

LA ADQUISICIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL
RÉGIMEN DE GANANCIALES

*THE ACQUISITION OF THE FAMILY HOME UNDER THE
COMMUNITY OF PROPERTY REGIME*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 19, agosto 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 70-103

M.^a Amalia
BLANDINO
GARRIDO

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de abril de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 14 de julio de 2023

RESUMEN: Se aborda en este estudio la fijación del carácter privativo, ganancial o mixto de la vivienda familiar adquirida antes del comienzo de la sociedad de gananciales o durante su vigencia. Se analizan, a este respecto, aplicados a la vivienda familiar, los distintos criterios legales de determinación del carácter ganancial o privativo de los bienes: el llamado principio de subrogación real, las adquisiciones mixtas, la “accesión económica”, el criterio del carácter del propio bien o derecho del que deriva el derecho a la adquisición o la regla de la accesión aplicable a la edificación realizada por uno o ambos cónyuges en un solar privativo o ganancial; todos ellos en su relación con la presunción de ganancialidad. Dada la relevancia que adquiere la autonomía de la voluntad de los cónyuges en la determinación de la condición de los bienes del matrimonio, se incluye un tratamiento de los negocios jurídicos que permiten un cambio de naturaleza de la vivienda familiar: de ganancial a privativa de un cónyuge o viceversa.

PALABRAS CLAVE: Vivienda familiar; régimen de gananciales; ganancial; privativo; atribución; aportación; reintegros.

ABSTRACT: *This study deals with the determination of the private, community or mixed character of the family home acquired before the beginning of the community of property or during its validity. In this respect, the different legal criteria for determining whether the property is a community property or a separate property are analysed, applied to the family home: the so-called principle of real subrogation, mixed acquisitions, “economic accession”, the criterion of the nature of the property or right from which the right to the acquisition derives or the rule of accession applicable to the building carried out by one or both spouses on a private or community property plot; all of them concerning the presumption of community property. Given the relevance acquired by the spouses’ autonomy of will in determining the status of the marital property, a treatment is included of the legal transactions that allow a change in the nature of the family home: from community of property to private property of one spouse or vice versa.*

KEY WORDS: Family home; community property regime; community property; privative; attribution; contribution; reimbursements.

SUMARIO.- I. VIVIENDA FAMILIAR Y SOCIEDAD DE GANANCIALES. II. VIVIENDA FAMILIAR DE NATURALEZA GANANCIAL.- 1. Adquisición al contado a costa del caudal común o ganancial.- 2. Adquisición en sustitución de un bien o derecho ganancial.- 3. Donación de la vivienda familiar de forma conjunta a los cónyuges.- 4. Vivienda familiar construida en solar o terreno ganancial.- III. VIVIENDA FAMILIAR PRIVATIVA DE UN CÓNYUGE.- 1. Adquisición antes del inicio de la sociedad de gananciales.- 2. Adquisición a título gratuito.- 3. Adquisición, durante la vigencia de la sociedad de gananciales, con fondos privativos: la exigencia de prueba documental pública.- 4. Adquisición en sustitución de un bien o derecho privativo.- 5. Vivienda familiar construida en solar o terreno privativo.- IV. REGLAS ESPECIALES APLICABLES A LA VIVIENDA FAMILIAR COMPRADA A PLAZOS O MEDIANTE PRÉSTAMO.- 1. Compra a plazos antes de comenzar la sociedad de gananciales.- A) Compra por uno de los futuros cónyuges.- B) Compra por ambos cónyuges en estado de solteros.- 2. Adquisición a plazos por uno de los cónyuges vigente la sociedad de gananciales.- 3. Situaciones especiales de compra a plazos de la vivienda familiar.- A) Compra en situación de convivencia de hecho.- B) Vivienda familiar no pagada íntegramente cuando sobreviene la disolución de la sociedad de gananciales.- V. ALTERACIÓN DEL CARÁCTER PRIVATIVO O GANANCIAL DE LA VIVIENDA FAMILIAR.- 1. Confesión de privatividad respecto a la vivienda familiar.- 2. La atribución de carácter ganancial, por voluntad expresa o presunta de los cónyuges, a la vivienda adquirida a título oneroso.- 3. Aportación de la vivienda familiar privativa al patrimonio ganancial.- 4. Atribución de privatividad o aportación al patrimonio privativo de la vivienda familiar ganancial.

I. VIVIENDA FAMILIAR Y SOCIEDAD DE GANANCIALES.

Adquirir la vivienda familiar bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales no produce los mismos efectos que si la adquisición se efectúa sin haber contraído matrimonio, o estando sujeto al régimen de separación de bienes¹. Es más, cuando la vivienda se compra antes del inicio de la sociedad conyugal, mediante precio aplazado (o, conforme a la doctrina jurisprudencial, a través de la concesión de un préstamo hipotecario), la normativa del régimen de gananciales alcanza también a la determinación de la naturaleza -privativa, ganancial o mixta- de estas adquisiciones previas, conforme a lo establecido en los arts. 1357.II y 1354 CC.

Partiendo de esta premisa, se aborda en este estudio la fijación del carácter privativo, ganancial o mixto de la vivienda familiar adquirida antes del comienzo de la sociedad de gananciales -sea porque aún no se ha celebrado el matrimonio, sea por haberse adoptado otro régimen legal o convencional (art. 1345 CC)- así como de la que se adquiere una vez vigente el régimen de gananciales. Se analizan, a este respecto, aplicados a la vivienda familiar, los distintos criterios legales de determinación del carácter ganancial o privativo de los bienes: el llamado principio de subrogación real, enunciado con carácter general en los arts. 1346.3.º y

¹ Cuando hablamos de “vivienda familiar” en este trabajo nos referimos a la “vivienda simplemente conyugal”, pero también a la “vivienda en la que, además de los cónyuges vivan los hijos comunes o los que cada cónyuge hubiera habido antes del matrimonio” [RDGSJFP 2 marzo 2023 (RAJ 2023, 1617)].

• M.ª Amalia Blandino Garrido

Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Cádiz. Correo electrónico: amalia.blandino@uca.es

1347.3.º CC; las adquisiciones mixtas contempladas en los arts. 1357.II y 1354 CC; la “accesión económica” del art. 1356 CC; el criterio del carácter del propio bien o derecho del que deriva el derecho a la adquisición de los arts. 1346.4.º y 1347.4.º, o la regla de la accesión aplicable a la edificación realizada por uno o ambos cónyuges en un solar privativo o ganancial (art. 1359 CC); todos ellos en su relación con la presunción de ganancialidad del art. 1361 CC. Dada la relevancia que adquiere la autonomía de la voluntad de los cónyuges en la determinación de la condición de los bienes del matrimonio², se incluye un tratamiento de los negocios jurídicos que permiten un cambio de naturaleza de la vivienda familiar: de privativa de un cónyuge a ganancial o viceversa (arts. 1323, 1324 y 1355 CC). A este respecto, hemos de partir de que las normas que determinan el carácter privativo o ganancial de los bienes del matrimonio dejan un margen a la libre determinación de los cónyuges³. El tratamiento de la naturaleza de la vivienda familiar tomará en consideración que, en las adquisiciones onerosas, en caso de que no se aplique el denominado principio de subrogación real (con arreglo al cual los bienes adquiridos tienen la misma naturaleza privativa o ganancial que tuviesen los fondos utilizados o la contraprestación satisfecha), para evitar el desequilibrio entre los distintos patrimonios de los cónyuges, surge como contrapeso el correspondiente derecho de reembolso (a favor del patrimonio que sufraga la adquisición) consagrado en el art. 1358 CC⁴. Para todas estas situaciones, el análisis se sustenta en las últimas decisiones jurisprudenciales y de la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

II. VIVIENDA FAMILIAR DE NATURALEZA GANANCIAL.

I. Adquisición al contado a costa del caudal común o ganancial.

La sociedad legal de gananciales se articula en torno al postulado que atribuye carácter consorcial o ganancial a los bienes adquiridos a título oneroso con cargo al acervo común, constante su vigencia (art. 1347.3.º CC). De acuerdo con este principio, será ganancial del matrimonio la vivienda familiar adquirida a título oneroso a cargo del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad o para uno de los cónyuges. Téngase en cuenta que, según se establece en el art. 1361 CC, los bienes existentes en el matrimonio se presumen gananciales mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges.

2 Pone de manifiesto el cambio que en esta materia supuso la reforma, frente a la rigidez de la regulación de la sociedad de gananciales anterior, DE LOS MOZOS, J.L.: “Comentario a los artículos 1355 a 1357”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBALADEJO), Tomo XVIII, Vol. 2º, Edersa, Madrid, 1984, p. 186.

3 En todo caso, lo que no es posible es que uno de los cónyuges transmita al otro “la participación que como ganancial le pertenece en la finca vendida”, a la vista de “la inalienabilidad de la hipotética participación que todo cónyuge tiene sobre cada bien que integra el patrimonio común debido a que tanto éste como la condición de comunero, es inseparable, de la de cónyuge” [RDGRN 2 febrero 1983 (RA) 1983, 1088].

4 RDGFPSJ 4 julio 2022 (RA) 2023, 576).

Combinando esta presunción con el principio de subrogación real del art. 1347. 3.º CC, la doctrina jurisprudencial ha precisado que “resulta que todos los bienes adquiridos por título oneroso constante matrimonio son gananciales si no se demuestra que la adquisición se realizó con fondos propios”⁵. A estos efectos, debe tenerse en cuenta que la declaración de las partes en la escritura de compraventa no determina una presunción “iuris et de iure”, sino una presunción “iuris tantum” que, por tanto, admite prueba en contrario, del mismo modo que se viene resolviendo en relación con lo dispuesto en el art. 1324 CC⁶. Es necesario, de este modo, probar la aportación privativa, en su caso, pues de lo contrario, por la presunción del art. 1361 CC, la adquisición será ganancial.

Tratándose de un inmueble y, por ende, con relación a la vivienda familiar, es posible distinguir tres situaciones en las adquisiciones a título oneroso. La menos problemática, que la vivienda se adquiera por ambos cónyuges para la sociedad de gananciales (art. 93.1.1 RH), en cuyo caso la inscripción se practica con carácter ganancial⁷. Es posible también que se adquiera por uno solo de los cónyuges para la sociedad de gananciales (art. 93.4 RH) o sin manifestación de que adquiere para la sociedad (art. 94.1 RH). La manifestación del cónyuge de que el bien se adquiere para la comunidad ganancial da lugar a que se inscriba a nombre del cónyuge adquirente con esta indicación (art. 93.4 RH), sin que para ello se exija demostración de que los fondos invertidos son gananciales. Sin embargo, “la condición de ganancial basada en la sola declaración del cónyuge adquirente es meramente presuntiva y el adquirente puede probar en un proceso judicial el carácter privativo de los fondos a efectos de que se declare que el bien adquirido es privativo”⁸. Por tanto, “la declaración de un solo cónyuge de que adquiere para la sociedad o de que adquiere con carácter ganancial, por sí sola, no es suficiente para que el bien tenga ese carácter, de modo que si el cónyuge adquirente prueba

5 STS 27 mayo 2019 (RAJ 2019, 2143).

6 Como explica la SAP de Málaga, Sección 6ª, 21 junio 2019 (JUR 2020, 24441), “la jurisprudencia tiene dicho reiteradamente que las declaraciones que hagan los contratantes en los documentos públicos (escrituras públicas) tienen un mero valor presuntivo, pudiendo ser desvirtuadas mediante la prueba en contrario (SSTS de 13 de Febrero de 1958, 15 de Marzo de 1969, 8 de Mayo de 1973, 10 de Octubre de 1988 y 12 de febrero de 1991). Dicha confesión viene regulado en el artículo 1324 del código civil y ha sido analizada en diversas sentencias del Tribunal Supremo en las que se ha analizado si dicha confesión hace prueba plena o es necesaria complementarla con otros medios de prueba, indicando la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2001 (RJ 2001, 8152) que la prevalencia confesoria que establece el artículo 1324 del Código Civil no es absoluta con lo que cabe prueba en contrario, prueba que ha de ser eficaz y contundente como declaró la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1999 (RJ 1999, 6293), no bastando el mero reconocimiento por parte del cónyuge del carácter privativo de los bienes en cuestión cuando tal carácter se pone en duda y se presenta prueba en contrario suficiente satisfactoria y convincente respecto al desplazamiento de la situación de privatividad tal y como declaró la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1994”.

7 Constituye doctrina jurisprudencial que “los bienes adquiridos conjuntamente por los esposos cuando consta la voluntad de ambos de atribuir carácter ganancial al bien adquirido son gananciales pero, en tal caso, si se prueba que para la adquisición se han empleado fondos privativos, el cónyuge titular del dinero tiene derecho a que se le reintegre el importe actualizado, aunque no hiciera reserva sobre la procedencia del dinero ni sobre su derecho de reembolso” [STS 28 febrero 2023 (RAJ 2023, 1844)].

8 STS 27 mayo 2019 (RAJ 2019, 2143).

el carácter privativo del dinero empleado, el bien será privativo”⁹. En estos casos de adquisición por uno solo de los cónyuges, que abona el precio con su dinero privativo, aunque declare adquirir para la sociedad de gananciales, es el no adquirente interesado en que se califique el bien como ganancial quien debe probar la existencia de un acuerdo de atribución de ganancialidad en los términos del art. 1355 CC¹⁰. En cambio, cuando en la adquisición realizada por uno de los cónyuges no se hace ninguna manifestación sobre el carácter de la adquisición, pero consta que está casado en régimen de gananciales, la inscripción del bien se practicará como presuntivamente ganancial (art. 94.1 RH)¹¹. Cabe precisar, por último, que la finca que constituye la vivienda familiar puede provenir de la agrupación de varias fincas registrales o de la división o segregación de una finca (art. 44 a 50 RH). El art. 94.2^o RH permite la inscripción, “por si solo por el titular registral”, de las agrupaciones, segregaciones o divisiones de estas fincas.

2. Adquisición en sustitución de un bien o derecho ganancial.

Son varios los preceptos en que nuestro Código Civil determina el carácter del bien, con preferencia al criterio de la naturaleza de la contraprestación, atendiendo al origen o procedencia privativa o ganancial del bien o del derecho que fundamenta la adquisición, sin perjuicio del coetáneo nacimiento del derecho de reembolso a cargo del patrimonio favorecido (art. 1358 CC)¹². En aplicación de este criterio, cuando la vivienda familiar se adquiere por sustitución, como sería en el caso de la permuta, o cuando se ejercita un derecho de retracto, su naturaleza será privativa o ganancial según lo sea el bien que se entregó en contraprestación o el derecho cuyo ejercicio provoca la adquisición de la vivienda. En concreto, la vivienda familiar será ganancial si se ha permutado por un bien ganancial (art. 1346.3^o CC, extensible en sentido contrario respecto a los bienes gananciales), aunque haya habido un complemento en metálico de naturaleza privativa¹³. Si la vivienda familiar se adquiere a través del ejercicio de un derecho de retracto de carácter ganancial, la vivienda tendrá también esta misma naturaleza, aunque se abone el precio con fondos privativos (art. 1347.4^o CC). Este criterio se extiende a toda adquisición proveniente del ejercicio de un derecho de adquisición, como el tanteo o la opción¹⁴; o en las adquisiciones provenientes de la extinción de

9 STS 27 mayo 2019 (RAJ 2019, 2143).

10 STS 27 mayo 2019 (RAJ 2019, 2143).

11 RDGSJFP 30 julio 2018 (RAJ 2018, 3887).

12 RDGSJFP 30 julio 2018 (RAJ 2018, 3887).

13 DE LOS MOZOS, J.L.: “Comentario al artículo 1354”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBALADEJO), Tomo XVIII, Vol. 2^o, Edersa, Madrid, 1984, p. 182.

14 Señala PEREÑA VICENTE, M.: *Masas patrimoniales en la sociedad de gananciales. Transmisión de su titularidad y gestión entre los cónyuges*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 81, que “[l]a regulación del Código civil, al no diferenciar ningún supuesto, se aplicará al ejercicio de cualquier derecho de adquisición preferente, ya sea legal o convencional”. Pone el ejemplo esta autora (“*ibidem*”) del retracto arrendatario cuando se trata de adquirir la vivienda familiar.

situaciones de proindivisión, atendiendo a la naturaleza que tenía la porción indivisa que pertenecía al adjudicatario¹⁵.

3. Donación de la vivienda familiar de forma conjunta a los cónyuges.

Conforme a lo establecido en el art. 1353 CC, en el supuesto de que, constante la sociedad, por parte de un tercero se done o se efectúe una disposición "mortis causa" de la vivienda familiar a favor de ambos cónyuges, de manera conjunta y sin especial designación de partes, se presumirá que es ganancial -salvo prueba en contrario- siempre que la liberalidad fuera aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario¹⁶. Sienta este precepto, pues, una clara excepción a la regla según la cual son privativos de cada uno de los cónyuges los bienes y derechos que adquiera a título gratuito (art. 1346.2 CC)¹⁷. La vivienda así adquirida se inscribirá a nombre de ambos cónyuges (art. 93.I.II RH).

Si para el pago de la vivienda los cónyuges reciben una donación del importe necesario para el pago del precio, y la donación de este dinero se ha efectuado conjuntamente a los esposos, la vivienda será asimismo ganancial, en aplicación de los arts. 1355 y 1347.3º CC. A este respecto, respecto a los requisitos para que entre en juego el art. 1353 CC, el Tribunal Supremo tiene declarado que "la inversión de la cantidad donada por los padres en la adquisición de un bien ganancial no la transforma, per se, en ganancial, sino que genera una deuda de la sociedad si se ha invertido a favor de ésta"¹⁸. Para el Alto Tribunal "no cabe utilizar como argumento para la determinación de la naturaleza jurídica de los fondos controvertidos, el hecho de que fueran transferidos a una cuenta abierta a nombre de ambos esposos", a lo que añade que "el ánimo de liberalidad a favor de la nuera no se presume". Asimismo, el Tribunal Supremo aprecia que no cabe integrar la voluntad del donante con los hechos posteriores realizados por los cónyuges, ya que son actos propios de éstos y no del disponente¹⁹.

4. Vivienda familiar construida en solar o terreno ganancial.

La edificación, sede de la vivienda familiar, realizada durante el matrimonio en un solar ganancial o privativo, tiene la naturaleza del suelo donde se erija, en aplicación del principio de la accesión contenido en el art. 358 CC, del que deriva la regla del art. 1359 del mismo cuerpo legal. Acoge el Código Civil el principio

15 RRDGSJFP 11 mayo 2016 (RAJ 2016,3020) y 30 julio 2018 (RAJ 2018, 3887).

16 STS 9 mayo 2007 (RAJ 2007, 3561).

17 PRETEL SERRANO, J.J.: "Artículo 1353", en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, p. 660.

18 STS 9 mayo 2007 (RAJ 2007, 3561).

19 STS 25 abril 2022 (RAJ 2022, 2114). No estima tampoco que el dinero donado por el padre de la esposa y empleado en la adquisición de la vivienda fuera ganancial del matrimonio la STS 16 septiembre 2022 (RAJ 2022, 4359).

“superficie solo cedit”, en cuya virtud, la vivienda tendrá el carácter del suelo en el que se construya, sin perjuicio del reembolso a favor o en contra de la sociedad de gananciales. De esta forma, la vivienda, aun construida totalmente con dinero ganancial o privativo, tendrá el mismo carácter ganancial o privativo que tenga el terreno sobre el que se construya²⁰.

Aplicando esta norma, si en un solar ganancial se construye una vivienda, su naturaleza será también ganancial del matrimonio, aunque para la edificación se empleen fondos privativos de uno de los cónyuges. Ello se entiende sin perjuicio del reembolso a que habrá lugar entre el patrimonio privativo que hizo frente a la inversión y el patrimonio ganancial; esto es, deberá reembolsarse el valor satisfecho al titular de estos fondos (art. 1359.I CC). Si la finca sobre la que se va a edificar la vivienda consta inscrita con carácter ganancial en el Registro de la Propiedad, la declaración de la obra nueva podrá realizarse por el titular registral (art. 94.2 RH).

III. VIVIENDA FAMILIAR PRIVATIVA DE UN CÓNYUGE.

I. Adquisición antes del inicio de la sociedad de gananciales.

La sociedad de gananciales comenzará -en los territorios de Derecho civil común- en el momento de celebrarse el matrimonio, si los cónyuges no han pactado otro régimen, o en un momento posterior, al tiempo de otorgarse capitulaciones matrimoniales por las que se instaure este régimen económico (art. 1345 CC). Con anterioridad a que rija el régimen de gananciales, no existirá el patrimonio común o ganancial, de manera que los bienes que se adquieran pertenecerán a cada uno de los futuros consortes o a ambos en comunidad por cuotas (si el matrimonio no se ha celebrado todavía) o a los cónyuges (casados en régimen de separación de bienes). Todo bien adquirido antes de contraer matrimonio, sea a título oneroso o gratuito, tiene naturaleza privativa, en virtud de lo dispuesto en el art. 1346.1^o CC. En concreto, los bienes adquiridos a título oneroso antes del comienzo del régimen de gananciales serán privativos, y ello con independencia de que el precio haya sido íntegramente satisfecho antes del inicio del régimen o de que la totalidad o parte del precio haya quedado aplazado y se satisfaga estando vigente la sociedad de gananciales (art. 1357.I CC).

Centrándonos en el inmueble destinado a vivienda familiar comprado por un cónyuge antes de iniciarse el régimen de gananciales, su naturaleza será privativa siempre que el precio se abone con fondos privativos. Si el precio de

20 MOLINA ILLESCAS, S.: “Obra nueva ganancial sobre solar privativo. Inscripción de la edificación con distinto carácter que el suelo”, *La Ley Derecho de Familia*, 2020, núm. 25, enero-marzo, monográfico *Sociedad conyugal y Registro de la Propiedad* (consulta en smarteca).

la vivienda se abona íntegramente antes del inicio del régimen de gananciales, sin duda, el inmueble tendrá carácter privativo; igual sucederá si el precio se paga al contado, vigente el régimen, utilizando fondos privativos del cónyuge comprador. En el supuesto habitual de que el precio se abone al vendedor en su integridad, pero para su pago se pida un préstamo, se considerará que la vivienda es privativa del cónyuge comprador si las cuotas de amortización se abonan también en su totalidad antes de comenzar la sociedad de gananciales o si, una vez vigente el régimen de gananciales, las cuotas se satisfacen íntegramente con fondos privativos²¹. En efecto, cuando la vivienda familiar ha sido comprada con anterioridad al comienzo de la sociedad de gananciales y no se ha pagado en su totalidad, sino que parte del precio (o del préstamo) se abona posteriormente con dinero ganancial, resulta de aplicación el art. 1354 CC, al que reenvía el art. 1357. II CC. Es decir, la vivienda será en parte privativa y en parte ganancial, o como dice la norma, el bien corresponderá proindiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge en proporción al valor de las aportaciones respectivas. Pero si todos los pagos se efectúan con dinero privativo, no se creará esa comunidad de cuota privativa y de cuota ganancial de la vivienda familiar. Por lo demás, cabe que uno de los futuros cónyuges colabore económicamente en la compra efectuada antes del matrimonio por el otro, pero ello no afectará a la consideración privativa del bien²².

Disuelta la sociedad de gananciales, la adjudicación de la vivienda objeto de una comunidad ordinaria, adquirida antes del régimen, de carácter privativo, se considera un negocio ajeno al contenido típico del convenio regulador; por lo que para su inscripción en el Registro de la Propiedad el Centro Directivo considera necesaria la oportuna escritura pública o, en su defecto, la sentencia firme dictada por juez competente en el procedimiento que corresponda²³.

2. Adquisición a título gratuito.

Constante la sociedad de gananciales, si uno de los cónyuges recibe, por vía de herencia, legado o donación, una vivienda que decide destinar a hogar de la

21 Téngase en cuenta que, como se comentará “infra”, la jurisprudencia ha equiparado, a los efectos de la aplicación de la norma de los arts. 1257.II y 1354 CC, el pago del precio a plazos con los desembolsos realizados, con dinero ganancial, para satisfacer las amortizaciones de los préstamos hipotecarios concertados antes del inicio del régimen.

22 En este sentido, la STS 17 abril 2002 (RAJ 2002, 3293), ante un supuesto de compra por la esposa, antes de contraer matrimonio, de una vivienda y una plaza de garaje, habiéndose pagado el precio en estado de soltera, aprecia que eran bienes privativos de la esposa y que no resultaban aplicables al caso los arts. 1357.II y 1354 CC, pese a que el entonces novio de la compradora hubiera aportado ayuda económica a la compra de los inmuebles. Como precisa el Tribunal Supremo, “tal aportación, si se demuestra su realidad y cuantía, solo concede al demandado la posibilidad de reclamar como crédito la cantidad entregada”. No obstante, en la STS 9 marzo 1998 (RAJ 1998, 1268), en un caso en que el marido había comprado la vivienda familiar en estado de soltero, se considera privativa de la esposa la parte correspondiente a la cantidad abonada por la misma.

23 RDGSJFP 14 febrero 2019 (BOE 12 de marzo de 2019).

familia, esta afectación no alterará el carácter privativo del bien (art. 1346.2.º CC). Cuestión distinta es que el cónyuge titular de la vivienda esté sujeto, durante la vigencia del régimen, a las limitaciones a la facultad de disposición contenidas en el art. 1320 CC.

Cabe también que la vivienda se haya donado o dejado en testamento por terceros a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad. En esta situación, como se ha indicado, se presumirá que la vivienda tiene carácter ganancial (art. 1353 CC). “A contrario sensu”, si la vivienda se dona o se deja en testamento a ambos cónyuges, pero con atribución de cuotas, se entiende que pertenece a ambos, con carácter privativo, en proindiviso ordinario.

Si el cónyuge que compra la vivienda familiar ha recibido, a título gratuito, los fondos para el pago del precio del inmueble, en aplicación del principio de subrogación real, la vivienda será privativa del cónyuge comprador, en su integridad o en la parte abonada con ese dinero de naturaleza privativa (art. 1346.3.º CC)²⁴.

3. Adquisición, durante la vigencia de la sociedad de gananciales, con fondos privativos: la exigencia de prueba documental pública

La vivienda familiar tendrá carácter privativo cuando haya sido adquirida “a costa de bienes privativos” (art. 1346.3.º CC). El cónyuge que sostenga la naturaleza privativa de la vivienda adquirida a título oneroso debe probar el carácter privativo del dinero empleado en la adquisición (a efectos del art. 1346.3.º CC o, en su caso, del art. 1354 CC o del art. 1356 CC)²⁵. De acuerdo con la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, “el mero ingreso en una cuenta de titularidad compartida no convierte en ganancial al dinero privativo”²⁶. Para el Alto Tribunal, “los depósitos indistintos no presuponen comunidad de dominio sobre los objetos depositados, por lo que habrá de estarse a las relaciones internas entre los titulares y, más concretamente, a la originaria procedencia del dinero que nutre la cuenta, todo ello con la finalidad de catalogar el carácter dominical de los fondos”²⁷. Asimismo, la jurisprudencia aprecia que “en las relaciones entre cónyuges, aunque estén sometidos al régimen de gananciales, no se presume que el dinero privativo se aporta como ganancial”²⁸. Según esta doctrina, “ingresado

24 La STS 4 abril 1997 (RAJ 1997, 2636) confirma la sentencia recurrida, que había declarado probado que el esposo aportó una cantidad de dinero recibida de su madre a título gratuito, en la compra de la casa familiar, lo que da lugar a que esa parte del inmueble se considere privativo.

25 STS 27 mayo 2019 (RAJ 2019, 2143).

26 STS 28 junio 2021 (RAJ 2021, 3039).

27 STS 28 febrero 2023 (RAJ 2023, 1844), con cita de las sentencias 28 junio 2021 (RAJ 2021, 3039), 28 septiembre 2018 (RAJ 2021, 3039), 15 febrero 2013 (RAJ 2013, 2014) y 19 diciembre 1995 (RAJ 1995, 9425).

28 SSTS 11 diciembre 2019 (RAJ 2019, 5212) y 11 noviembre 2020 (RAJ 2020, 4250), con cita de otras anteriores.

el dinero privativo en una cuenta conjunta, salvo que se demuestre que su titular lo aplicó en beneficio exclusivo, procede el reembolso del dinero privativo que se confundió con el dinero ganancial poseído conjuntamente”.

Dicha justificación del carácter privativo del precio, con el limitado alcance de regular el acceso registral de la finca, debe realizarse siempre mediante prueba documental pública, tal y como viene establecido en el art. 95.2 RH²⁹. La prueba de la privatividad de la contraprestación exige “acreditar de forma indubitada que el dinero invertido es justo el que había adquirido anteriormente con igual carácter el cónyuge adquirente y que integraba su peculio privativo”³⁰. Para el Centro Directivo, “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”³¹. Ciertamente, como ha señalado el Tribunal Supremo, “esta previsión expresa del art. 95.2 RH es coherente con el tipo de prueba que puede apreciar el registrador de la propiedad”³². No obstante, la propia Dirección General no descarta “una interpretación flexible del referido artículo 95.2 del Reglamento Hipotecario que, atendiendo a la realidad social (cfr. artículo 3.1 del Código Civil), lleve a admitir la

29 La Dirección General, en su reciente Resolución de 8 marzo 2023 (JUR 2023, 130643), con cita de las Resoluciones de 2 marzo 2016 (RAJ 2016, 1744) y 15 marzo 2017 (RAJ 2017, 1387), ha establecido que “en el ámbito del Registro de la Propiedad la destrucción de la presunción de ganancialidad a que se refiere el artículo 1361 del Código Civil requiere, para obtener la inscripción de un bien con carácter privativo –al margen del supuesto de confesión de privatividad por el consorte– que, en las adquisiciones a título oneroso, se justifique el carácter privativo del precio o contraprestación mediante prueba documental pública suficiente, sin que la mera afirmación de la procedencia privativa del dinero empleado sea suficiente dado, sobre todo, el carácter fungible del dinero (artículo 95 del Reglamento Hipotecario)”. Fuera de este supuesto, continúa el Centro Directivo, “para acceder a la modificación del contenido del Registro de la Propiedad y del carácter de ganancial con que publica la titularidad del bien, es preciso o bien acreditar fehacientemente los hechos de los que resultaría no aplicable el régimen de gananciales o bien contar con el consentimiento de aquellos cuya posición jurídica sea vea afectada por el pronunciamiento registral o bien resolución judicial en la que estos hayan tenido la posibilidad de intervenir en la forma prevista por el ordenamiento (Resoluciones de 23 de marzo de 2004, 1 de octubre de 2007 y 23 de agosto de 2011, entre otras)”.

30 RDGSJFP 30 mayo 2022 (RAJ 2022, 3345). Señala MONTERO GIMÉNEZ, J.M.: “La privatividad del dinero en las adquisiciones de bienes inmuebles”, *La Ley Derecho de Familia*, 2020, núm. 25, enero-marzo, monográfico *Sociedad conyugal y Registro de la Propiedad* (consulta en smarteca), que “para probar el carácter privativo del dinero cobra una suma importancia la escritura pública y las cuentas bancarias” y que “combinando ambas, entendemos que es la única forma en la que podemos conseguir una cierta individualización del dinero”.

31 RDGSJFP 30 mayo 2022 (RAJ 2022, 3345). Esta Resolución añade, asimismo, lo siguiente: “Fuera del proceso esa exigencia se viene entendiendo necesario que sea directamente la fe notarial –y no tanto las manifestaciones de parte interesada plasmadas en soporte documental público– la que ampare la privatividad del precio invertido. En otro caso, la presunción de ganancialidad proyecta tabularmente sus efectos, hasta su impugnación judicial; y esta es la solución estricta que rige en el ámbito registral en tanto no haya una modificación normativa que flexibilice este extremo (como la legislación civil especial de Aragón, por ejemplo –vid. artículo 213 del Código de Derecho Foral de Aragón–)”. El citado art. 213 del Código aragonés establece una presunción legal de privatividad, en cuya virtud, “adquirido bajo fe notarial dinero privativo, se presume que es privativo el bien que se adquiera por cantidad igual o inferior en escritura pública autorizada por el mismo notario o su sucesor, siempre que el adquirente declare en dicha escritura que el precio se paga con aquel dinero y no haya pasado el plazo de dos años entre ambas escrituras”. Esta presunción, según se indica en el apartado segundo del precepto, admite en juicio prueba en contrario.

32 STS 27 mayo 2019 (RAJ 2019, 2143).

inscripción del bien con carácter privativo sobre la base de manifestaciones del comprador que, constandingo en documento público, tengan como soporte algún dato adicional como pudiera ser, por ejemplo, el documento bancario del que resulte la correspondencia del pago realizado con el previo³³.

4. Adquisición en sustitución de un bien o derecho privativo.

Del mismo modo que se ha indicado para la vivienda ganancial, cuando el inmueble que constituye la vivienda de la familia se adquiere por sustitución -esto es, mediante la permuta o el ejercicio de un derecho de retracto- de un bien o derecho privativo, esta será también la naturaleza de la propia vivienda³⁴. Así, la vivienda familiar será privativa si se ha permutado por un bien privativo (art. 1346.3^o CC), aunque haya habido un complemento en metálico de naturaleza ganancial³⁵. En este sentido, la STS 30 junio 2009³⁶ considera privativo el bien adquirido por la esposa en virtud de un contrato de permuta con un bien propio. Si la vivienda familiar se adquiere a través del ejercicio de un derecho de retracto de carácter privativo, la vivienda tendrá también esta misma naturaleza, aunque se abone el precio con fondos gananciales (art. 1346.4^o CC). Mediante la aplicación analógica de esta norma, será también privativa la vivienda adjudicada como consecuencia de la división de una comunidad de bienes en la que el cónyuge tuviera una cuota privativa³⁷.

5. Vivienda familiar construida en solar o terreno privativo.

Si la vivienda familiar se construye en un solar privativo de uno de los cónyuges (adquirido, por ejemplo, a título gratuito o antes de contraer matrimonio), aunque sea utilizando fondos gananciales, la edificación será también privativa, sin perjuicio de la obligación del cónyuge titular de abonar a la comunidad de gananciales el valor de lo construido³⁸. Es más, en caso de que el cónyuge sea copropietario de la finca en que, utilizando dinero de naturaleza ganancial, se levanta la edificación en que se asienta la vivienda familiar, ésta tendrá también carácter privativo del cónyuge titular del suelo³⁹.

33 RDGSJFP 30 mayo 2022 (RAJ 2022, 3345).

34 RDGSJFP 29 marzo 2010 (RAJ 2010, 2375).

35 DE LOS MOZOS, J.L.: "Comentario al artículo 1354", cit., p. 182.

36 STS 30 junio 2009 (RAJ 2009, 4246).

37 En este sentido, la RDGSJFP 12 junio 2013 (RAJ 2013, 5439) admite la inscripción con carácter privativo de un cónyuge de una mitad indivisa de un inmueble atendiendo a que dicho cónyuge era ya titular privativo de la otra cuota.

38 Con relación al crédito a favor de la sociedad de gananciales, la STS 25 julio 2002 (RAJ 2002, 6938) señala que "sin perjuicio de mantener ese bien su primitivo carácter privativo, la sociedad, a cuyas expensas se mejoró, será titular de un derecho de crédito, justamente equivalente al aumento del valor que tenga el bien así mejorado computado al disolverse la sociedad o cuando se enajene".

39 STS 8 febrero 2016 (RAJ 2016, 522).

Cuando la vivienda se construye en un solar privativo invirtiendo fondos comunes o mediante la actividad de cualquiera de los cónyuges, nace un crédito a favor de la sociedad de gananciales por el “aumento del valor que los bienes tengan como consecuencia de la mejora, al tiempo de la disolución de la sociedad o de la enajenación del bien mejorado” (art. 1359.II)⁴⁰. Esta regla ha dado lugar a que por parte de la doctrina se considere que el legislador ha optado por una solución intermedia entre el principio de accesión y el de subrogación real, consistente en aplicar la técnica de la subrogación real imperfecta, que permitirá a la sociedad exigir al cónyuge titular privativo beneficiado con la mejora (a los efectos de nuestro estudio, al cónyuge propietario privativo de la vivienda familiar), el importe al que ascienda el incremento de valor derivado de la misma en el momento de la disolución o en el de la enajenación del bien mejorado, no simplemente el importe actualizado del dinero ganancial empleado⁴¹.

IV. REGLAS ESPECIALES APLICABLES A LA VIVIENDA FAMILIAR COMPRADA A PLAZOS O MEDIANTE PRÉSTAMO.

I. Compra a plazos antes de comenzar la sociedad de gananciales.

A) Compra por uno de los futuros cónyuges.

La determinación del carácter privativo o ganancial de los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges, antes de constituirse la sociedad de gananciales, cuenta con un régimen jurídico propio en el art. 1357.I CC. El art. 1.357.I CC declara que “los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial”. Es decir, estos bienes pertenecerán al cónyuge adquirente o a ambos cónyuges en comunidad proindiviso ordinaria, aunque el precio se abone en su totalidad con fondos comunes una vez comenzado el régimen de gananciales⁴². El precepto, en su segundo apartado, establece la excepción precisamente de la vivienda y ajuar familiares, respecto a los cuales remite al art. 1354 CC. De esta forma, la vivienda familiar comprada por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad, pero pagada, en su totalidad o en parte, con dinero ganancial, no será en todo caso

40 STS 25 septiembre 2012 (RAJ 2013, 2269). Si bien diversos autores han defendido que la sociedad de gananciales puede elegir entre el reembolso del “valor satisfecho” (el empleado en la mejora) o el “aumento de valor” que recibe el bien, con mejor criterio, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: “Artículo 1359”, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, p. 678, aprecia que esta solución no sería justa para el dueño del bien privativo, en la medida en que la mejora puede no subsistir apenas al tiempo de la disolución de la sociedad.

41 MARTÍN MELÉNDEZ, M^a. T.: *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, pp. 463 y ss.

42 MORALEJO IMBERNÓN, N.: “Artículo 1357”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, 5ª ed., p. 1757.

privativa del comprador, sino que corresponderá en proindiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge en proporción al valor de las aportaciones respectivas⁴³. Rige, pues, para la vivienda familiar el principio de subrogación real⁴⁴, que queda excluido para el resto de los bienes, conforme al primer párrafo del art. 1357 CC.

La aplicación de las normas de los arts. 1357.II y 1354 CC da lugar a que, cuando se liquide la sociedad de gananciales, en el activo de la sociedad proceda incluir el porcentaje proporcional del inmueble que corresponda a la parte del precio de adquisición abonado durante la vigencia de la sociedad de gananciales. Lo que se incluirá en el activo será, pues, una participación porcentual. En ningún caso surge un derecho de reintegro o reembolso del art. 1358 CC a favor del cónyuge comprador (por el importe abonado antes de empezar el régimen), ni de la masa ganancial (por el valor de los fondos gananciales utilizados para la adquisición). Téngase en cuenta que el art. 1358 establece el reembolso para el supuesto de que “los bienes sean privativos o gananciales, con independencia de la procedencia del caudal con que la adquisición se realice”. En el presente supuesto, se establece un sistema contrario al de los reintegros y reembolsos en favor del equilibrio entre los distintos patrimonios⁴⁵. En consecuencia, en la liquidación de la sociedad de gananciales no se incluirán los pagos efectuados por el cónyuge comprador en estado de soltero.

Los presupuestos para que la norma del art. 1357.II CC resulte aplicable son los siguientes:

a) El inmueble comprado debe utilizarse como vivienda familiar⁴⁶, aunque no se haya comprado para ese destino, que puede determinarse posteriormente⁴⁷. Al mismo tiempo, la norma dejará de ser aplicable si la vivienda ya no satisface la

43 En términos prácticamente idénticos, la ley 89 del Fuero Nuevo de Navarra (FN), respecto a la vivienda y ajuar familiar, cuando su adquisición o el abono total o parcial de su precio tuviere lugar constante matrimonio, aun cuando provenga de título anterior al mismo, prevé que, si el pago lo fuere “con bienes de uno o ambos cónyuges y con los de la sociedad de conquistas, el proindiviso tendrá lugar en proporción a las aportaciones de cada uno y de la sociedad de conquistas”.

44 Como indica DE LOS MOZOS, J.L.: “Comentario al artículo 1354”, cit., p. 179, “el artículo 1354 sirve de complemento al artículo 1347, 3, según el cual son gananciales: los bienes adquiridos a título oneroso “a costa del caudal común”, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos, estableciendo una especialidad o particularidad que deriva, precisamente, de que la adquisición se hace con dinero “en parte ganancial y en parte privativo””.

45 DE LOS MOZOS, J.L.: “Comentario al artículo 1354”, cit., pp. 179-180.

46 Se considera que la adquisición de la plaza de garaje se asimila a la de la vivienda propiamente dicha, cuando resulte un elemento accesorio de la vivienda. A tal efecto, la Dirección General ha considerado que no puede ser determinante el hecho de que la plaza de garaje “no esté gravada con la hipoteca que garantiza el préstamo con el que se financia la compra de la vivienda” y que es relevante que “con dicho préstamo se financie el precio que globalmente [...] se pagó por la vivienda y dicha plaza de garaje, unido al hecho de que se hayan adquirido conjuntamente y se trate de inmuebles situados en el mismo edificio” [RDGSJFP 29 julio 2022 (RAJ 2023, 572)].

47 La STS 7 junio 1996 (RAJ 1996, 4826) ya dispuso que el art. 1357.II CC “no se fija más que en el dato de que la vivienda sea familiar, no que se haya comprado para ese destino que, por lo tanto, puede adquirirse posteriormente, como lo demuestra el art. 91.2 y 3 del Reglamento Hipotecario”.

necesidad de vivienda familiar antes de abonarse la totalidad del precio⁴⁸. En este último caso, el art. 1357.II CC resultará aplicable al período en que la vivienda estuvo destinada a hogar de la familia, de manera que la parte pagada con fondos comunes o gananciales tendrá naturaleza ganancial⁴⁹. La norma no solo se aplica a la primera vivienda que fue familiar, sino también a las posteriores, si concurren en ellas los requisitos del art. 1357.II CC⁵⁰.

b) La compraventa debe haberse celebrado antes de comenzar el régimen de gananciales. Es suficiente con que la operación de compra se haya realizado antes del inicio de la sociedad de gananciales, aunque la adquisición del dominio por efecto de la tradición se posponga a un momento posterior⁵¹. En consecuencia, cabe que la entrega de la vivienda (por medio de la “traditio” instrumental, eso es, al otorgar la correspondiente escritura pública, o mediante el traspaso posesorio, ex art. 1462 CC), tenga lugar estando ya los cónyuges sujetos al régimen de gananciales. Resulta también aplicable el art. 1357.II CC si antes del inicio de la sociedad se efectuó la compra y se entregó la vivienda⁵².

c) Al precio de compra aplazado resulta equiparado el supuesto del precio pagado en su totalidad al vendedor con anterioridad al comienzo de la sociedad de gananciales, acudiendo a un préstamo concertado antes del inicio del régimen cuyas amortizaciones se abonan durante la vigencia de la sociedad de gananciales⁵³. En una interpretación literal de los arts. 1346.1º y 1357 CC, dado que no se trataría de una compraventa a plazos, la vivienda habría de ser considerada como privativa, con derecho de reembolso en favor de la sociedad de gananciales por las cantidades que durante la vigencia del régimen hayan podido satisfacerse con cargo al patrimonio común o ganancial. Sin embargo, la jurisprudencia ha considerado que, tratándose de la vivienda o ajuar familiar, la compra mediante préstamo se equipara a una compraventa a plazos, por lo que sigue siendo de aplicación el art. 1354 CC, es decir, se tratará de un bien privativo y ganancial

48 La SAP de Alicante, Sección 9ª, 17 junio 2022 (JUR 2022, 303430) considera ajustada a derecho la resolución de instancia, que estimó que no resultaba aplicable la norma del art. 1357.II CC, por cuanto la vivienda no constituía ya el domicilio familiar, con independencia de que el préstamo se abonase constante el matrimonio con la actora.

49 Propugna esta tesis RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: *El régimen de gananciales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 258-259.

50 MARTÍN MELÉNDEZ, Mª. T.: *Compra financiada de vivienda familiar y sociedad de gananciales: Artículo 1.357, párrafo 2, del Código Civil*, Civitas, Madrid, 2002, p. 52.

51 SSTS 27 marzo (RAJ 2000, 2487) y 20 noviembre 2000 (RAJ 2000, 9346) y RDGSJFP 29 marzo 2010 (RAJ 2010, 2375).

52 MARTÍN MELÉNDEZ, Mª. T.: *Compra financiada de vivienda familiar*, cit., p. 22, nota 9.

53 A juicio de RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: *El régimen de gananciales*, cit., pp. 254-255, “[c]omo las excepciones deben ser interpretadas estrictamente, no es correcto que se amplíe jurisprudencialmente el supuesto de hecho que configura esta excepción”, de manera que “[s]i el art. 1357 CC se refiere a la “compra a plazos”, no es correcto que su ámbito de amplíe al pago del préstamo hipotecario, pues en ese caso es más correcto opinar que el dinero adquirido con el préstamo es de carácter privativo y el pago se hizo al contado, por lo que no se aplicaría el precepto estudiado”.

en proporción a lo pagado por el cónyuge antes de comenzar la sociedad y lo abonado posteriormente en devolución del préstamo⁵⁴.

d) Es irrelevante que antes de comenzar a regir la sociedad de gananciales se haya ya satisfecho o no parte del precio. Es posible, pues, que no se haya pagado ningún plazo antes del inicio de la sociedad conyugal⁵⁵. La aplicación del art. 1357. II CC lo que requiere es que todo o parte del precio se haya abonado con dinero ganancial. Rige también esta norma cuando tan solo se ha pagado una cuota o una cantidad exigua con dinero ganancial⁵⁶. Si la vivienda se paga íntegramente con fondos gananciales, tendrá la consideración de bien ganancial en su totalidad, de manera que no necesariamente se dará lugar a una “adquisición mixta”⁵⁷.

La compra de la vivienda familiar por uno de los cónyuges antes de comenzar el régimen y el pago del precio con dinero ganancial suscita algunos interrogantes desde una perspectiva registral. Ello en la medida en que la calificación se supedita a que la vivienda mantenga el destino de residencia familiar. Por otra parte, hasta que el inmueble no esté pagado totalmente no se sabrá definitivamente en qué proporción es ganancial y en qué parte es privativo del cónyuge comprador⁵⁸. El art. 91.2 RH prevé que “[e] posterior destino a vivienda familiar de la comprada a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad, no alterará la inscripción a favor de éste, si bien, en las notas marginales en las que se hagan constar con posterioridad, los pagos a cuenta del precio aplazado se especificará el carácter ganancial o privativo del dinero entregado”. La carga de probar el carácter privativo de la vivienda recaerá sobre el cónyuge que reclama su privatividad, así como el “quantum” o proporción de su parte y ello se establecerá en el correspondiente procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales⁵⁹. En cualquier caso, esta situación, para tener acceso registral, tiene que ser convenida por las partes, conforme a lo establecido en el art. 91.3 RH⁶⁰.

54 SSTS 31 octubre 1989 (RAJ 1989, 7038), 18 de diciembre de 2000 (RAJ 2000, 10396), 3 noviembre 2006 (RAJ 2006, 9430) y 4 julio 2016 (RAJ 2016, 465).

55 MARTÍN MELÉNDEZ, M^a. T.: *Compra financiada de vivienda familiar*, cit., p. 55.

56 En este sentido, la STS 7 junio 1996 (RAJ 1996, 4826) aplica la excepción del art. 1357.II CC en un caso en que sólo uno de los plazos se pagó durante el matrimonio del causante, siendo una cantidad exigua respecto del total que se adeudaba por el fallecido esposo. El Tribunal Supremo considera, asimismo, aplicable la norma a pesar de que la compra del piso se efectuó mucho tiempo antes de contraer matrimonio, siendo muy posterior por ello el destino a hogar familiar y a que el matrimonio se disolvió por la muerte del esposo a los pocos meses de su celebración.

57 Considera DE LOS MOZOS, J.L.: “Comentario al artículo 1354”, cit., p. 179, que el art. 1354 CC “viene a ser una “regla general” que funciona [...] siempre que la aportación para la adquisición de que se trata tenga lugar, como contraprestación o precio, en parte ganancial y en parte privativo, de ahí que se califique a estas adquisiciones como “adquisiciones mixtas” [...]”.

58 RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: *El régimen de gananciales*, cit., p. 260.

59 SAP de Valencia, Sección 7^a, 6 mayo 2020 (JUR 2020, 307055).

60 Así lo prevé el art. 91.3 RH: “La determinación de la cuota indivisa de la vivienda familiar habitual que haya de tener carácter ganancial, en aplicación del artículo 1.357.2 del Código Civil, requerirá el consentimiento de ambos cónyuges, y se practicará mediante nota marginal”.

Si al momento de la disolución de la sociedad de gananciales queda un remanente para la definitiva cancelación del préstamo que grava la adquisición de la vivienda familiar, ya no resultarán aplicables las normas del régimen de gananciales, de manera que esta parte de la vivienda pertenecerá en exclusiva al cónyuge comprador (que será el obligado a pagar el préstamo).

B) *Compra por ambos cónyuges en estado de solteros.*

Nos referimos ahora al supuesto de que la vivienda sea adquirida, en estado de solteros, por los futuros cónyuges y que, a raíz de contraer matrimonio, el precio aplazado, o como será lo habitual, las cuotas mensuales de amortización del préstamo destinado al pago del precio⁶¹, sean abonadas con cargo a la sociedad de gananciales, constituyendo los cónyuges en dicho inmueble su domicilio común. Resulta aplicable a este supuesto el art. 1354 CC, en la remisión efectuada por el art. 1357.II, de manera que la vivienda será privativa en proporción a la parte del precio abonada antes de comenzar el régimen de gananciales, y en el resto, si ha sido abonado con dinero ganancial, tendrá la consideración de bien ganancial del matrimonio⁶², esto es, corresponderá “pro indiviso a la sociedad de gananciales y a los dos esposos en proporción al valor de las respectivas aportaciones”⁶³. El Centro Directivo ha admitido, en el mismo sentido, que “tratándose de la vivienda familiar adquirida por ambos cónyuges en estado de solteros y pagando durante el matrimonio el préstamo hipotecario 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 (cfr. artículos 1.354 y 1.357.2 del Código Civil)”⁶⁴. Confluyen en este caso tres titularidades distintas: las cuotas privativas de cada uno de los cónyuges y la común de la sociedad de gananciales⁶⁵. De nuevo, en este caso, no nace un derecho de

61 La doctrina jurisprudencial de la equiparación del pago del precio aplazado al abono de las cuotas del préstamo es igualmente aplicable cuando el inmueble es adquirido antes del comienzo de la sociedad de gananciales por ambos cónyuges.

62 La primera ocasión en que el Tribunal Supremo aplicó esta doctrina fue en la sentencia 23 marzo 1992 (RAJ 1992, 2224), en un supuesto de compra de la vivienda familiar conjuntamente por ambos esposos, antes de contraer matrimonio, por precio aplazado, una parte de cuyo precio la pagaron, en estado todavía de solteros, con dinero privativo de cada uno de ellos y el resto del precio fue pagado durante el matrimonio con dinero ganancial. El Tribunal Supremo concluye, en esta sentencia, que el expreso piso “corresponde proindiviso a la sociedad de gananciales y a los dos esposos (en copropiedad, a su vez) en proporción al valor de sus aportaciones respectivas, conforme a lo preceptuado en el artículo 1.354 en relación con el párrafo segundo del artículo 1.357, ambos del Código Civil”. Con posterioridad, la STS 3 abril 2000 (RJ 2000, 2341) dispuso que “al conectar el artículo 1357 «in fine» del Código Civil con aquel precepto (se refería al 1354 CC), aparece clara la intención del legislador sobre la exclusión del carácter privativo de la compraventa a plazos, anterior al matrimonio, de la vivienda familiar”.

63 STS 7 julio 2016 (RAJ 2016, 3722).

64 Resoluciones de 27 julio 2015 (RAJ 2015, 4440) y 24 noviembre 2015 (RAJ 2015, 6475).

65 DE LOS MOZOS, J.L.: “Comentario al artículo 1354”, cit., p. 179. MARTÍN MELÉNDEZ, M^a. T.: *Compra financiada de vivienda familiar*, cit., p. 56, indica que en estos casos se constituye una “comunidad trilateral” entre cada uno de los cónyuges y la sociedad.

reintegro o reembolso, dado que el bien pertenece al patrimonio del que salieron los fondos.

En cuanto a la parte privativa del inmueble, corresponderá a ambos cónyuges conforme a la cuota de adquisición, al margen de cuál haya sido la contribución de cada uno al pago del precio. Es decir, en principio, si en la escritura de compraventa consta que la adquisición tiene lugar por mitad y proindiviso por ambas partes, esta será la proporción en que corresponderá a los futuros cónyuges⁶⁶, al margen de que, si se acredita que el pago al tiempo de la compra no se hizo por mitad, sino que uno de los futuros cónyuges abonó un mayor importe, existirá un derecho de crédito a su favor frente a la otra parte. A este respecto, la STS 28 febrero 2023⁶⁷, ante un supuesto de vivienda familiar adquirida por ambas consortes en régimen de copropiedad antes de la celebración del matrimonio, en el que no se discutía que una cuota de la vivienda era ganancial y que otro porcentaje era privativo de ambas cónyuges, en aplicación de los arts. 1357.II y 1354 CC, dispuso que una de las cónyuges tenía que abonar a la otra la mitad del crédito derivado del pago de la aportación inicial para la compra de la vivienda. El Tribunal Supremo precisa, correctamente, que se trataba de una deuda personal entre las excónyuges, ajena a la liquidación del régimen de gananciales, dado que se trataba de una aportación anterior a la celebración del matrimonio y a la vigencia, por tanto, del régimen económico matrimonial, por lo que no era una deuda a cargo de la sociedad (arts. 1362 y 1368 CC)⁶⁸.

Debe tenerse en cuenta que el art. 1354 CC establece una norma de liquidación de los gananciales, de manera que, aunque en el Registro de la Propiedad conste que el bien se adquiere por los futuros cónyuges en estado de solteros en comunidad de bienes ordinaria, la celebración del matrimonio dará lugar a la aplicación de la regla que determina el carácter ganancial de la parte del inmueble abonada con fondos de esta naturaleza. Esta aplicación requiere que, en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, la vivienda siga constituyendo el domicilio familiar de los cónyuges⁶⁹. En caso de que haya dejado de tener este destino, la vivienda será ganancial en la parte proporcional a lo abonado con fondos gananciales mientras tuvo este destino. En contra de

66 En la STS 24 marzo 2021 (RAJ 2021, 1307), con cita de la sentencia de 7 febrero 2011 (RAJ 2011, 1816), se dijo que “[l]a adquisición conjunta y por mitad es un indicio de la voluntad de aportaciones iguales, y para que no proceda el reembolso por las mayores aportaciones realizadas por uno de los convivientes es preciso acreditar que concurre alguna causa que lo excluya, como el ánimo liberal del aportante, o el pacto de reparto de gastos familiares que compense lo aportado para la adquisición, etc.”.

67 STS 28 febrero 2023 (RAJ 2023, 1659).

68 Añade el Tribunal Supremo en esta sentencia que, “al tratarse de una deuda privativa entre cónyuges, si la Sra. Fermina no la satisface antes, por aplicación del art. 1405 CC, la Sra. Esmeralda podrá exigir que se le pague con los bienes que se vayan a adjudicar a la Sra. Fermina”.

69 La STSJ de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1^a, 13 octubre 2021 (RAJ 2021, 5581) resuelve que no resulta aplicable la excepción recogida en el art. 1357.II CC respecto de un inmueble dedicado años atrás a domicilio familiar, sino en relación con el lugar de residencia del matrimonio al tiempo de la disolución del régimen económico matrimonial.

este criterio, la STSJ de Navarra 13 octubre 2021 ha estimado que, en estos casos, se aplicará la regla general del art. 1357.I CC, y la vivienda será privativa de ambos cónyuges en proindiviso, sin perjuicio de que las cantidades abonadas para su pago por la sociedad económico matrimonial supongan un activo de esta correspondiente a su derecho de reembolso frente a los cónyuges titulares de la vivienda⁷⁰.

La parte privativa de la vivienda vendrá determinada por la prueba y cuantificación de las aportaciones realizadas antes de celebrar el matrimonio, correspondiendo la parte ganancial a la abonada con fondos gananciales (que constituye una presunción) durante el régimen. En consecuencia, la mención a la adquisición de la vivienda familiar por iguales partes y proindiviso y la constancia en la inscripción registral de la titularidad del 50% privativo de cada parte no excluye ni la atribución de carácter ganancial al porcentaje abonado con dinero ganancial, ni la posibilidad de prueba de pago de la parte privativa en diferente proporción por cada parte⁷¹.

A la hora de proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales, la jurisprudencia menor ha estimado que, por razones de economía procesal, cabe liquidar la vivienda familiar, en parte ganancial y en parte privativa, en el procedimiento de liquidación de los gananciales de los arts. 806 y siguientes de la LEC, y no solo la parte ganancial del referido bien. No es necesario, por tanto, instar un procedimiento declarativo para el ejercicio de la “actio communi dividundo” a fin de disolver la comunidad respecto a las cuotas privativas de los cónyuges y otro para la liquidación de la parte ganancial de la vivienda⁷².

2. Adquisición a plazos por uno de los cónyuges vigente la sociedad de gananciales.

Como es sabido, el art. 1356 CC atribuye a los bienes adquiridos por uno de los cónyuges⁷³, constante la sociedad y por precio aplazado, naturaleza ganancial si el primer desembolso tuviera tal carácter, aunque los plazos restantes se satisfagan con dinero privativo, y naturaleza privativa si el primer desembolso tuviere carácter privativo (pese a que los demás desembolsos sean gananciales)⁷⁴. La doctrina habla en estos casos de “accesión económica”, de manera que el bien será ganancial o privativo según el carácter que tenga la primera aportación,

70 STSJ de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 13 octubre 2021 (RAJ 2021, 5581).

71 SAP de Madrid, Sección 22ª, 25 noviembre 2022 (JUR 2023, 27868).

72 SAP de Madrid, Sección 22ª, 25 noviembre 2022 (JUR 2023, 27868).

73 El art. 1356 CC resulta aplicable a los bienes “adquiridos” (y no solamente “comprados”, como consta en el art. 1357 CC). En consecuencia, es necesario que se haya adquirido la propiedad del bien con la “traditio” o entrega de la cosa.

74 Aprecia RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: *El régimen de gananciales*, cit., p. 178, que la regla del art. 1356 CC “obedece a la conveniencia de “facilitar el tráfico jurídico”, al conocerse desde el primer momento la naturaleza ganancial, privativa o en «pro indiviso» del bien adquirido a plazos”.

al margen del patrimonio que soporte los pagos restantes y de la intención del cónyuge adquirente⁷⁵. Ello se entiende sin perjuicio del correspondiente derecho de reintegro o reembolso a favor del patrimonio que proporcionó el dinero y no haya adquirido el bien (art. 1358 CC). Tratándose de la vivienda familiar, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia interpretan, de forma acertada, que resulta también aplicable la norma del art. 1354 CC, de manera que la vivienda comprada a plazos por un cónyuge durante el régimen habiéndose pagado el primer plazo con dinero privativo de éste, será ganancial y/o privativa en proporción al dinero aportado⁷⁶.

3. Situaciones especiales de compra a plazos de la vivienda familiar.

A) *Compra en situación de convivencia de hecho.*

Es posible que los futuros cónyuges adquieran la que será la vivienda familiar, una vez casados, en situación de convivencia, formalizada o no. Ello no afectará, en principio, a la naturaleza de los bienes adquiridos durante este período, dado que, si bien cabe que la pareja regule mediante pacto sus relaciones patrimoniales, su falta u omisión no hace surgir el régimen económico matrimonial legal (gananciales) que le habría correspondido en caso de haberse celebrado el matrimonio. En efecto, la aplicación a los convivientes de las normas reguladoras de la disolución de comunidades de bienes o de patrimonios comunes requiere el pacto expreso o la vía de la "analogía iuris", cuando por "facta concludentia" se evidencie la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común⁷⁷. Por tanto, los bienes adquiridos durante la convivencia no se hacen, por ese mero hecho, comunes a los convivientes, sino que pertenecen a quien los ha adquirido, salvo que, de forma expresa o por medio de hechos concluyentes se evidencie el carácter común de los mismos⁷⁸. Evidentemente, a falta de acuerdo previo y en caso de crisis, cabe que se llegue a un acuerdo posterior, de naturaleza transaccional, sobre la titularidad de los bienes adquiridos constante convivencia.

De acuerdo con lo expuesto, los bienes adquiridos por quienes conviven en pareja, y luego contraen matrimonio bajo el régimen de gananciales, pertenecerán a quien los haya adquirido, sin que resulten aplicables los preceptos del régimen de gananciales. Ahora bien, la norma del art. 1357.II CC, en su remisión al art. 1354 CC, despliega su eficacia a la compra de la vivienda familiar efectuada por un cónyuge antes de casarse, viva en pareja o no con su futuro consorte. En consecuencia, si durante el periodo de convivencia de hecho uno de los miembros

75 DE LOS MOZOS, J.L.: "Comentario a los artículos 1355 a 1357", cit., pp. 190-191.

76 MARTÍN MELÉNDEZ, M^o. T.: *Compra financiada de vivienda familiar*, cit., pp. 41 y 70 y ss.

77 SSTS 22 febrero (RAJ 2006, 831) y 19 octubre 2006 (RAJ 2006, 8976).

78 STS 8 mayo 2008 (RAJ 2008, 2833).

de la pareja compra una vivienda con precio aplazado o mediante la concesión de un préstamo a plazos y, una vez casado, este bien se destina a vivienda familiar del matrimonio, el porcentaje de este inmueble abonado con fondos gananciales formará parte del patrimonio ganancial.

B) Vivienda familiar no pagada íntegramente cuando sobreviene la disolución de la sociedad de gananciales.

Una situación que puede suscitarse, con bastante frecuencia, es que, sobrevenida la declaración de nulidad matrimonial, la separación o el divorcio de los cónyuges, aun no se hayan terminado de abonar las cuotas del préstamo que grava la vivienda familiar comprada por un cónyuge en estado de soltero. El problema se plantea también ante cualquier causa de disolución de la sociedad de gananciales (por ej., el fallecimiento de uno de los cónyuges), siempre que aún no se haya terminado de abonar el préstamo utilizado para el abono del precio de la vivienda familiar. Se plantea, en estos casos, si la parte de la vivienda que resta por pagar es ganancial o privativa. La cuestión no aparece resuelta en el Código Civil y podría dar lugar a dos posibles respuestas: una, considerar que toda la parte de vivienda familiar que resta por pagar es ganancial; otra, estimar que la parte que queda por pagar es privativa del cónyuge que la compró antes de iniciarse el régimen de gananciales, tesis esta última seguida por la mayor parte de la doctrina⁷⁹. Esta última tesis es la que considero más adecuada, si bien, a mi modo de ver, no es que la vivienda sea, en esa parte, privativa del cónyuge comprador, sino que, al resultar inaplicables tras la disolución de la sociedad de gananciales las normas de este régimen, entrarán en juego las reglas ordinarias del tráfico jurídico y, por ende, el principio de la titularidad formal, en cuya virtud, los bienes pertenecen al adquirente o adquirentes.

Se suscita, asimismo, la cuestión de cuál sea la naturaleza de la vivienda familiar adquirida vigente el régimen de gananciales, una vez producida su disolución por la crisis matrimonial, cuando uno de los cónyuges sigue abonando los vencimientos del préstamo hipotecario concedido para pagar su precio. El Tribunal Supremo aprecia que el art. 1354 CC “no se aplica al presente caso, en el que el bien es ganancial desde el principio conforme al artículo 1347.3º: se adquirió vigente el régimen, a título oneroso, a costa del caudal común, préstamo ganancial (artículo 1362.2º), y si posteriormente a su disolución, uno de los ex cónyuges abona todos o parte de los plazos del préstamo, sin que tengan, pues, aplicación los artículos 1356 y 1357, tendrá derecho de crédito, contra la comunidad”⁸⁰.

79 Por todos, RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: *El régimen de gananciales*, cit., p. 257. Declara este autor (“*ibidem*”) que “[s] e “cierra el paréntesis ganancial y se recupera la privatividad” de la vivienda en cuanto a lo que queda por pagar”.

80 STS I junio 2006 (RAJ 2006, 3060).

V. ALTERACIÓN DEL CARÁCTER PRIVATIVO O GANANCIAL DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

I. Confesión de privatividad respecto a la vivienda familiar.

La presunción de ganancialidad puede ser destruida, entre los cónyuges, a través de la confesión de privatividad del art. 1324 CC. En efecto, para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos (o que lo es el dinero empleado en su adquisición) es bastante la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola no perjudica a los herederos forzosos del confesante ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges (art. 1324 CC). En el ámbito registral, a la hora de fijar los términos de la inscripción de tales bienes, resulta aplicable el art. 95.4 RH. El Tribunal Supremo ha establecido los requisitos para que la confesión pueda desvirtuar esta presunción: “1. que el autor de la declaración sea uno de los cónyuges; 2. que el confesante sea aquel a quien deba perjudicar la confesión; 3. que el confesante tenga la capacidad de obrar y poder de disposición, y 4. que la confesión se haya efectuado constante matrimonio”⁸¹. Asimismo, el Alto Tribunal ha precisado que “la confesión de privatividad no tiene per se eficacia traslativa ni atribuye un título; se limita a constatar que unos determinados bienes tienen como titular exclusivo a uno de los cónyuges y no la masa ganancial”⁸².

A través de la confesión de privatividad, pues, la vivienda familiar se puede adscribir al patrimonio privativo del cónyuge adquirente, aunque con los efectos y limitaciones del art. 1324 CC. Esta confesión puede venir referida a la relación jurídica en base a la que fue adquirida la vivienda, determinante de su adscripción a la masa de bienes propios del cónyuge del confesante (por ej., si un cónyuge confiesa que el carácter privativo de la contraprestación con la que se adquirió ese inmueble por el otro cónyuge⁸³); resulta admisible, también, una confesión en la que su autor se limite a declarar que la vivienda es privativa de su consorte, sin aclarar la razón por la que considera que ello es así⁸⁴.

La enajenación de la vivienda familiar inscrita con carácter privativo por confesión de privatividad cuenta con unas reglas especiales para el supuesto de que

81 STS 29 noviembre 2006 (RAJ 2006, 10030).

82 STS 15 de enero 2020 (RAJ 2020, 649). En términos similares, el Centro Directivo ha establecido que “la confesión de privatividad no aparece configurada en nuestro ordenamiento como una declaración de voluntad que fije frente a todos el carácter privativo del bien al que se refiere (sin perjuicio de su posible impugnación si se efectúa en fraude o perjuicio de terceros o no se corresponde con la realidad), sino como un simple medio de prueba de esta circunstancia, que opera en la esfera interconyugal y que carece de virtualidad para desvirtuar por sí sola la presunción de ganancialidad recogida en el artículo 1361 del Código Civil (cfr. artículo 1324 del Código Civil)”. Por todas, RDGSJFP 7 junio 2022 (RAJ 2022, 3187).

83 RDGFPSJ 4 julio 2022 (RAJ 2023, 576).

84 GAVIDIA SÁNCHEZ, J.L.: *La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 114-115 y 119-120.

el cónyuge no titular (el confesante) haya fallecido. Si ha fallecido el cónyuge titular del bien, no se produce ninguna especialidad: el bien formará parte de la herencia y los beneficiarios podrán disponer del mismo. Pero si ha fallecido el cónyuge confesante, y existen herederos forzosos, deberán prestar su consentimiento expreso en la escritura de venta o enajenación.

2. La atribución de carácter ganancial, por voluntad expresa o presunta de los cónyuges, a la vivienda familiar adquirida a título oneroso

Dentro del amplio reconocimiento de la autonomía privada, y como una manifestación más del principio de libertad de pactos del art. 1323 CC, el art. 1355.I CC⁸⁵ permite que los cónyuges atribuyan, de común acuerdo, 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”⁸⁶. Aplicado a la vivienda familiar, quiere ello decir que la vivienda comprada vigente el régimen de gananciales, utilizando para el pago fondos privativos de un cónyuge, cualquiera que sea la forma y plazos en que aquéllos se satisfagan, puede atribuirse, si existe acuerdo entre los cónyuges, al patrimonio ganancial. En relación a esta norma, el Tribunal Supremo ha expuesto que si los fondos utilizados fueran gananciales, el bien adquirido sería ganancial por aplicación del art. 1347.3.º CC y que “no haría falta la voluntad de las partes para atribuir al bien adquirido carácter ganancial”. Y que “lo que permite el art. 1355 CC es que los cónyuges atribuyan carácter ganancial a bienes que, de no existir tal acuerdo, serían privativos con arreglo a los criterios de determinación legal”⁸⁷. De este modo, “el art. 1355 CC permite que los cónyuges atribuyan carácter ganancial a los bienes adquiridos con fondos privativos de un cónyuge, sustituyendo con su voluntad la determinación legal de los bienes”⁸⁸. De acuerdo con la doctrina jurisprudencial, “aunque el art. 1355 CC no lo menciona expresamente, los cónyuges también pueden atribuir carácter ganancial en su totalidad a bienes adquiridos mediante precio en parte ganancial y en parte privativo (art. 1354 CC)”⁸⁹.

85 RDGFPSJ 4 julio 2022 (RAJ 2023, 576).

86 En términos similares, la Ley 88.3 del FN contempla la atribución del carácter de bienes de conquistas a los “adquiridos a título oneroso con cargo a bienes privativos y que los cónyuges convengan sean bienes de conquista, cualesquiera que fueran el precio o contraprestación y la naturaleza del derecho en cuya virtud fueran adquiridos” [cfr. SSTJ de Navarra 30 de junio 2003 (RAJ 2003, 5405) y 17 de abril 2012 (RAJ 2012, 11224)].

87 STS 27 mayo 2019 (RAJ 2019, 2143). En el mismo sentido, RDGSJFP 29 marzo 2010 (RAJ 2010, 2375).

88 STS 27 mayo 2019 (RAJ 2019, 2143).

89 STS 27 mayo 2019 (RAJ 2019, 2143). En este sentido, la STS 6 marzo 2023 (RAJ 2023, 1849) considera que la vivienda comprada por los cónyuges litigantes era ganancial en su totalidad por aplicación del art. 1355 CC, aunque para su adquisición se empleara dinero en parte ganancial y en parte privativo.

La norma del art. 1355.I CC entra en juego en el momento de la adquisición de la vivienda a título oneroso⁹⁰, constante la sociedad de gananciales, utilizando para el pago fondos privativos y con el consentimiento de ambos cónyuges⁹¹. Concurriendo estos presupuestos, la vivienda ingresa “ab initio” en la masa ganancial⁹². El Tribunal Supremo pone de manifiesto que “se trata de la atribución de ganancialidad en el momento de la adquisición” y que el efecto del art. 1355 CC “es que el bien ingresa directamente en el patrimonio ganancial”⁹³. Este acuerdo de los cónyuges permite desplazar la norma del art. 1346.3^o y la de los arts. 1357.II y 1354 CC, que aplican el principio de subrogación real, así como la contenida en el art. 1356 CC, que determina la naturaleza del bien en función de la que tenga el primer desembolso. En palabras del Centro Directivo⁹⁴, “[c]onfluyen [...] en el supuesto fáctico contemplado por el artículo 1355 del Código Civil dos negocios: el que vincula al cónyuge o cónyuges adquirentes con el tercero, de carácter transmisivo, por una parte, y, por otra, el que surge del acuerdo de voluntades de los cónyuges, de carácter atributivo”. La atribución voluntaria de ganancialidad puede tener lugar, asimismo, con ocasión de la adjudicación de una finca privativa derivada de la división de una comunidad de bienes⁹⁵. Desde un punto de vista registral, el inmueble -a los efectos de nuestro estudio, la vivienda familiar- se inscribirá a nombre de ambos cónyuges, con carácter ganancial (art. 93.I.I RH)⁹⁶.

- 90 La doctrina ha especificado que sólo los bienes adquiridos durante el matrimonio a cambio de una contraprestación económica pueden ser objeto de la atribución del carácter ganancial, según lo establecido en el art. 1355 CC. A este respecto, la STS 26 febrero 2002 (RAJ 2002, 2050), aprecia que la donación, aunque sea modal o por causa onerosa, es un acto de carácter gratuito, por lo que no era posible el pacto conyugal de cambiar la naturaleza del bien discutido, habida cuenta lo dispuesto en el art. 1355, referido a las adquisiciones a título oneroso.
- 91 Considera DE LOS MOZOS (“Comentario a los artículos 1355 a 1357”, cit., p. 188) que, aunque el Código civil no exige requisito alguno, “parece evidente por tratarse de una manifestación expresa que ha de constar en el título de adquisición, sea público o privado”.
- 92 SANCIÑENA ASURMENDI, C. y GAGO SIMARRO, C.: “Aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales”, *ADC*, 2022, tomo LXXV, fasc. IV (octubre-diciembre), p. 1455.
- 93 STS 27 mayo 2019 (RAJ 2019, 2143). Asimismo, la Dirección General ha determinado que “en el caso específico del pacto de atribución de ganancialidad previsto en el artículo 1355 del Código Civil, en puridad, no se produce un desplazamiento directo de bienes concretos entre masas patrimoniales diferentes, dado que aquellos son adquiridos directamente como bienes gananciales” [RDGSJFP 29 marzo 2010 (RAJ 2010, 2375)]; asimismo, el Centro Directivo ha señalado que “es preciso para acudir a la vía del 1355 CC que la atribución de ganancialidad se haga en el mismo momento de la formalización de la adquisición” [RDGSJFP 12 junio 2020 (RAJ 2020, 3021)].
- 94 RDGSJFP 29 marzo 2010 (RAJ 2010, 2375).
- 95 En el caso resuelto por la RDGSJFP 6 junio 2007 (RAJ 2007, 3592), los cuatro comuneros de una finca acordaron cesar en la proindivisión mediante la adjudicación de esta en pleno dominio a una de las comuneras y a su esposo compareciente, “que la adquieren para su sociedad de gananciales”, manteniendo dicha copropietaria su participación del veinticinco por ciento privativa. Para el Centro Directivo, el reconocimiento de la autonomía privada, “hace posible también que, aun cuando no concurren los presupuestos de la norma del artículo 1355, los cónyuges atribuyan la condición de gananciales a bienes que fueran privativos”, en este caso, en el momento “en que se formaliza la disolución del condominio; esto es, directamente y sin necesidad de acudir a otras vías, determinando ahora qué porcentaje del bien tendrá carácter ganancial y cuál privativo”. Así lo admitió también la Dirección General en Resolución de 10 de marzo de 1989 (RAJ 1989, 2468), respecto del pacto específico de atribución de ganancialidad a la edificación realizada con dinero ganancial sobre suelo privativo de uno de los cónyuges.
- 96 NIETO ALONSO, A.: “La atribución voluntaria de ganancialidad: reflejo de la autonomía privada en el régimen económico matrimonial. A propósito del artículo 1355 del Código Civil”, *Revista de Derecho Civil*, 2021, vol. VIII, núm. 2 (abril-junio) Estudios, pp. 57-58.

Para la atribución de ganancialidad, el art. 1355.I CC exige el mutuo acuerdo, es decir, el consentimiento de ambos cónyuges, que podrá ser presunto en los términos del párrafo segundo de la norma⁹⁷. No cabe, pues, la atribución de ganancialidad de manera unilateral, por voluntad de un solo cónyuge⁹⁸. Es posible que quien compre la vivienda familiar sea uno de los cónyuges, pero siempre será necesario el acuerdo de ambos en la atribución del carácter ganancial⁹⁹.

El ingreso de la vivienda en el patrimonio ganancial provoca que, en aplicación del art. 1358 CC, nazca un crédito a favor del cónyuge que ha aportado los fondos privativos frente a la sociedad de gananciales¹⁰⁰. Como ha precisado, acertadamente, el Tribunal Supremo, si bien “la prueba posterior del carácter privativo del dinero invertido sería irrelevante a efectos de alterar la naturaleza del bien como ganancial, que ha quedado fijada por la declaración de voluntad de los cónyuges”¹⁰¹, la prueba del carácter privativo del dinero (que, frente a la presunción de ganancialidad del art. 1361 CC, incumbe al cónyuge que lo alegue) puede ser determinante del derecho de reembolso a favor de quien aportó los fondos (art. 1358 CC)¹⁰². El Tribunal Supremo, en la STS del Pleno 27 mayo 2019¹⁰³, ha sentado la doctrina de que este derecho de reembolso resulta procedente, por aplicación del art. 1358 CC, aunque no se hubiera hecho reserva alguna en el momento de la adquisición¹⁰⁴. En consecuencia, será ganancial la vivienda adquirida conjuntamente por los esposos cuando conste la voluntad de ambos de atribuirle carácter ganancial, pero, en tal caso, si se prueba que para la adquisición se han

97 Como ha precisado el Tribunal Supremo, “el art. 1355.II CC facilita la prueba de la existencia del convenio de atribución de ganancialidad en los casos de adquisición en forma conjunta y sin atribución de cuotas, porque en este caso presume la voluntad favorable de los cónyuges al carácter ganancial de los bienes” [STS 27 mayo 2019 (RAJ 2019, 2143)]. La STS 9 mayo 2007 (RAJ 2007, 3561) considera ganancial del matrimonio la vivienda comprada por ambos cónyuges, sin atribución de cuotas, aportando sus propios bienes privativos.

98 STS 27 mayo 2019 (RAJ 2019, 2143).

99 En la STS 27 mayo 2019 (RAJ 2019, 2143) se explica que “[a]nte una norma que para la atribución de ganancialidad exige el «común acuerdo» de los cónyuges (y solo presume la voluntad común favorable en casos de adquisición conjunta sin atribución de cuotas), 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”.

100 Nace este derecho de reembolso a favor del patrimonio privativo “salvo que la atribución de ganancialidad se efectúe en compensación a otra atribución equivalente procedente del patrimonio privativo del otro cónyuge, como fórmula de pago de un crédito ganancial, por pura liberalidad o por cualquier otra causa lícita distinta de las anteriores” (RDGSJFP 29 marzo 2010, RAJ 2010, 2375).

101 SSTS 27 mayo 2019 (RAJ 2019, 2143) y 25 abril 2022 (RAJ 2022, 2117).

102 SSTS 27 mayo 2019 (RAJ 2019, 2143) y 25 abril 2022 (RAJ 2022, 2117).

103 STS del Pleno 27 mayo 2019 (RAJ 2019, 2143).

104 Esta doctrina se fundamenta, en la sentencia indicada, en varias razones, en estos términos: “en nuestro ordenamiento la donación no se presume, por lo que el reembolso que prevé el art. 1358 CC para equilibrar los desplazamientos entre las masas patrimoniales procede siempre que no se excluya expresamente; 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); la adquisición de los bienes comunes es “de cargo” de la sociedad de gananciales (art. 1362.2.º CC)” [STS 27 mayo 2019 (RAJ 2019, 2143)]. La doctrina de esta sentencia se ha aplicado, ulteriormente, entre otras, en las sentencias de 11 julio 2019 (RAJ 2019, 2797), 2 de marzo 2020 (RAJ 2020, 599), 1 junio 2020 (RAJ 2020, 1342), 11 noviembre 2020 (RAJ 2020, 4250), 28 junio 2021 (RAJ 2021, 3039), 22 noviembre 2021 (RAJ 2021, 5139), 31 enero 2022, (RAJ 2022, 627) y 21 febrero 2022 (RAJ 2022, 669).

empleado fondos privativos, el cónyuge titular del dinero tiene derecho a que se le reintegre el importe actualizado, aunque no hiciera reserva sobre la procedencia del dinero ni sobre su derecho de reembolso¹⁰⁵. Así, por ejemplo, en el caso resuelto por la STS 2 noviembre 2022¹⁰⁶, se reconoció la inclusión en el pasivo de la sociedad de gananciales de un crédito a favor del cónyuge por el importe actualizado del precio de venta de su vivienda privativa, que fue empleado en la compra de la vivienda ganancial que adquirieron conjuntamente para la sociedad de gananciales los dos esposos al amparo del art. 1355 CC, aunque no se hiciera reserva en el momento de la adquisición¹⁰⁷. En términos similares, la STS 6 marzo 2023¹⁰⁸, reconoce a favor del esposo un derecho de reembolso por el importe actualizado correspondiente a las cantidades que, procedentes de la venta de un terreno y de un inmueble privativo, invirtió en la compra de la vivienda litigiosa.

El acuerdo expreso de los cónyuges permite, pues, que la vivienda familiar adquirida con dinero privativo de un cónyuge ingrese en el patrimonio ganancial. Es más, si la adquisición de la vivienda se hiciera de forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá la voluntad favorable de los cónyuges al carácter ganancial de dicho bien (art. 1355.II CC)¹⁰⁹. Esta presunción favorable a la comunidad que establece el art. 1355.II CC, cuando se trate de adquisición conjunta y sin atribución de cuotas, implica que, si los cónyuges compran de este modo la vivienda familiar, se presumirá su carácter ganancial del matrimonio¹¹⁰. Conforme a la doctrina jurisprudencial¹¹¹, para desvirtuar esta presunción de la voluntad común favorable a la ganancialidad, no basta con demostrar la procedencia privativa del dinero empleado para el pago del precio. Por el contrario, “el que esté interesado en desvirtuar la presunción que establece el art. 1355.II CC debe probar que en el

105 La STS 2 noviembre 2022 (RJ 2022, 4902) resume la doctrina de la Sala contenida en las sentencias citadas en la nota precedente del modo siguiente:

“i) El derecho de reembolso del dinero invertido en la adquisición y la financiación de un bien ganancial procede, por aplicación del art. 1358 CC, aunque no se hubiera hecho reserva alguna en el momento de la adquisición.

ii) La atribución del carácter ganancial a un bien no convierte en ganancial al dinero empleado para su adquisición y debe reembolsarse el valor satisfecho a costa del caudal propio, mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación, si no se ha hecho efectivo con anterioridad (arts. 1358 y 1398.3.º CC).

iii) En el caso de que se emplee dinero privativo para pagar la deuda contraída para la adquisición del bien ganancial, nace un derecho de crédito del cónyuge titular del dinero, que se integra en el pasivo de la sociedad ganancial, por el importe actualizado de las cantidades satisfechas con tal fin (art. 1398.3.º CC)”.

106 STS 2 noviembre 2022 (RAJ 2022, 4902).

107 Resuelve un supuesto similar, en términos idénticos, la STS 28 febrero 2023 (RAJ 2023, 1844).

108 STS 6 marzo 2023 (RAJ 2023, 1849).

109 La mayoría de la doctrina estima que la norma prevé la posibilidad de un acuerdo tácito de atribución de la ganancialidad (MORALEJO IMBERNÓN, N.: “Artículo 1355”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, 5ª ed., p. 1756). Se ha considerado, por otra parte, que el art. 1355.II CC guarda un cierto paralelismo con la norma, ya comentada, del art. 1353 CC, que rige para las adquisiciones a título gratuito (DE LOS MOZOS, J.L.: “Comentario a los artículos 1355 a 1357”, cit., p. 189).

110 La presunción del art. 1355.II CC “viene a reforzar la presunción del artículo 1361” (DE LOS MOZOS, J.L.: “Comentario a los artículos 1355 a 1357”, cit., p. 189).

111 STS 27 mayo 2019 (RAJ 2019, 2143).

momento de realizar la adquisición no existía la voluntad común de que el bien se integrara en el patrimonio ganancial”¹¹².

3. Aportación de la vivienda familiar privativa al patrimonio ganancial.

El denominado negocio de aportación o comunicación de un bien privativo a la sociedad de gananciales¹¹³, carente de regulación en el Derecho civil común¹¹⁴ (con la salvedad del supuesto contemplado en el art. 1444.II CC¹¹⁵), se ampara en el principio de la libre contratación entre cónyuges del art. 1323 CC, que permite cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los patrimonios privativos y la masa ganancial, sobre todo, de la vivienda familiar¹¹⁶. Como ha precisado el Tribunal Supremo¹¹⁷, “[d]ada la amplitud con que el art. 1323 CC admite la libertad de pactos y contratos entre los cónyuges, son posibles acuerdos por los que se atribuya carácter ganancial a bienes privativos de uno de ellos (por ejemplo, por haber sido adquiridos antes de la sociedad, o adquiridos a título gratuito constante la sociedad, etc.)”.

A diferencia del supuesto anterior, consistente en la atribución de carácter ganancial a la vivienda adquirida con dinero privativo en todo o en parte, que da lugar a la adquisición “ab initio” de un bien de naturaleza ganancial, en este caso se trata de aportar a la sociedad de gananciales una vivienda ya existente

112 STS 27 mayo 2019 (RAJ 2019, 2143).

113 PEREÑA VICENTE, M.: *Masas patrimoniales*, cit., pp. 254-255, considera preferible utilizar una denominación que no sea la de negocio de aportación o comunicación que es la que utiliza el Centro Directivo. Esta autora prefiere la de “negocio de atribución”, pero dejando claro que su ámbito no es el de la atribución de ganancialidad del art. 1355 CC. Define PEREÑA VICENTE (cit., p. 257) el negocio de atribución como “aquel negocio jurídico en virtud del cual los cónyuges acuerdan que un bien que hasta ese momento pertenecía a uno de ellos con carácter privativo, se transmita al patrimonio común, sin que se genere automáticamente un derecho de reembolso a favor del cónyuge a cuyo patrimonio pertenecía el bien”. Concluye la autora que “[s]e trata, por tanto, de un negocio que constituye título suficiente para provocar un desplazamiento patrimonial”.

114 La ley 88 del FN regula el negocio de aportación de un bien privativo a la sociedad de conquistas, a cuyo tenor son bienes de conquista, “los bienes incluidos en las conquistas en virtud de pactos o disposiciones”. Reconoce también el pacto de atribución del carácter de comunes a bienes privativos, el art. 215 del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA). Asimismo, el art. 232-31.a) CCCat considera que son bienes comunes (del régimen de comunidad de bienes), aquellos “a los que los cónyuges confieren este carácter en el momento de convenir el régimen o con posterioridad”.

115 El art. 1444.2 CC contempla un supuesto muy concreto: la instauración del régimen de gananciales en capitulaciones matrimoniales tras la reconciliación de los cónyuges separados que había dado lugar a la disolución de la anterior sociedad de gananciales y al inicio del régimen de separación de bienes. En este caso, el precepto prevé que los cónyuges “[h]arán constar en las capitulaciones los bienes que cada uno aporte de nuevo y se considerarán éstos privativos, aunque, en todo o en parte, hubieren tenido carácter ganancial antes de la liquidación practicada por causa de la separación”. De acuerdo con el citado precepto, los cónyuges podrán aportar, en las mismas capitulaciones matrimoniales por las que pactan que vuelva a regir el régimen de gananciales, bienes privativos a la nueva sociedad de gananciales, incluso los bienes gananciales de la anterior sociedad que les habían sido adjudicados en la liquidación del régimen de gananciales. Comentan SANCIÑENA ASURMENDI, C. y GAGO SIMARRO, C.: “Aportación de bien privativo”, cit., p. 1458, que este supuesto cuenta con “escasa virtualidad práctica y todavía menor predicamento científico”.

116 SANCIÑENA ASURMENDI, C. y GAGO SIMARRO, C.: “Aportación de bien privativo”, cit., p. 1451.

117 STS, Pleno, 27 mayo 2019 (RJ 2019, 2143).

en el patrimonio privativo de uno de los cónyuges¹¹⁸. En ambos casos se dota a la vivienda de naturaleza ganancial, pero “se trata de figuras claramente distintas”¹¹⁹. En el caso que ahora examinamos, la vivienda existe ya en el patrimonio privativo de un cónyuge y con posterioridad se le atribuye carácter ganancial¹²⁰. Dicha vivienda puede haber sido adquirida a título gratuito u oneroso, sea durante la vigencia del régimen de gananciales, sea con carácter previo¹²¹. Otra diferencia con la atribución de carácter ganancial del art. 1355 CC, que como vimos solo rige en las adquisiciones a título oneroso, reside en que la aportación de un bien privativo al patrimonio ganancial puede realizarse también de manera gratuita. Cuando la aportación se efectúa a título oneroso, nace un crédito a favor del cónyuge aportante frente a la sociedad de gananciales.

En consecuencia, el principio de la libertad de pactos reconocido en el art. 1323 CC hace posible que, aun cuando no concurren los presupuestos de la norma del art. 1355 CC, los cónyuges atribuyan la condición de gananciales a bienes que fueran privativos. Así lo admitió la RDGSJFP 10 marzo 1989¹²² respecto del pacto específico de atribución de ganancialidad a la edificación realizada con dinero ganancial sobre suelo privativo de uno de los cónyuges¹²³, con un criterio

118 SANCIÑENA ASURMENDI, C. y GAGO SIMARRO, C.: “Aportación de bien privativo”, cit., p. 1455. Como se indica en la RDGSJFP 21 diciembre 1998 (RAJ 1998, 10485), los cónyuges están facultados para “con posterioridad al comienzo de la sociedad, atribuir carácter ganancial a bienes que ya eran de la propiedad privativa de alguno de ellos”.

119 RDGSJFP 12 junio 2020 (RAJ 2020, 3021). Para la STS 3 diciembre 2015 (RJ 2015, 5441), “basta la lectura de la norma (el art. 1355 CC) para comprobar que alude a un supuesto de hecho distinto del presente, pues se refiere a bienes adquiridos a título oneroso «durante el matrimonio»”.

120 Dentro del negocio de aportación y comunicación de un bien privativo a la sociedad de gananciales, SANCIÑENA ASURMENDI, C. y GAGO SIMARRO, C.: “Aportación de bien privativo”, cit., pp. 1456 y 1470-1475, distinguen, por un lado, el negocio de comunicación o aportación sin cambio de titularidad, que se caracteriza por el cambio en la cualidad del bien que pasa de ser privativo a ser ganancial, conservando el cónyuge aportante la titularidad de dicho bien y, por otro, el negocio de aportación de un bien privativo a la sociedad de gananciales, en el que, además del cambio de cualidad del bien, se produce un cambio en la titularidad, pues el bien pasa de ser de titularidad exclusiva del cónyuge aportante a ser de titularidad conjunta de ambos cónyuges con carácter ganancial. Ahora bien, estas autoras razonan que el negocio de aportación de un bien privativo a la sociedad de gananciales con cambio de titularidad, y mucho más cuando ese cambio no se produce, no se puede calificar de verdadero negocio traslativo en sentido jurídico-real.

121 GALLARDO RODRÍGUEZ, A.: “La atribución de ganancialidad y la aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales: repercusiones sobre el derecho de reembolso”, *La Ley Derecho de Familia*, 2023, núm. 37, enero-marzo, *Aspectos patrimoniales de las crisis matrimoniales* (consulta en smartteca).

122 RDG 10 marzo 1989 (RAJ 1989, 2468).

123 Esta Resolución señaló que “aun cuando la hipótesis considerada no encaje en el ámbito definido por la norma del artículo 1.355 del Código Civil (que contempla la posibilidad de asignar de modo definitivo el carácter ganancial solamente respecto de los bienes adquiridos a título oneroso, tanto si hubiere indeterminación sobre la naturaleza de la contraprestación al tiempo de la adquisición como si ésta fuera inequívocamente privativa), no por ello ha de negarse la validez y eficacia del acuerdo contenido en la (...) escritura calificada, toda vez que los amplios términos del artículo 1.323 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 de derechos concretos a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente o de comunicación de bienes como categoría autónoma y diferenciada con sus propios elementos y características-, y cuyo régimen jurídico vendrá determinado por las previsiones estipuladas por los contratantes dentro de los límites legales (artículos 609, 1.255 y 1.274 del Código Civil) y subsidiariamente por la normativa del Código Civil”.

que ha sido posteriormente confirmado en diversas resoluciones¹²⁴. Según la referida doctrina del Centro Directivo, los elementos constitutivos del negocio por el que se produce el desplazamiento entre los patrimonios privativos y el consorcial han de quedar precisados debidamente, también respecto de la causa de la transferencia patrimonial, que no puede presumirse a efectos registrales¹²⁵. Así, por ejemplo, la sola manifestación del origen privativo del dinero empleado en la adquisición de un bien no puede considerarse como causa justificadora de su desplazamiento patrimonial en favor de la masa ganancial¹²⁶. Ahora bien, como se indicó en la RDGSJFP 22 junio 2006¹²⁷, dicha exigencia de especificación causal del negocio ha de ser interpretada en sus justos términos. En este sentido, se ha considerado suficiente que se mencione la onerosidad o gratuidad de la aportación, o que la misma resulte o se deduzca de los concretos términos empleados en la redacción de la escritura¹²⁸. La Dirección General aprecia que la misma causa que justifica la atribución patrimonial en el caso de las aportaciones realizadas mediante capitulaciones matrimoniales, debe considerarse suficiente para justificar los desplazamientos patrimoniales derivados de pactos extracapitulares de ganancialidad, sin necesidad de mayores especificaciones respecto del elemento causal del negocio¹²⁹. Se ha considerado, asimismo, que la voluntad de atribuir carácter ganancial a la vivienda familiar se puede explicitar ante la autoridad judicial,

124 Resoluciones 14 abril 1989 (RAJ 1989, 3403), 7 y 26 octubre 1992 (RAJ 1992, 8302 y 1992, 8582), 11 junio 1993 (RAJ 1993, 5418), 28 mayo 1996 (RAJ 1996, 4012), 21 diciembre 1998 (RAJ 1998, 10485), 15 y 30 diciembre 1999 (RAJ 1999, 9163 y 1999, 9428), 8 mayo 2000 (RAJ 2000, 5831), 21 julio 2001 (RAJ 2002, 2397), 17 abril 2002 (RAJ 2002, 8099), 12 junio y 18 septiembre 2003 (RAJ 2003, 4224 y 2003, 6334), 22 junio 2006 (RAJ 2022, 3084), 6 junio 2007 (RAJ 2007, 3592), 29, 31 marzo (RAJ 2010, 2375 y 2010, 2500) y 19 octubre 2010 (RAJ 2010, 2375), 19 enero y 3 septiembre 2011 (RAJ 2011, 933 y 2012, 2571) o 13 noviembre 2017 (RAJ 2017, 5202).

125 RDGFPSJ 4 julio 2022 (RAJ 2023, 576). En el caso resuelto por la STS de 15 de diciembre de 2000 (RAJ 2015, 5441) la causa de la aportación de la vivienda familiar privativa del marido al patrimonio ganancial fue la compensación por deudas contraídas por el cónyuge propietario con la sociedad de gananciales.

126 RDGSJFP 15 diciembre 1999 (RAJ 1999, 9163).

127 RDGSJFP 22 junio 2006 (RAJ 2022, 3084).

128 Y ello en la medida en que «los referidos pactos de atribución de ganancialidad tienen la finalidad de ampliar el ámbito objetivo del patrimonio consorcial, para la mejor satisfacción de las necesidades de la familia, y por ello están trascendidos por la relación jurídica básica –la de la sociedad de gananciales, cuyo sustrato es la propia relación matrimonial–. Se trata de sujetar el bien al peculiar régimen de afección propio de los bienes gananciales, en cuanto a su administración, disposición, cargas, responsabilidades, liquidación que puede conducir a su atribución definitiva a uno u otro cónyuge, de acuerdo con las circunstancias de cada uno, o sus respectivos herederos». A lo que se añadió que cabe «entender que el desplazamiento patrimonial derivado del negocio jurídico de atribución de ganancialidad tiene una identidad causal propia que permite diferenciarlo de otros negocios jurídicos propiamente traslativos del dominio, como la compraventa, la permuta (el cónyuge que aporta no espera obtener un precio u otra contraprestación), o la donación (la aportación no se realiza por mera liberalidad). Por ello, se llega a afirmar que encuentran justificación en la denominada «causa matrimonial», de la que, históricamente puede encontrarse algunas manifestaciones como la admisión de las donaciones «propter nuptias» de un consorte al otro –a pesar de la prohibición general de donaciones entre cónyuges–, o la antigua dote» [RDGSJFP 22 junio 2006 (RAJ 2022, 3084)].

129 En ambos casos, se dice, “se trata de convenciones que participan de la misma «iusta causa traditionis», justificativa del desplazamiento patrimonial «ad sustinenda oneri matrimonii»” [RDGSJFP 22 junio 2006 (RAJ 2022, 3084)].

en el seno de un convenio regulador de los efectos de la separación o del divorcio de los cónyuges¹³⁰.

4. Atribución de privatividad o aportación al patrimonio privativo de la vivienda familiar ganancial.

Junto a los negocios que permiten el cambio de un bien privativo a ganancial, resultan admitidos los que dan lugar al efecto contrario, esto es, a que un bien ganancial se incluya en el patrimonio privativo de uno de los cónyuges¹³¹. Cabe distinguir, por un lado, el pacto por el que los cónyuges, actuando de común acuerdo, en el momento de adquirir un bien que, según los criterios legales, goza de naturaleza ganancial, deciden atribuirle carácter privativo de uno de ellos; y, por otra parte, el negocio por el que, una vez adquirido un bien ganancial, provocan su desplazamiento al patrimonio de uno de ellos. Es decir, se admite que, con ocasión de la adquisición de determinado bien a tercero, puedan convenir los cónyuges 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, o el trasvase patrimonial de un bien ya ganancial al patrimonio de uno de los cónyuges¹³². Nos referimos al acuerdo de atribución de privatividad y al negocio de aportación de un bien ganancial a la masa privativa de un cónyuge.

130 La RDGSJFP 11 abril 2012 (RAJ 2012, 7742), admite la inscripción como ganancial de un bien adquirido por ambos consortes, antes de la celebración del matrimonio, inicialmente de carácter privativo en comunidad ordinaria, destinado a vivienda familiar y que, en el momento de la liquidación de los gananciales, los cónyuges de común acuerdo lo incluyen en el inventario como bien ganancial. Considera el Centro Directivo que “[n]ada obsta [...] al reconocimiento o atribución de carácter ganancial del bien comprado proindiviso ante la autoridad judicial, como resulta, en el presente supuesto, de las manifestaciones de los cónyuges en el convenio, donde afirman que proceden a liquidar el patrimonio ganancial e incluyen en el activo del inventario la finca que nos ocupa (cfr. artículos 1323 y 1355 del Código Civil). Del mismo modo que nada obstaría al previo otorgamiento de escritura de aportación a gananciales para, inmediatamente después, incluir el bien en el convenio regulador”. En contra de este criterio, la RDGSJFP 16 octubre 2014 (RAJ 2015, 856) considera improcedente la inscripción de un convenio regulador en el que se adjudica a uno de los cónyuges un inmueble adquirido antes del matrimonio, de carácter privativo, atendiendo a que “es un negocio ajeno al contenido típico del convenio regulador por lo que para su inscripción en el Registro de la Propiedad es necesaria la oportuna escritura pública o, en su defecto, la sentencia firme dictada por juez competente en el procedimiento que corresponda”.

131 Estos negocios aparecen reconocidos en la ley 89.5 FN, en cuya virtud, son bienes privativos de cada cónyuge “[l]os adquiridos con cargo a bienes de conquista si en el título adquisitivo ambos cónyuges hacen constar la atribución privativa a uno de ellos”. Asimismo, resultan admitidos en el art. 215 del CDFa, en cuya virtud, “[a] efectos de extender o restringir la comunidad, ambos cónyuges podrán, mediante pacto en escritura pública, atribuir a bienes privativos el carácter de comunes o, a éstos, la condición de privativos, así como asignar, en el momento de su adquisición, carácter privativo o común a lo adquirido”. El precepto regula la atribución de carácter ganancial y la aportación a la masa ganancial de bienes privativos, así como las figuras inversas: la atribución de privatividad y la aportación de bienes gananciales a la masa privativa de uno de los cónyuges. A este respecto, la STS Aragón 13 febrero 2019 (RAJ 2020, 1921) declara que “[...] o que el precepto contempla es la posibilidad de ampliar o restringir la comunidad. Es decir, la posibilidad de atribuir, mediante pacto, a unos bienes que eran comunes carácter privativo o a la inversa” y que “la atribución del carácter privativo a un bien inicialmente común, da lugar a un reembolso al patrimonio común, pero no a un reintegro del común al privativo”. Por su parte, la STS Aragón, 10 marzo 2022 (RAJ 2022, 2474) resalta que el art. 215 tan solo autoriza mediante pacto el cambio de la calificación jurídicos de los bienes. La SAP Zaragoza, Sección 5^a, 4 febrero 2016 (JUR 2016, 77024) señala que el citado art. 215 “prescribe escritura pública para la ampliación o restricción de la comunidad de bienes consorciales”.

132 RDGSJFP 25 septiembre 1990 (RAJ 1990, 7153).

En cuanto al primer supuesto, a pesar de que el art. 1355.I CC sólo se refiere a la atribución de carácter ganancial, el reconocimiento de la autonomía privada en la determinación del carácter de los bienes del matrimonio permite admitir la validez del acuerdo por el que los cónyuges atribuyen a un bien, en las mismas condiciones, carácter privativo¹³³. Es posible, pues, que los cónyuges decidan atribuir carácter privativo de uno de ellos a la vivienda familiar adquirida con fondos gananciales, o que, bajo esas mismas circunstancias, decidan adquirirla en régimen de comunidad ordinaria por cuotas privativas¹³⁴. En el ámbito registral, se ha admitido que los cónyuges pueden atribuir carácter privativo a un bien ganancial, pacten o no compensación a cargo de los bienes privativos y siempre que el desplazamiento pactado aparezca causalizado¹³⁵. Como ha puesto de manifiesto el Centro Directivo¹³⁶, este negocio conyugal atributivo del carácter privativo del bien -que mantiene su sustantividad y autonomía pese a su conjunción con el negocio adquisitivo- ha de obedecer a una causa adecuada que justifique la no operatividad del principio de subrogación real (1347.3.º del Código Civil) cual, por ejemplo, la previa transmisión gratuita de la contraprestación a favor del cónyuge adquirente, el derecho de reembolso al que se refiere el artículo 1358 del Código Civil, etc. Así lo ha reconocido, en fecha reciente, la Resolución del Centro Directivo de 4 de julio de 2022¹³⁷, que acepta que los cónyuges, por pacto, puedan determinar el carácter privativo de un bien comprado por uno de los cónyuges (en concreto, en el caso se trataba de una participación del 80% de una vivienda), y ello al margen de que no haya podido acreditarse el carácter privativo del bien por faltar la prueba fehaciente de la naturaleza privativa del dinero empleado¹³⁸. Entiende el Centro Directivo que, en estos casos, “ambos consortes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, excluyen el juego de la presunción de ganancialidad del artículo 1.361 del Código Civil”¹³⁹. En consecuencia, aunque no exista prueba del carácter privativo del precio o contraprestación, la mera manifestación de los cónyuges permite atribuir carácter privativo a un inmueble, en particular, a la

133 DE LOS MOZOS, J.L.: “Comentario a los artículos 1355 a 1357”, cit., pp. 187-188.

134 En este sentido, con carácter general para la adquisición de cualquier tipo de bienes, DE LOS MOZOS, J.L.: “Comentario a los artículos 1355 a 1357”, cit., p. 189.

135 Entre las más recientes, RDGSJFP 11 abril 2022 (RAJ 2022, 3321), con cita de las resoluciones previas que han mantenido este criterio.

136 RDGSJFP 25 septiembre 1990 (RAJ 1990, 7153).

137 En la escritura cuya calificación había sido impugnada, los compradores de determinada finca, casados entre sí en régimen legal de gananciales, manifestaron que «en ejercicio de su autonomía de voluntad, acuerdan que el 80 % del pleno dominio de la finca objeto de la presente tenga carácter privativo del esposo don F. J. F. G. y solicitan que se inscriba a su nombre por haber sido adquirida con tal carácter por acuerdo entre los cónyuges y no por confesión, teniendo este pacto causa onerosa por ser los fondos empleados para el pago del valor de adquisición privativos del mencionado adquirente, procedentes de una venta de carácter privativo, y no procediendo por ello el reembolso previsto en el art. 1358 del Código civil» [RDGFPS] de 4 de julio de 2022 (RAJ 2023, 576)].

138 En términos similares, en la RDGSJFP 12 junio 2020 (RAJ 2020, 3382) se concluye que los cónyuges, por pacto, están determinando el carácter privativo de la participación indivisa del bien comprado por la esposa. Igualmente, la RDGSJFP 15 enero 2021 (RAJ 2021, 207), respecto del carácter privativo de un bien comprado por el marido o la de 9 septiembre 2021 (RAJ 2021, 4598).

139 RDGFPSJ 4 julio 2022 (RAJ 2023, 576).

vivienda familiar. Este negocio atributivo de carácter privativo no debe confundirse con la confesión de privatividad del art. 1324 CC, pues la virtualidad de ésta a efectos de la calificación del bien es relativa, al quedar limitada a los cónyuges y constituir en puridad un medio de prueba, subordinado a la realidad o inexactitud del hecho confesado¹⁴⁰. De hecho, la doctrina ha puesto de manifiesto el difícil encaje en la normativa vigente de la eficacia plena de cualquier pacto de atribución de privatividad, al dejar vacío de contenido el art. 1324 CC y, correlativamente, el art. 95.4 RH¹⁴¹.

Lo relevante es que, en el negocio jurídico de atribución del carácter privativo, los cónyuges dejen claramente expresada la causa onerosa o gratuita de dicho negocio¹⁴². Como puso de relieve el Centro Directivo en la Resolución de 30 de julio de 2018¹⁴³, 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. Para que la causa sea gratuita o a título lucrativo, “debe concurrir el requisito de que el desplazamiento patrimonial que se opera con dicho negocio carezca de contraprestación equivalente, ni pasada, ni presente, ni futura”¹⁴⁴. En cuanto a sus requisitos formales, el negocio jurídico de atribución gratuita de privatividad, si se refiere a bienes inmuebles, como es la vivienda familiar, deberá constar en escritura pública como requisito «ad solemnitatem» (cfr. art. 633 CC)¹⁴⁵. En sentido inverso, el Centro Directivo ha precisado que “para que sea onerosa la causa del negocio de atribución de privatividad a un bien que sin dicho negocio tendrá carácter ganancial o presuntivamente ganancial, es preciso que ese desplazamiento patrimonial tenga su compensación correlativa”¹⁴⁶.

140 RDGFPSJ 25 septiembre 1990 (RAJ 1990, 7153).

141 Por todos, LÓPEZ FRÍAS, A.: “La asignación convencional de carácter privativo a los bienes adquiridos a título oneroso por uno de los cónyuges a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad”, *Revista de Derecho Civil*, 2022, vol. IX, núm. 4 (octubre-diciembre) Ensayos, pp. 269-301.

142 Esta necesidad de existencia de una causa “se explica por su repercusión en los correspondientes requisitos y efectos del negocio jurídico” [RDGFPSJ 4 julio 2022 (RAJ 2023, 576)]. Sobre el particular, vid. LÓPEZ IGLESIAS, L.: “La atribución de privatividad a bienes de la sociedad de gananciales por acuerdo de los cónyuges y su inscripción en el Registro de la Propiedad”, *La Ley Derecho de Familia*, 2020, núm. 25, enero-marzo, monográfico *Sociedad conyugal y Registro de la Propiedad* (consulta en smarteca).

143 RAJ 2018, 3887.

144 RDGFPSJ 4 julio 2022 (RAJ 2023, 576).

145 RDGFPSJ 4 julio 2022 (RAJ 2023, 576).

146 RDGFPSJ 4 julio 2022 (RAJ 2023, 576). Es decir, como añade el Centro Directivo (*ibidem*), es necesario “que concurra otro desplazamiento patrimonial de importe equivalente en sentido contrario, ya sea ese otro desplazamiento previo al negocio (cuando se compensa una deuda preexistente que identifique debidamente); simultáneo (cuando en el mismo acto se recibe una prestación equivalente), o futuro, (cuando el desplazamiento patrimonial equivalente y de signo contrario queda diferido a un momento posterior)”.

BIBLIOGRAFÍA

DE LOS MOZOS, J.L.: “Comentario al artículo 1354”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBALADEJO), Tomo XVIII, Vol. 2º, Edersa, Madrid, 1984, pp. 178-184.

- “Comentario a los artículos 1355 a 1357”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBALADEJO), Tomo XVIII, Vol. 2º, Edersa, 1984, pp. 185-194.

GALLARDO RODRÍGUEZ, A.: “La atribución de ganancialidad y la aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales: repercusiones sobre el derecho de reembolso”, *La Ley Derecho de Familia*, 2023, núm. 37, enero-marzo, *Aspectos patrimoniales de las crisis matrimoniales* (consulta en smarteca).

GAVIDIA SÁNCHEZ, J.L.: *La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal*, Tecnos, Madrid, 1987.

LÓPEZ FRÍAS, A.: “La asignación convencional de carácter privativo a los bienes adquiridos a título oneroso por uno de los cónyuges a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad”, *Revista de Derecho Civil*, 2022, vol. IX, núm. 4 (octubre-diciembre) *Ensayos*, pp. 269-301.

LÓPEZ IGLESIAS, L.: “La atribución de privatividad a bienes de la sociedad de gananciales por acuerdo de los cónyuges y su inscripción en el Registro de la Propiedad”, *La Ley Derecho de Familia*, núm. 25, enero-marzo, 2020, monográfico *Sociedad conyugal y Registro de la Propiedad* (consulta en smarteca).

MARTÍN MELÉNDEZ, Mª. T.: *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.

- *Compra financiada de vivienda familiar y sociedad de gananciales: Artículo 1.357, párrafo 2, del Código Civil*, Civitas, Madrid, 2002.

MOLINA ILLESCAS, S.: “Obra nueva ganancial sobre solar privativo. Inscripción de la edificación con distinto carácter que el suelo”, *La Ley Derecho de Familia*, 2020, núm. 25, enero-marzo, monográfico *Sociedad conyugal y Registro de la Propiedad* (consulta en smarteca).

MONTERO GIMÉNEZ, J.M.: “La privatividad del dinero en las adquisiciones de bienes inmuebles”, *La Ley Derecho de Familia*, 2020, núm. 25, enero-marzo, monográfico *Sociedad conyugal y Registro de la Propiedad* (consulta en smarteca).

MORALEJO IMBERNÓN, N.: "Artículo 1355", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, 5^a ed., pp. 1755-1756.

- "Artículo 1357", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, 5^a ed., pp. 1757-1758.

NIETO ALONSO, A.: "La atribución voluntaria de ganancialidad: reflejo de la autonomía privada en el régimen económico matrimonial. A propósito del artículo 1355 del Código Civil, *Revista de Derecho Civil*, 2021, vol. VIII, núm. 2 (abril-junio) Estudios, pp. 39-91.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: "Artículo 1359", en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, pp. 676-678.

PEREÑA VICENTE, M.: *Masas patrimoniales en la sociedad de gananciales. Transmisión de su titularidad y gestión entre los cónyuges*, Dykinson, Madrid, 2004.

PRETEL SERRANO, J.J.: "Artículo 1353", en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, pp. 660-664.

RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: *El régimen de gananciales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.

SANCIÑENA ASURMENDI, C. y GAGO SIMARRO, C.: "Aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales", *ADC*, 2022, tomo LXXV, fasc. IV (octubre-diciembre), pp. 1451-1522.