

## LA ATRIBUCIÓN VOLUNTARIA DE GANANCIALIDAD: REFLEJO DE LA AUTONOMÍA PRIVADA EN EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

### A propósito del artículo 1355 del código civil\*

Antonia Nieto Alonso

Profesora Titular de Derecho civil  
Universidad de Santiago de Compostela

---

TITLE: *The voluntary attribution of community property: a reflection of private autonomy in the matrimonial property regime. - A commentary on article 1355 of the Spanish Civil Code*

RESUMEN: Con este trabajo se quiere enfatizar el papel que juega el principio de la autonomía de la voluntad, el poder de autodeterminación de los cónyuges, en el régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales, significativamente a través del supuesto tipificado por el artículo 1355 del Código civil; pero también por medio del negocio jurídico atípico conocido como negocio de aportación o comunicación a la sociedad de gananciales. El estudio se sustenta en las contribuciones al respecto, doctrinales y, en especial, en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo y en la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

ABSTRACT: *This paper want to emphasize the role played by the principle of autonomy of the will, the power of self-determination of the spouses, in the matrimonial property regime of the «sociedad de gananciales», significantly through the assumption typified by article 1355 of the Civil Code; but also through the atypical legal act known as the «negocio de aportación a gananciales». The paper is based on the contributions in this regard, by the authors and, especially, on the jurisprudence of the First Chamber of the Supreme Court and on the doctrine of the General Directorate of Legal Security and Public Faith.*

PALABRAS CLAVE: autonomía de la voluntad; libertad de contratación entre cónyuges; régimen económico matrimonial; sociedad de gananciales; atribución voluntaria de ganancialidad; negocio de aportación a la sociedad de gananciales.

KEY WORDS: *autonomy of the will; freedom of contract between spouses; economic matrimonial regime; «sociedad de gananciales»; voluntary attribution of profit; «negocio de aportación a gananciales».*

SUMARIO: 1. EL ARTÍCULO 1355 DEL CÓDIGO CIVIL, UNO DE LOS PARADIGMAS DEL INCREMENTO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LOS CÓNYUGES. 2. LA ATRIBUCIÓN VOLUNTARIA DE GANANCIALIDAD. RÉGIMEN JURÍDICO. 2.1. *Gananciales por voluntad expresa o presunta. Generalidades.* 2.2. *La primacía de la autonomía privada de los cónyuges y la superación del criterio legal de la subrogación real.* 2.3. *Los presupuestos para la eficacia de la atribución de ganancialidad.* 2.3.1. La exigencia del «común acuerdo» de ambos cónyuges. 2.3.2. El título y el momento de la adquisición del bien. 2.3.3. La forma. Especial consideración de la inscripción en

\* El presente artículo se enmarca en la ejecución del Proyecto de investigación «El Derecho de familia que viene. Retos y respuestas» [ref. PID2019-109019RB-100], financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, dentro del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020. Convocatoria de 2019. Agradezco al Dr. Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Catedrático de Derecho internacional privado, coordinador del grupo de investigación *De Conflictu Legum* e investigador principal en este Proyecto, el haberme brindado la oportunidad de participar.

el Registro de la Propiedad. 2.4. *Efectos de la atribución voluntaria de ganancialidad*. 2.4.1. Entre cónyuges. Especial consideración al derecho de reembolso. 2.4.2. Frente a terceros. 2.5. *La posibilidad de aplicación del artículo 1355 del Código civil a otros supuestos*. 2.5.1. Acerca de su aplicación inversa. 2.5.2. Sobre la aplicación analógica a las parejas de hecho. 3. EL NEGOCIO DE APORTACIÓN A LA SOCIEDAD DE GANANCIALES. 3.1. *El llamado negocio de aportación o de comunicación a gananciales*. 3.2. *Algunas concordancias y discordancias entre el supuesto regulado por el artículo 1355 del Código civil y el negocio atípico de aportación a la sociedad de gananciales*. 3.2.1. Concordancias. 3.2.2. Discordancias. 3.3. *La forma. Especial atención al negocio de aportación a gananciales como título inmatriculador*. 3.4. *La imprescindible expresión de la causa de la transferencia patrimonial, que no puede presumirse a efectos registrales*. EPÍLOGO: HACIA UN MAYOR MARGEN PARA LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA ÓRBITA DE LAS RELACIONES HORIZONTALES O IGUALITARIAS DEL DERECHO DE FAMILIA Y, EN PARTICULAR, EN EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. EL ARTÍCULO 1355 DEL CÓDIGO CIVIL, UNO DE LOS PARADIGMAS DEL INCREMENTO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LOS CÓNYUGES

Se ha dicho que los efectos de los genuinos negocios jurídicos se producen siempre *ex voluntate*, esto es, porque la voluntad individual lo ha querido así y en la medida en que lo ha querido. Como ha observado Díez-PICAZO, en el Derecho de familia esto no ocurre y aunque en determinados supuestos sea posible que intervenga la voluntad individual, el efecto jurídico no es nunca *ex voluntate*, sino siempre *ex lege*. Ahora bien, el insigne jurista concluye, finalmente, que, en un mundo de seres libres, los efectos jurídicos nacen siempre de una dosificación armónica entre ley y voluntad. Lo decisivo no es tanto la respectiva graduación de esos polos, cuanto el *carácter libre* de la relación jurídica o de su contenido. Y en este sentido, concluye que «no puede negarse que hay autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia»<sup>1</sup>. No en vano, para DE CASTRO, la autonomía es la «médula del negocio jurídico» y la declaración de voluntad el

<sup>1</sup> Díez-PICAZO, Luis, *Familia y Derecho*, Civitas, Madrid, 1984, en especial, pp. 89-93. El autor, además, encuentra en la Constitución de 1978 el «nuevo punto de referencia del fundamento de la autonomía de la voluntad». Así, con apoyo en la Constitución, en los artículos 9 (principios de libertad e igualdad) y 10 (dignidad y libre desarrollo de la personalidad) concluye con una afirmación que se compadece bien con el espíritu de este trabajo: «No es difícil de entender que un ordenamiento jurídico basado, en el plano constitucional, sobre estos principios exige la posibilidad de que los individuos, por la vía de sus tratos, puedan generar un conjunto normativo que sea obra de su autonomía» (pp. 90-93). También VALPUESTA, al estudiar lo dispositivo y lo imperativo en Derecho de familia, aun reconociendo que el Derecho de familia se ha identificado tradicionalmente con una disciplina en la que la presencia de normas imperativas es muy notoria y obedece a una experiencia histórica en la que la familia ha sido un instrumento para alcanzar determinados objetivos políticos o religiosos, termina concluyendo que en la democracia, el proyecto es otro y, sobre todo, los fines son diferentes, pues la ciudadanía que se quiere se ha de forjar en el ejercicio de los derechos fundamentales y en el respeto a la dignidad de los demás, por lo que las relaciones entre sus miembros han de responder a los principios de igualdad y libertad y a los demás que reflejan los valores democráticos. Así, considera que «se alude a la privatización del Derecho de familia para resaltar la relevancia que tiene la autonomía de la voluntad de sus miembros en cuestiones familiares [...], también los cónyuges [tienen] una gran libertad para configurar las reglas que rigen sus relaciones patrimoniales, dada la naturaleza dispositiva de las mismas». VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, «El Derecho de familia» (Cap. II), en Díez-Picazo Giménez, Gema (Coord.), *Derecho de Familia*. Civitas, Thomson Reuters, 2012, en especial, pp. 123 y 124.

«fundamento del negocio jurídico»<sup>2</sup>. En definitiva, convengo con HESSE en considerar como principio fundamental del Derecho privado: «la *autonomía privada*, en particular en la forma de *libertad contractual*»<sup>3</sup>.

Por lo que respecta a la autonomía privada y su alcance en el régimen económico matrimonial, ya en 1950 LACRUZ, al estudiar la comunidad de gananciales como una comunidad sobre un patrimonio dinámico, concluyó que un patrimonio de esta especie solo puede ser establecido por el Derecho objetivo: «si bien en su organización queda amplio campo al arbitrio de los cónyuges»<sup>4</sup>. En este sentido, ROCA TRÍAS, después de reconocer que una de las finalidades del régimen económico matrimonial consiste en la distribución de las propiedades de cualquier tipo adquiridas por los cónyuges constante matrimonio, concluye con la importante observación de que tal distribución se hace «*de acuerdo con las normas establecidas por los cónyuges o, en su defecto, por las disposiciones de la ley, que actúa, es bien sabido, como derecho supletorio de los acuerdos de los cónyuges*» —la cursiva es añadida—<sup>5</sup>. Por lo demás, no puede ser ocioso recordar que todo lo relativo al régimen económico matrimonial tiene adecuado encaje en las denominadas relaciones «horizontales o igualitarias» en el ámbito del Derecho de familia<sup>6</sup>.

Pues bien, con este estudio se pretende principalmente un acercamiento a uno de los supuestos más relevantes de reconocimiento de la autonomía de la voluntad de los cónyuges en el ámbito del régimen económico de la sociedad de gananciales, en particular, al conocido como «atribución voluntaria de ganancialidad», regulado por el artículo 1355 del Código civil. Dispone el artículo 1355 del Código civil en su párrafo primero que «Podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en

<sup>2</sup> Como recuerda el jurista, en un sentido muy general, se entiende por autonomía privada, «el poder de autodeterminación de la persona»; en sentido inmediato, considera que el término se amplía hasta comprender «todo el ámbito de la autarquía personal. Se piensa entonces en la esfera de libertad de la persona, para ejercitar facultades y derechos, y también para conformar las diversas relaciones jurídicas que le atañen». CASTRO Y BRAVO, Federico DE, *El Negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, reimpresión, 1991, pp. 11, 31 y 34.

<sup>3</sup> De ahí que concluya que «existen buenas razones para que la autonomía privada y la libertad contractual estén hoy en el centro de la discusión sobre la situación y el significado del Derecho civil». HESSE, Konrad, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1995, p. 75.

<sup>4</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis, «En torno a la naturaleza jurídica de la comunidad de gananciales del Código civil», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, enero (1950), p. 50.

<sup>5</sup> ROCA TRÍAS, Encarnación, *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999, p. 179.

<sup>6</sup> En este sentido, como señala ROCA TRÍAS, en cualquier tipo de familia aparecen dos sistemas de relaciones, en las que la diferencia de tratamiento legal es evidente: las que podríamos denominar *verticales o jerárquicas*, es decir, aquellas que se producen entre los progenitores y los hijos y entre estos y los parientes de sus padres: «en este caso, la autonomía de la voluntad en la configuración de la relación no existe», junto a ese tipo de relaciones aprecia las denominadas *horizontales o igualitarias*, es decir, las que afectan a la pareja: «como ocurre en el régimen económico matrimonial; aquí ya no nos encontramos ante un sistema rígido [...]». ROCA TRÍAS, Encarnación, «Familia, familias y Derecho de familia», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 43, fasc. 4 (1990), pp. 1077 y 1078.

que se satisfaga», añadiendo en el párrafo segundo que «Si la adquisición se hiciera en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes». Ni la Sala Primera del Tribunal Supremo ni la Dirección General de los Registros y del Notariado —hoy, Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública— han permanecido ajenos al reconocimiento de la autonomía privada de los cónyuges en la aplicación del mencionado precepto. Así, destacan, por una parte, la STS 839/1997, 29 septiembre<sup>7</sup>, cuando consideró que el artículo 1355 del Código civil «es reflejo de la autonomía privada, ya que la voluntad negocial que contiene se refiere a que proceda de la común de los esposos, como manifestación bien patente de reglas de libertad» (FD Segundo), por otra parte, la RDGRN 29 marzo 2010<sup>8</sup>, al referirse al pacto previsto por el citado precepto, declaró que «En virtud de este pacto, se proyecta el principio de la autonomía de la voluntad sobre el ámbito de las reglas de calificación o adscripción de los bienes a los respectivos patrimonios ganancial y privativo de los cónyuges [...]» (FD Cuarto). Asimismo, la STS 392/2015, 24 junio<sup>9</sup>, manifestó la necesidad de conceder un mayor margen a la autonomía dentro del Derecho de familia: «compatible con la libertad de pacto entre cónyuges que proclama el artículo 1323 del Código civil, a través del cual debe potenciarse la facultad de autorregulación de los cónyuges (art. 1255 CC)» (FD Quinto).

En fin, como declara la RDGSJFP 12 junio 2020<sup>10</sup>:

«La regulación que del régimen económico matrimonial contiene el Código Civil se caracteriza por un marcado principio de libertad que se manifiesta, entre otros, en los artículos 1315 (libertad en la determinación del régimen económico), 1325 (libertad en cuanto a su estipulación, modificación o sustitución), 1328 (libertad de pacto en tanto las estipulaciones no sean contrarias a las leyes o las costumbres o limitativas de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge) y 1323 (posibilidad de transmitirse los cónyuges por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos), sin más limitaciones que las establecidas en el mismo Código (cfr. artículo 1315). [...]. El propio artículo 1355 [...] se encuadra dentro de ese amplio reconocimiento de la autonomía privada, y constituye una manifestación más del principio de libertad de pactos que se hace patente en el mencionado artículo 1323» (FD Quinto).

Como puntualiza TORRES GARCÍA, al referirse al párrafo primero del artículo 1355 del Código civil, «Literalmente consiste en la declaración de voluntad de que un bien determinado ingrese en la masa ganancial [...]. Ha sido la amplia libertad concedida a los esposos por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, el arranque de esa atribución»<sup>11</sup>. En

<sup>7</sup> RJ 1997\6825.

<sup>8</sup> RJ 2010\2375. Cfr., para el mismo caso y con igual doctrina la RDGRN 31 marzo 2010 (RJ 2010\2500).

<sup>9</sup> RJ 2015\2657.

<sup>10</sup> RJ 2020\3021. Cfr., en el mismo sentido, las RDGSJFP, también, de 12 junio 2020 (RJ 2020\3365 y RJ 2020\3382) —FD Segundo— (BOE n.º 207, 31 julio 2020).

<sup>11</sup> TORRES GARCÍA, Teodora F., *Diez años de aplicación de la reforma de los regímenes económicos matrimoniales (Ley 11/1981, 13 mayo)* —Discurso leído el día 30 de octubre de 1991, en el acto de su recepción como Académica de Número—. Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid, Valladolid, 1991, p. 19. También, OÑATE CUADROS, después de observar que «tras la reforma de 13 de mayo de 1981, en que frente al sistema legal imperativo anterior, se abren de par en par las puertas de la libertad», concluye que «En definitiva: los cónyuges son libres para pactar adquirir con carácter

este sentido, GORDILLO observa como la reforma de 1981, «rompiendo con el criterio histórico anterior, ha venido a permitir un amplio margen de juego a la libre autonomía de los cónyuges en cuestiones de orden patrimonial»<sup>12</sup>.

El artículo 1355 del Código civil carece de antecedentes en el Código civil; por lo que respecta al Derecho civil autonómico, destaca la Compilación del Derecho civil foral de Navarra. En efecto, la ley 88.3 FN<sup>13</sup> dispone que «En el régimen de conquistas se hacen comunes de los cónyuges: 3) Los bienes 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»<sup>14</sup>. Al comentar esta norma —antes ley 82—, FERNÁNDEZ URZAINQUI, reconoce que «Los principios de autonomía privada y libertad civil proclamados en las leyes 7 y 8 FN tienen una acusada incidencia en el régimen económico» y concluye que «La autonomía privada constituye el primer criterio de referencia para la calificación de los bienes»<sup>15</sup>. También, en el Derecho civil aragonés destaca la relevancia de la autonomía de la voluntad de los cónyuges bajo el régimen matrimonial legal del consorcio conyugal, en relación con los bienes comunes, que suelen llamarse también bienes consorciales, ya que, como aprecia DELGADO: «Su regulación está ampliamente abierta a la voluntad de los cónyuges y a ellos mismos y aun a otras personas corresponde la decisión sobre el carácter común de los bienes adquiridos por uno u otro cónyuge»<sup>16</sup>.

---

privativo o ganancial con independencia de los fondos empleados en la adquisición». OÑATE CUADROS, Francisco Javier, «Abran paso a la libertad civil», *Egiunea. Revista del Colegio Notarial del País Vasco*, mayo-julio (2020), pp. 28 y 31.

<sup>12</sup> GORDILLO CAÑAS, Antonio, «El pasivo de la sociedad de gananciales. Un ensayo de sistematización», *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*. Universidad de Murcia, Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, Caja de Ahorros del Mediterráneo, Caja de Ahorros de Murcia, Murcia, 1989, pp. 357 y 358. También, apelan a la entrada en juego del principio de autonomía de la voluntad conyugal, tras la reforma de 1981 y al estudiar, en concreto, el artículo 1355 del Código civil, entre otros, TORRALBA SORIANO, Vicente, «Comentario al artículo 1355 del Código civil», *Comentarios a las reformas del Derecho de familia. Ley 11/81, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, y Ley 30/81, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio*. Tecnos, Madrid, 1984, vol. II, p. 1630 y MONTÉS PENADÉS, Vicente L., Prólogo a GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio V., *La atribución voluntaria de ganancialidad*, Montecorvo, 1986, p. 12.

<sup>13</sup> Antes, ley 82, ley 88, tras la Ley Foral 21/2019, 4 abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra o Fuero Nuevo.

<sup>14</sup> En tal régimen de conquistas: «se hacen comunes de los cónyuges... los bienes incluidos en las conquistas en virtud de pactos o disposiciones» (ley 88.1), del mismo modo que devienen «privativos» conforme a la ley 89.1 los «excluidos de las conquistas en virtud de pactos o disposiciones». Por otra parte, según la ley 89.5 «Son bienes privativos de cada cónyuge 5) «Los adquiridos con cargo a bienes de conquista si en el título adquisitivo ambos cónyuges hacen constar la atribución privativa a uno de ellos».

<sup>15</sup> FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier, «Comentario a la ley 82 del Fuero Nuevo de Navarra», en Rubio Torrano, E. (Dir.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho civil foral de Navarra*. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 244-251 —actualmente se recoge esta norma en la ley 88—.

<sup>16</sup> *Cfr.*, el artículo 210 núm. 1, letras a) y b) del núm. 2 y artículos 185, 193 y 215 del Real Decreto Legislativo 1/2011, 22 marzo, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón» el Texto Refundido de las leyes civiles aragonesas. DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Comentario al artículo 210», en Jesús Delgado Echeverría (Dir.), María del Carmen Bayod López y José Antonio Serrano García (Coords.), *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid,

Por último, veamos, muy a vuela pluma, por exceder de las pretensiones del presente estudio, si es posible que la atribución de ganancialidad sea mudable y se permita que los bienes, que ya entraron en virtud del convenio de los cónyuges en la sociedad de gananciales, vuelvan a ser de condición privativa. Para ese cometido hay que recordar que la base para la admisión del tipo de acuerdos que se analizan en este trabajo — atribución voluntaria de ganancialidad (art. 1355 CC) y negocio atípico de aportación a gananciales— está en el principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), pues bien, el mismo principio puede servir para considerar que esa autodeterminación para la atribución de ganancialidad es reversible y posible mediante el mutuo disenso, eso sí, siempre que ese «*contrarius consensus*» aparezca, como dice el Tribunal Supremo: «expresamente probado y aceptado por las personas que primitivamente se obligaron, sin que pueda tener efectos liberatorios la unilateral voluntad de una de las partes [...]»<sup>17</sup>, en el caso de la atribución de ganancialidad, el mutuo acuerdo de ambos cónyuges para dejar sin efecto tal atribución.

## 2. LA ATRIBUCIÓN VOLUNTARIA DE GANANCIALIDAD. RÉGIMEN JURÍDICO

Antes de proceder al estudio del artículo 1355 del Código civil, cumple recordar algunas nociones del régimen matrimonial de la sociedad de gananciales que importan para el mejor entendimiento del citado precepto. A saber: los bienes existentes en el matrimonio se presumen gananciales mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges (art. 1361 CC). Combinando esta presunción con la afirmación de que son bienes gananciales los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común (art. 1347.3 CC), 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. Pues bien, en este marco, como declara la STS (Pleno) 295/2019, 27 mayo<sup>18</sup>, «[...] el artículo 1355 del Código civil permite que los cónyuges atribuyan de común acuerdo carácter ganancial a un bien adquirido a título oneroso durante la vigencia de la sociedad de gananciales, *con independencia de la procedencia de los fondos utilizados para la adquisición*» (FD Tercero) —la cursiva es añadida—.

### 2.1. Gananciales por voluntad expresa o presunta. Generalidades

Al pacto de ganancialidad por voluntad expresa de los cónyuges en el momento de la adquisición se refiere el párrafo primero del artículo 1355 del Código civil. Como

---

Dykinson, 2015, p. 364. Sin perjuicio de destacar el amplio margen a la autonomía de la voluntad de los cónyuges que propicia el artículo 215 del Código del Derecho Foral de Aragón, que deja al arbitrio conyugal la determinación de la condición de los bienes [comunes, o privativos], a efectos de ampliar o restringir la comunidad.

<sup>17</sup> Cfr., en este sentido, por ejemplo, la STS 21 mayo 1992 (RJ 1992\4269) y la STS 10 octubre 2007 (RJ 2007\7406). Obsérvese como la antigua STS 5 diciembre 1940 (RJ 1940\1129) ya tiene declarado que «es una forma de extinción de las obligaciones la voluntad y consentimiento libre y espontáneo de las partes en darlas por rescindidas». Con relación a la resolución por mutuo acuerdo de la aportación a la sociedad de gananciales —negocio del que me ocupo en el apartado 3 de este estudio—, Cfr., MARIÑO PARDO, Francisco, «Aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales», *Revista de Derecho de Familia*, n.º 71 (2016), en especial, pp. 100 y 101.

<sup>18</sup> RJ 2019\2143. Fallo recurrente en el presente estudio, del que fue ponente María Ángeles PARRA LUCÁN.

aprecia PEÑA «El resultado con este pacto, es que el bien adquirido no es solo presuntivamente ganancial, sino que es desde la adquisición indudablemente ganancial»<sup>19</sup>. El párrafo segundo del artículo 1355 del Código civil establece la presunción de pacto, la atribución, también de ganancialidad, pero por voluntad presunta de los cónyuges.

De la lectura del precepto se infiere claramente que mientras que el párrafo primero exige el «común acuerdo» de los cónyuges en la atribución de ganancialidad, en el párrafo segundo se 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»<sup>20</sup>, como dice la STS del pleno 295/2019, 27 mayo<sup>21</sup>, «porque en este caso presume la voluntad favorable de los cónyuges al carácter ganancial de los bienes» (FD Tercero). Para LACRUZ, el sentido del artículo 1355 del Código civil viene explicado por este párrafo segundo del precepto en el que el acuerdo se presume, de modo que aun siendo el precio pagado por uno de los cónyuges en su mayor parte o en su totalidad de condición privativa, el bien ingresa en el consorcio<sup>22</sup>.

En fin, en el caso del párrafo segundo del artículo 1355 del Código civil no se manifiesta un acuerdo expreso de los cónyuges para que el bien adquirido sea ganancial, pero en cambio esta voluntad se presume cuando la adquisición hubiera sido hecha «en forma conjunta y sin atribución de cuotas». Como observa DE LOS MOZOS, el precepto viene a reforzar la presunción del artículo 1361 del Código civil y a consagrar la interpretación que se había hecho dominante con anterioridad a la reforma y con base en el antiguo artículo 1401.1.<sup>o</sup><sup>23</sup>, si no se demuestra la procedencia privativa del dinero; por tanto, a falta de esta demostración, los bienes adquiridos serán gananciales<sup>24</sup>. Por otra parte, a simple vista, el párrafo 2.<sup>o</sup> del artículo 1355 del Código civil, parece una reiteración de lo dispuesto por el artículo 1347.3.<sup>o</sup><sup>25</sup>, que ya prevé la adquisición «para la comunidad», lo que parece análogo a la «adquisición en forma conjunta»; pero como puntualiza GIMÉNEZ DUART, no cabe presumir que el legislador haya incurrido en

<sup>19</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, «Comentario al artículo 1355 del Código civil», *Comentario al Código civil*, vol. II (2.<sup>o</sup> ed.). Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 667.

<sup>20</sup> Según explica GIMÉNEZ DUART, este segundo párrafo del artículo 1355 habrá que referirlo a los supuestos en que la voluntad de los cónyuges se manifiesta en forma presunta mediante la simple «adquisición conjunta», sin agregar declaración alguna. GIMÉNEZ DUART, Tomás, «Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, t. LV (1982), p. 135.

<sup>21</sup> RJ 2019\2143.

<sup>22</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de Familia* (cuarta ed.), Bosch, Barcelona, 1997, pp. 287 y 288.

<sup>23</sup> Disponía el artículo 1401 del Código civil que «Son bienes gananciales: 1. Los adquiridos por título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos» —Cfr., el actual art. 1347.3.<sup>o</sup> CC—.

<sup>24</sup> MOZOS, José Luís DE LOS, «Comentario a los artículos 1355, 1356 y 1357 del Código civil», en Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (Dirs.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XVIII, vol. 2.<sup>o</sup> (segunda ed.). Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1999, p. 245.

<sup>25</sup> Dispone el apartado 3.<sup>o</sup> del artículo 1347 del Código civil que «Son bienes gananciales: [...]. 3.<sup>o</sup> Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos».

repetición entre dos preceptos tan próximos, por eso habrá que interpretar el párrafo 2.º del artículo 1355 como referido a aquellos supuestos en que la compensación tiene carácter privativo, mientras que en el número 3.º del artículo 1347 se ocupa de la adquisición «a costa del caudal común»<sup>26</sup>.

En relación con la naturaleza de la presunción que establece el párrafo segundo del artículo 1355 del Código civil, la STS 839/1997, 29 septiembre<sup>27</sup>, declara que la presunción que establece el citado apartado, al reputar gananciales los bienes que se adquieran en forma conjunta y sin atribución de cuotas, es de naturaleza «iuris tantum», «y por ello puede enervarse mediante prueba acreditativa de la voluntad contraria de los cónyuges otorgantes»<sup>28</sup>. En este sentido, convengo con MARIÑO PARDO, cuando advierte que en el segundo párrafo del artículo 1355 del Código civil, la adquisición en forma conjunta y sin atribución de cuotas, implica «una ganancialidad simplemente presuntiva» y aclara que pese a que el alcance de la presunción es discutible, ya que podría pensarse que, para desvirtuarla, bastaría probar el carácter privativo de la contraprestación en la adquisición del bien, sin embargo, en realidad, «la presunción recae sobre la existencia del mutuo acuerdo, y no sobre el carácter de la contraprestación», por eso concluye que lo que debe probarse para desvirtuar la presunción es que no existía voluntad común de los cónyuges de adquirir para la sociedad de gananciales, «lo que sin duda implicará una prueba distinta y de mayor dificultad»<sup>29</sup>. Como dispone la STS del pleno 295/2019, 27 mayo<sup>30</sup>, al referirse a la presunción del párrafo 2.º del artículo 1355 del Código civil:

«[...]. Para desvirtuar esta presunción de la voluntad común favorable a la ganancialidad no basta con probar que el precio pagado es privativo. El que esté interesado en desvirtuar la presunción que establece el art. 1355.II CC debe probar que en el momento de realizar la adquisición no existía la voluntad común de que el bien se integrara en el patrimonio ganancial» (FD Tercero).

## 2.2. *La primacía de la autonomía privada de los cónyuges y la superación del criterio legal de la subrogación real*

La sociedad legal de gananciales constituye un régimen económico matrimonial de tipo comunitario, que se articula en torno al postulado según el cual se hacen comunes las

<sup>26</sup> GIMÉNEZ DUART, Tomás, «Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981», *op. cit.*, p. 135.

<sup>27</sup> RJ 1997\6825.

<sup>28</sup> Aclara el Tribunal Supremo que la presunción de ganancialidad de los bienes que adquieran los cónyuges, constante matrimonio, cabe ser destruida por prueba en contrario y para que dicha presunción «iuris tantum» tenga aplicación y proceda ser desplazada por la privatividad, «requiere prueba expresa y cumplida, no bastando la indiciaria».

<sup>29</sup> MARIÑO PARDO, Francisco, «El artículo 1355 del Código Civil: la atribución de ganancialidad por mutuo acuerdo. Necesidad de mutuo acuerdo de los cónyuges. Derecho al reembolso de los fondos privativos. Aplicación a los bienes comprados con precio aplazado. El caso del cónyuge que adquiere por sí solo para su sociedad de gananciales. La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2019». Disponible en [www.iurisprudente.com](http://www.iurisprudente.com) —*Iurisprudente (Blog de Derecho privado, desde la óptica notarial y registral* [18 junio 2019])—. [Consulta: 7 de agosto de 2020].

<sup>30</sup> RJ 2019\2143.

ganancias obtenidas y que atribuye carácter consorcial o ganancial a los bienes adquiridos a título oneroso con cargo al acervo común, constante su vigencia. Esta última idea expresa lo que se conoce como el llamado principio de subrogación real, enunciado con carácter general en los artículos 1346.3.º («Son privativos de cada uno de los cónyuges: [...]. 3.º Los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos») y 1347.3.º del Código Civil («Son bienes gananciales: [...]. 3.º Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común [...]). Por lo tanto, la atribución voluntaria de ganancialidad impediría el juego del principio de subrogación real, de suerte que serían gananciales, los bienes adquiridos «a costa o en sustitución de bienes privativos», que, de no existir tal atribución voluntaria de ganancialidad, serían privativos (ex art. 1346.3.º CC)<sup>31</sup>. Como declaran las RDGSJFP 12 junio 2020<sup>32</sup>: «[...] este principio no es de aplicación universal, pues a él se anteponen otros criterios que el legislador ha considerado como prioritarios para determinar la naturaleza de los bienes» y cita, entre ellos: el de la adquisición (cfr. artículo 1359 del Código Civil), el de la autonomía de la voluntad (cfr. artículo 1355 del Código Civil) o el del carácter del propio bien del que deriva el derecho a la adquisición (cfr. artículos 1346.4, 1347.4 o 1352 del Código Civil) —cfr., el FD Segundo—<sup>33</sup>.

Deja patente la prevalencia de la declaración de voluntad de los cónyuges que de común acuerdo atribuyen la condición de gananciales a los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio sobre el criterio legal de la subrogación real el propio artículo 1355 del Código civil, al declarar ya en su apartado primero la indiferencia por la fijación legal de la condición del bien adquirido, cuando reconoce que el bien será ganancial «cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma o plazos en que se satisfaga»<sup>34</sup>.

El principio de subrogación real como norma básica para lograr el equilibrio de las distintas masas patrimoniales obedece a la conocida regla *pretium succedit in locum rei et res succedit in locum pretii*<sup>35</sup>. Se había concebido, antes de la reforma del Código

<sup>31</sup> La atribución voluntaria de ganancialidad también evita la aplicación del artículo 1356 del Código civil respecto de los bienes adquiridos a plazos constante la sociedad por uno solo de los cónyuges, si el primer desembolso tuviera carácter privativo. Cfr., BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, «La sociedad de gananciales, confesión de ganancialidad, atribución voluntaria de la ganancialidad y derecho de reembolso», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2020), n.º 781, p. 3055.

<sup>32</sup> RJ 2020\3365 y RJ 2020\3382.

<sup>33</sup> Con la misma doctrina, cfr., la RDGRN 13 noviembre 2017 (RJ 2017\5202) —FD Tercero—.

<sup>34</sup> Al comentar la ley 82 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra, hoy ley 88 FN —tras la Ley Foral 21/2019, 4 abril—, FERNÁNDEZ URZAINQUI, puntualiza que la prevalencia de la voluntad concorde sobre el criterio legal de subrogación ha de entenderse, en cualquier caso, dentro de los límites de la ley 7 FN, esto es, en cuanto no vaya «en perjuicio de tercero». FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier, «Comentario a la ley 82 del Fuero Nuevo de Navarra», *op. cit.*, pp. 247 y 248.

<sup>35</sup> Como aclaraba, para la regulación anterior a la reforma de 1981, la STS 28 noviembre 1953 (RJ 1953\3142), en virtud de este principio, son gananciales los bienes adquiridos por título oneroso durante el matrimonio «a costa del caudal común» y son de la propiedad de cada uno de los cónyuges los comprados «con dinero exclusivo del marido o de la mujer», sin que en estos supuestos de subrogación real se tomen en consideración las personas de los cónyuges que realicen la adquisición: «en tales

civil de 1981, con un carácter totalmente objetivo, de modo que la voluntad de los cónyuges no podía provocar trasvases de una masa patrimonial a otra; el eventual traspaso no solo carecía de la menor cobertura legal, sino que además resultaba claramente impedido por la expresa prohibición de donaciones y compraventas entre cónyuges<sup>36</sup>. Con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma de 13 de mayo de 1981, en suma, ni los cónyuges podían válidamente transferir un bien de una masa patrimonial a otra ni atribuir a un bien privativo el carácter de ganancial o viceversa<sup>37</sup>.

El artículo 1355 del Código civil constituye una clara excepción al principio de la subrogación legal; es más, la razón de ser de la norma es la superación del citado principio. En este sentido, para GAVIDIA, la finalidad perseguida al formularse un precepto como el contenido en el artículo 1355 del Código civil no es otra que el reforzar el trato de favor dispensado a la masa ganancial, dando relevancia al acuerdo de voluntades en el sentido de excluir o prescindir de la aplicación del mecanismo de la subrogación real, o de otras reglas legales sobre el carácter que han de tener los bienes que se adquieran durante el matrimonio a título oneroso<sup>38</sup>. Entre esas otras reglas legales, que pueden quedar superadas por la atribución voluntaria de ganancialidad (art. 1355 CC), pueden encontrarse las encerradas en los principios de «adquisiciones mixtas» (art. 1354 CC) o de «accesión económica» (art. 1359 CC). En este sentido, la

---

eventos rige y gobierna la calificación jurídica de los bienes tan solo el elemento objetivo o de procedencia de lo utilizado para la sustitución de unas cosas por otras [...]».

<sup>36</sup> Así, al comentar la legislación anterior, BONET observa que la contratación entre cónyuges tropieza como obstáculo con el principio de unidad de persona, que parece impedir que los cónyuges puedan celebrar entre sí actos jurídicos que exijan la intervención de dos personas, y requiriéndose licencia del marido: «no habría, en rigor, concurrencia de voluntades de distintas personas, sino que serían contratos celebrados por el marido consigo mismo». BONET RAMÓN, FRANCISCO, *Código civil comentado con sus Apéndices Forales* (2.ª ed.), Aguilar, Madrid, 1964, p. 1141. Puntualiza MANRESA que no es el obstáculo de la unidad de persona el que ha tenido en cuenta el Código para prohibir la contratación entre cónyuges, en su opinión, el Código ha procurado garantizar los intereses de terceros que contraten en la creencia de un determinado estado de fortuna, y que de otro modo podrían verse burlados con facilidad al encontrarse que, por pertenecer a la mujer, quedan sustraídos a la responsabilidad contractual los bienes que ellos entendían que constituían una verdadera garantía. MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, «Comentario a los artículos 1457, 1458 y 1459 del Código civil», *Comentarios al Código civil español*, t. X, Reus, Madrid, 1950, p. 123.

<sup>37</sup> Cfr., la STS 158/1996, 8 marzo (RJ 1996\1939).

<sup>38</sup> GAVIDIA SÁNCHEZ, JULIO V., *La atribución voluntaria de ganancialidad*, Montecorvo, Madrid, 1986, p. 83. También, CÁMARA ÁLVAREZ, considera que la aplicación, probablemente fundamental, del artículo 1355 del Código civil hay que relacionarla con el juego de la subrogación real: «Se pretende con el acuerdo atribuir carácter ganancial a un bien que ha sido adquirido a título oneroso, pero, en todo o en parte, con dinero privativo. Se elimina, pues, tanto la regla general del artículo 1346.3, como la más particular del artículo 1354 que regula la adquisición con precio o contraprestación en parte ganancial y en parte privativo». CÁMARA ÁLVAREZ, MANUEL DE LA, «La sociedad de gananciales y el Registro de la propiedad», *Anuario de Derecho Civil*, fasc. 2 (1986), p. 369. Analiza con amplitud el principio o regla de la subrogación real en sede de sociedad de gananciales RAMS, para el autor, es la manifestación expresa de voluntad la que, «por vía de excepción legal, puede hacer cambiar la aplicación del principio [de subrogación real], requiriéndose que tal explicitación de voluntad sea conjunta de los dos cónyuges». RAMS ALBESA, JOAQUÍN J., *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 173 y ss.

RDGRN 29 marzo 2010<sup>39</sup>, reconoce que mediante tal pacto de atribución voluntaria de ganancialidad de los cónyuges (art. 1355.1.º CC):

«[...], se puede exceptuar tanto la regla de la subrogación real (por la que el bien es *privativo si se adquiere a costa o en sustitución de bienes de este mismo carácter* —artículo 1346.3.º del Código civil—), como las demás disposiciones por las que el bien adquirido a título oneroso sería privativo, aunque la adquisición se realizara con fondos o contraprestaciones comunes (cfr. Artículos 1346.4.º y 8.º, 1352, 1354 y 1359 del Código civil)» —FD Séptimo—<sup>40</sup>.

El Tribunal Supremo explica perfectamente que el juego de la voluntad común de los cónyuges en la atribución del carácter ganancial de un bien excepciona el principio legal de la subrogación real en la STS del pleno 295/2019, 27 mayo<sup>41</sup>, cuando precisa que si los fondos utilizados fueran gananciales, el bien adquirido sería ganancial por aplicación del artículo 1347.3.º del Código civil y no haría falta la voluntad de las partes para atribuir al bien adquirido carácter ganancial: «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»; así, concluye el Tribunal Supremo que puesto que los bienes adquiridos a costa de bienes privativos son privativos (art. 1346.3.º CC), «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» (FD Tercero).

### 2.3. Los presupuestos para la eficacia de la atribución de ganancialidad

#### 2.3.1. La exigencia del «común acuerdo» de ambos cónyuges

Para la atribución de ganancialidad el artículo 1355.1.º del Código civil exige el «común acuerdo» de los cónyuges, es decir, el consentimiento de ambos cónyuges, ya que como precisa la STS 295/2019, 27 mayo<sup>42</sup>, «El art. 1355 CC no contempla la atribución de ganancialidad de manera unilateral, por voluntad de un solo cónyuge». Cabe observar que dicho consentimiento de ambos para la atribución de ganancialidad de un bien que en otro caso sería privativo, como reconoce la citada sentencia, es exigencia razonable a efectos de la existencia de un derecho de reembolso: «puesto que tal atribución hace nacer a favor de quien aportó los fondos un derecho de reembolso».

Por el contrario, la tan citada STS 295/2019, con fundamento en el propio artículo 1355 del Código civil, después de declarar que el precepto no contempla la atribución voluntaria de ganancialidad de manera unilateral, estima que la declaración de un

<sup>39</sup> RJ 2010\2375.

<sup>40</sup> El mismo caso es analizado por la RDGRN 31 marzo 2010 (RJ 2010\2500). Precisamente, en relación al artículo 1359 del Código civil (accesión económica), destaca la RDGRN 14 abril 1989 (RJ 1989\3403), aunque sin acudir al artículo 1355 del Código civil (atribución voluntaria de ganancialidad) por no concurrir los presupuestos necesarios para la aplicación de esta norma, sí prevaleció, sobre la aplicación del artículo 1359 del Código civil, el denominado «negocio jurídico de aportación a la sociedad de gananciales», negocio posibilitado por los amplios términos del artículo 1323 del Código civil (libertad de contratación entre cónyuges). Se desarrollará esta cuestión en el apartado 3 de este trabajo.

<sup>41</sup> RJ 2019\2143.

<sup>42</sup> RJ 2019\2143.

cónyuge que, al adquirir un bien en solitario, manifiesta hacerlo para su sociedad de gananciales, es coherente con la presunción de ganancialidad (art. 1361 CC): «pero por sí sola no atribuye al bien adquirido la condición de ganancial»<sup>43</sup>. Por eso aclara que 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» y concluye con la siguiente doctrina:

«[...] cuando adquiere un bien uno solo de los cónyuges con su dinero privativo, aunque declare adquirir para la sociedad, es el no adquirente interesado en que se califique el bien como ganancial quien debe probar la existencia del acuerdo. Ello en atención a que el art. 1355 CC exige el “común acuerdo” de los cónyuges para atribuir el carácter ganancial a un bien adquirido a título oneroso durante la vigencia de la sociedad, con independencia del origen de los fondos, y solo presume la voluntad común en casos de adquisición conjunta sin atribución de cuotas» (FD Tercero)<sup>44</sup>.

### 2.3.2. El título y el momento de la adquisición del bien

El artículo 1355 del Código civil es muy claro al exigir para hacer efectiva la atribución voluntaria de ganancialidad que los bienes a los que se les asigna tal carácter han de ser adquiridos «a título oneroso durante el matrimonio». Ambas cuestiones, adquisición onerosa y durante el matrimonio, han suscitado algunas dudas interpretativas, como a continuación se apreciará.

#### a) Adquisición a título oneroso

El Tribunal Supremo ha rechazado la aplicación del artículo 1355 del Código civil en un supuesto de bien adquirido durante el matrimonio por donación onerosa, por considerar, en síntesis, que no se adquirió a título oneroso. Destaco al respecto la STS 157/2002, 26 febrero<sup>45</sup>. La Sentencia dictada por la Primera Instancia consideró que el

<sup>43</sup> Además, la consecuencia de que falte el acuerdo de ambos cónyuges se aprecia en el Reglamento Hipotecario, ya que, aun tratándose de una adquisición a título oneroso y de que el cónyuge declare que adquiere para la sociedad de gananciales, el bien se inscribirá con esa indicación, pero «a nombre del cónyuge adquirente» [y no de la sociedad de gananciales] —cfr., el art. 93.4, primer inciso RH—.

<sup>44</sup> Por otra parte, tampoco tendría carácter ganancial el dinero privativo, aunque se hubiese ingresado en una cuenta conjunta. Como señala la STS 216/2020, 1 junio (RJ 2020\1342), «el mero hecho de ingresar dinero privativo en una cuenta conjunta *no permite atribuirle carácter ganancial* y, [...], si se emplea para hacer frente a necesidades y cargas de la familia [...], surge un derecho de reembolso a favor de su titular, aunque no hubiera reserva de ese derecho en el momento del ingreso del dinero en la cuenta» —la cursiva es añadida— (FD Segundo). En el caso de autos, la esposa recibió de su madre una donación de dinero destinada al uso y disfrute de la familia, ingresado en una cuenta conjunta que se confundió con dinero ganancial. Se consideró probado que el dinero ingresado por la madre de la esposa en una cuenta en la que aparecían como titulares ambos esposos no fue una donación conjunta y que la voluntad de la madre era donar el dinero únicamente a su hija. Cfr., en el mismo sentido, la STS 657/2019, 11 diciembre (RJ 2019\5212) y la STS 78/2020, 4 febrero (RJ 2020\80).

<sup>45</sup> RJ 2002\2050. En el caso de autos, los padres del esposo habían donado a su hijo, casado en régimen de gananciales, una vivienda, subrogándose el donatario en la hipoteca que pesaba sobre la vivienda adquirida. Con posterioridad, en escritura de capitulaciones matrimoniales los esposos pactan el régimen de separación de bienes, incluyendo la vivienda, que había sido donada al marido, como perteneciente a la comunidad.

demandante padeció un error al confundir la atribución del carácter ganancial de la vivienda, por cuanto que la misma era un bien privativo, habida cuenta que había sido recibido por donación de su ascendiente. Decisión que se revoca en apelación por afirmar, en esencia, que no hubo tal error, al entender la Sala «a quo» que el negocio transmisivo del padre del actor fue un negocio atributivo de carácter oneroso y, por tanto, cabía pacto modificativo del artículo 1355 del Código civil. Sin embargo, para el Tribunal Supremo este último razonamiento no es de recibo, ya que la donación, aunque sea modal o por causa onerosa, es un acto de carácter gratuito (FD Cuarto). Concluye el Tribunal Supremo con la siguiente doctrina: al ser el negocio transmisivo precedente un título gratuito, «no era posible el pacto conyugal de cambiar la naturaleza del bien discutido, habida cuenta de lo dispuesto en el repetido artículo 1355, referido a las adquisiciones a título oneroso», así que concluye que «cualquiera que sea la declaración de voluntad plasmada al respecto, la misma no podía prevalecer [...] al referirse a un bien preadquirido a título gratuito (pacto, pues, inviable [...])». Lo que sí considera el Tribunal Supremo que pudiera haber sucedido, aunque admite que no ha acontecido en autos, es que los cónyuges «[...] en méritos a su libertad contractual y dispositiva integrasen su contenido con una posterior adquisición ganancial mediante el reintegro a costa del caudal común de ese “donatum inicial”» (FD Quinto).

Se han planteado otros casos dudosos, como puede ser el de los bienes adquiridos por título hereditario o gratuito, respecto de los cuales se haya realizado un acto de disolución de comunidad o partición con exceso de adjudicación y compensación en metálico. Desde el ámbito notarial, MARIÑO PARDO recuerda como la DGRN ha considerado prevalente en la determinación del carácter del bien adjudicado la naturaleza privativa derivada de la cuota de la herencia o comunidad frente a la existencia de una compensación abonada con dinero ganancial<sup>46</sup>. No obstante, para el autor, ello no excluiría la posible aplicación al caso del artículo 1355 del Código civil<sup>47</sup>. Sin embargo, a mi juicio, la solución del Centro Directivo es la que mejor se adecua a la *ratio* del artículo 1355 del Código civil.

<sup>46</sup> Esta cuestión, que excede de este estudio, la analiza pormenorizadamente MARIÑO PARDO, Francisco, «Bienes gananciales y Privativos (4)». Disponible en [www.iurisprudente.com](http://www.iurisprudente.com) —*Iurisprudente (Blog de Derecho privado, desde la óptica notarial y registral* [7 enero 2016])—. [Consulta: 7 de agosto de 2020]. En esta entrada del Blog, MARIÑO sostiene, con acierto, respecto al caso de la permuta de un bien privativo, que cabe recordar la posibilidad de aplicar el artículo 1355 del Código Civil, en cuanto se trata de una adquisición a título oneroso y realizada durante el matrimonio, pudiendo los cónyuges atribuir la condición de ganancial al bien adquirido o, incluso, presumirse tal adquisición ganancial si se realiza la adquisición conjunta y sin atribución de cuotas. Asimismo, con relación a la inclusión de la permuta en el ámbito de actuación del artículo 1355 del Código civil, también dentro de la doctrina notarial, GIMÉNEZ DUART, estima que, concurriendo los presupuestos del citado artículo, el precepto «tiene un alcance absoluto, sin más justificación; luego cabe, por ejemplo, en un supuesto de permuta con un bien privativo». GIMÉNEZ DUART, Tomás, «Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981», *op. cit.*, p. 121.

<sup>47</sup> MARIÑO PARDO, Francisco, «El artículo 1355 del Código Civil: la atribución de ganancialidad por mutuo acuerdo. [...]», *op. cit.*

b) Adquisición durante el matrimonio, vigente la sociedad de gananciales, y momento de atribución de la ganancialidad

El artículo 1355 del Código civil exige para su efectividad que la atribución de ganancialidad a los bienes que los cónyuges adquieran a título oneroso se refiera a los que adquieran «durante el matrimonio», y, a mi juicio, se infiere del precepto que el momento propicio para atribuirle a un bien el carácter de ganancial debe coincidir con el momento de la adquisición<sup>48</sup>. Por consiguiente, si se atiende escrupulosamente a la letra del precepto, no sería posible otorgar el pacto de atribución de ganancialidad respecto a un bien adquirido antes del matrimonio, o mejor, antes del inicio de la sociedad de gananciales. Por otra parte, convengo con MARTÍN MELÉNDEZ cuando observa que el acuerdo del que trata el artículo 1355 del Código civil no puede recaer en un momento posterior a la perfección del contrato, ni tampoco una vez producido el efecto traslativo: «solo cabe una atribución anterior al título de adquisición o coetánea al mismo»<sup>49</sup>. También, al referirse al momento en que debe materializarse la atribución

<sup>48</sup> Sin embargo, el Código civil de Cataluña (Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo, relativo a la persona y la familia), frente a la imprevisión del artículo 1355 del Código civil sobre el momento de atribución de la ganancialidad, en el artículo 232-31.a) considera comunes los bienes a los que los cónyuges confieran ese carácter «en el momento de convenir el régimen *o con posterioridad*» —la cursiva es añadida—. En el Derecho aragonés, en el Código del Derecho Foral de Aragón, destaca el artículo 215.1, que con la rúbrica «Ampliación o restricción de la comunidad», dispone que «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*» —la cursiva es añadida—; concede este apartado del precepto un amplio margen a la autonomía de la voluntad a través de los pactos entre cónyuges, en la primera parte, la atribución del carácter privativo o común a los bienes, podrá realizarse en cualquier momento (durante el consorcio, porque los bienes, a los que se les va a asignar otra condición, están ya calificados de privativos o comunes), nada se dice del momento en que se otorgan los pactos en escritura pública; sin embargo, en la segunda parte, la asignación del carácter privativo o común será «en el momento de su adquisición», como se entiende que ocurre en la aplicación del artículo 1355 del Código civil, aunque la norma aragonesa no requiere que la adquisición sea a título oneroso.

<sup>49</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa, *La liquidación de la sociedad de gananciales*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, pp. 387 y 388. Asimismo, en su estudio monográfico en torno al artículo 1355 del Código civil, GAVIDIA considera que no puede ser acordada la ganancialidad en un momento posterior al de la perfección del contrato de adquisición, según el autor, ya no estaríamos ante el fenómeno contemplado por el artículo 1355, sino ante un desplazamiento patrimonial propio del artículo 1323. GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio V., *La atribución voluntaria de ganancialidad*, *op. cit.*, pp. 119-122. Por el contrario, PEÑA, al referirse a la discusión doctrinal sobre si los pactos de ganancialidad son posibles después de la adquisición del bien, concluye que el principio de libertad de contratación (art. 1323 CC) permite después de la adquisición de un bien privativo el pacto por el que se asigne —en adelante— el carácter ganancial (y viceversa). PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, «Comentario al artículo 1355 del Código civil», *op. cit.*, p. 668. En tal sentido, OLIVARES JAMES, al preguntarse si es posible la atribución de ganancialidad con posterioridad a la adquisición, concluye que «El artículo 1355 en principio no la excluye». OLIVARES JAMES, José M.ª, «Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges y los efectos de la confesión conforme al nuevo artículo 1324 del Código civil» —Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 20 de mayo de 1982—, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXV (1982), p. 311. Asimismo, DE LOS MOZOS, considera que es igualmente posible realizar estos pactos en un

de ganancialidad, TORRES GARCÍA propugna, en atención a la letra del artículo 1355 del Código civil, que la atribución de ganancialidad debe tener lugar temporalmente «durante el matrimonio», declaración coetánea a la adquisición, y apostilla, con acierto, que «si tiene lugar en un momento posterior, este acuerdo al originar el desplazamiento patrimonial de un bien que ya ha ingresado en otro patrimonio —privativo— deberá ir acompañado de una causa que justifique la transmisión»<sup>50</sup>. Para TORRALBA SORIANO, con fundamento tanto en el artículo 1355 del Código civil, como en el apartado primero del artículo 93 del Reglamento Hipotecario<sup>51</sup>: «resulta evidente» que la atribución del carácter ganancial se realice en el momento de la adquisición, aunque nada obste a que con base a la libertad de contratación entre cónyuges (art. 1323 CC) estos puedan en cualquier momento atribuir el carácter ganancial a unos bienes, si bien lo tendrán que hacer de forma distinta a la establecida por el párrafo primero del artículo 1355 del Código civil<sup>52</sup>. Ahora bien, como puntualiza CÁMARA, a pesar de que el Reglamento Hipotecario [art. 93.1 RH] no contempla expresamente esa posibilidad de acuerdo posterior a la adquisición, podría y debería inscribirse<sup>53</sup>. Con argumentos a favor y en contra de que la manifestación de ganancialidad se realice en el momento de adquisición del bien o que sea posible en cualquier momento posterior, desde la perspectiva notarial, GIMÉNEZ DUART, considera que en pro de que solo sea posible en el momento de la adquisición, estaría, por una parte, que el artículo 1355 es una excepción al principio de subrogación real y como excepción debe ser objeto de interpretación restrictiva y, por otra, que el propio artículo 1355 tanto en el párrafo primero como en el segundo está pensando en el momento adquisitivo; sin embargo el notario se inclina por la posibilidad de que el artículo 1355 entre en juego *a posteriori* de la adquisición con base en la libertad de contratación entre cónyuges (art. 1323 CC); porque el artículo 1355 puede ser especialmente útil que se aplique en un momento posterior a la adquisición del bien<sup>54</sup>, y, a mayor abundamiento, porque la «vis atractiva hacia la ganancialidad» es propiciada por el legislador (arts. 1355, 1357.2, 1361 CC)<sup>55</sup>.

---

momento posterior a la adquisición del bien. Mozos, José Luís DE LOS, «Comentario a los artículos 1355, 1356 y 1357 del Código civil», *op. cit.*, p. 244.

<sup>50</sup> TORRES GARCÍA, Teodora F., *Diez años de aplicación de la reforma de los regímenes económicos matrimoniales (Ley 11/1981, 13 mayo)* [...], *op. cit.*, p. 25.

<sup>51</sup> El artículo 93, apartado 1, párrafo primero del Reglamento Hipotecario dispone que «Se inscribirán a nombre de marido y mujer, con carácter ganancial, los bienes adquiridos a título oneroso y a costa del caudal común por ambos cónyuges para la comunidad *o atribuyéndoles de común acuerdo tal condición o adquiriéndolos en forma conjunta y sin atribución de cuotas*» (la cursiva es añadida).

<sup>52</sup> TORRALBA SORIANO, Vicente, «Comentario al artículo 1355 del Código civil», *op. cit.*, p. 1633.

<sup>53</sup> CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel DE LA, «La sociedad de gananciales y el Registro de la propiedad», *op. cit.*, p. 370.

<sup>54</sup> Para el autor, esa aplicación del artículo 1355 del Código civil en cualquier momento posterior a la adquisición del bien, podrá ser especialmente útil en aquellos casos en que un cónyuge desee transmitir al otro la mitad de un bien propio (o ambos recíprocamente la mitad de bienes propios, en tal caso incluso por vía de permuta), pretendiendo al propio tiempo que ambas mitades queden «comunicadas»; y así concluye que de no existir el artículo 1355, tal negocio de «comunicación germánica» resultaría un tanto atípico y, por ello de difícil acceso al Registro de la Propiedad «de ahí que el artículo 1355 venga a completar el artículo 1323». A mi juicio, el autor se estaría refiriendo al negocio atípico de comunicación de bienes, conocido como «aportación a la sociedad de gananciales». Ampliamente sobre ese negocio,

Por lo demás, ni el Tribunal Supremo ni la Dirección General de los Registros y del Notariado han permanecido al margen del debate. Así, con inusitada frecuencia se plantean la cuestión de la adquisición de bienes antes del matrimonio (en concreto antes de la vigencia de la sociedad de gananciales), en casos de compras en documento privado previas al matrimonio y con pago parcial del precio, formalizándose la escritura pública durante el matrimonio, por ambos cónyuges y para su sociedad de gananciales. Sobre este particular se pronunció la DGRN, admitiendo la aplicación del artículo 1355 del Código civil. Se trata de la RDGRN 29 marzo 2010<sup>56</sup>, que acordó la procedencia de la elevación a público de un documento privado de compraventa de vivienda y de parte indivisa de garaje suscrito por uno solo de los cónyuges antes de contraer matrimonio, solicitando su inscripción con carácter ganancial. Se plantea la compatibilidad del artículo 1355 del Código civil con el criterio de calificación de los bienes como privativos del artículo 1357 del mismo texto legal, por el hecho de que ambos son concurrentes en un supuesto como el que es objeto de este expediente, «dado que la compraventa a plazos se produce antes del matrimonio, pero la adquisición tiene lugar durante su vigencia». Pues bien, entiende el Centro Directivo que el juego de la norma del párrafo primero del artículo 1357 del Código Civil resulta compatible con lo establecido en el primer párrafo del artículo 1355 del mismo Código sobre atribución de ganancialidad del bien adquirido (FD Séptimo).

Obsérvese como la STS 98/2020, 12 febrero<sup>57</sup>, también se refiere a la calificación como ganancial de una vivienda comprada por la esposa a plazos en documento privado *antes del matrimonio* y respecto de la cual, al otorgarse la escritura pública de compraventa, ya vigente la sociedad de gananciales, los cónyuges atribuyen al bien la condición de ganancial (compran ambos para su sociedad de gananciales). La peculiaridad del presente caso es que los cónyuges otorgaron conjuntamente escritura pública de compraventa después de casados y bajo la vigencia del régimen de gananciales sin hacer referencia alguna al documento privado de compra otorgado por la esposa *con anterioridad a la celebración del primer matrimonio*. El Tribunal Supremo califica el inmueble como ganancial, si bien, con fundamento no en el artículo 1355 del Código civil sino en el artículo 1323 del Código civil. En efecto, reconoce el Tribunal Supremo que a pesar de que literalmente el artículo 1355 del Código civil se refiere a la adquisición a título oneroso «durante el matrimonio», debe tenerse en cuenta que dada la amplitud con la que el artículo 1323 del Código civil admite la libertad de pactos entre cónyuges, ampara desplazamientos patrimoniales entre patrimonio privativo y ganancial y, en consecuencia, que de mutuo acuerdo los cónyuges atribuyan la condición de ganancial tanto a un bien privativo como a un bien en parte ganancial y en parte privativo. Finalmente, el Tribunal Supremo mantiene la calificación del inmueble

---

*cfr.*, MARIÑO PARDO, Francisco, «Aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales», *op. cit.*, pp. 81 y ss. Me ocuparé de este negocio jurídico atípico en el apartado 3 de este trabajo.

<sup>55</sup> GIMÉNEZ DUART, Tomás, «Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981», *op. cit.*, pp. 121 y 122.

<sup>56</sup> RJ 2010\2375. El mismo caso y con la misma doctrina es analizado por la RDGRN 31 marzo 2010 (RJ 2010\2500).

<sup>57</sup> RJ 2020\374.

como ganancial realizada por la sentencia recurrida; pero con apoyo en el artículo 1323 del Código civil y apela al llamado «efecto útil», porque, aunque fuese improcedente la aplicación del artículo 1355 del Código civil, la calificación de ganancial procedería igualmente. Ahora bien, concluye el Tribunal con que la inclusión en el activo del piso litigioso debe ir acompañada del reconocimiento de un crédito a favor de la esposa por el importe actualizado del dinero privativo empleado en su adquisición, puesto que no consta que renunciara al mismo (FD Segundo). A mi juicio, si bien el caso no podía resolverse al amparo del artículo 1355 del Código civil, sí pudo haberse calificado la figura como «negocio de aportación a gananciales»<sup>58</sup>.

Recapitulando, estimo que la letra del artículo 1355 del Código civil es muy clara, luego, la adquisición a título oneroso debe realizarse «durante el matrimonio», más precisamente, durante la vigencia de la sociedad de gananciales y en relación con la manifestación de ganancialidad, como dice de forma terminante la reiterada STS 295/2019, 27 mayo<sup>59</sup>, «Se trata de la atribución de ganancialidad en el momento de la adquisición» (FD Tercero). Procede complementar esa afirmación inicial con la doctrina establecida al respecto tanto por el Tribunal Supremo como por la DGRN. Así, aun adquirido el bien por uno de los cónyuges, antes del matrimonio o de comenzar la sociedad de gananciales y por precio aplazado, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial, bien que se calificaría como privativo (art. 1357.1.º CC), sería posible calificarlo como ganancial con la entrada en juego del artículo 1355 CC. En este sentido, en el supuesto de hecho del caso resuelto por la RDGRN 29 marzo 2010<sup>60</sup>, en el que concurrían los ámbitos de aplicación de los artículos 1357 y 1355 del Código civil, el Centro Directivo entendió que el juego del artículo 1357.1.º del Código civil resulta compatible con lo establecido en el primer párrafo del artículo 1355 del mismo Código, al tiempo que reconoce que el citado artículo 1355 del Código civil «deja margen a la autonomía privada de los consortes», para atribuir carácter ganancial a los bienes adquiridos, aunque esto implique «una alteración de la calificación que correspondería a tales bienes si se aplicaran las normas legales sobre determinación del carácter ganancial o privativo de los mismos» (FD Séptimo).

También, prevalecería la atribución del carácter ganancial de un bien, aun cuando ese bien fuese la vivienda habitual y ajuar familiares, que el artículo 1357 del Código civil en su párrafo segundo excepciona de la regla general de privatividad del párrafo primero y remite a lo dispuesto por el artículo 1354 del Código civil, atribución «proindiviso» a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción a sus aportaciones respectivas (*adquisiciones mixtas*). En este sentido, como señala la citada STS 295/2019, 27 mayo<sup>61</sup>, «Aunque el art. 1355 CC no lo menciona expresamente, los cónyuges también pueden atribuir carácter ganancial en su totalidad a bienes

<sup>58</sup> Sobre este negocio jurídico atípico de *aportación o comunicación a la sociedad de gananciales*, Cfr., el apartado 3 del presente trabajo.

<sup>59</sup> RJ 2019\2143.

<sup>60</sup> RJ 2010\2375. Para el mismo supuesto y con la misma doctrina, Cfr. la RDGRN 31 marzo 2010 (RJ 2010\2500).

<sup>61</sup> RJ 2019\2143.

adquiridos mediante precio en parte ganancial y en parte privativo (art. 1354 CC)» (FD Tercero)<sup>62</sup>. En fin, también, prevalecerá la atribución del carácter ganancial a un bien, a pesar de que, adquirido por uno de los cónyuges constante la sociedad de gananciales, el primer desembolso se hubiese realizado con dinero privativo, ya que si el primer desembolso fuere ganancial el bien ya tendría ese carácter (*ex art.* 1356 CC). En este sentido, de nuevo, la STS 295/2019, 27 mayo<sup>63</sup>, aunque, con relación a uno de los bienes en concreto, el marido había realizado el primer desembolso privativo, el Tribunal Supremo resolvió que «la atribución conjunta de ganancialidad realizada por ambos esposos al otorgar la escritura habría desplazado la aplicación de lo dispuesto en el art. 1356 CC» (FD Tercero).

### 2.3.3. La forma. Especial consideración de la inscripción en el Registro de la Propiedad

El artículo 1355 del Código civil nada dice acerca de la constancia de la atribución voluntaria de ganancialidad, por consiguiente, estimo que resulta de aplicación la regla general de libertad de forma (art. 1278 CC). Como observa LACRUZ, el citado artículo no exige para asignar el carácter ganancial ninguna forma determinada «y por tanto mucho menos la forma pública propia de las capitulaciones matrimoniales»<sup>64</sup>. Sin embargo, cabe puntualizar con DE LOS MOZOS que, aunque el Código no exige requisito alguno, parece evidente por tratarse de una manifestación *expresa* que deba constar en el título de adquisición, sea público o privado: «Con lo cual la ganancialidad o privatividad del bien será extrínseca al título de adquisición»<sup>65</sup>.

A mi juicio, lo más deseable es que si los cónyuges pretenden atribuir la condición de ganancial a un bien que adquieren con dinero privativo de uno de ellos o bien, en parte con dinero privativo y en parte con dinero ganancial, por seguridad jurídica, para evitar previsibles litigios tras posibles crisis matrimoniales, o, en fin, facilitar la liquidación de los gananciales y, en especial, a efectos de la inscripción del bien adquirido en el Registro de la Propiedad, debería documentarse la adquisición en escritura pública, dejando constancia en ella de la voluntad expresa de ambos cónyuges de atribución del carácter ganancial al bien adquirido<sup>66</sup>. Así, en la escritura pública constaría que el bien se adquiere con dinero propio de uno de ellos o, en parte, con dinero común, pero que,

<sup>62</sup> Asimismo, la STS 98/2020, 12 febrero (RJ 2020\374), declaró que también pueden los cónyuges «atribuir carácter ganancial en su totalidad a bienes adquiridos mediante precio en parte ganancial y en parte privativo (*Cfr.* art. 1354 CC [...])» (FD Segundo).

<sup>63</sup> RJ 2019\2143.

<sup>64</sup> Concluye el autor que la colación de carácter ganancial a un bien o dinero privativos, al no constituir una estipulación capitular, evidentemente no produce una *ventaja matrimonial*, sino que constituye un acto gratuito: una atribución sin contraprestación al acervo común. LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de Familia* (cuarta ed.), *op. cit.*, p. 287.

<sup>65</sup> MOZOS, José Luí DE LOS, «Comentario a los artículos 1355, 1356 y 1357 del Código civil», *op. cit.*, p. 244.

<sup>66</sup> Por otra parte, documentando la adquisición a la que se le atribuye el carácter ganancial en escritura pública, si se detallan bien los términos de la adquisición con fondos privativos, será más fácil la prueba a efectos de que el que hizo la aportación privativa obtenga el justo reembolso (art. 1358 CC). Sobre el derecho de reembolso y la relevancia de la prueba del empleo de fondos privativos, *Cfr.*, el apartado 2.4.1.

a pesar de ello, ambos esposos convienen en asignarle al bien adquirido la condición de ganancial.

Por lo que atañe a la inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes a los que se les hubiese atribuido la condición de gananciales por voluntad expresa o presunta de los cónyuges, al amparo del artículo 1355 del Código civil, convengo con CÁMARA cuando aprecia que aunque dentro del artículo 1355 del Código civil cabe distinguir dos hipótesis diferentes según que el acuerdo de los cónyuges sea expreso o se trate del acuerdo presunto al que se refiere el segundo párrafo del artículo: «Las dos hipótesis tienen su reflejo en el artículo 93.1 del Reglamento Hipotecario»<sup>67</sup>. Por otra parte, LACRUZ, reconoce que la previsión del párrafo segundo del artículo 1355 del Código civil, al regular la presunción de ganancialidad de los bienes adquiridos «en forma conjunta y sin atribución de cuotas», por ser esta eventualidad meramente teórica, no está prevista en el Reglamento Hipotecario: «en el cual la inscripción de los bienes en cuestión se verifica sin distinción alguna con los otros supuestos»<sup>68</sup>. Como puntualiza MARIÑO PARDO: en cierto modo el Reglamento Hipotecario se aparta del artículo 1355 del Código civil, «da el mismo tratamiento a ambos supuestos, asumiendo la ganancialidad definitiva y no presuntiva del bien en ambos casos»<sup>69</sup>.

Estimo que las dos hipótesis que contempla el artículo 1355 del Código civil, pueden encajar sin gran dificultad en la redacción del artículo 93.1 del Reglamento Hipotecario, si bien, sin considerar el carácter presuntivo de la ganancialidad en ninguno de los supuestos. Así, cuando el artículo 93.1 del Reglamento Hipotecario regula la inscripción a nombre de los cónyuges, «con carácter ganancial», de los bienes adquiridos a título oneroso y a costa del caudal común por ambos cónyuges para la comunidad, alude a la primera de las hipótesis: atribución expresa de ganancialidad (*ex art. 1355.1.º CC*) cuando dice «atribuyéndoles de común acuerdo tal condición» [la de bienes gananciales]. A la segunda hipótesis, si bien eliminando la presunción y atribuyendo la condición de gananciales a los bienes que se adquieren, como dice el párrafo 2.º del artículo 1355 del Código civil: «en forma conjunta y sin atribución de cuotas», alude el citado artículo del Reglamento Hipotecario cuando dice que se inscribirán con carácter ganancial también los bienes adquiridos a título oneroso «adquiriéndolos en forma conjunta y sin atribución de cuotas».

<sup>67</sup> CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel DE LA, «La sociedad de gananciales y el Registro de la propiedad», *op. cit.*, pp. 368-372.

<sup>68</sup> Como explica el jurista, la inscripción se realiza: a) a nombre de ambos cónyuges, como la de cualquier bien adquirido en comunidad por ellos, o por cualquier pareja o grupo que compra un inmueble, o a quien se le hace donación de él, etc.; pero b) «con carácter ganancial», de modo que no es preciso expresar la proporción en que participa cada uno, al no tratarse de copropiedad ordinaria. Puesto que la sociedad de gananciales carece de personalidad jurídica, esta solución parece la más razonable. LACRUZ BERDEJO, José Luis, «Los bienes conyugales y el Registro de la Propiedad tras la reforma del Reglamento Hipotecario» —Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 9 de junio de 1983—, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXVI (1983), pp. 338-341.

<sup>69</sup> MARIÑO PARDO, Francisco, «El artículo 1355 del Código Civil: la atribución de ganancialidad por mutuo acuerdo. [...]», *op. cit.*

Obsérvese, por lo demás, cómo si el apartado 1.º del artículo 93 del Reglamento Hipotecario disciplina el régimen de la inscripción de los bienes como gananciales, los apartados 2.º y 3.º regulan, respectivamente, la inscripción de los actos de administración y de disposición a título oneroso<sup>70</sup> y la inscripción de los actos de disposición a título gratuito<sup>71</sup>. Por otra parte, el mismo Reglamento Hipotecario regula la inscripción de los bienes adquiridos a título oneroso *por uno solo de los cónyuges* y distingue según que la adquisición se realice «para la sociedad de gananciales», en cuyo caso, según el artículo 93.4.º se inscribirán con esta indicación, a nombre del cónyuge adquirente<sup>72</sup>, o bien, como dispone el artículo 94.1.º, «sin expresar que adquiere para la sociedad de gananciales», en cuyo caso se inscribirán a nombre del cónyuge adquirente «con carácter presuntivamente ganancial»<sup>73</sup>.

#### 2.4. Efectos de la atribución voluntaria de ganancialidad

El efecto principal de la atribución voluntaria de ganancialidad (art. 1355 CC), como señala la STS 295/2019, 27 mayo<sup>74</sup>, «es que el bien ingresa directamente en el patrimonio ganancial» (FD Tercero). El otro efecto importante será el derecho de reembolso a favor del cónyuge aportante de los fondos privativos. Así, como reconoce GAVIDIA, la eficacia del acuerdo es doble: por una parte, determina la fijeza de la ganancialidad atribuida al bien y, por otra, la eventual compensación que la masa ganancial debe procurar a una o a ambas masas de bienes privativos, esto es, el eventual nacimiento de un derecho de reembolso<sup>75</sup>.

##### 2.4.1. Entre cónyuges. Especial consideración al derecho de reembolso

Como es sabido, la técnica del reembolso (art. 1358 CC) opera en la aplicación de diversos preceptos de la sociedad de gananciales (por ejemplo, arts. 1356, 1357, 1359, 1364, 1398 CC). Pues bien, estimo que el artículo 1358 del Código civil se compadece de forma especial con la norma que es objetivo principal del presente estudio: el

<sup>70</sup> Dispone al efecto el apartado 2.º del artículo 93 que para la inscripción de tales actos «será preciso que se hayan realizado conjuntamente por ambos cónyuges, o por uno cualquiera de ellos con el consentimiento del otro o con la autorización judicial supletoria».

<sup>71</sup> Según el apartado 3.º del artículo 93, los actos de disposición a título gratuito de esos bienes «se inscribirán cuando fueren realizados por ambos cónyuges conjuntamente, o por uno de ellos concurriendo el consentimiento del otro». Nótese que se aplica este apartado, por remisión del artículo 94. 4.º del Reglamento Hipotecario, a los actos de disposición a título gratuito por uno solo de los cónyuges.

<sup>72</sup> Para la inscripción de los actos de disposición de estos bienes (adquiridos por uno solo de los cónyuges), se estará a lo dispuesto en los apartados 2.º y 3.º —apartados ya transcritos en las dos notas anteriores—, según que los actos de disposición se realicen a título oneroso o a título gratuito, respectivamente.

<sup>73</sup> Aclara, en relación con tal apartado primero del artículo 94 del Reglamento Hipotecario, el apartado 3.º que para la inscripción de los actos de disposición a título oneroso de los bienes inscritos conforme al apartado 1.º de este artículo «será necesario que hayan sido otorgados por el titular registral con el consentimiento de su consorte o, en su defecto, con autorización judicial».

<sup>74</sup> RJ 2019\2143.

<sup>75</sup> GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio V., *La atribución voluntaria de ganancialidad*, op. cit., p. 137.

artículo 1355 del Código civil. Obsérvese la consonancia entre ambos preceptos, haciendo las oportunas interpolaciones: así, según el artículo 1358 del Código civil «Cuando conforme a este Código [por ejemplo, conforme al art. 1355 CC] los bienes sean [...] gananciales [como en el art. 1355 CC], con independencia de la procedencia del caudal con que la adquisición se realice [o como dice el art. 1355 CC, «cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación»], habrá de reembolsarse el valor satisfecho [...], mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación». Por consiguiente, en los casos de adquisiciones onerosas con atribución voluntaria de ganancialidad (art. 1355 CC), el derecho de reembolso (art. 1358 CC) procederá a favor del aportante de los fondos privativos empleados en la adquisición.

En efecto, el supuesto regulado por el artículo 1355 del Código civil no solo supone una atribución voluntaria de ganancialidad a bienes adquiridos a título oneroso, sino que también implica que el precio de la adquisición puede provenir de la masa privativa de alguno de los cónyuges. Por consiguiente, si se quiere mantener un deseable equilibrio entre el patrimonio consorcial y el privativo del aportante, lo más natural es que proceda un derecho de reintegro del patrimonio consorcial al privativo. El artículo 1355 del Código civil no habla de reembolsar el precio al patrimonio privativo del que sale, pero, como reconoce LACRUZ, «[...] al no constar la renuncia del o los cónyuges, procede su pago por aplicación de una regla general [...], y que se manifiesta en particular en el art. 1358»<sup>76</sup>. No es necesario que el artículo 1355 del Código civil aluda al reembolso para que la regla general del artículo 1358 del Código civil se aplique<sup>77</sup>.

En cuanto al momento del cumplimiento de la obligación de reembolso, como observa LACRUZ, del artículo 1358 del Código civil cuando habla del reembolso del «importe actualizado al tiempo de la liquidación», no puede deducirse «como regla general», que el derecho al reintegro nace en ese momento, para el autor, el precepto no se opone a que la «tensión obligacional» creada entre las masas se extinga en el momento anterior a la liquidación de la sociedad<sup>78</sup>. Estimo que, en efecto, no puede deducirse de

<sup>76</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de Familia* (cuarta ed.), *op. cit.*, p. 288.

<sup>77</sup> Sí se refieren expresamente a los reembolsos diversas leyes del Fuero Nuevo de Navarra, cuando regula la sociedad conyugal de conquistas, en la que, como en la sociedad de gananciales, aparecen individualizadas la masa común y las privativas de cada uno de los esposos que posibilita el nacimiento de relaciones de crédito y deuda entre ellas. En este sentido, en las leyes 88, 89 y 92 en sus últimos párrafos se hace mención expresa a los posibles reembolsos que en cada caso procedan. FERNÁNDEZ URZAINQUI, al comentar estos preceptos, realiza unas interesantes reflexiones que estimo extrapolables a cualquier derecho de reintegro, también fuera del ámbito de aplicación del Fuero Nuevo y, en particular, en relación al reembolso derivado de la aplicación del artículo 1355 de Código civil, al señalar que el reembolso no ha de tener como referente el beneficio o provecho experimentado por el patrimonio consorcial con la adquisición, «sino el importe del desembolso realizado con cargo al patrimonio privativo para ella, bien que con la oportuna actualización». FERNÁNDEZ URZAINQUI, FRANCISCO JAVIER, «Comentario a la ley 82 del Fuero Nuevo de Navarra», *op. cit.*, pp. 250 y 251. Nótese que antes de la modificación del Fuero Nuevo por la Ley Foral 21/2019, 4 abril, la regulación de esta cuestión se hacía en las leyes 82 y ss.

<sup>78</sup> Aclara LACRUZ que lo que viene a decir el precepto es que cuando los desplazamientos patrimoniales entre masas no han sido corregidos constante matrimonio, «han de compensarse en la cuenta final, pero no pone inconveniente de tipo general a que se corrijan compulsivamente, vigente el consorcio. [...]». A

la lectura del artículo 1358 del Código civil que el derecho de reembolso nazca en el momento de la liquidación, ya que el citado artículo simplemente lo que hace es fijar en «el tiempo de la liquidación» la actualización del importe debido como reintegro; ahora bien, el precepto predispone, y será lo habitual, esperar a la liquidación de la sociedad de gananciales para conocer exactamente el valor del crédito del cónyuge frente a la sociedad —supuesto normal si entra en juego la atribución voluntaria de ganancialidad (art. 1355 CC)—, ya que será en ese preciso momento de la liquidación cuando se actualice el valor de lo debido<sup>79</sup>. Así, la STS 138/2020, 2 marzo<sup>80</sup>, considera, con fundamento en los artículos 1358 y 1398.3.ª del Código civil, que el crédito por «el valor satisfecho» que se genere a favor del aportante de los fondos privativos, «es exigible e el momento de la liquidación si no se ha hecho efectivo con anterioridad» (FD Segundo).

Si el derecho de reembolso procede en diversas hipótesis en que el bien se califique de privativo o ganancial «con independencia de la procedencia del caudal con que la adquisición se realice» (art. 1358 CC), en este trabajo interesa el derecho de reembolso que, en su caso proceda, en concreto, por aplicación del artículo 1355 del Código civil. En este sentido, la RDGRN 29 marzo 2010<sup>81</sup>, en relación con el derecho de reembolso en la aplicación del artículo 1355 del Código civil, después de aclarar que en el caso 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» entiende esto sin perjuicio del derecho de reembolso:

«[...], sin perjuicio de que el desequilibrio patrimonial que se derive del empleo de bienes o dinero privativo para costear la adquisición genere a favor del patrimonio privativo del que estos procedan un derecho de reembolso para el reintegro de su valor actualizado en el momento de su liquidación, conforme a lo previsto en el artículo 1358 del Código civil» (FD Sexto).

---

fin de cuentas, se trata de deudas vencidas [...]». LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de Familia* (cuarta ed.), *op. cit.*, pp. 247 y 248.

<sup>79</sup> Tal vez el legislador debió ser más claro, como ocurre en el Fuero Nuevo de Navarra que permite que el reembolso se lleve a cabo en cualquier momento, sin necesidad de esperar a la disolución y liquidación de la sociedad de conquistas y que distingue, por una parte, el momento del reintegro y, por otra, el de la actualización del importe de los reembolsos. Así, al regular la sociedad conyugal de conquistas, en la ley 96, con la rúbrica «Reintegros de lucros sin causa», en el párrafo primero establece el deber de reintegro entre los patrimonios privativos y el de conquistas: «los lucros que se hubieren producido sin causa a favor de uno de ellos en detrimento del otro» y, en el párrafo segundo, en cuanto a la actualización de los reembolsos, lo fija «al momento en que sean hechos efectivos» y «tanto durante la sociedad conyugal como a la liquidación de esta». Redacción dada por Ley Foral 21/2019, 4 abril. Obsérvese como el Código civil español sí dilata el cobro del reembolso al momento de la liquidación de la sociedad de gananciales en el artículo 1362, al regular entre las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales el supuesto en que sea la sociedad de gananciales la que sufrague los gastos de alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges, gastos que darán lugar «a reintegro en el momento de la liquidación» (art. 1362.1.ª. 2.ª *in fine* CC).

<sup>80</sup> RJ 2020\599.

<sup>81</sup> RJ 2010\2375. En el mismo caso y con igual doctrina, *Cfr.*, la RDGRN 31 marzo 2010 (RJ 2010\2500).

Las variadas razones de que surja el derecho de reembolso (art. 1358 CC), en los casos en los que proceda por aplicación del artículo 1355 del Código civil, las explica la tan citada STS 295/2019, 27 mayo<sup>82</sup>, la primera de esas razones a las que se refiere el Tribunal Supremo es porque la donación no se presume, el acuerdo de los cónyuges para atribuir la ganancialidad al bien no convierte en ganancial el 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.ª CC); también se apela a que se establece el reembolso «para equilibrar los desplazamientos entre las masas patrimoniales» (FD Tercero). Asimismo, busca el fundamento del derecho de reembolso en la necesidad de «equilibrar» las masas patrimoniales, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, ya que como recuerdan las RDGSJFP 12 junio 2020<sup>83</sup>, 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 artículo 1358 del Código Civil*» —la cursiva es añadida— (FD Segundo)<sup>84</sup>.

Por otra parte, una de las cuestiones más discutidas en relación al derecho de reembolso, en particular, en los casos en que se origine por aplicación de la atribución voluntaria de ganancialidad, es la de si para su procedencia se requeriría una reserva previa de tal derecho, debido a la jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales al respecto, que, en ocasiones, negaban el derecho de reembolso bajo el argumento de que, al no haberse realizado reserva de reintegro, se presumía que la voluntad de las partes era otorgar carácter ganancial a los bienes adquiridos con dinero privativo y, en otros casos, las audiencias provinciales no exigían la reserva previa del derecho de reembolso. Sin embargo, actualmente, la Sala Civil del Tribunal Supremo ya ha sentado doctrina sobre la materia, en especial, a raíz de la tantas veces citada STS del pleno 295/2019, 27 mayo<sup>85</sup>, al declarar de manera terminante que «El derecho de reembolso procede, por aplicación del art. 1358 CC, aunque no se hubiera hecho

<sup>82</sup> RJ 2019\2143.

<sup>83</sup> RJ 2020\3365 y RJ 2020\3382.

<sup>84</sup> Ahora bien, convengo con LACRUZ cuando habla de «equilibrio obligacional y desequilibrio real», antes del estudio de los reintegros y reembolsos (art. 1358 CC). El autor considera que si bien los patrimonios conyugales guardan entre sí un equilibrio, en cuanto que ninguno puede enriquecerse en perjuicio del otro —como se deduce de los arts. 1385, 1364, 1397.3.º, 1398.2.º, 1352, 1346 al final, 1403 CC—, puntualiza que este equilibrio existe meramente en el campo obligacional, es decir, en cuanto que cualquier desplazamiento de bienes de un patrimonio conyugal hacia otro es compensado automáticamente con el ingreso, en el patrimonio que lo sufre, de un crédito por su importe, ya que existe una «vis atractiva» del patrimonio común, al cual no solo pertenecen los bienes ganados por los cónyuges o producidos por sus capitales, sino también por la presunción legal de ganancialidad (art. 1361 CC), todos aquellos cuya titularidad privativa no pueda demostrarse: «quedando sometidos, así, a un fuerte drenaje los bienes privativos». LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de Familia* (cuarta ed.), *op. cit.*, p. 243.

<sup>85</sup> RJ 2019\2143.

reserva alguna en el momento de la adquisición» (FD Tercero). Reitera esta doctrina la STS 138/2020, 2 marzo<sup>86</sup>, que puntualiza que «La atribución del carácter ganancial al bien no convierte en ganancial al dinero empleado para su adquisición y genera un crédito por el “valor satisfecho”» (FD Segundo)<sup>87</sup>.

Otra cuestión que debe aclararse es que para que surja el derecho de reembolso del artículo 1358 del Código civil en los casos que proceda, en concreto, como consecuencia de la atribución voluntaria de ganancialidad (art. 1355 CC), será imprescindible la prueba del carácter privativo de los fondos empleados en la adquisición, pues, como señala la STS 295/2019, 27 mayo<sup>88</sup>, «[...], la prueba del carácter privativo del dinero (que frente a la presunción de ganancialidad del art. 1361 CC, incumbe al que lo alegue) puede ser determinante del derecho de reembolso a favor del aportante (art. 1355 CC)». Aclara el Tribunal Supremo que:

«[...], esta sala considera que cuando los cónyuges atribuyen de común acuerdo carácter ganancial a bienes adquiridos con dinero privativo de uno de ellos (o con dinero en parte privativo y en parte ganancial), la prueba del carácter privativo del dinero no es irrelevante, pues determina un derecho de reembolso a favor del aportante, aunque no haya hecho reserva en el momento de la adquisición» (FD Tercero)<sup>89</sup>.

Ahora bien, es preciso aclarar que no solo no procede el derecho de reembolso en casos de atribución voluntaria de ganancialidad, cuando falte la preceptiva prueba de la procedencia de los fondos privativos empleados en la adquisición del bien, finalmente, ganancial, como se acaba de anticipar, sino que es posible la renuncia al derecho de reembolso<sup>90</sup>, como dice la tan citada STS 295/2019, 27 mayo<sup>91</sup>, el reembolso que prevé el artículo 1358 del Código civil para equilibrar los desplazamientos entre masas patrimoniales procede «siempre que no se excluya expresamente»<sup>92</sup>. Por otra parte, lógicamente, tampoco procede el derecho de reembolso cuando la atribución voluntaria de ganancialidad *obedece a una compensación* por una atribución equivalente. En este sentido se pronunció, entre otras, la RDGRN 29 marzo 2010, cuando señala que el derecho de reembolso procederá:

<sup>86</sup> RJ 2020\599.

<sup>87</sup> Doctrina seguida, entre otras, por las siguientes sentencias: STS 415/2019, 11 julio (RJ 2019\2797), STS 87/2020, 6 febrero (RJ 2020\326), STS 138/2020, 2 marzo (RJ 2020\599), STS 216/2020, 1 junio (RJ 2020\1342), STS 571/2020, 3 noviembre (RJ 2020\4213), STS 591/2020, 11 noviembre (RJ 2020\4250).

<sup>88</sup> RJ 2019\2143.

<sup>89</sup> Adviértase que, en el caso de autos, en relación con una finca concreta, si bien sí se le atribuyó carácter ganancial, sin embargo, no procedió el derecho de reembolso por el importe abonado en ese caso para su adquisición, porque «no se aporta ninguna prueba de que se hiciera con dinero privativo del esposo»: no se dice ni en qué fecha se hicieron los pagos, a través de qué medio, dónde estaba el dinero, qué cantidad había heredado y cuándo.

<sup>90</sup> En este sentido, se manifiesta LACRUZ cuando estudia la atribución voluntaria de ganancialidad del artículo 1355 del Código civil y señala que, aunque el precepto no se refiera al derecho de reembolso procederá: «si no consta la renuncia del o los cónyuges». LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de Familia*, *op. cit.*, p. 288.

<sup>91</sup> RJ 2019\2143.

<sup>92</sup> En el mismo sentido se pronunció la STS 138/2020, 2 marzo (RJ 2020\599).

«[...] 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» (FD Sexto)<sup>93</sup>.

Finalmente, podría plantearse si el derecho de reembolso asimismo procede en la hipótesis del párrafo segundo del artículo 1355 del Código civil. Convengo con la doctrina que así lo considera. Como dice MARTÍN MELÉNDEZ, también en ese supuesto procede el derecho de reembolso al amparo del artículo 1358 del Código civil «cuando la contraprestación necesaria para la adquisición del bien haya sido probadamente privativa»<sup>94</sup>.

#### 2.4.2. Frente a terceros

Como se ha señalado, uno de los efectos *inter partes* en la atribución voluntaria de ganancialidad es el derecho de reembolso, si procediere; pues bien, en los efectos frente a terceros de la susodicha atribución de ganancialidad también va a tener repercusión el citado derecho de reembolso, ya que, como observa TORRALBA SORIANO, con la necesidad de reembolso que se establece respecto del artículo 1355 del Código civil, se trata, por una parte, de mantener la entidad económica de cada patrimonio y, por otra, «de evitar a través de la configuración legal que se le dé a la atribución de ganancialidad posibles perjuicios para los terceros». En efecto, la configuración general de tal atribución no impide que los cónyuges, a través de ella, traten de perjudicar a los terceros, especialmente, a los acreedores<sup>95</sup>.

Por lo demás, estimo que para determinar los efectos frente a terceros de la atribución voluntaria de ganancialidad del artículo 1355 del Código civil resulta pertinente integrar tal precepto con el artículo 1324 del Código civil (confesión de privatividad), que, si bien con diferente función y diverso ámbito de aplicación, a mi juicio, comparten similar fundamento<sup>96</sup>. En efecto, si el artículo el artículo 1324 del Código civil permite la

<sup>93</sup> RJ 2010\2375. Para el mismo caso y con igual doctrina, *Cfr.*, la RDGRN 31 marzo 2010 (RJ 2010\2500). Asimismo, tampoco procedería el reembolso si se demostrase que el titular de los fondos privativos los aplicó en su beneficio exclusivo. En este sentido, la STS 657/2019, 11 diciembre (RJ 2019\5212), después de aclarar que una cosa es que se admita una amplia autonomía negocial entre los cónyuges (arts. 1323 y 1355 CC) y otra que pueda presumirse el ánimo de liberal del cónyuge que emplea dinero privativo para hacer frente a necesidades y cargas de la familia; así, concluye «[...] salvo que se demuestre que su titular lo aplicó en beneficio exclusivo, procede el reembolso del dinero privativo que se confundió con dinero ganancial poseído conjuntamente pues, a falta de prueba, que incumbe al otro cónyuge, se presume que se gastó en interés de la sociedad» (FD Segundo) —la cursiva es añadida—.

<sup>94</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa, *La liquidación de la sociedad de gananciales*, *op. cit.*, pp. 391 y 392. En el mismo sentido, a favor del derecho de reembolso en la hipótesis del párrafo 2.º del artículo 1355 del Código civil, TORRALBA SORIANO, Vicente, «Comentario al artículo 1355 del Código civil», *op. cit.*, p. 1637.

<sup>95</sup> TORRALBA SORIANO, Vicente, «Comentario al artículo 1355 del Código civil», *op. cit.*, p. 1635.

<sup>96</sup> Aunque para la profesora TORRES GARCÍA, confesión de privatividad y atribución voluntaria de ganancialidad son dos figuras que difieren no solo por su colocación sistemática en el Código civil, sino que advierte una «total disparidad» en la estructura y función de ambas instituciones. TORRES GARCÍA, Teodora F., *Diez años de aplicación de la reforma de los regímenes económicos matrimoniales (Ley 11/1981, 13 mayo)*, *op. cit.*, pp. 22 y 23.

declaración voluntaria de un cónyuge que confiesa que un determinado bien es propiedad del otro, el artículo 1355 del mismo Código concede también transcendencia a una declaración de voluntad de ambos cónyuges, no se trata, como en el artículo 1324, de declaración de privatividad sino de ganancialidad; pero, a la postre, en ambos casos se está ante manifestaciones de la autonomía privada, de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, por tal razón, estimo que aunque no lo diga el artículo 1355 del Código civil, puede hacerse decir con el artículo 1324 del Código civil —que forma parte de las disposiciones generales, también aplicables al régimen de gananciales—, que aquella atribución voluntaria de ganancialidad de ambos cónyuges, por sí sola «no perjudicará a los acreedores privativos y legitimarios del cónyuge aportante de los fondos con los que se realizó la adquisición onerosa». Si bien no cabe duda de que el perjuicio a los terceros será superior cuando se trata de la confesión de privatividad (art. 1324 CC), con la que se beneficia únicamente el patrimonio privativo del otro cónyuge, que cuando se está ante una atribución voluntaria de ganancialidad, con la que se favorece, primordialmente, la masa consorcial y, consecuentemente, los patrimonios de ambos esposos y, además, los terceros verán garantizados sus posibles créditos o derechos con un patrimonio sensiblemente más solvente. Sin perjuicio de que la aplicación del artículo 1355 del Código civil conlleva naturalmente un derecho de reembolso (art. 1358 CC) a favor del cónyuge aportante de los fondos privativos, reembolso que, en su caso, podrá servir para satisfacer los derechos (créditos o legítimas) de los terceros acreedores o legitimarios del aportante de los fondos privativos para la adquisición onerosa, aunque habrán de esperar a que se haga efectivo el derecho de reembolso, normalmente, a la liquidación de la sociedad de gananciales.

La doctrina no permanece al margen del estudio de los efectos de la atribución voluntaria de ganancialidad frente a los terceros. Así, LACRUZ reconoce que «tal atribución podrá ser impugnada en su caso por los acreedores y legitimarios»<sup>97</sup>. Como explica REBOLLEDO VARELA, después de reconocer la posibilidad del recurso al artículo 1373 CC<sup>98</sup>, si los bienes son insuficientes, se haya satisfecho o no con anterioridad el derecho de reembolso, «la atribución de ganancialidad podrá ser impugnada por fraude de acreedores —o vulneración de legítimas—, si se dan los requisitos para ello, teniendo en cuenta que conforme al art. 1298 CC, la responsabilidad alcanzaría al cónyuge no deudor»<sup>99</sup>. Tratándose de los legitimarios del que aportó la contraprestación, como aclara GAVIDIA, pueden contar para el cómputo de su legítima con la mitad del importe no satisfecho de la cantidad objeto del reembolso, y ello tanto

<sup>97</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de Familia*, *op. cit.*, p. 287. También DE LOS MOZOS admite que la atribución efectuada al amparo del artículo 1355 de Código civil puede ser impugnada por los terceros acreedores o legitimarios «cuando se den las circunstancias del artículo 1324». MOZOS, José Luis DE LOS, «Comentario a los artículos 1355, 1356 y 1357 del Código civil», *op. cit.*, p. 245.

<sup>98</sup> Artículo 1373 CC que, como es sabido, se ocupa de las denominadas «deudas exclusivamente personales». *Cfr.*, sobre aspectos procesales del ejercicio del artículo 1373 CC, el artículo 541.3 LEC.

<sup>99</sup> REBOLLEDO VARELA, Ángel Luís, «Comentario al artículo 1355 del Código civil», en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), *Comentarios al Código civil*, t. VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9593 y 9594.

en el caso de que el causante hubiera renunciado a hacerlo efectivo, como si todavía está pendiente de cobro<sup>100</sup>.

Por lo que se refiere a los acreedores, convengo con MARTÍN MELÉNDEZ cuando considera que si durante la sociedad de gananciales, agredidos los bienes privativos de su deudor, estos resultan ser insuficientes, podrán pedir el embargo de los bienes gananciales, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 1373 del Código civil. Atinadamente la autora observa que más problemas encontrarán los acreedores y legitimarios cuando su deudor o causante haya renunciado al derecho de reembolso que pudiera haberle correspondido, por lo que estima que, disuelta la sociedad, si los bienes adjudicados al deudor resultan insuficientes para pagar a los acreedores anteriores a la renuncia, estos podrán impugnarla ejercitando la acción pauliana, con lo que podrán exigir al otro cónyuge hasta la mitad de la cuantía del derecho de reembolso renunciado<sup>101</sup>. En este sentido, entiende la doctrina que son de aplicación las normas generales que existen frente al fraude, si la operación tuviera tal carácter. Con acierto, TORRALBA considera que para que se produzca fraude parece necesario que el cónyuge a cuya costa se hubiera realizado la adquisición haga la correspondiente renuncia al derecho de reembolso del artículo 1358 del Código civil, acto que tendría la naturaleza de donación, disponiendo en consecuencia los acreedores de la presunción de fraude contemplada en el artículo 1297.1.º del Código civil<sup>102</sup>.

## 2.5. La posibilidad de aplicación del artículo 1355 del Código civil a otros supuestos

### 2.5.1. Acerca de su aplicación inversa

Una de las cuestiones que plantea el artículo 1355 del Código civil es si cabría su aplicación inversa, es decir, si es posible atribuir el carácter de privativos por mutuo acuerdo de los cónyuges a los bienes que adquieran y que de otro modo podrían calificarse de gananciales. A mi juicio, el artículo 1355 del Código civil no admite otra interpretación diferente a la que prevé, pues pudiendo haberlo hecho no lo hizo, como

<sup>100</sup> Es decir, si el causante hubiese renunciado, nos hallaríamos ante una donación colacionable (art. 818.2 CC) en la mitad del reembolso —la mitad, porque siendo la renuncia hecha a favor de la masa ganancial, lo que hay que colacionar después de la liquidación de la sociedad conyugal es solo la mitad, porque la otra mitad debería entenderse percibida—. Si el causante no renunció se considera incluido en su patrimonio privativo un derecho de crédito por el importe total del reembolso frente a la masa de bienes comunes. GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio V., *La atribución voluntaria de ganancialidad*, op. cit., pp. 154 y ss.

<sup>101</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa, *La liquidación de la sociedad de gananciales*, op. cit., pp. 390-392. También, reconoce el recurso al artículo 1373 del Código civil OLIVARES JAMES, José M.ª, «Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges y los efectos de la confesión conforme al nuevo artículo 1324 del Código civil», op. cit., p. 313. Como aclara GAVIDIA, para que los acreedores puedan ejercitar la acción pauliana, será necesario que no hayan pasado cuatro años desde la renuncia —Cfr., el art. 1299.1.º CC—. GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio V., *La atribución voluntaria de ganancialidad*, op. cit., pp. 162 y 163.

<sup>102</sup> TORRALBA SORIANO, Vicente, «Comentario al artículo 1355 del Código civil», op. cit., pp. 1635 y 1636.

sí ha ocurrido, por ejemplo, en algún Derecho civil autonómico, como el Derecho navarro o el Derecho aragonés<sup>103</sup>.

La doctrina ha mantenido al respecto posiciones encontradas, así, mientras LACRUZ admite la aplicación inversa del precepto y considera que la solución positiva «es evidente, porque todo ello entra en el ámbito de la autonomía de la voluntad»<sup>104</sup>, MARTÍN MELÉNDEZ, creo que fundadamente, después de declarar que el artículo 1355 del Código civil establece textualmente «una nueva forma de ganancialidad», aclara que en el citado precepto confluyen dos principios: autonomía de la voluntad de los cónyuges, de carácter general y aplicable a todos los regímenes económico matrimoniales, y trato favorable al patrimonio ganancial, especial y aplicable solo a la sociedad de gananciales, y lo lógico es que prevalezca este último sobre aquel y así concluye que «[...], para que fuera posible la atribución voluntaria de privatividad en el sentido del artículo 1355, sería necesario que una norma expresamente lo estableciera»<sup>105</sup>.

<sup>103</sup> En efecto, en el Fuero Nuevo de Navarra, se encuentra la posibilidad de atribución voluntaria de bienes de conquista (ley 88.3) y también la atribución de privatividad (ley 89.5). Asimismo, en el Derecho Aragonés, en el «Código del Derecho Foral de Aragón», el artículo 210 califica de bienes comunes los que durante el consorcio ingresan en el patrimonio común porque «los cónyuges acuerden que tengan carácter consorcial» (art. 210.2 b); al tiempo que considera privativos de cada cónyuge los que «durante el consorcio, ambos cónyuges acuerden atribuirles carácter privativo» (art. 211 a). Además, en el Derecho aragonés, destaca un precepto específico al respecto, el artículo 215, que precisamente lleva por rúbrica *Ampliación o restricción de la comunidad*, que permite, 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». También dispone, en esos casos, que proceda, salvo disposición en contrario, el correspondiente reintegro o reembolso entre los patrimonios privativos y el común (art. 215.2). Al comentar esta norma, DELGADO señala que mediante pacto en escritura pública, que no necesita ser ni llamarse de capítulos matrimoniales, los cónyuges pueden «atribuir a bienes de uno u otro (o de ambos en copropiedad ordinaria) carácter consorcial (art. 210.1 b), lo mismo que carácter privativo a los que eran consorciales (art. 211 a) o a los que habrían de ingresar en el patrimonio común si no fuera por este pacto en el momento de su adquisición (art. 212 d)», y observa que «Estos dos últimos casos no serían posibles bajo el CC. (art. 1355), lo que justifica la insistencia del legislador aragonés para evitar toda duda sobre aplicación del Derecho supletorio». DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Comentario al artículo 215», en Delgado Echeverría, Jesús (Dir.), Bayod López, María del Carmen y Serrano García, José Antonio (Coords.), *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, Dykinson, 2015, p. 371.

<sup>104</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de Familia* (cuarta ed.), *op. cit.*, p. 291. También, PEÑA aboga por la posibilidad de aplicación inversa del artículo 1355 del Código civil, para el autor, no importa que el artículo 1355 tenga una redacción unilateral y observa como será incluso frecuente la constitución de derechos a favor del cónyuge (de usufructo, uso o habitación, de seguros), de modo tal que, a pesar de la procedencia ganancial del precio o contraprestación, el derecho adquirido tendrá por el acuerdo de los cónyuges carácter privativo. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, «Comentario al artículo 1355 del Código civil», *op. cit.*, p. 668. Asimismo, VALLET DE GOYTISOLO, apela a la «identidad de *ratio*», para que, con fundamento en el artículo 1355 del Código civil, los cónyuges atribuyan de común acuerdo la condición de privativos a los bienes, que, en otro caso, serían gananciales. VALLET DE GOYTISOLO, Juan, «En torno a la naturaleza de la sociedad de gananciales» (Estudio escrito para el libro homenaje al Profesor José Luis Lacruz Berdejo), *Anuario de Derecho Civil*, fasc. 4 (1990), p. 1033.

<sup>105</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa, *La liquidación de la sociedad de gananciales*, *op. cit.*, pp. 388 y 389. Asimismo, GAVIDIA considera que ni el artículo 1355 del Código civil ni algún otro proporcionan base suficiente para entender que pueden hacer ingresar en la sociedad conyugal como privativo lo que

Ahora bien, a raíz de la RDGRN 25 septiembre 1990<sup>106</sup>, el Centro Directivo ha admitido que los cónyuges atribuyan carácter privativo a un bien ganancial, si bien sin recurrir a la aplicación inversa del artículo 1355 del Código civil, sino con el siguiente razonamiento:

«[...] no puede desconocerse la proclamación, tras la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981, de la libertad de contratación entre los cónyuges (principio recogido en el artículo 1323 del Código Civil, respecto del cual, el artículo 1355 del Código Civil no es sino una aplicación particular para una hipótesis concreta, de la que no puede inferirse, por tanto, la exclusión legal de los demás supuestos de contratación entre esposos) que posibilita a estos, para, actuando de mutuo acuerdo, provocar el desplazamiento de un concreto bien ganancial al patrimonio de uno de ellos por venta [...], permuta, donación u otro título suficientemente causalizado [...], así pues, admitido ese trasvase patrimonial de un bien ya ganancial, debe igualmente admitirse que los cónyuges, con ocasión de la adquisición de determinado bien a tercero, puedan convenir que éste ingrese de manera directa y *erga omnes* en el patrimonio personal de uno de ellos a pesar de no haberse acreditado la privatividad de la contraprestación [...]. Dicho negocio atributivo no debe confundirse con la confesión de privatividad, [...]» (FD Tercero)<sup>107</sup>.

Recientemente, sendas RDGSJFP 12 junio 2020<sup>108</sup>, también, sin considerar la aplicación inversa del artículo 1355 del Código civil, se manifiestan definitivamente proclives a la

---

debería ser ganancial: «la atribución voluntaria de privatividad no está admitida, solo la de ganancialidad». GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio V., *La atribución voluntaria de ganancialidad*, *op. cit.*, pp. 130-134. En este sentido, pero apelando al artículo 1324 CC, GIMÉNEZ DUART, también descarta el juego inverso del artículo 1355 del Código civil, es decir, la atribución de carácter privativo a una adquisición ganancial: «en estos supuestos “la declaración” no puede tener más alcance que la confesión de privatividad ex artículo 1324». GIMÉNEZ DUART, Tomás, «Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981», *op. cit.*, p. 121.

<sup>106</sup> RJ 1990\7153. Con la misma doctrina, RDGRN 21 enero 1991 (RJ 1991\592) y la RDGRN 30 julio 2018 (RJ 2018\3887), que, después de considerar que la declaración de privatividad tiene su marco en la confesión del artículo 1324, concluye que esto es así «sin perjuicio de que se puedan producir transmisiones —con su causa— entre los cónyuges mediante donación, compraventa u otros contratos (ex artículo 1323)» (FD Sexto).

<sup>107</sup> Con relación a esta doctrina de la Dirección General, *Cfr.*, BENAVENTE MOREDA, Pilar, «Inscripción de bienes gananciales y privativos en el Registro de la Propiedad. Análisis de la jurisprudencia de la D.G.R.N.», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, (2010-1), n.º 21, pp. 251-253.

<sup>108</sup> RDGSJFP 12 junio 2020 (RJ 2020\3365) y RDGSJFP 12 junio 2020 (RJ 2020\3382). Con todo, obsérvese como las consideraciones que, respecto del régimen de gananciales, expresó el Centro Directivo en estas Resoluciones de 12 de junio de 2020, según la Dirección General, no pueden trasladarse al supuesto resuelto por la RDGSJFP 9 octubre 2020 (RJ 2020\3688). Así que, no constando en tal caso la acreditación —de la previa indicación en el Registro Civil de la escritura de capitulaciones matrimoniales en la que los cónyuges pactan el régimen económico-matrimonial de separación de bienes—, se acordó la denegación de la inscripción solicitada. Según el Centro Directivo: «No constituye obstáculo a esta conclusión el hecho de que los cónyuges afirmen en la escritura calificada que uno de ellos compra para su patrimonio privativo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1323 del Código civil, pues dicha consecuencia es efecto natural del régimen de separación de bienes que tiene eficacia entre los cónyuges desde el otorgamiento de las capitulaciones [...]» (FD Tercero). Recuerda el Centro Directivo que «La inscripción en el Registro Civil tiene efectos no solo probatorios y de legitimación (artículo 2 de la LRC), sino también de oponibilidad frente a terceros (art. 1218 CC), en combinación con el artículo 222.3 de la LEC, eficacia esta última que conduce al rechazo de la inscripción en el Registro de la Propiedad sin la previa indicación del régimen económico matrimonial en el Registro Civil, pues ello podría desembocar en la indeseable consecuencia de que se produjera una colisión entre la inoponibilidad derivada de la falta de

posibilidad de la adquisición de bienes con carácter privativo por los cónyuges casados en régimen de gananciales, excluyendo, por tanto, su ingreso en el patrimonio ganancial, así que, después de observar que «Este Centro Directivo 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 causalizado»<sup>109</sup>, finalmente, estas Resoluciones de 2020 consideran que:

«[...] debe concluirse que los cónyuges, por pacto, están determinando el carácter privativo de los bienes comprados por el marido<sup>110</sup>, abstracción hecha de que no haya podido acreditarse el carácter privativo de los mismos mediante aplicación directa del principio de subrogación real por faltar la prueba fehaciente del carácter privativo del dinero empleado [...], de modo que ambos consortes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, excluyen el juego de la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil; y, como alega el recurrente, en la escritura calificada queda explicitado el carácter oneroso del negocio entre los esposos, en el sentido de que hay una perfecta conmutatividad sinalagmática entre el carácter de lo adquirido y los fondos empleados en la adquisición» (Cfr., el FD Tercero de ambas RDGSJFP).

Al comentar estas RDGSJFP de 2020, el notario recurrente, OÑATE CUADROS, después de observar como la DGSJFP se limita a confirmar una doctrina asentada en virtud de la cual los cónyuges casados en régimen de gananciales pueden adquirir un bien con carácter privativo, excluyendo ab initio su ingreso en el patrimonio ganancial, concluye que «La adquisición con carácter privativo del adquirente por acuerdo expreso de

---

inscripción en el Registro Civil y la oponibilidad nacida de la inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 32 LH), al publicar cada Registro una realidad distinta» (FD Segundo). Cfr., ya con la misma doctrina, la RDGSJFP 15 septiembre 2020 (RJ 2020\3674).

<sup>109</sup> Así, se remiten a la RDGRN 30 julio 2018 (RJ 2018\3887), cuando afirma que «[...] el pacto de privatividad siempre será admisible si bien será necesaria su causalización, tanto en los supuestos en que sea previa o simultánea a la adquisición, como en los casos en que sea posterior, sin que ello signifique que haya que acudir a contratos de compraventa o donación entre cónyuges» (FD Sexto). Cfr. también, las RDGRN 25 septiembre 1990 (RJ 1990\7153) y 21 enero 1991 (RJ 1991\592). No obstante, aun apelando a esta misma doctrina, la RDGSJFP 17 diciembre 2020 (RJ 2020\5446), confirmó la calificación del registrador y consideró improcedente la inscripción de una escritura de compraventa. Mediante la escritura cuya calificación es impugnada compra y adquiere —«para sí, con carácter privativo»— determinada finca rústica una persona casada en régimen económico matrimonial de conquistas, que interviene en su propio nombre y, además, en representación de su esposo, en uso del poder conferido mediante escritura. El registrador suspende la inscripción solicitada porque, en síntesis, a su juicio, la escritura calificada adolece de dos defectos: primero porque se trata de un claro supuesto de autocontratación o conflicto de intereses al atribuir la compradora unilateralmente carácter privativo al bien adquirido —la compareciente actúa tanto en su propio nombre y derecho como en el de su cónyuge representado, para por sí sola atribuir carácter privativo a la finca adquirida— y, segundo, porque no se trata de un caso de adquisición de un bien de carácter privativo por confesión; por otra parte, al preguntarse si nos encontramos ante un «negocio jurídico de atribución», concluye que no, porque, en esencia, es necesaria la «causalización» para que el pacto de privatividad sea admisible, y en consecuencia el negocio jurídico del cual surge este válidamente conformado».

<sup>110</sup> Tal como ocurrió en la primera de las RDGSJFP, en la siguiente RDGSJFP, los cónyuges, por pacto, estaban determinando el carácter privativo de la participación indivisa del bien comprado por la esposa, aunque no haya podido acreditarse el carácter privativo de dicha participación.

ambos cónyuges hace inaplicables las reglas supletorias sobre subrogación real, presunción de ganancialidad y confesión de privatividad»<sup>111</sup>.

En fin, estimo que el legislador ha querido regular en el artículo 1355 del Código civil la atribución voluntaria de ganancialidad y no la de privatividad, sin perjuicio de que, efectivamente, pueda lograrse tal posibilidad por medio del principio de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) y, en particular, del recurso a la libertad de contratación entre cónyuges (art. 1323 CC), pero esa no es una aplicación inversa del artículo 1355 del Código civil. Creo que el Tribunal Supremo lo insinúa en la STS 839/1997, 29 septiembre<sup>112</sup>, cuando, después de reconocer que el artículo 1355 del Código civil «es reflejo de la autonomía privada», declara que esa voluntad negocial común de los esposos, como manifestación bien patente de reglas de libertad, «que producen eficacia en cada caso concreto y no cabe extrapolarlas a otros en las que los cónyuges se expresan de forma distinta» (FD Segundo).

#### 2.5.2. Sobre la aplicación analógica a las parejas de hecho

La facultad de los cónyuges de atribuir de mutuo acuerdo la condición de ganancial a bienes adquiridos a título oneroso, al amparo del artículo 1355 del Código civil, plantea ineludiblemente la cuestión de si también los convivientes *more uxorio*, con fundamento en la aplicación analógica del citado precepto, pueden acudir a la atribución voluntaria de ganancialidad, por ejemplo, en el momento de su ruptura y al proceder a la liquidación de su régimen económico patrimonial. Ahora bien, como es sabido, el Tribunal Supremo, niega la aplicación de preceptos previstos para el matrimonio a las uniones de hecho por analogía «legis», sin embargo, sí admite la técnica de la analogía «iuris» a través del recurso a los principios generales del Derecho<sup>113</sup>.

<sup>111</sup> OÑATE CUADROS, Francisco Javier, «Adquisición de bienes con carácter privativo por cónyuges casados en régimen de gananciales», *El Notario del Siglo XXI*, (septiembre-octubre, 2020), n.º 93. Disponible en <https://www.elnotario.es/practica-juridica/10155-adquisicion-de-bienes-con-caracter-privativo-por-conyuges-casados-en-regimen-de-gananciales> [Consulta: 23 noviembre 2020].

<sup>112</sup> RJ 1997\6825.

<sup>113</sup> Destaca la STS (Pleno) 611/2005, 12 septiembre (RJ 2005\7148) —*Cfr.*, con esta doctrina, la STS (Pleno) 17/2018, 15 enero (RJ 2018\76)—, cuando declara que: «[...] es preciso proclamar que la unión de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio —Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990 y la 222/1992, por todas—, aunque las dos estén dentro del derecho de familia. [...]. Por ello debe huirse de la aplicación por “analogía legis” de normas propias del matrimonio [...]. Pues bien, dentro del ámbito del derecho resarcitorio y dada la ausencia de norma concreta que regule la cuestión actual, habrá que recurrir a la técnica de “la analogía iuris”, o sea no partir para la aplicación analógica de una sola norma, ni proceder de lo particular a lo particular, sino que, partiendo de una serie o conjunto de normas, tratar de deducir de ellas un principio general del Derecho. En conclusión, que hay que entender la “analogía iuris” como un mecanismo de obtención y de aplicación de los principios generales del Derecho. O, dicho con otras palabras, esta “analogía iuris” —la «Rechtsanalogie» del BGB— parte de un conjunto de preceptos, de los que extrae, por inducción, su principio inspirador y lo aplica al caso no regulado» (FD Tercero).

Precisamente, plantea expresamente la aplicación del artículo 1355 de Código civil, en un supuesto de liquidación del régimen económico patrimonial de una unión extramatrimonial, la STS 431/2010, 7 julio<sup>114</sup>, que desestima el motivo único del recurso, que señalaba la existencia de infracción en concepto de interpretación errónea y consecuente inaplicación analógica del artículo 1355 CC; se desestima el motivo porque intenta que se apliquen las reglas de la liquidación del régimen de gananciales en un supuesto de liquidación de las relaciones económicas mantenidas por dos personas que han formado una unión de hecho. El Tribunal Supremo, tras exponer las razones que llevan a la inaplicación de las reglas que rigen la comunidad matrimonial<sup>115</sup>, concluye que «[...] las normas sobre régimen de gananciales, que no se han aplicado porque lo impide la propia naturaleza de la unión de hecho que, [...], excluye el régimen económico» (FD Tercero). Ahora bien, estimo que esta última afirmación de que la propia naturaleza de la unión de hecho «excluye el régimen económico», no resulta ser una conclusión feliz y buena prueba de ello es el reconocimiento de la existencia de un «régimen económico» de las parejas de hecho, a través de una regulación *ad hoc* en el ámbito del Derecho europeo, me refiero al Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio, que establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, que, aun sin denominarlo «régimen económico», sí se ocupa de él y se refiere a los «efectos patrimoniales de la unión registrada», y emplea una definición que se compadece bien con el concepto tradicional de régimen económico: «conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales de los miembros de la unión registrada entre sí y con terceros, como resultado de la relación jurídica creada por el registro de la unión o su disolución» (art. 3.1 b)<sup>116</sup>.

La Dirección General de los Registros y del Notariado también ha rechazado que sea posible un pacto que establezca entre los convivientes *more uxorio* una verdadera

<sup>114</sup> RJ 2010\3904.

<sup>115</sup> Esas razones a las que se refiere el Tribunal Supremo son, en síntesis: 1.ª Que la Sala Primera ha venido manteniendo de forma reiterada que la unión de hecho es una situación no equiparable al matrimonio —STS 12 septiembre 2005 (RJ 2005\7148)—. 2.ª Que en el caso de autos consta la voluntad de los convivientes de adquirir conjuntamente una serie de bienes constante la convivencia, ya que se pusieron a nombre de ambos, independientemente de quien hubiera pagado la contraprestación de la adquisición. Finalmente, llega a la conclusión de que lo pedido en la demanda origen del recurso, es la acción de división de las cosas comunes, ejercitada a través del artículo 400 del Código civil.

<sup>116</sup> DOUE n.º 183, de 8.7.2016. El Reglamento (UE) 2016/1104, entiende por «unión registrada» al «régimen de vida en común de dos personas regulado por ley, cuyo registro es obligatorio conforme a dicha ley y que cumple las formalidades jurídicas exigidas por dicha ley para su creación» (art. 3.1. a). Por otra parte, y para lo que importa al presente estudio, el artículo 27 del Reglamento, establece la ley aplicable, precisamente, a los efectos patrimoniales de la unión registrada, que regulará, entre otras cosas: «a) la clasificación de los bienes de uno o ambos miembros de la unión registrada en diferentes categorías durante la vigencia de la unión registrada y después de la misma; b) la transferencia de bienes de una categoría a otra [...]».

sociedad de gananciales. Destaca la RDGRN 7 febrero 2013<sup>117</sup>, por la que se deniega la inscripción de una escritura de aportación de bienes a la sociedad de gananciales, con subrogación de hipoteca. Considera el Centro Directivo que «Ciertamente no está regulada en las leyes una aplicación genérica y en bloque del estatuto ganancial al régimen de convivencia, incluso cuando haya sido objeto de un pacto expreso de remisión» (FD Tercero)<sup>118</sup>. Además, y para lo que importa a este trabajo, declara que mediante pacto expreso se puede admitir la posibilidad de que los convivientes valiéndose de los medios de transmisión ordinarios —sea permuta, donación, sociedad civil o incluso irregular—, puedan conseguir que todos o parte de los bienes de titularidad de uno de ellos lleguen a pertenecer a ambos «proindiviso», sujetándose a las normas generales de la comunidad ordinaria y de las normas de la contratación. Para la Dirección General, junto a lo anterior es evidente que en el momento de adquirir un bien o derecho concreto puede adquirirse en comunidad por ambos convivientes, versando dichos pactos sobre bienes o derechos concretos. Cabe una comunidad de bienes entre los convivientes, si queda acreditado que tenían una inequívoca voluntad de hacer común el bien. De no acreditarse el pacto expreso o tácito de constitución de una comunidad, deviene obligado concluir su inexistencia. A falta de pacto expreso, las participaciones en esa comunidad serán por partes iguales (Cfr., el FD Cuarto). Con esta doctrina, asimismo destaca la RDGRN 11 junio 2018<sup>119</sup>, también en relación al régimen económico patrimonial de las parejas de hecho, que, además de compartir la citada doctrina, de la RDGRN de 2013, también apela al principio de autonomía privada, a la libertad de pactos, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público (ex art. 1255 CC) y concluye que «Los convivientes pueden alcanzar pactos tendentes a regular las consecuencias patrimoniales de su unión, siempre que no sean contrarios a los referidos límites generales» (Cfr., el FD Tercero).

A mi juicio, la situación es especial, por lo que respecta a las parejas de hecho en relación con su régimen económico patrimonial, en el Derecho civil de Galicia. Así,

<sup>117</sup> RJ 2013\2908.

<sup>118</sup> Y concluye que esto es así por los siguientes motivos: 1. La imposibilidad de crear una sociedad de gananciales —que es un régimen económico matrimonial— sin matrimonio; 2. Falta de publicidad de la misma frente a terceros; y, 3. La imposibilidad de pactar entre los convivientes capítulos matrimoniales y, dado que los regímenes económicos matrimoniales solo pueden establecerse a través de capitulaciones matrimoniales, de ello se derivaría que los convivientes no pueden pactar que entre los mismos rijan las normas reguladoras de un régimen económico como es el de la sociedad de gananciales. Obsérvese, de nuevo, como, sin embargo, el Reglamento (UE) 2016/1104, al que se acaba de hacer referencia, sí prevé la existencia de «capitulaciones de la unión registrada», que define como «acuerdo en virtud del cual los miembros o futuros miembros organizan los efectos patrimoniales de su unión registrada» (Cfr., art. 3.1.c). Así, por ejemplo, el Reglamento, en especial, se refiere a las capitulaciones, en el artículo 27, al disponer que la ley aplicable a los efectos patrimoniales de la unión, con arreglo al Reglamento, regulará, entre otras cosas: «g) la validez material de las capitulaciones de la unión registrada»; sin perjuicio de ocuparse de la «validez formal de las capitulaciones de la unión registrada», en el artículo 25, que, en síntesis, requiere que las referidas capitulaciones se expresen por escrito, fechado y firmado por ambos miembros de la unión.

<sup>119</sup> RJ 2018\3474.

tratándose de parejas equiparadas a los cónyuges, en virtud de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio<sup>120</sup>, puede suceder que se acojan a la posibilidad de pactar la atribución voluntaria del carácter común de bienes adquiridos a título oneroso durante la convivencia, aunque en todo o en parte se hayan utilizado fondos privativos —al modo de la previsión contenida en el art. 1355 CC—, al amparo del pacto previsto por el apartado tres de la citada Disposición Adicional Tercera<sup>121</sup>. De no recurrir a este pacto, tratándose de parejas equiparadas al matrimonio, se puede considerar aplicable el artículo 171 LDCG, que, en defecto de pacto, remite al régimen de gananciales; luego, también cabría la posibilidad para una pareja de hecho gallega —equiparada y que no haya hecho uso del pacto— de realizar una atribución de ganancialidad de los bienes que hubiesen adquirido a título oneroso constante la convivencia, por aplicación del artículo 1355 del Código civil<sup>122</sup>.

En fin, en el Derecho estatal, considero que en ningún caso sería aplicable analógicamente el artículo 1355 del Código civil al efecto de que los convivientes *more uxorio* puedan de común acuerdo atribuir la condición de comunes a los bienes que

<sup>120</sup> Que, en síntesis, exige para la equiparación de la pareja de hecho al matrimonio: la concurrencia de una voluntad expresa de querer equiparar sus efectos a los del matrimonio, la vocación de permanencia y la inscripción (constitutiva) de la pareja de hecho en el denominado Registro de Parejas de Hecho de Galicia —Cfr. el Decreto 248/2007, 20 diciembre, por el que se crea y regula el Registro de Parejas de Hecho de Galicia—. Sobre esta cuestión, destaco el interesante estudio de VARELA CASTRO, Ignacio, «Autonomía de la voluntad y régimen económico de las parejas “de hecho” en la Ley de Derecho civil de Galicia: una regulación condicionada por la competencia exclusiva del Estado sobre la ordenación de los registros públicos». *Revista de Derecho Civil*, (2019), Vol. VI, núm. 1. Disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> [Consulta: 26 octubre 2020].

<sup>121</sup> A cuyo tenor «Los miembros de la unión de hecho podrán establecer válidamente en escritura pública los pactos que estimen convenientes para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su extinción, siempre que no sean contrarios a las leyes, limitativos de la igualdad de derechos que corresponden a cada conviviente o gravemente perjudiciales para cada uno de los mismos. Serán nulos los pactos que contravengan la anterior prohibición».

<sup>122</sup> También, con fundamento legal, los convivientes sometidos al Derecho civil catalán podrían, por pacto, atribuir el carácter de comunes a los bienes adquiridos. Así, en el Libro Segundo del CC de Cataluña, al regular la convivencia estable de pareja y al disciplinar el «Régimen durante la convivencia», dispone que las relaciones de pareja «se regulan exclusivamente por los pactos de los convivientes» (art. 234-3) y con relación a los «Pactos en previsión de cese de la convivencia», permite que los convivientes puedan «pactar en escritura pública los efectos de la extinción de la pareja estable» (art. 234-5). Asimismo, podrían tomar la decisión de atribuir la condición de comunes a determinados bienes los convivientes según el Código del Derecho foral de Aragón, ya que se apela al principio de libertad de pactos entre los miembros de la pareja estable, al posibilitar que regulen no solo sus relaciones personales sino también las patrimoniales «mediante convenio recogido en escritura pública, conforme al principio de libertad de pactos, siempre que no perjudiquen los derechos o dignidad de cualquiera de los otorgantes y no sean contrarios a normas imperativas aplicables en Aragón» (art. 307.1). Por otra parte, la relevancia de los pactos entre convivientes se observa también en el Fuero Nuevo de Navarra, tras la Ley Foral 21/2019, 4 abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra o Fuero Nuevo, que en la ley 109, con la rúbrica «Régimen constante la pareja estable», dispone en el apartado primero que «Los miembros de la pareja podrán regular mediante pacto los aspectos personales, familiares y patrimoniales de su relación, así como sus derechos y obligaciones». Además, en la ley 111 regula los «Pactos en previsión de cese» y se dispone que «En previsión de cese de la convivencia podrá pactarse en escritura pública los efectos de la extinción de la pareja estable».

adquieran durante su unión, sin perjuicio de que los convivientes consigan el mismo efecto, al amparo de un principio general del Derecho —art. 1.1 CC—, en este caso, positivizado: el principio de libertad de pacto, de autonomía de la voluntad: del artículo 1255 del Código civil. No en vano, en uno de los votos particulares a la citada STS (Pleno) 611/2005 de 12 septiembre, que formulan los magistrados FERRÁNDIZ GABRIEL y ROCA TRÍAS, después de declarar que «es evidente que los Tribunales deben decidir los casos que se planteen, según la regla imperativa contenida en el artículo 1.7 del Código civil», concluyen que la falta de igualdad entre el matrimonio y la unión de hecho conlleva que:

«los convivientes no gocen de régimen económico matrimonial, a no ser que pacten cualquier tipo de sistema al amparo del artículo 1255 Código civil, de acuerdo con la libertad que tienen, no solo para constituir la unión, sino también para atribuirle los efectos que consideren convenientes» (FD Tercero).

### 3. EL NEGOCIO DE APORTACIÓN A LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

#### 3.1. *El llamado negocio de aportación o de comunicación a gananciales*

El estudio de la autonomía privada en el marco del régimen económico matrimonial, del que es ejemplo significativo el artículo 1355 del Código civil, quedaría inacabado si no se analizase, sin ánimo exhaustivo, el negocio jurídico atípico, bautizado por la DGRN como «negocio de aportación o comunicación a la sociedad de gananciales». La esencia de este negocio ha sido precisada por ROCA SASTRE, porque, aunque lo haga pensando en la naturaleza jurídica de la aportación social, la aportación actual de bienes muebles o inmuebles en propiedad a una sociedad civil o mercantil, resultan de tanto interés sus reflexiones que considero perfectamente extrapolables, *mutatis mutandis*, a la aportación de los cónyuges a la comunidad conyugal. Para el jurista:

«[...] la aportación social no constituye un mero acto de transmisión onerosa de bienes del socio a la Sociedad, sino un acto de *comunicación* de bienes, que tiene más de acto modificativo de derechos, que de acto traslativo. [...]. Pero la aportación social, considerada en sí misma, o sea de cara a los socios aportantes, no es otra cosa que un acto o negocio jurídico de comunicación de bienes, por virtud del cual se hacen comunes, cosas que antes eran propiedad exclusiva de los aportantes»<sup>123</sup>.

Recordemos, por medio de los apartados anteriores, que el artículo 1355 del Código civil se encuadra dentro de ese amplio reconocimiento de la autonomía privada, y constituye una manifestación más del principio de libertad de pactos que se hace patente en el mencionado artículo 1323 del Código civil<sup>124</sup>. Pues bien, como declaran

<sup>123</sup> Concluye el autor observando que hablar de un acto de comunicación de bienes parece una novedad, «pero ello es debido a que se trata de una figura descuidadísima». Reconoce que existe numerosa literatura jurídica acerca de la comunidad de bienes: «pero de ella está casi ausente la interesante figura del proceso o acto de *puesta en común* o comunicación de bienes». ROCA SASTRE, Ramón María, «Naturaleza jurídica de la aportación social», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1946), en especial, pp. 418 a 420.

<sup>124</sup> En fin, destaca al respecto la tantas veces citada STS 295/2019, 27 mayo (RJ 2019\2143), que confronta en un mismo Fundamento de Derecho ambos casos, al referirse, al lado del supuesto regulado

las RDGSJFP 12 junio 2020<sup>125</sup>, precisamente, la aplicación de este principio, libertad de contratación entre cónyuges del artículo 1323 del Código civil, 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. Así lo admitió la Dirección General de los Registros y del Notariado en la que quizá sea la primera resolución que recoge la figura del negocio de aportación o comunicación a la sociedad de gananciales y, que probablemente, constituya el *leading case* en relación al referido negocio, se trata de la RDGRN de 10 de marzo de 1989<sup>126</sup> que, respecto del pacto específico de atribución de ganancialidad a la edificación realizada con dinero ganancial sobre suelo privativo de uno de los cónyuges, aprovecha la ocasión para proporcionar una atinada descripción del citado negocio, al señalar que:

«[...] aun cuando la hipótesis considerada no encaje en el ámbito definido por la norma del artículo 1355 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 1323 del Código Civil posibilitan cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges y, por ende, entre sus patrimonios privativos y el consorcial, siempre que aquéllos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto –entre los cuales no puede desconocerse el negocio de aportación 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, 1255 y 1274 del Código Civil) y subsidiariamente por la normativa del Código Civil»<sup>127</sup>.

En esta RDGRN 10 de marzo de 1989, se consideró errónea la aplicación del artículo 1359 del Código civil (*principio de accesión*)<sup>128</sup>, el Centro Directivo apela a que la interpretación del citado artículo:

---

por el artículo 1355 del Código civil, objetivo principal del fallo, al negocio de aportación o comunicación a la sociedad de gananciales: «Dada 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.)» (FD Tercero).

<sup>125</sup> RJ 2020\3021, 2020\3365 y 2020\3382.

<sup>126</sup> RJ 1989\2468.

<sup>127</sup> Este criterio ha sido posteriormente confirmado en las Resoluciones de 14 de abril de 1989, 7 y 26 de octubre de 1992, 11 de junio de 1993, 28 de mayo de 1996, 15 y 30 de diciembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 21 de julio de 2001, 17 de abril de 2002, 12 de junio y 18 de septiembre de 2003, 22 de junio de 2006, 6 de junio de 2007, 29 y 31 de marzo y 19 de octubre de 2010, 19 de enero, 13 de junio y 3 de septiembre de 2011, 13 de noviembre de 2017, 30 de julio de 2018. Sin perjuicio de las tres recientes RDGSJFP 12 junio 2020, de la misma fecha, que se traen a colación a lo largo de este trabajo (RJ 2020\3021; RJ 2020\3365 y RJ 2020\3382).

<sup>128</sup> Uno de los copropietarios de un solar indiviso había adquirido su participación en el solar por título de donación, mas conviniendo con su esposa que la vivienda que le correspondiese tuviese carácter ganancial; el registrador deniega la inscripción con tal carácter en función del artículo 1359 del Código civil y practica el asiento a favor del cónyuge propietario en concepto de bien privativo. La DGRN revocó

«no puede desconectarse de las restantes normas introducidas por la reforma de 13 de mayo de 1981 [...]; dicho precepto [...] no prejuzga, ni es su cometido hacerlo, sobre la facultad de los cónyuges para provocar el desplazamiento de la finca edificada desde el patrimonio privativo de uno de ellos a favor del consorcial» (FD Tercero)<sup>129</sup>.

Procede observar como todas las resoluciones de la DGRN que fundamentan el fallo en el negocio jurídico atípico de aportación a la sociedad de gananciales coinciden en considerar que el recurso al citado negocio deriva de que «los amplios términos del artículo 1323 del Código civil, posibilitan cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre cónyuges y, por ende, entre sus patrimonios privativos y el consorcial»<sup>130</sup>. No obstante, estimo que si el negocio de aportación a la sociedad de gananciales presenta importantes diferencias con la figura regulada por el artículo 1355 del Código civil (atribución voluntaria de ganancialidad)<sup>131</sup>; también, el mismo negocio de aportación a gananciales ofrece perfiles propios y diferente alcance con respecto a la norma en la

---

la nota impugnada y accedió a la inscripción del bien con carácter ganancial, con los argumentos que se exponen en el texto. Al comentar esta Resolución, CHICO Y ORTIZ llega a preguntarse si cabría estipular en capítulos matrimoniales «en contra» de lo que dispone el artículo 1359 CC y si entonces: «¿estaríamos ante un pacto *contra legem* y nulo por imperativo del artículo 6.3 CC?»: «todo ello al amparo de un negocio denominado de “aportación” de difícil encaje en un sistema económico matrimonial en el que se admite una dualidad de bienes: los gananciales y los propios». Así considera que «el principio general del artículo 1323 está restringido por el 1355 CC. Y es evidente que el artículo 1323 —salido de la misma mano que el 1355— debe ser también interpretado en “conexión” con las demás normas que no permiten burlar la del artículo 1359»; concluye el ilustre hipotecarista señalando la consecuencia a la que, según su opinión, debería haber llegado la resolución que comenta: «[...] pretender que la regla general de “transmisiones” entre cónyuges se imponga a dos preceptos de igual rango que excepcionan lo que en ella se dispone, supone un atentado grave a las reglas de interpretación. Creo que no solo el negocio es “nulo” de pleno derecho, sino que es “fraudulento”. Se apoya en el artículo 1323 CC para desconocer el 1355 y 1359». CHICO Y ORTIZ, José María, «Comentario a la resolución de 10 de marzo de 1989», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (1991), n.º 602, en especial, pp. 227, 228 y 234. Sin embargo, PEÑA, con cita de esta RDGRN, aunque al estudiar no el negocio atípico de aportación a gananciales sino el supuesto regulado por el artículo 1355 del Código civil (pacto de atribución voluntaria de ganancialidad), reconoce que ese pacto no solo excepciona el mecanismo de la subrogación real (el bien se paga con bienes privativos), sino también otras reglas, entre las que cita —además de los supuestos de los arts. 1346.4 y 8, 1352, 1354—, el artículo 1359 CC (por ejemplo, las edificaciones o construcciones en suelo privativo aun pagadas con dinero ganancial, tendrán como regla carácter privativo, «pero cabe el pacto que excepcione esta regla y dé al resultado carácter ganancial»). PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, «Comentario al artículo 1355 del Código civil», *op. cit.*, p. 667.

<sup>129</sup> En parecido sentido, y también desplazando la aplicación del artículo 1359 del Código civil a favor del negocio de aportación a la sociedad de gananciales, en relación a una vivienda construida en terreno donado a uno de los cónyuges, destaca la RDGRN 14 abril 1989 (RJ 1989\3403), en la que, ante la denegación por el registrador de la inscripción de la vivienda como ganancial, la DGRN declaró que tal interpretación no podía ser mantenida, porque extiende la operatividad del artículo 1359 del Código civil «más allá de su ámbito propio y no guarda la debida armonía con las restantes normas introducidas por la reforma de 13 de mayo de 1981 [...], en particular, con el artículo 1323 del Código civil [...], cuyos amplios términos posibilitan cualquier desplazamiento patrimonial entre los cónyuges y, por ende, entre sus patrimonios privativos y el consorcial [...]» (FD Tercero). Critica duramente la solución al caso, CHICO Y ORTIZ, José María, «La sociedad conyugal de gananciales y las aportaciones a la misma», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (1993), n.º 614, pp. 219-234.

<sup>130</sup> Por todas, *Cfr.*, la precursora RDGRN 10 marzo 1989 (RJ 1989\2468) y muchas otras que le siguen con igual doctrina y que se exponen a lo largo de este trabajo.

<sup>131</sup> De ahí que en este estudio se le dedique un apartado especial, el siguiente.

que la DGRN encuentra su fundamento, el artículo 1323 del Código civil. En efecto, mientras que el negocio de aportación a gananciales, obviamente, opera únicamente si los cónyuges están sometidos al régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales, el artículo 1323 del Código civil se encuentra entre el elenco de disposiciones generales que el Código civil destina a regular cualesquiera regímenes económicos; forma parte del denominado «régimen matrimonial primario». Por otra parte, si el negocio de aportación a gananciales constituye una facultad de los cónyuges para provocar desplazamientos patrimoniales entre masas de bienes diferenciadas (la privativa y la ganancial), desde el patrimonio privativo de cualquiera de los esposos al patrimonio consorcial o ganancial, estimo que el espíritu del artículo 1323 del Código civil se compadece mejor con un desplazamiento entre patrimonios privativos<sup>132</sup>; así se deduce de una interpretación gramatical del citado precepto, si se observa la proliferación de expresiones de naturaleza reflexiva que se utilizan: los cónyuges pueden «transmitirse» bienes y derechos y celebrar «entre sí» toda clase de contratos<sup>133</sup>.

### 3.2. Algunas concordancias y discordancias entre el supuesto regulado por el artículo 1355 del Código civil y el negocio atípico de aportación a la sociedad de gananciales

#### 3.2.1. Concordancias

Tal vez la principal nota común entre la atribución voluntaria de ganancialidad (*ex art.* 1355 CC) y el negocio atípico de aportación a gananciales es la de responder ambos al principio de autonomía de la voluntad de los cónyuges. Además, en concreto, pueden compartir un mismo fundamento legal, el artículo 1323 del Código civil. Así se infiere, por ejemplo, de las RDGSJFP 12 junio 2020<sup>134</sup>, al declarar que:

«El propio artículo 1355 –al permitir que los cónyuges atribuyan carácter ganancial a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, con independencia de cuál sea la procedencia y la forma y plazos de satisfacción del precio o contraprestación– se encuadra dentro de ese amplio reconocimiento de la autonomía. Precisamente la aplicación de este principio 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»<sup>135</sup>.

<sup>132</sup> Sin perjuicio de que como reconoce Díez-Picazo, al comentar el artículo 1323 del Código civil: «los bienes transmitidos pueden pertenecer en el momento de la transmisión a uno solo de los cónyuges o a la comunidad conyugal». Díez-Picazo, Luis, «Comentario al artículo 1323 del Código civil», *Comentarios a las reformas del Derecho de familia. Ley 11/81, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, y Ley 30/81, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio*. Tecnos, Madrid, 1984, vol. II, p. 1512.

<sup>133</sup> En parecidos términos y como concreción del artículo 1323 del Código civil, el artículo 1458 del Código civil también se circunscribe al contrato de compraventa *entre cónyuges*, al establecer que los cónyuges podrán «venderse» bienes «recíprocamente».

<sup>134</sup> RJ 2020\3021; RJ 2020\3365 y RJ 2020\3382.

<sup>135</sup> El Tribunal Supremo también busca el fundamento, tanto para el negocio de aportación a la sociedad de gananciales, como para la aplicación del artículo 1355 del Código civil en la libertad de contratación

Otra de las concordancias que pueden observarse entre el supuesto legal del artículo 1355 del Código civil (atribución voluntaria de ganancialidad) y el negocio atípico de aportación a la sociedad de gananciales está en el principio de libertad de forma (art. 1278 CC) que se aplica a ambas figuras<sup>136</sup>. Por lo que atañe a la forma en el negocio de aportación a gananciales, destaco la RDGRN 22 junio 2006<sup>137</sup>, cuando dispone que tal aportación a la comunidad conyugal «puede ser consecuencia tanto de un pacto extracapitular, como de convención contenida en capitulaciones matrimoniales, [...]» (FD Tercero). Ahora bien, a efectos de constancia en el Registro de la Propiedad de los dos negocios existen algunas peculiaridades que cumple precisar; así, mientras que para la atribución voluntaria de ganancialidad se prevé la inscripción de los bienes adquiridos con carácter ganancial (art. 93.1 RH), para la aportación a la sociedad de gananciales en el Reglamento Hipotecario se admite que se haga constar por nota marginal la circunstancia de que los bienes estuvieren inscritos a favor de alguno de los cónyuges y procediera la incorporación o integración de dichos bienes a la comunidad (art. 90.1.2.º RH)<sup>138</sup>.

A mi juicio, ambos supuestos obedecen a la misma finalidad que es el interés lícito en «ampliar el ámbito objetivo del patrimonio consorcial», como dice la RDGRN 22 junio 2006<sup>139</sup>: «para mejor satisfacción de las necesidades de la familia, y por ello están transcendidos por la relación jurídica básica —la de la sociedad de gananciales, cuyo sustrato es la propia relación matrimonial—»<sup>140</sup>

---

entre cónyuges (art. 1323 CC), en este sentido, por ejemplo, destaca la STS del pleno 295/2019, 27 mayo (RJ 2019\2143), cuando después de reconocer que «Dada la amplitud con que el art. 1323 CC admite la libertad de pactos y contratos entre 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.)», concluye que «En este marco, en particular, el art. 1355 CC permite que los cónyuges atribuyan de común acuerdo carácter ganancial a un bien adquirido a título oneroso durante la vigencia de la sociedad de gananciales, *con independencia de la procedencia de los fondos utilizados para la adquisición*» (FD Tercero) —la cursiva es mía—. Ampliamente, en relación con la conexión entre el artículo 1355 del Código civil y el artículo 1323 del Código civil, cfr., TORRES GARCÍA, Teodora F., *Diez años de aplicación de la reforma de los regímenes económicos matrimoniales (Ley 11/1981, 13 mayo)*, op. cit., pp. 21 y 22.

<sup>136</sup> Se concretó esta cuestión al estudiar el artículo 1355 del Código civil, en el apartado correspondiente a la forma y la constancia en el Registro de la Propiedad de la atribución voluntaria de ganancialidad, apartado 2.3.3., allí me remito.

<sup>137</sup> BOE n.º 172, 20 julio 2006.

<sup>138</sup> Sobre la forma del negocio de aportación a gananciales, Cfr., MARIÑO PARDO, Francisco, «Aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales», op. cit., pp. 88-100.

<sup>139</sup> BOE n.º 172, 20 julio 2006.

<sup>140</sup> A continuación, el Centro Directivo explica que «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. [...]. Cabe entender que el desplazamiento patrimonial derivado del negocio jurídico de atribución de ganancialidad tiene una identidad propia que permite diferenciarlo de otros negocios jurídicos propiamente traslativos [...]. Por ello, se llega a afirmar que encuentran justificación en la denominada “causa matrimonii” [...]» (FD Tercero). Con la misma doctrina, Cfr., las RDGSJFP, de la misma fecha, 12 junio 2020 (RJ 2020\3365 y RJ 2020\3382), FD Segundo. Sobre la *causa matrimonii* en el negocio de aportación de bienes, Cfr.,

### 3.2.2. Discordancias

Una de las principales diferencias entre la atribución voluntaria de ganancialidad y el negocio atípico de aportación a gananciales que se observa de forma reiterada por la DGRN está relacionada con el desplazamiento patrimonial o no entre las diferentes masas patrimoniales. Destaco la RDGRN 29 marzo 2010<sup>141</sup>, cuando considera que mientras en el negocio de aportación a gananciales «se produce el desplazamiento entre los patrimonios privativos y consorcial» (FD Quinto), en el caso específico 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, por lo que a tal pacto, en rigor, no le son de aplicación las reglas propias de la transmisión de derechos» (FD Sexto)<sup>142</sup>.

Por lo demás, el negocio atípico de aportación a la sociedad de gananciales, resultará, a mi juicio, muy útil cuando se quiera ampliar el ámbito objetivo del patrimonio ganancial, singularmente, cuando no concurren los presupuestos para la aplicación del artículo 1355 del Código civil, en este sentido, las RDGSJFP 12 junio 2020<sup>143</sup>, al referirse al artículo 1323 del Código civil, reconocen que precisamente la aplicación de este principio 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».

Con todo, seguramente las diferencias más relevantes entre ambas figuras derivan de dos presupuestos que han de darse necesariamente en la aplicación del artículo 1355 del Código civil, que son la adquisición a título oneroso y que se produzca la atribución de ganancialidad durante el matrimonio, o, mejor, durante la vigencia de la sociedad de gananciales; de no cumplirse dichos presupuestos, el supuesto legal contemplado por el artículo 1355 del Código civil da paso a la posibilidad de entender que estamos ante un negocio de aportación a la sociedad de gananciales. En este sentido, la STS 157/2002, 26 febrero<sup>144</sup>, rechazó la aplicación del artículo 1355 del Código civil, precisamente, porque el negocio transmisivo precedente había sido a título gratuito (vivienda donada al marido por sus padres) y así, después de declarar la inviabilidad del pacto dado que el bien se había preadquirido a título gratuito, concluye con la imposibilidad de acudir a dicho pacto «salvo que los cónyuges en méritos (sic) a su libertad contractual y dispositiva integrasen su contenido con una posterior adquisición ganancial» (FD Quinto). Además, para la aplicación del artículo 1355 del Código civil la

---

RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, Pablo y GARCÍA DE ARRIBA MARCOS, Ricardo, «La causa matrimonii en el negocio de atribución de bienes a favor de la sociedad de gananciales», *Diario La Ley*, n.º 6582, (2 noviembre 2006), pp. 1-5.

<sup>141</sup> RJ 2010\2375. Idéntico caso y con la misma doctrina, *Cfr.*, la RDGRN 31 marzo 2010 (RJ 2010\2500).

<sup>142</sup> Por eso concluye con que el pacto del artículo 1355 del Código Civil no constituye un negocio traslativo del dominio sometido a las reglas comunes de esta categoría negocial, sino un negocio atributivo especial. Asume esta doctrina la RDGSJFP 12 junio 2020 (RJ 2020\3021).

<sup>143</sup> RJ 2020\3021; RJ 2020\3365 y RJ 2020\3382.

<sup>144</sup> RJ 2002\2050.

adquisición debe ser constante la sociedad de gananciales, en este sentido, como declara la RDGRN 29 marzo 2010<sup>145</sup>:

«En caso de que se entendiera que no es aplicable la previsión del artículo 1355 por haberse producido la compra antes del matrimonio, el supuesto haría tránsito a un negocio de aportación o atribución de bienes privativos al patrimonio consorcial, amparado por el principio de libertad contractual entre los cónyuges consagrado por el artículo 1323 del Código civil» (FD Séptimo)<sup>146</sup>.

Otra de las diferencias esenciales entre el supuesto legal del artículo 1355 del Código civil (atribución de ganancialidad de mutuo acuerdo) con el negocio atípico de aportación a la sociedad de gananciales radica en el alcance del elemento causal<sup>147</sup>. Así, con relación a la causa en el supuesto regulado por el artículo 1355 del Código civil, como ha señalado la RDGRN 29 marzo 2010<sup>148</sup>, se trata de un negocio atributivo especial, pero «no cabe afirmar que tenga carácter abstracto, sino que está dotado de una *causa propia*, legalmente contemplada, que va *implícita* en el propio acuerdo de voluntades [...]» (FD Sexto)<sup>149</sup>. Asimismo, la RDGRN 11 mayo 2016<sup>150</sup>, ha declarado que:

«Es precisamente la atención del interés lícito en ampliar el ámbito objetivo del patrimonio ganancial, para la mejor satisfacción de las necesidades de la familia, lo que justifica la atribución patrimonial contemplada en dicha norma legal [art. 1355 CC], *sin que sea necesario siquiera expresar la onerosidad o gratuidad de dicho negocio atributivo*» (FD Tercero) —la cursiva es añadida—<sup>151</sup>.

Como señaló la RDGRN 22 junio 2006<sup>152</sup>, doctrina reiterada por las recientes RDGSJFP 12 junio 2020<sup>153</sup>:

«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

<sup>145</sup> RJ 2010\2375. En idénticos términos, *Cfr.*, la RDGRN 31 marzo 2010 (RJ 2010\2500).

<sup>146</sup> Así, concluye el Centro Directivo que «Por ello, aunque en el supuesto de hecho del presente recurso. [...], son parcialmente concurrentes los respectivos ámbitos de aplicación de las citadas disposiciones de los artículos 1357 y 1355 del Código civil, debe considerarse prevalente la disposición legal sobre atribución convencional de ganancialidad» (FD Séptimo).

<sup>147</sup> Destaca la importancia de la causa, ROCA SASTRE, si bien referida al negocio de aportación a sociedades civiles y mercantiles: «[...]», en el acto de comunicación no se concibe la aportación sin una *finalidad* conectada, consistente en la intención de obtener un resultado común [...]. Pero esto no es onerosidad en sentido técnico, es decir, juego de contraprestación pura, sino mecanismo propio de la doctrina de la causa, como motor o fuerza animadora de todo acto dispositivo». Creo que, si la primera parte del discurso no se compadece bien con la aportación a la sociedad de gananciales, sí es transportable la idea de la causa como motor de todo acto dispositivo. *Cfr.*, ROCA SASTRE, Ramón María, «Naturaleza jurídica de la aportación social», *op. cit.*, p. 426.

<sup>148</sup> RJ 2010\2375. Con idénticos hechos y argumentos, *Cfr.* la RDGRN 31 marzo 2010 (RJ 2010\2500).

<sup>149</sup> *Cfr.*, con la misma doctrina, la RDGSJFP 12 junio 2020 (RJ 2020\3021).

<sup>150</sup> RJ 2016\3020.

<sup>151</sup> Con los mismos términos se expresó la RDGRN 29 marzo 2010 (RJ 2010\2375) —*Cfr.*, en el mismo caso e igual doctrina, la RDGRN 31 marzo 2010 (RJ 2010\2500)—.

<sup>152</sup> BOE n.º 172, 20 julio 2006.

<sup>153</sup> RJ 2020\3365 y RJ 2020\3382.

permuta [...], o la donación [...]. Por ello, se llega a afirmar que encuentran justificación en la denominada *causa matrimonii*, [...]. Y es que, aun cuando no puedan confundirse la estipulación capitular y el pacto específico sobre un bien concreto, la misma causa que justifica la atribución patrimonial en caso de aportaciones realizadas mediante capitulaciones matrimoniales<sup>154</sup> [...] debe considerarse suficiente para justificar los desplazamientos patrimoniales derivados de pactos extracapitulares de ganancialidad, sin necesidad de mayores especificaciones respecto del elemento causal del negocio. En ambos casos se trata de convenciones que participan de la misma “*iusta causa traditionis*”, justificativa del desplazamiento patrimonial “*ad sustinenda oneri matrimonii*”».

Sin embargo, la causa de la transmisión será un elemento imprescindible en el negocio jurídico de aportación a la sociedad de gananciales, como se verá en el apartado dedicado a la causa en este negocio atípico<sup>155</sup>, y aclaran las RDGSJFP 12 junio 2020<sup>156</sup>:

«[...] 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 registrales» (FD Segundo).

En relación a la doctrina de la DGRN, MARIÑO PARDO, el mejor de los estudiosos de este negocio jurídico atípico de aportación a la sociedad de gananciales, observó como la especialidad del artículo 1355 del Código civil frente al negocio general de aportación a gananciales estaría, desde la perspectiva registral, en que el efecto traslativo del primero resulta de una disposición legal expresa (el propio artículo 1355 CC), que hace «innecesario expresar causa alguna» para el desplazamiento patrimonial, ni siquiera invocar expresamente en la escritura la aplicación de la norma legal, bastando que concurren sus presupuestos, «mientras en el negocio general de aportación la doctrina de la DGRN exige la expresión de la causa gratuita u onerosa para su inscripción»<sup>157</sup>.

### 3.3. La forma. Especial atención al negocio de aportación a gananciales como título inmatriculador

Al estudiar la forma en la hipótesis regulada por el artículo 1355 del Código civil se ha apreciado como el precepto no exige ninguna determinada, regiría entonces el principio de libertad de forma (art. 1278 CC)<sup>158</sup>. Pues bien, cuando se trata del negocio de aportación o comunicación a la sociedad de gananciales, a mi juicio, como regla general, también impera el principio de libertad de forma; por otra parte, obsérvese como en esa línea, la DGRN ha considerado que dicho negocio no ha de constar

<sup>154</sup> Cfr. la STS 26 noviembre 1993 (RJ 1993\9141), según la cual «Siendo los capítulos por su propia naturaleza actos jurídicos cuyo tratamiento es el de los onerosos, difícilmente podría ser impugnado como carente de causa» y la RDGRN 21 diciembre 1998 (RJ 1998\10485).

<sup>155</sup> Cfr., el apartado 3.4 de este trabajo.

<sup>156</sup> RJ 2020\3021, RJ 2020\3365 y RJ 2020\3382.

<sup>157</sup> MARIÑO PARDO, Francisco, «El artículo 1355 del Código Civil: la atribución de ganancialidad por mutuo acuerdo. [...]», *op. cit.*

<sup>158</sup> Remisión al apartado 2.3.3. del presente trabajo.

necesariamente en escritura de capitulaciones matrimoniales<sup>159</sup>. Por todas, destaca la RDGRN 22 junio 2006<sup>160</sup>, cuando declaró que:

«La mencionada aportación de derechos concretos a la comunidad conyugal o la comunicación de bienes entre cónyuges puede ser consecuencia tanto de un pacto extracapitular, como de convención contenida en capitulaciones matrimoniales, e incluso de un régimen económico matrimonial legal como ocurre, por ejemplo, con el régimen de comunicación foral de bienes de Vizcaya [...]» (FD Tercero)<sup>161</sup>.

Podría pensarse en que si lo que se aporta a la sociedad se hace de forma gratuita y se trata de bienes inmuebles, se requeriría escritura pública (ex art. 633 CC); sin embargo, no puede desconocerse que la STS 679/2015, 3 diciembre<sup>162</sup>, al referirse al negocio de aportación a gananciales declaró que en el caso de autos «No se niega [...] la presencia de una causa de liberalidad, pero no tratándose en realidad de una donación de bien inmueble sino de un negocio bien distinto [...]» (FD Cuarto)<sup>163</sup>.

Por otra parte, en relación a la posibilidad de que el negocio de aportación a gananciales sirva como título inmatriculador, desde la perspectiva notarial, MARIÑO PARDO recuerda que en el caso del artículo 1355 del Código civil el ingreso del bien se produce directamente en el patrimonio de los cónyuges como consecuencia del pacto de atribución con carácter ganancial, sin que sea posible distinguir entre el título de

<sup>159</sup> En relación con la atribución del carácter privativo o ganancial a los bienes en la sociedad de gananciales, sin necesidad del recurso a los capítulos, como observa OÑATE CUADROS, la propia DGRN y el Tribunal Supremo: «atribuyen preferencia a la voluntad de los cónyuges sobre las normas del Código civil, sin necesidad de otorgar capitulaciones matrimoniales». OÑATE CUADROS, Francisco Javier, «Abran paso a la libertad civil», *op. cit.*, p. 31.

<sup>160</sup> BOE n.º 172, 20 julio 2006.

<sup>161</sup> En efecto, según la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, en su Exposición de Motivos (apartado V): en el territorio en que se aplica el Fuero de Bizkaia, «siguiendo la tradición, se entenderá que rige entre los cónyuges el régimen de comunicación foral que ya regulaba el Fuero y en virtud del cual se hacen comunes todos los bienes, muebles o raíces, de la procedencia que sean». Así, para los contrayentes con vecindad civil de la tierra llana de Bizkaia, de Aramaio o Llodio, registrará, a falta de pacto, el régimen de comunicación foral de bienes (*Cfr.*, el art. 127.2). Se regula este régimen en los artículos 129 a 146 de la Ley. Dispone el artículo 129 que «En virtud de la comunicación foral se harán comunes, por mitad entre los cónyuges todos los bienes, derechos y acciones, de la procedencia que sean, pertenecientes a uno u otro, por cualquier título, tanto los aportados como los adquiridos en constante matrimonio y sea cual fuere el lugar en que radiquen». El reflejo registral, en este caso, tendría lugar por nota marginal. Así, como dispone el artículo 90.1, párrafo segundo del Reglamento Notarial, «Si los bienes estuvieren inscritos a favor de uno de los cónyuges y procediera legalmente, de acuerdo con la naturaleza del régimen matrimonial, la incorporación o integración de estos a la comunidad podrá hacerse constar esta circunstancia por nota marginal».

<sup>162</sup> RJ 2015\5441.

<sup>163</sup> Como puntualiza esta STS, «No todo acto de liberalidad comporta una donación en sentido estricto y así en este caso no se trata de una transmisión patrimonial de la propiedad realizada de forma gratuita por un sujeto a otro, sino —incluso descartada la causa onerosa— de la aportación por uno de los miembros de la sociedad de gananciales a dicha sociedad —de tipo germánico y sin distribución por cuotas— de un bien de su propiedad por razón de liberalidad que ha de insertarse en las especiales relaciones del derecho de familia y, en concreto, de las nacidas de la institución matrimonial, por lo que no resultan de aplicación las referidas normas ni la doctrina jurisprudencial de esta Sala sobre la simulación relativa que encubre una donación inmobiliaria bajo la forma de compraventa» (FD. Quinto).

adquisición en el que se integra el pacto (por ejemplo una compraventa) y el mismo pacto de atribución de ganancialidad, como dos títulos traslativos sucesivos; sin embargo, como observa el notario, «el negocio general de aportación a gananciales puede servir de título inmatriculador, en unión de un título previo de adquisición, ex artículo 205 de la Ley Hipotecaria»<sup>164</sup>. Destaco al respecto la RDGRN 31 enero 2014<sup>165</sup>; el registrador había suspendido la inmatriculación de una finca por título de aportación a gananciales<sup>166</sup>. Se presentan en el Registro de la Propiedad escritura por la que se solicita la inmatriculación de finca a partir de los dos títulos: el previo de adjudicación de herencia a favor de uno de los cónyuges con carácter privativo y el posterior de aportación por parte del cónyuge a su sociedad de gananciales; pero el registrador en su nota de calificación consideró que de los documentos presentados el primero de ellos sí supone una traslación dominical de la finca que se pretende inscribir pero el segundo no, dado que simplemente supone la traslación del patrimonio privativo de uno de los cónyuges al ganancial permaneciendo en el patrimonio del cónyuge transmitente<sup>167</sup>. La Dirección General acordó finalmente estimar el recurso y revocar la nota de calificación del registrador. Afirma el Centro Directivo que «La virtualidad en sí de la aportación a la sociedad de gananciales como título inmatriculador es doctrina reiterada de este Centro Directivo. [...], debe estimarse que el negocio de aportación cumple el requisito de existencia de título público de adquisición a efectos inmatriculadores» (cfr., FD Octavo y FD Noveno)<sup>168</sup>.

Respecto a tal cuestión, resulta también de interés la RDGSJFP 12 junio 2020<sup>169</sup>. En el caso resuelto, la registradora suspende la inscripción por entender que es una documentación creada «ad hoc», lo que supone eludir las prevenciones que para la

<sup>164</sup> MARIÑO PARDO, Francisco, «El artículo 1355 del Código Civil: la atribución de ganancialidad por mutuo acuerdo. [...]», *op. cit.*

<sup>165</sup> RJ 2014\1969.

<sup>166</sup> Se plantea en el presente recurso si cabe o no inmatricular una finca en el Registro de la Propiedad mediante escritura de aportación del inmueble a la sociedad de gananciales del cónyuge aportante que previamente —concretamente veintidós días antes— lo había adquirido mediante escritura de herencia otorgada a su favor.

<sup>167</sup> Se expresó como causa de la aportación la existencia de un crédito resultante de las relaciones económicas habidas entre dicho patrimonio ganancial y el privativo del cónyuge aportante. Así, concluye la DGRN que: «[...] frente a la objeción expresada por el registrador en el segundo defecto de la nota de calificación, debe tenerse en cuenta que, aun dejando al margen el análisis de las diversas teorías sobre la naturaleza jurídica de dicho negocio, lo cierto es que comporta un verdadero desplazamiento patrimonial de un bien privativo de uno de los cónyuges a la masa ganancial constituida por un patrimonio separado colectivo, distinto de los patrimonios personales de los cónyuges, afecto a la satisfacción de necesidades distintas y con un régimen jurídico diverso» (FD Noveno).

<sup>168</sup> En parecido sentido, la RDGRN 19 octubre 2010 (RJ 2010\5278), con relación a la virtualidad inmatriculadora de la aportación a la sociedad de gananciales, concluyó que «[...], lo cierto es que comporta un verdadero desplazamiento patrimonial de un bien privativo de uno de los cónyuges a la masa ganancial [...]. Según este criterio, debe estimarse que el negocio de aportación cumple el requisito de existencia de título público de adquisición a efectos inmatriculadores» (FD Tercero).

<sup>169</sup> RJ 2020\3021.

inmatriculación mediante título público ha instituido el legislador<sup>170</sup>. El Centro Directivo acordó la estimación del recurso y la revocación de la nota de calificación de la registradora; argumenta que, en este supuesto, no se ha pretendido la finalidad instrumental de creación de documentos «ad hoc» para lograr la inmatriculación de la finca, ya que tanto la escritura de compraventa, como la escritura de aportación a la sociedad de gananciales otorgadas son dos negocios jurídicos totalmente independientes y autónomos el uno del otro, presentando cada uno de ellos sus propias circunstancias y una sustantividad propia que excluyen por los caracteres que presentan cualquier atisbo de instrumentalidad para llevar a cabo la inmatriculación de la finca. Así, concluye la Dirección General que:

«En definitiva no concurren los elementos necesarios para poder inferir la creación instrumental de documentación *ad hoc* para procurar la inmatriculación eludiendo los requisitos legales (ni la coetaneidad o proximidad de ambos negocios, ni la inexistencia de título original de adquisición, ni hay transmisiones circulares, ni el nulo o bajo coste fiscal de la operación) pues existe doble título traslativo público, ha pasado más de un año entre ambas transmisiones —que es el criterio fijado legalmente al efecto—<sup>171</sup>, no termina siendo titular quien inicialmente lo transmitió, no se encubre un pacto de atribución de ganancialidad *ex* artículo 1355 C.C. dado el tiempo transcurrido entre la adquisición y la aportación; y se ha tributado lo correspondiente a cada negocio jurídico documentado. A este respecto debe recordarse que la mera exención fiscal de la aportación a la sociedad de gananciales no es elemento suficiente para deducir la creación instrumental *ad hoc* (véase la Resolución de 5 de septiembre de 2018<sup>172</sup>). Por tanto, el defecto no puede ser confirmado» (FD Séptimo).

#### 3.4. *La imprescindible expresión de la causa de la transferencia patrimonial, que no puede presumirse a efectos registrales*

Es doctrina reiterada de la DGRN la que destaca la trascendencia del elemento causal en el negocio jurídico atípico de aportación o comunicación a la sociedad de gananciales<sup>173</sup>. Así, la RDGRN 29 marzo 2010<sup>174</sup>, después de declarar que los elementos

<sup>170</sup> Como recordó la Dirección General, en la RDGRN 31 enero 2014 (RJ 2014\1969), «La inmatriculación de fincas por la vía del doble título exige el encadenamiento de dos adquisiciones sucesivas o directamente coordinadas con la finalidad de lograr cierta certidumbre de que el inmatriculante es su verdadero dueño» (FD Cuarto). Con relación a la inmatriculación por doble título, *Cfr.*, el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, tras la reforma operada por la Ley 13/2015, 24 junio, de reforma de la Ley Hipotecaria y del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario.

<sup>171</sup> Se había presentado en el Registro de la Propiedad el día 11 de diciembre de 2019 una escritura por la que se aportaba una finca rústica a la sociedad de gananciales se presentaba como título adquisitivo previo escritura de compraventa otorgada por la esposa el día 18 de octubre de 2018, por la que la esposa aportante compra la citada finca manifestando el carácter privativo del precio o contraprestación, con aseveración del marido.

<sup>172</sup> RJ 2018\4100.

<sup>173</sup> Para DE CASTRO, el concepto de causa no se refiere, en el artículo 1274 CC, a cada contratante, sino al carácter del contrato. Para el autor, un contrato —como negocio— se considera oneroso cuando cuesta a cada parte hacer o prometer una prestación a favor de la otra. En su manifestación más típica, consiste en una mutua transmisión de bienes, de modo que la pérdida que para cada parte suponga se vea compensada o reemplazada patrimonialmente por el beneficio adquirido a costa de la otra. En cambio, el negocio gratuito supone un puro beneficio sin contraprestación para una parte, y para la otra una

constitutivos del negocio de aportación por el que se produce el desplazamiento entre los patrimonios privativos y el consorcial, han de quedar debidamente exteriorizados y precisados en el título inscribible, destaca, entre esos elementos, «su causa que no puede presumirse a efectos registrales (*Vid.* artículos 1261.3.º y 1274 y siguientes del Código civil)»<sup>175</sup>. Ciertamente, tal doctrina de este Centro Directivo fue recogida en numerosas resoluciones más recientes, como las RDGSJFP 12 junio 2020<sup>176</sup>, que insisten en que 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 registrales» (FD Segundo).

La prueba del carácter imprescindible de la expresión de la causa en el negocio de aportación a gananciales se demuestra, significativamente, en los supuestos en los que resulta improcedente la inscripción en el Registro de la Propiedad, precisamente, por no expresarse el negocio traslativo y su causa. Así ocurrió, por ejemplo, en la RDGRN 11 junio 1993<sup>177</sup>, que estimó que lo que ocurrió en el caso era que no se habían precisado los elementos constitutivos del negocio de aportación verificado y, «especialmente, su causa», así, concluye el Centro Directivo que:

«La exacta especificación de la causa es imprescindible para accederse a la registración de cualquier acto traslativo, tanto por exigirlo el principio de determinación registral, como por ser la causa presupuesto lógico necesario para que el registrador pueda cumplir con la función calificadora en su natural extensión, y después practicar debidamente los asientos que procedan (*Vid.* arts. 9 LH y 51 y 193.2.º RH). Téngase en cuenta, además, el diferente

---

disminución del acervo patrimonial sin compensación económica. CASTRO Y BRAVO, Federico DE, *El negocio jurídico, op. cit.*, p. 262. Sobre la relevancia del elemento causal en este negocio jurídico de aportación a gananciales y la doctrina al respecto de la DGRN, *Cfr.*, PEREÑA VICENTE, Montserrat, «El negocio de aportación a la sociedad de gananciales en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado», *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 1951 (2003), pp. 3371-3378.

<sup>174</sup> RJ 2010\2375. En el mismo caso y con igual doctrina, *Cfr.*, la RDGRN 31 marzo 2010 (RJ 2010\2500).

<sup>175</sup> Según esta RDGRN, tal consideración en relación a los elementos constitutivos del negocio, en especial, al elemento causal, resulta de las siguientes consideraciones: a) La exigencia de una causa lícita y suficiente para todo negocio traslativo (*Cfr.* arts. 1.274 y ss. CC); b) La extensión de la calificación registral a la validez del acto dispositivo inscribible (art. 18 LH); c) La necesidad de reflejar en el Registro de la Propiedad la naturaleza y extensión del derecho real que se inscriba, con expresión circunstanciada de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente (*cfr.* art. 9 LH y art. 51 RH); d) Las distintas exigencias en cuanto a la validez de los diferentes actos dispositivos, así como las específicas repercusiones que el concreto negocio adquisitivo tiene en el régimen jurídico del derecho adquirido (adviértanse las diferencias entre las adquisiciones a título oneroso y las realizadas a título gratuito, así en parte a su protección —*Cfr.* arts. 34 LH y 1297 CC—, como en su firmeza — *Cfr.* arts. 644 y ss. CC—); e) Y, en suma, la necesaria claridad, congruencia y precisión en la configuración de los negocios jurídicos inscribibles, de modo que quede nítidamente perfilado el contenido y alcance de los derechos constituidos cuyo reflejo registral se pretende (*vid.* arts. 9, 21 y 31 LH) — *Cfr.* FD Quinto—.

<sup>176</sup> RJ 2020\3021, RJ 2020\3365 y RJ 2020\3382.

<sup>177</sup> RJ 1993\5418. La única cuestión que debía resolverse en el recurso fue si es válido e inscribible en el Registro de la Propiedad el pacto contenido en una escritura pública de declaración de obra nueva, sobre una finca inscrita con carácter privativo de uno de los cónyuges, por el cual, y con carácter previo a aquella, el cónyuge propietario aportaba finca a la sociedad de gananciales.

alcance de la protección que nuestro Registro de la Propiedad dispensa en función de la onerosidad o gratuidad de la causa del negocio inscrito (*Vid.* art. 34 LH)» (FD Segundo)<sup>178</sup>.

Como se indicó en la RDGRN 22 junio 2006<sup>179</sup>, «dicha exigencia de especificación causal del negocio ha de ser interpretada en sus justos términos». En este sentido, el Centro Directivo comparte la postura de algunas de las Resoluciones que consideran suficiente que se mencione la onerosidad o gratuidad de la aportación, y, como precisan las RDGSJFP 12 junio 2020<sup>180</sup>, que reiteran la doctrina de aquella RDGRN de 2006, es suficiente que la causa «resulte o se deduzca de los concretos términos empleados en la redacción de la escritura». Así, en diversas Resoluciones se han entendido inscribibles, por ejemplo: una escritura pública otorgada por ambos cónyuges, en la que el marido aporta a su sociedad de gananciales una finca que había adquirido por legado en la herencia de su padre, llevándolo a efecto mediante la siguiente estipulación: que el marido «aporta a su sociedad de gananciales el pleno dominio de la finca descrita anteriormente en esta escritura con derecho a su reembolso económico con valoración actualizada al tiempo de la disolución» (RDGRN 21 julio 2001)<sup>181</sup>; el pacto capitular, en el que, tras el cambio de régimen de separación de bienes a uno de gananciales, se declara que la esposa aporta «gratuitamente», a su nueva sociedad de gananciales, una vivienda privativa (RDGRN 30 diciembre 1999)<sup>182</sup>; escritura en la que se expresa «una causa onerosa suficiente para el desplazamiento patrimonial, la cual viene constituida por ser la aportación compensación de los gastos realizados para contraer matrimonio, unida al hecho de que el precio de la vivienda pendiente de pago se va a satisfacer con dinero ganancial» (RDGRN 17 abril 2002)<sup>183</sup>; convención en capitulaciones matrimoniales en el que se aportan por ambos cónyuges bienes a la nueva sociedad de gananciales que se constituye, estimando los otorgantes de igual valor los aportados por cada uno de ellos, que, según el Centro Directivo: «no plantea, desde ningún punto de vista, problema alguno de expresión de la causa» (RDGRN 8 mayo 2000)<sup>184</sup>; escritura por la que dos cónyuges casados en régimen de gananciales, declaran que, sobre una finca privativa del marido, adquirida por título de donación, han construido una edificación con aportaciones proporcionales a fin de que el valor del solar quede compensado con una mayor aportación privativa de la esposa en el dinero invertido en la construcción, igual al valor del solar, de modo que cada uno de los cónyuges resulte tener el mismo interés económico en el edificio resultante y en el

<sup>178</sup> Asimismo, confirmó la improcedencia de la inscripción en el Registro de la Propiedad, en esencia, por falta de especificación de la causa del negocio conyugal atributivo, la RDGRN 28 mayo 1996 (RJ 1996\4012).

<sup>179</sup> BOE n.º 172, 20 julio 2006.

<sup>180</sup> RJ 2020\3021; RJ 2020\3365 y RJ 2020\3382.

<sup>181</sup> RJ 2002\2397.

<sup>182</sup> RJ 1999\9428.

<sup>183</sup> RJ 2002\8099.

<sup>184</sup> RJ 2000\5831.

suelo, por lo que solicitan la inscripción correspondiente con carácter ganancial (RDGRN 12 junio 2003)<sup>185</sup>.

Concluyen la RDGRN 12 junio 2003<sup>186</sup> y la RDGRN 18 septiembre 2003<sup>187</sup> que:

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

EPÍLOGO: HACIA UN MAYOR MARGEN PARA LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA ÓRBITA DE LAS RELACIONES HORIZONTALES O IGUALITARIAS DEL DERECHO DE FAMILIA Y, EN PARTICULAR, EN EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

En la significativa STS 392/2015, de 24 junio, se reconoce atinadamente como en el profundo cambio del modelo social y matrimonial que se viene experimentando la sociedad demanda un sistema menos encorsetado y con mayor margen de autonomía dentro del Derecho de familia. No en vano, como decía Don Federico DE CASTRO, la autonomía es la «médula del negocio jurídico» y la declaración de voluntad el «fundamento del negocio jurídico».

Pues bien, en el presente trabajo se analizan pormenorizadamente dos figuras que son claros exponentes del principio de la autonomía de la voluntad en las relaciones de naturaleza patrimonial que se articulan con fundamento en la libertad de contratación entre cónyuges (art. 1323 CC). Por una parte, la atribución voluntaria de ganancialidad (art. 1355 CC), objetivo primordial del estudio y, por otra parte, el cada vez más frecuente negocio jurídico atípico bautizado por la Dirección General de los Registros y del Notariado como «negocio de aportación [o de comunicación] a la sociedad de gananciales».

A lo largo de los diferentes apartados del trabajo se observa como la primacía de la autonomía privada de los cónyuges produce la superación del criterio legal de la subrogación real (*Cfr.*, los arts. 1346.3 y 1347.3 CC), incluso se afirma que esa es la razón de ser del artículo 1355 del Código civil. En efecto, el citado precepto deja margen a la autonomía de la voluntad de los consortes para atribuir carácter ganancial a los bienes que en otro caso serían privativos, aunque esto implique una alteración de

<sup>185</sup> RJ 2003\4224. Y en un supuesto casi idéntico también se declara inscribible la escritura por la que dos cónyuges casados en régimen de gananciales, declaran que, sobre una finca privativa de la esposa al haberla adquirido por título de donación, han construido una edificación, con aportaciones proporcionales a fin de que el valor del solar quede compensado con una mayor aportación privativa del esposo en el dinero invertido en la construcción, igual al valor del solar, de modo que cada uno de los cónyuges resulte tener el mismo interés económico en el edificio resultante y en el suelo, por lo que solicitan la inscripción correspondiente con carácter ganancial (RDGRN 18 septiembre 2003 [RJ 2003\6334]).

<sup>186</sup> RJ 2003\4224.

<sup>187</sup> RJ 2003\6334.

la calificación que correspondería a tales bienes por aplicación de determinadas normas de nuestra ley sustantiva civil (art. 1354 [adquisiciones mixtas], arts. 1356 y 1357 [adquisiciones a plazos], art. 1359 [principio de accesión], por ejemplo).

Con todo, la atribución voluntaria de ganancialidad tiene unas condiciones muy claras para su eficacia, que se analizan en este estudio. Entre ellas destaca la necesidad del «común acuerdo», del consentimiento de ambos cónyuges, de suerte que no se contempla la atribución voluntaria de ganancialidad de manera unilateral, ya que tal manifestación si bien es coherente con la presunción de ganancialidad (art. 1361 CC), por sí sola no atribuye al bien adquirido la condición de ganancial, como se infiere de una constante jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Por otra parte, si el principal efecto de la atribución voluntaria de ganancialidad es que el bien ingresa directamente en el patrimonio ganancial, también resulta trascendental el derecho de reembolso (art. 1358 CC) a favor del cónyuge aportante de los fondos privativos, con el fin de mantener el deseable equilibrio entre el patrimonio consorcial y el privativo, sin necesidad de la previa reserva de tal derecho de reembolso (por todas, *Cfr.*, la decisiva STS del pleno 295/2019, 27 mayo).

Por lo demás, son dos las cuestiones recurrentes cuando se aborda el estudio del artículo 1355 del Código civil, que en el presente trabajo se resuelven negativamente. A saber, por una parte, se plantea la aplicación inversa del artículo 1355 del Código civil, es decir, si es posible atribuir de mutuo acuerdo el carácter privativo a un bien que, en otro caso, sería ganancial, se responde negativamente y se busca conseguir el mismo efecto por intermedio del recurso a la libertad de pacto, a la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), a través de la libertad de contratación de los cónyuges (art. 1323 CC). Sin perjuicio, además, de que también al amparo de principios como los de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) y libertad de contratación (art. 1323 CC), los cónyuges casados en régimen de gananciales puedan adquirir un bien con carácter privativo, excluyendo ab initio su ingreso en el patrimonio consorcial, como resulta de la doctrina reciente de la DGSJFP (RDGSJFP 12 junio 2020). Por otra parte, se analiza la posibilidad de aplicación extensiva del artículo 1355 del Código civil a las uniones extramatrimoniales, que se descarta, como también se hace, mediante el rechazo generalizado, la aplicación de las normas del régimen económico matrimonial a las parejas de hecho, sin perjuicio de que, de nuevo, al amparo de la libertad de pactos, del artículo 1255 del Código civil, los convivientes *more uxorio* atribuyan carácter común a un bien que adquieran y que, en otro caso, sería privativo de uno de ellos.

Pero este trabajo quedaría inconcluso si paralelamente al estudio de la manifestación de autonomía de la voluntad de los cónyuges, constituida por la posibilidad legal de atribución de la condición de ganancial a un bien que en otro caso sería privativo a través del artículo 1355 del Código civil, no se analizase otro negocio, manifestación también de la autonomía privada de los esposos, de su facultad de autorregulación: el denominado y tratado de forma particular por la Dirección General de los Registros y del Notariado: «negocio de aportación a la sociedad de gananciales»; negocio jurídico atípico, que hace posible atribuir a un bien carácter ganancial aun cuando no concurren los presupuestos del artículo 1355 del Código civil, por ejemplo, por haber sido

adquirido antes de la sociedad, o adquirido a título gratuito constante la sociedad, etc. Negocio atípico que se posibilita dados los amplios términos del artículo 1323 del Código civil (libertad de contratación entre cónyuges). En el presente trabajo, respecto a este negocio de aportación o comunicación a la sociedad de gananciales, se estudian tanto las concordancias como las discordancias con el precepto que le sirve de fundamento legal (art. 1323 CC), como, en especial, con la atribución voluntaria de ganancialidad (art. 1355 CC). También, se resalta la virtualidad en sí del negocio de aportación a la sociedad de gananciales como título inmatriculador, porque, como dice la Dirección General de los Registros y del Notariado: «el negocio de aportación cumple el requisito de existencia de título público de adquisición a efectos inmatriculadores»; pero, sobre todo, se hace hincapié en la imprescindible expresión de la causa, ya que mientras la atribución voluntaria de ganancialidad (art. 1355 CC) está dotada de causa propia e implícita, el efecto traslativo resulta de esa disposición legal expresa, en el negocio atípico de aportación a la sociedad de gananciales, se exige la expresión de la causa de la transferencia patrimonial, que no puede presumirse a efectos registrales (Cfr., por todas, las RDGSJFP 12 junio 2020).

En suma, sigue siendo deseable que el principio de autonomía de la voluntad se imponga en el Derecho privado, en general, y en el Derecho de familia, en particular, sobre todo, cuando estamos ante las que pueden denominarse relaciones «horizontales o igualitarias», es decir, las que afectan a los cónyuges (o, en su caso, a los miembros de la unión de hecho), como ocurre en el régimen económico patrimonial.

#### BIBLIOGRAFÍA

BENAVENTE MOREDA, Pilar, «Inscripción de bienes gananciales y privativos en el Registro de la Propiedad. Análisis de la jurisprudencia de la D.G.R.N.», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, (2010-1), n.º 21, pp. 227-253.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, «La sociedad de gananciales, confesión de ganancialidad, atribución voluntaria de la ganancialidad y derecho de reembolso», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2020), n.º 781, pp. 3045-3099.

BONET RAMÓN, Francisco, *Código civil comentado con sus Apéndices Forales* (2.ª ed.), Aguilar, Madrid, 1964.

CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel DE LA, «La sociedad de gananciales y el Registro de la propiedad», *Anuario de Derecho Civil*, fasc. 2 (1986), pp. 339-535.

CASTRO Y BRAVO, Federico DE, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985 (Reimpresión, 1991).

CHICO Y ORTIZ, José María, «Comentario a la resolución de 10 de marzo de 1989», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (1991), n.º 602, pp. 221-235.

CHICO Y ORTIZ, José María, «La sociedad conyugal de gananciales y las aportaciones a la misma», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (1993), n.º 614, pp. 219-234.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Comentario al artículo 210 del Código del Derecho Foral de Aragón», en Jesús Delgado Echeverría (Dir.), María del Carmen Bayod López y José Antonio Serrano García (Coords.), *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 363-366.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Comentario al artículo 215 del Código del Derecho Foral de Aragón», en Jesús Delgado Echeverría (Dir.), M.ª del Carmen Bayod López y José Antonio Serrano García (Coords.), *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 371 y 372.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Familia y Derecho*, Civitas, Madrid, 1984.

DÍEZ-PICAZO, Luis, «Comentario al artículo 1323 del Código civil», *Comentarios a las reformas del Derecho de familia. Ley 11/81, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, y Ley 30/81, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio*, Tecnos, Madrid, 1984, vol. II, pp. 1510-1514.

FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier, «Comentario a la ley 82 del Fuero Nuevo de Navarra», en Enrique Rubio Torrano (Dir.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho civil foral de Navarra*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 244-251.

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

GIMÉNEZ DUART, Tomás, «Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, t. LV (1982), pp. 117-144.

GORDILLO CAÑAS, Antonio, «El pasivo de la sociedad de gananciales. Un ensayo de sistematización», *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*. Universidad de Murcia, Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, Caja de Ahorros del Mediterráneo, Caja de Ahorros de Murcia, Murcia, 1989, pp. 351-366.

HESSE, Konrad, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1995.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, «En torno a la naturaleza jurídica de la comunidad de gananciales del Código civil», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, enero (1950), pp. 7-59.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, «Los bienes conyugales y el Registro de la Propiedad tras la reforma del Reglamento Hipotecario» —Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 9 de junio de 1983—, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXVI (1983), pp. 333-355.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de Familia* (cuarta ed.), Bosch, Barcelona, 1997.

MANRESA Y NAVARRO, José María, «Comentario a los artículos 1457, 1458 y 1459 del Código civil», *Comentarios al Código civil español*, t. X, Reus, Madrid, 1950, pp. 117-143.

MARIÑO PARDO, Francisco, «Aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales», *Revista de Derecho de Familia*, n.º 71 (2016), pp. 81-107.

MARIÑO PARDO, Francisco, «Bienes gananciales y Privativos (4)». Disponible en [www.iurisprudente.com](http://www.iurisprudente.com) —*Iurisprudente (Blog de Derecho privado, desde la óptica notarial y registral* [7 enero 2016])—. [Consulta: 7 de agosto de 2020].

MARIÑO PARDO, Francisco, «El artículo 1355 del Código Civil: la atribución de ganancialidad por mutuo acuerdo. Necesidad de mutuo acuerdo de los cónyuges. Derecho al reembolso de los fondos privativos. Aplicación a los bienes comprados con precio aplazado. El caso del cónyuge que adquiere por sí solo para su sociedad de gananciales. La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2019». Disponible en [www.iurisprudente.com](http://www.iurisprudente.com) —*Iurisprudente (Blog de Derecho privado, desde la óptica notarial y registral* [18 junio 2019])—. [Consulta: 7 de agosto de 2020].

MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa, *La liquidación de la sociedad de gananciales*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.

MONTÉS PENADÉS, Vicente L., Prólogo a GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio V., *La atribución voluntaria de ganancialidad*, Montecorvo, Madrid, 1986, pp. 9-14.

MOZOS, José Luis DE LOS, «Comentario a los artículos 1355, 1356 y 1357 del Código civil», en Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (Dirs.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XVIII, vol. 2.º (segunda ed.), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1999, pp. 239-254.

OLIVARES JAMES, José M.ª, «Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges y los efectos de la confesión conforme al nuevo artículo 1324 del Código civil» —Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 20 de mayo de 1982—, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXV (1982), pp. 279-326.

OÑATE CUADROS, Francisco Javier, «Abran paso a la libertad civil», *Egiunea. Revista del Colegio Notarial del País Vasco*, mayo-julio, 2020, pp. 27-31.

OÑATE CUADROS, Francisco, «Adquisición de bienes con carácter privativo por cónyuges casados en régimen de gananciales», *El Notario del Siglo XXI*, (septiembre-octubre, 2020), n.º 93. Disponible en <https://www.elnotario.es/practica-juridica/10155-adquisicion-de-bienes-con-caracter-privativo-por-conyuges-casados-en-regimen-de-gananciales> [Consulta: 23 noviembre 2020].

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, «Comentario al artículo 1355 del Código civil», *Comentario al Código civil*, vol. II (2.ª ed.), Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 667-669.

PEREÑA VICENTE, Montserrat, «El negocio de aportación a la sociedad de gananciales en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado», *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 1951 (2003), pp. 3371-3378.

RAMS ALBESA, Joaquín J., *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid, 1992.

REBOLLEDO VARELA, Ángel Luís, «Comentario al artículo 1355 del Código civil», en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), *Comentarios al Código civil*, t. VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9579-9594.

ROCA SASTRE, Ramón María, «Naturaleza jurídica de la aportación social», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1946), pp. 413-457.

ROCA TRÍAS, Encarnación: «Familia, familias y Derecho de familia», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 43, fasc. 4 (1990), pp. 1055-1092.

ROCA TRÍAS, Encarnación, *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999.

RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, Pablo y GARCÍA DE ARRIBA MARCOS, Ricardo, «La causa matrimonii en el negocio de atribución de bienes a favor de la sociedad de gananciales», *Diario La Ley*, n.º 6582, (2 noviembre 2006), pp. 1-5.

TORRALBA SORIANO, Vicente, «Comentario al artículo 1355 del Código civil», *Comentarios a las reformas del Derecho de familia. Ley 11/81, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, y Ley 30/81, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio*, Tecnos, Madrid, 1984, vol. II, pp. 1629-1637.

TORRES GARCÍA, Teodora F., *Diez años de aplicación de la reforma de los regímenes económicos matrimoniales (Ley 11/1981, 13 mayo)* —Discurso leído el día 30 de octubre de 1991, en el acto de su recepción como Académica de Número—, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid, Valladolid, 1991.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan, «En torno a la naturaleza de la sociedad de gananciales» (Estudio escrito para el libro homenaje al Profesor José Luís Lacruz Berdejo), *Anuario de Derecho Civil*, fasc. 4 (1990), pp. 1021-1056.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, «El Derecho de familia» (Cap. II), en Díez-Picazo Giménez, Gema (Coord.), *Derecho de Familia*, Civitas, Thomson Reuters, 2012, pp. 105-133.

VARELA CASTRO, Ignacio, «Autonomía de la voluntad y régimen económico de las parejas “de hecho” en la Ley de Derecho civil de Galicia: una regulación condicionada por la competencia exclusiva del Estado sobre la ordenación de los registros públicos», *Revista de Derecho Civil*, 2019 (vol. VI, núm. 1). Disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> [Consulta: 26 octubre 2020].

Fecha de recepción: 24.02.2021

Fecha de aceptación: 01.06.2021