a lo abonado hasta tal momento le será aplicable la norma, pero no a los pagos posteriores, de tal suerte que, si éstos se abonan con fondos gananciales, no convertirían a la sociedad de gananciales en copropietaria del inmueble por el valor de lo abonado, sino en acreedora del valor satisfecho frente al cónyuge que la adquirió inicialmente” (“Capítulo IV. La sociedad legal de gananciales”, en Derecho de Familia, Pamplona, 2012, BIB 2012-1004, pp. 5-6).

En este mismo sentido, PÉREZ MARTÍN ilustra su argumentación con el siguiente ejemplo “la vivienda se adquirió por 100.000 euros, de los que un cónyuge abonó 36.000 euros antes de contraer matrimonio concertándose un préstamo hipotecario para el pago del resto del precio que, con intereses y comisiones, elevó el precio final del inmueble a 187.000 euros. Cuando se disuelve la sociedad de gananciales resta aun por pagar del préstamo hipotecario la cantidad de 30.000 euros. Por tanto si de los 187.000 euros, constante el matrimonio se han abonado 121.000 euros, resulta que en el pro indiviso, la sociedad de gananciales tendrá un 64,71% y el resto pertenecerá al cónyuge que adquirió la vivienda originariamente, quien deberá hacerse cargo en exclusiva de lo que queda por pagar del préstamo” (“Los préstamos hipotecarios y su incidencia en la liquidación de la sociedad de gananciales”, Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación, núm. 84, 2019, p. 34).

Puede verse también, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *Compra...*, cit., pp. 85-86, y RAGEL SÁNCHEZ, F., *El régimen...*, cit., p. 257.

[76.](#) Esta solución fue adoptada por la SAP de Alicante 17 noviembre 2004 como núcleo del litigio que extrae “como consecuencia necesaria, la supresión del pasivo de la sociedad de gananciales”, de modo que los pagos pendientes de pago de naturaleza privativa acrecientan la cuota privativa de participación en la vivienda familiar, sin que afecten al activo o pasivo de la sociedad de gananciales. Asimismo, cfr. SSAP de Alicante 5 marzo 2010, de Madrid 27 mayo 2013 y de Málaga 30 octubre 2013.

[77.](#) Esta consideración ha sido acogida por la STSJ de Navarra 7 junio 2005 respecto de un matrimonio regido por el régimen de conquistas. Califica la vivienda familiar de proindiviso de la esposa adquirente y del régimen de conquistas en proporción a sus respectivas aportaciones, y concluye: “las cuotas correspondientes a los condóminos no deben reflejarse atendiendo solo a la parte del precio, o del préstamo hipotecario, satisfecha hasta el momento de la disolución, sino atendiendo al total, y si ocurre, como en el caso presente, que parte del mismo está aún sin pagar, la parte pendiente ha de imputarse a los partícipes en el condominio en proporción a sus respectivas cuotas en dicho momento (...) Por ello el motivo ha de ser desestimado, ya que la pretensión esgrimida, tendente a que se le atribuya con carácter privativo la parte correspondiente a la totalidad del préstamo pendiente al momento de la disolución, no se ajusta a tal interpretación”.

[78.](#) Nótese que dicha SAP de Málaga 17 abril 2009 incluye la plaza de aparcamiento en el régimen de la vivienda familiar, sin más explicación, por lo que parece entenderla como anexo inseparable.

[79.](#) La adquisición conjunta por ambos (futuros) cónyuges implica que los dos deben ser compradores y, por tanto, titulares del bien comprado. No encaja en este supuesto, la compra por uno de los cónyuges antes de contraer matrimonio, aunque utilice dinero del otro consorte, sino que se incardina en la compra por un solo cónyuge antes de iniciar la sociedad de gananciales. Así lo puntualiza la STS 17 abril 2002, que admite que el marido no comprador colaboró o satisfizo parte del precio aplazado con dinero privativo, pero no fue comprador, y además el pago se había completado antes de la celebración del matrimonio, “la esposa, antes de contraer matrimonio, compra una vivienda y una plaza de garaje; son unos bienes propios, que son pertenecientes a ella al contraer matrimonio y, por tanto, privativos, según el art. 1346.1.º CC pese a que otra persona –que posteriormente fue su marido– hubiera colaborado económicamente”. Reconoce que “el cónyuge colaborador tendrá un derecho de crédito por la cantidad entregada, pero no será copropietario del bien adquirido (...) No es lo mismo realizar una aportación económica a un negocio jurídico ajeno (caso presente) que constituir con otra persona una comunidad de bienes o derechos a la que sí sería aplicable el art. 393, párrafo segundo CC”.

[80.](#) Las deudas contraídas por los dos cónyuges son deudas gananciales, no –solo– por su objeto, sino también en atención a que fueron contraídas por ambos cónyuges (art. 1367 CC), por lo que, no surge a favor de la sociedad de gananciales ningún crédito ex artículo 1397.3.º del Código civil. Así se desprende de la RDGRN 14 febrero 2019, que no incluye en la liquidación de la sociedad de gananciales el inmueble comprado antes de contraer matrimonio en proindiviso privativo por mitad por los cónyuges, que no constituye la vivienda familiar, sino que requiere de escritura pública para acceder a inscribir la adjudicación en el Registro de la Propiedad.

[81.](#) Señala REBOLLEDO VARELA que “el art. 1357 CC se refiere solamente a las compras a plazos realizadas por un cónyuge antes del comienzo de la sociedad de gananciales. No obstante, se considera de aplicación a los supuestos de compra o adquisición conjunta por ambos cónyuges o futuros cónyuges, de manera que los bienes serán privativos en copropiedad ordinaria en la proporción en que se hayan adquirido, aunque el precio aplazado se abone posteriormente con cargo a los bienes gananciales” (“Comentario al artículo 1357 del Código Civil”, en Comentarios..., cit., p. 9603).

En este mismo sentido, cfr. DE LOS MOZOS, J. L., “Comentario al artículo 1357 del Código Civil”, en Comentarios..., cit., p. 193; DÍEZ PICAZO L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., Sistema de Derecho Civil IV. Derecho de Familia. Derecho de sucesiones, Madrid, 2004, p. 173; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., Compra financiada de vivienda familiar..., cit., p. 56; SERRA RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 30, y SERRANO FERNÁNDEZ, M., “Comentario al artículo 1357 del Código Civil”, en Código..., cit., p. 996.

82. Después de analizar la naturaleza de la vivienda familiar, la STS 23 marzo 1992 también reconoce el carácter proindiviso del ajuar familiar, que había sido adquirido antes del matrimonio únicamente por la esposa y satisfecho en parte con dinero privativo y en parte con dinero ganancial (arts. 1357.2 y 1354 CC), “la expresada norma-tiva aplicable también en lo que respecta a los muebles de dicho piso (ajuar familiar), pues aparece probado que los mismos fueron adquiridos también a plazos, parte de cuyo precio fue pagado, antes del matrimonio, con dinero privativo de la esposa y la otra parte lo fue, durante el matrimonio, con dinero ganancial”.

83. Al momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, la vivienda familiar de carácter proindiviso privativo por mitad puede ser adjudicada a uno de los cónyuges de no admitir cómoda división, y además también queda cubierta por las normas tuitivas de carácter registral y tributario que benefician el tratamiento registral y fiscal de la vivienda familiar ganancial.

Así, al momento de la liquidación y adjudicación de la sociedad de gananciales, la Dirección General de los Registros y del Notariado admite la inscripción de la adjudicación de la vivienda familiar que figura inscrita como proindiviso y por mitades, adquirida por los dos cónyuges antes del matrimonio y financiada con un préstamo hipotecario que se abonó con dinero ganancial. En atención al carácter de vivienda familiar, el Centro Directivo admite la inscripción, a pesar de que esa vivienda en proindiviso privativo de los dos cónyuges no esté incluida técnicamente en la liquidación de los bienes gananciales. La RDGRN 11 abril 2012 fue la primera que argumentó a favor de la inscripción de la adjudicación a un cónyuge de la vivienda familiar de carácter proindiviso entre los dos cónyuges, aunque no se procedió a la inscripción, por el defecto consistente en que no constaba “acreditada la previa toma de razón de la sentencia de divorcio –causa de disolución de la sociedad conyugal– en el Registro Civil”. La RDGN 19 diciembre 2013 se basa en la posible cuota de carácter ganancial de la vivienda por haberse pagado plazos del préstamo con dinero ganancial, a tenor de los arts. 1357.2 y 1354 CC, a los efectos únicamente de no obstaculizar la inscripción. Las RRDGRN 8 mayo 2014, 26 junio 2014, 29 septiembre 2014 y 27 julio 2015, entre otras, inscribieron la adjudicación de la vivienda familiar en proindiviso privativo entre los dos cónyuges, como consecuencia de la liquidación de la sociedad de gananciales, admitiendo de manera general, que la vivienda familiar adquirida por los dos cónyuges de solteros en proindiviso por mitades puede incluirse en el convenio regulador de separación o divorcio, junto con la liquidación del régimen de gananciales, dado que la vivienda familiar por su afección a las necesidades del matrimonio constituye contenido propio del convenio regulador.

A su vez la adjudicación de la vivienda proindiviso entre sólo los cónyuges o de éstos con la sociedad de gananciales a la liquidación de la sociedad de gananciales goza de un tratamiento tributario beneficioso, no generan el impuesto sobre el Incremento de Valor

de los Terrenos de Naturaleza Urbana (artículos 104 a 110 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo). También queda exenta del impuesto de transmisiones patrimoniales (artículos 45.I.B.3 y 32.4 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados) no tributando como transmisión, y si se realiza en convenio regulador tampoco tributa como acto jurídico documentado, así, las RRDGT 5 diciembre de 2003 (consulta 2089-03), 15 enero 2004 (consulta 0037-04), 19 abril 2010 (consulta V0736-10) y 3 abril 2017 (consulta V0826-17).

[84.](#) Sobre el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales, véase por todos GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “Del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial (artículos 806 al 811)”, en Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento civil, IV, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 4364 y ss.

[85.](#) La SAP de Jaén 4 abril 2018 estima el recurso interpuesto por la mujer, contra la sentencia del Juzgado que había estimado la división de la vivienda que se calificaba de ganancial en un 16,84% y privativo de cada cónyuge en un 41,58%, mediante la venta en pública con admisión de licitadores extraños.

[86.](#) Cfr. GIMÉNEZ DUART, T., ob. cit., p. 137; RIVERA FERNÁNDEZ, M., ob. cit., p. 152; REBOLLEDO VARELA, A. L., “Comentario al artículo 1356 del Código Civil”, en Comentarios..., cit., p. 9598 y TORRALBA SORIANO, V., “Comentario al artículo 1356 del Código Civil”, en Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, vol. II, Madrid, 1984, p. 1629.

[87.](#) En línea con lo expuesto, la SAP de Almería 19 febrero 2003 confirma que los bienes de la explotación agraria son gananciales, porque se presume la ganancialidad del primer desembolso al no haber quedado probado por el esposo que el primer pago se realizara con dinero privativo. Seguidamente, la Sentencia excluye la aplicación del art. 1354 CC, pues “prevalece frente a ella el precepto especial contenido en el ya citado art. 1356, de manera que el bien adquirido a plazos cuya primera aportación fuera ganancial debe ser reputado íntegramente ganancial como claramente establece la norma, ello desde luego sin perjuicio de que se aplique a favor del cónyuge que haya asumido el pago de otros plazos o cantidades el derecho de compensación establecido en el art. 1358 CC”.

[88.](#) Como ya reconocía DE LOS MOZOS, “la transcendencia objetiva derivada de tales actos que, de alguna manera, preconstituyen la preferencia por el carácter ganancial o privativo de los bienes, lo que la doctrina ha hablado, de accesión económica” (“Comentario al artículo 1356 del Código Civil”, en Comentarios..., cit., p. 190).

[89.](#) El art. 1356 del Proyecto de Ley rezaba: “Los bienes adquiridos por uno de los cónyuges, constante la sociedad, por precio parcialmente aplazado, tendrán naturaleza ganancial: 1.º Si el primer desembolso tuviere tal carácter, aunque los plazos restantes se satisfagan con dinero privativo. 2.º Si no resultare haberse satisfecho con dinero propio, por lo menos, la mitad del precio total, aunque el primer plazo o entrega tuviese carácter privativo” (BOCG, 1 Legislatura, Serie A, 14 de septiembre de 1979, núm. 71-1, p. 330).

[90.](#) BOCG, 1 Legislatura, Serie A, 22 de mayo de 1980, núm. 71-1-3, p. 348/23.

[91.](#) BOCG, 1 Legislatura, Serie A, 1 de diciembre de 1980, núm. 71-II, p. 348/84.

[92.](#) Diario del Congreso, 18 diciembre 1980, núm. 140, p. 9011.

[93.](#) El criterio del art. 1356 CC difiere de la regla del art. 1354 CC al prescindir de las distintas aportaciones para determinar la naturaleza del bien, pudiendo incluso atribuir carácter privativo a un bien cuyo precio haya sido satisfecho prácticamente con dinero ganancial, si el primer desembolso se paga con dinero privativo. No obstante, la doctrina aplaude la facilidad de determinación de la naturaleza del bien, al ser necesario un único pago. En opinión de TORRALBA SORIANO “el texto vigente es de una gran claridad y tiene la ventaja de que el primer desembolso es el elemento decisivo para determinar la naturaleza ganancial o privativa del bien adquirido, lo cual permite atribuir, desde el primer momento una calificación cierta de la naturaleza del bien adquirido” (“Comentario al artículo 1356 del Código Civil”, en Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1638).

En la misma línea, MORALEJO IMBERNON entiende que el art. 1356 CC encuentra su justificación desde el punto de vista de la seguridad del tráfico, que exige que las titularidades jurídicas sobre los bienes estén determinadas desde el momento mismo de su adquisición. Se trata de dotar de certidumbre a las adquisiciones realizadas por los cónyuges (“Comentario al artículo 1356 del Código Civil”, en Comentarios al Código Civil, Thomson-Reuters, Pamplona, 2009, p. 1620).

[94.](#) FERNÁNDEZ CANALES expone los motivos que justificarían una uniformidad de criterios, defendiendo que en ambos casos debería aplicarse el primer plazo satisfecho, “se evitarían así las discusiones doctrinales sobre si ambos preceptos mantienen o no un mismo criterio, lo que facilitaría la aplicación del art. 1357. Se solventaría el problema que presentan aquellos casos en los que es complicado decidir el momento de la perfección del contrato. Y, finalmente se evitará la injusticia que señala Lacruz (que el bien sea calificado como privativo, aunque todo el precio se satisfaga con dinero ganancial; de este modo se impediría que uno de los cónyuges sabedor de que todo el precio será abonado con dinero ganancial fuerce la perfección del contrato sin desembolso alguno antes del comienzo de la sociedad de gananciales, para adquirir la titularidad del bien con carácter privativo”. Y, en consecuencia, propone de lege ferenda que el art. 1357 CC dispusiera: “los bienes adquiridos antes de comenzar la sociedad de gananciales por precio aplazado tendrán carácter privativo si el primer desembolso tuviera este carácter, aunque todos los plazos siguientes se satisfagan con dinero ganancial (...)” (Sociedad..., cit, pp. 163-164 y p. 242).

[95.](#) No así REBOLLEDO VARELA, quien de acuerdo con la regla interpretativa donde el legislador no distingue, el intérprete no debe distinguir, considera que debe aplicarse la regla general también a la vivienda y ajuar familiares (“Comentario al artículo 1356 del Código Civil”, en Comentarios al Código Civil..., cit., p. 9599).

[96.](#) En este sentido, la doctrina señala que no existe una razón lógica que permita aplicar el art. 1354 CC a las viviendas compradas a plazos antes de la sociedad de gananciales, y no a las adquiridas después. Así, RAGEL SÁNCHEZ, F. L., “La sociedad de gananciales (2). El activo de la sociedad”, en Tratado de Derecho de Familia, T. III,

Thomson-Reuters, Pamplona, 2011, p. 822 y El régimen de gananciales..., cit., pp. 218-219); ELORRIAGA DE BONIS, F., ob. cit., p. 426; RIVERA FERNÁNDEZ, M., ob. cit., p. 155; y SERRANO FERNÁNDEZ, C., “Comentario al artículo 1357 Código Civil”, en Código..., cit., p. 997

[97](#). Un sector autorizado de la doctrina defiende el carácter proindiviso de la vivienda familiar adquirida con precio aplazado constante la sociedad de gananciales únicamente en el caso de que el primer pago se realizara con dinero privativo; excluyéndolo a favor del carácter ganancial cuando el primer pago fuera ganancial. Véase SERRA RODRÍGUEZ, A., La compraventa a plazos de un bien ganancial, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p. 31; MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A., ob. cit., p. 366; y MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., Compra financiada de vivienda familiar y sociedad de gananciales. Artículo 1357, párrafo 2 del Código Civil, Civitas, Madrid, 2002, p. 82.

[98](#). ELORRIAGA DE BONIS critica esta diferenciación que “carece de base jurídica objetiva, pues nada autoriza a aplicar a algunos casos el 1356 CC y en otro olvidarse de él para recurrir al inciso segundo del art. 1357 CC, ello es tanto como tomar en cuenta lo favorable u odioso de una disposición al momento de su interpretación, cuestión que no parece posible. Parece más lógico, en cambio, aplicar directamente el art. 1357.2 CC a todas las adquisiciones de una vivienda familiar a plazos sea que la primera cuota tenga carácter privativo o ganancial, e independientemente de si el plazo inicial se canceló antes o después de comenzada la sociedad de conyugal” (ob. cit., pp. 425-426).

[99](#). Ahora bien, la obligación del abono de los plazos de la compraventa y del préstamo para la adquisición de la vivienda familiar constante la sociedad de gananciales, constituye una deuda ganancial a cargo de la sociedad de gananciales por su objeto, dado que es carga de la sociedad de gananciales el atender a las necesidades de la familia, y la vivienda es una de ellas.

[100](#). Este principio subyace en la RDGRN 8 octubre 2014, ya citada, que ante una compraventa por los dos esposos en la que abonaron dinero privativo de ambos, financiando el resto con un préstamo hipotecario, que se formaliza el mismo día, se califica de proindiviso con carácter ganancial y privativo de los dos cónyuges; en vez de calificarse de proindiviso privativa de los dos cónyuges, como hubiera correspondido de la aplicación de la regla del art. 1356 CC.

[101](#). La RDGT 8 noviembre 2016 (consulta V4723-16) subsume el supuesto en el art. 1356 CC y califica el inmueble de vivienda familiar con carácter privativo. Declara que la operación de aportación a la sociedad de gananciales no tributa por los impuestos sobre sucesiones y donaciones, ni por el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, sin perjuicio de que la futura transmisión tribute desde la anterior que tributó; y que está sujeta y exenta del impuesto sobre transmisiones patrimoniales. Pero tributa por el 50% de lo aportado en concepto de ganancia o pérdida patrimonial en el impuesto de la renta de las personas físicas