

Consideraciones en torno al llamado «Negocio jurídico de aportación» a la Sociedad de Gananciales. La transmisión de bienes de los patrimonios privativos al ganancial y su incardinación en nuestro sistema contractual

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO.—2. LA NATURALEZA NO SOCIETARIA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES COMO BASE PARA NEGAR LA EXISTENCIA DEL NEGOCIO JURIDICO DE APORTACION.—3. LA ATRIBUCION VOLUNTARIA DE GANANCIALIDAD DEL ARTICULO 1.355 DEL CODIGO CIVIL, Y SU FALTA DE CONEXION CON EL LLAMADO «NEGOCIO JURIDICO DE APORTACION» A LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.—4. LA LIBERTAD DE CONTRATACION ENTRE CONYUGES DEL ARTICULO 1.323 DEL CODIGO CIVIL Y SU CONEXION CON EL LLAMADO «NEGOCIO JURIDICO DE APORTACION» A LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.—5. LA PROBLEMÁTICA SUSCITADA POR LA REGULACION DE LA ACCESION EN LA COMUNIDAD CONYUGAL DE GANANCIALES.—6. EL CARACTER MARCADAMENTE CAUSALISTA DE NUESTROS SISTEMAS CONTRACTUAL E HIPOTECARIO COMO CLAVE PARA CONFIGURAR LOS NEGOCIOS JURIDICOS DE TRANSMISION DE BIENES DE LOS PATRIMONIOS PRIVATIVOS AL GANANCIAL.

1. PLANTEAMIENTO

La regulación legal de la sociedad de gananciales en nuestro Código Civil, tras un intento de definición del régimen económico matrimonial legal supletorio, en defecto de pacto en capitulaciones matrimoniales (art. 1.344 CC), y

la determinación del momento de su comienzo (art. 1.345 CC), se realiza sobre la base de la distinción entre los bienes privativos de cada uno de los cónyuges (art. 1.346 CC) y los bienes gananciales (art. 1.347 CC).

Esta distinción aparece articulada sobre algunos pilares fundamentales, cuales son la propia naturaleza de la sociedad de gananciales como comunidad de adquisiciones a título oneroso, y ciertos principios esenciales del derecho patrimonial, como la subrogación real o la aplicación de las reglas de la accesión, así como las derivadas de los necesarios reintegros y reembolsos para restablecer el equilibrio entre masas patrimoniales (1).

A ello debe añadirse la clara voluntad del legislador de presumir el carácter ganancial de los bienes cuando no pueda probarse su condición de privativos, así como la consagración expresa del principio de libre contratación entre los cónyuges; circunstancias ambas que han venido a fundamentar la existencia de diferentes supuestos de alteración del carácter de los bienes, cuyo soporte legal no siempre es claro, o que se basan en interpretaciones discutibles de algunos preceptos legales.

Entre estas alteraciones, destaca la reciente tendencia a convertir los bienes privativos en gananciales al amparo de la libertad de pacto o estipulación y contratación conyugal (2.) Para ello se ha generalizado un llamado «negocio jurídico de aportación» a la sociedad de gananciales, de difícil encaje legal (3) y de notable interés tanto para la dogmática jurídica, como para la práctica notarial y registral.

(1) El equilibrio entre las masas resulta del hecho de que toda salida patrimonial es compensada con la entrada en su lugar de un bien o derecho, ya sea en virtud de la aplicación del mecanismo de la subrogación real, ya del de los reintegros o reembolsos. La subrogación real es el mecanismo idóneo para mantener el equilibrio entre las masas patrimoniales cuando tienen lugar desplazamientos patrimoniales que son consecuencia de contratos onerosos traslativos de dominio o de otros derechos reales o de crédito, celebrados entre cónyuges o con terceros, mientras que los reintegros o reembolsos son el correlativo mecanismo equilibrador de desplazamientos patrimoniales acaecidos entre masas de la sociedad conyugal, cuando éstos no derivan de un contrato (vid., J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La atribución voluntaria de ganancialidad*, 1986, pág. 54).

(2) A juicio de J. M. CHICO Y ORTIZ, nos hallaríamos ante una especie de «revolución ideológica» de principios, ya que la reforma del Código Civil se orientaba más al sistema de separación de bienes del Derecho catalán, que a la sociedad de gananciales o las Comunidades Forales existentes; en ese contexto se suprime la «potestad marital» y se reduce la posibilidad del régimen «matriarcal». Sin embargo, comenzaron a surgir «conversiones» de bienes privativos en gananciales, y con ello se empezaban a romper los esquemas de la reforma; preguntándose el autor si la libertad de pacto está regresando al antiguo sistema de gananciales o si hay otra razón que encubre y se aprovecha de dicha libertad (vid., «La sociedad conyugal de gananciales y las aportaciones a la misma», en *RCDI*, núm. 614, 1993, pág. 220).

(3) Vid., J. M. CHICO Y ORTIZ, «Comentario a la RDGRN de 10 de marzo de 1989», en *RCDI*, núm. 602, 1991, pág. 227; I. CARPIO GONZÁLEZ, «Aportación a la Sociedad de Gananciales (Conversión voluntaria de bienes privativos en gananciales)», en *Bol. Col. Not. Granada*, núm. 125, mayo de 1991, pág. 1179.

La mayoría de las construcciones doctrinales favorables a la existencia de este negocio jurídico, manejan como argumento fundamental la libertad de contratación del artículo 1.323 del Código Civil, si bien no se pronuncian sobre el contrato que los cónyuges deben llevar a cabo, y si es cierto que los cónyuges pueden realizar entre sí toda clase de contratos no lo es menos que esos contratos o son los expresamente tipificados en el Código Civil, reuniendo sus características esenciales o, si se trata de un contrato atípico amparado en la libertad de contratación del artículo 1.255 del Código Civil, debe reunir los requisitos sustanciales de todo contrato conforme al artículo 1.261 del Código Civil, resultando especialmente problemática la existencia del requisito causal en este pretendido negocio de aportación.

La configuración de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales como una comunidad —con independencia de lo insatisfactorio que pueda resultar adscribirse a la tesis dominante de la comunidad *germánica*—, o una sociedad sin personalidad jurídica del artículo 1.669 del Código Civil, que en el fondo será una comunidad (4), alejándonos de las tesis societarias constituye el punto de partida básico para negar la existencia autónoma de una «aportación» sin necesidad de causa específica, la cual sólo se da en el contrato de sociedad dotada de personalidad jurídica y con causa típica.

También se acude, muy generalizadamente, al artículo 1.355 del Código Civil que consagra una llamada «atribución voluntaria de ganancialidad» respecto de las adquisiciones onerosas producidas constante matrimonio, de manera que se ha tratado de atribuir a los cónyuges, en virtud de este precepto, la posibilidad de sobrepasar incluso los límites del artículo 1.323 del Código Civil, que les permite sólo contratar como los demás sujetos intervinientes en el tráfico, pero no más allá. Si bien un estudio reflexivo del precepto puede servir para alejar el supuesto contemplado en el mismo de las adquisiciones, fruto de la contratación entre los cónyuges, y del pretendido negocio de aportación social.

En la mayor parte de las ocasiones en que se ha acudido, tanto en la práctica notarial, como en la calificación registral y en las Resoluciones de la Dirección General, al negocio jurídico de aportación, nos hallamos ante supuestos de accesión en los cuales sobre la base de bien privativo se realiza edificación, plantación o mejora a cargo de los bienes gananciales, con el fin de evitar la regla general de accesión consagrada en el artículo 1.359 del Código Civil.

Pero un análisis de las argumentaciones utilizadas para eludir la aplicación del precepto puede servir para convencernos de su falta de solidez y fundamentación. Si bien es cierto que en este punto hubiera sido más desea-

(4) Vid., R. M. ROCA SASTRE, «Naturaleza jurídica de la aportación social», en *RGLJ*, núm. 179, 1946, pág. 435.

ble la anterior solución legislativa de la «accesión invertida», ello no justifica que pueda forzarse el tenor literal de un precepto que no admite muchas dudas interpretativas, mediante su dudosa conexión con el artículo 1.355 del Código Civil y con la tan utilizada libertad de contratación interconyugal.

Se han manejado así diversas argumentaciones que tratan de justificar o defender la existencia autónoma de un negocio jurídico de aportación a la sociedad de gananciales (5); destacando las siguientes construcciones doctrinales:

A. CABANILLAS SÁNCHEZ (6) considera que la supresión del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial ha provocado la desaparición de uno de los argumentos principales alegados para poner trabas a la contratación entre cónyuges, sin que ello implique que éstos puedan cambiar o modificar el régimen económico matrimonial incumpliendo los requisitos de fondo y forma para otorgar capitulaciones matrimoniales. Sin embargo, entiende que al permitir el Código Civil reformado los contratos traslativos, la calificación de los bienes puede verse alterada por el desplazamiento de un patrimonio a otro, sin que sea necesario para tal efecto el pacto capitular (7).

J. M. OLIVARES JAMES (8) señala que, en principio es preferible acudir directamente a la vía negocial dispositiva adecuada cuando se trata de alterar la naturaleza de un bien ya calificado como privativo, expresando el contrato causal que provoca el desplazamiento (donación, compraventa, aportación a la comunidad). Pero, si no se hace así, la atribución abstracta de naturaleza ganancial a un bien ya fijado de antemano como privativo, tendría el carácter de un negocio de comunicación de bienes o de puesta en común por voluntad de las partes, en el que el recíproco equilibrio de las prestaciones, que es causa de dichos contratos, quedaría garantizado por el obligado reembolso al cónyuge aportante del importe actualizado del bien al tiempo de la liquidación conforme al artículo 1.358 (9).

(5) En otros casos se habla de un negocio o contrato de aportación de bienes a la sociedad de gananciales, presuponiendo su existencia y sin fundamentarlo. Vid., M. T. MARTÍN MELÉNDEZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, 1995, págs. 385-386.

(6) Vid., A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «Las consecuencias de la mutabilidad del régimen económico matrimonial según el Código Civil», en *Libro homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, tomo V, 1988, págs. 83-154.

(7) Vid., A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las consecuencias de la mutabilidad del régimen económico...* *loc. cit.*, pág. 148.

(8) Vid., J. M. OLIVARES JAMES, «LOS contratos traslativos de dominio entre cónyuges y los efectos de la confesión conforme al nuevo artículo 1.324 del Código Civil», en *AAMN*, núm. XXV, 1982, págs. 279-326.

(9) Vid., J. M. OLIVARES JAMES, *LOS contratos traslativos...*, *loc. cit.*, pág. 312.

M. DE LA CÁMARA ALVAREZ (10), en parecido sentido, considera que si la naturaleza de un bien quedó fijada al tiempo de adquirirlo como privativo, es obvio que su calificación posterior como ganancial comporta una transferencia de la propiedad del bien del patrimonio privativo de uno de los cónyuges al patrimonio ganancial. Así las cosas parece lo más sencillo, si se quiere efectuar esta transferencia, que se apele a un negocio traslativo típico, compraventa, donación, permuta, etc. Pero, se suma a lo que entiende criterio mayoritario, al decir que sin perjuicio de que la vía directa (es decir la celebración de un negocio traslativo típico) sea la más clara y segura, también debe bastar el simple acuerdo de los esposos para que la modificación tenga lugar; ya que, admitida la contratación entre cónyuges esta segunda vía también es practicable (11).

Para I. CARPIO GONZÁLEZ (12), estamos ante un negocio jurídico atípico —tiene ciertos reparos en considerarlo un contrato—, de transferencia dominical, dispositivo pero bilateral, sujeto a libertad de forma, causal, pero variable, por el cual uno de los cónyuges sustrae un bien de su dominio voluntariamente y lo transmite al otro, que acepta el tránsito, con carácter o naturaleza ganancial (13).

C. PASCUAL DE LA PARTE (14), en base a una amplísima interpretación del artículo 1.355, entiende posible la atribución *a posteriori*, del carácter ganancial a un bien inicialmente privativo, ya que, en cualquier caso, tal efecto podría conseguirse mediante una compraventa al admitirse la libertad de contratación entre los cónyuges. Debiendo añadirse, además, que de este modo se acerca nuestra legislación a la Compilación aragonesa, que dispone en su artículo 29, que: «Serán válidos aquellos pactos y declaraciones consignados en escritura pública, aún fuera de capítulos, por los cuales, a efectos de extender o restringir la comunidad, ambos cónyuges atribuyan a bienes muebles la condición de sitios, o a éstos la de muebles»; considerando el autor este acercamiento como deseable y conveniente (15).

(10) Vid, M. DE LA CÁMARA ALVAREZ, «La autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre la familia», en *Bol. Col. Not. Granada*, Separata núm. 9, mayo de 1986, págs. 5-186.

(11) Vid., M. DE LA CÁMARA ALVAREZ, «La autonomía de la voluntad...», *loc. cit.*, pág. 121.

(12) Vid., I. CARPIO GONZÁLEZ, «Aportaciones a la Sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, págs. 1177-1201.

(13) Vid., I. CARPIO GONZÁLEZ, «Aportación a la Sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, págs. 1195-1199.

(14) Vid., C. PASCUAL DE LA PARTE, «La atribución de ganancialidad de un bien privativo. Una correcta interpretación del artículo 1.355 del Código Civil», en *Bol. Col. Not. Granada*, núm. 108, diciembre de 1989, págs. 2287-2294; «Atribución de ganancialidad o privaticidad de los bienes de la sociedad conyugal: su causa», en *Bol. Col. Not. Granada*, núm. 134, febrero de 1992, págs. 629-641.

(15) Vid., C. PASCUAL DE LA PARTE, «La atribución de ganancialidad de un bien privativo...», *loc. cit.*, pág. 2290.

E. GARRIDO CERDA (16) basándose en la libertad de contratación entre los cónyuges admite, como inicial posibilidad, la alteración de la titularidad de los bienes gananciales, según las necesidades de los cónyuges en cada momento.

F. GARCÍA SERRANO (17), considera posible la aportación, fuera de capitulaciones y fundada en el artículo 1.355 del Código Civil, como el medio más adecuado para alterar las consecuencias de la simple aplicación del artículo 1.359 del Código Civil.

J. L. LACRUZ BERDEJO (18), señala que, en virtud del artículo 1.355 del Código Civil, es posible, por acuerdo de los esposos, conferir el carácter de bien ganancial a uno que ya era propio de uno de ellos. La diferencia entre esta aportación y una venta consistiría en que el precio no habría de ser cierto, de modo que valdría la atribución a la comunidad de un objeto cuyo valor, a efectos del correspondiente reembolso, no se hubiera determinado (19).

S. ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA (20) se muestra muy favorable a la modificación por acuerdo del carácter o calificación de los bienes, si bien no habla *stricto sensu* de negocio de aportación. Dicha modificación, fundada en la libertad de contratación, se produciría ya mediante un contrato típico (compraventa, donación), ya mediante «el simple acuerdo de calificación» que al variar el carácter del bien produciría una transmisión dominical. Esta posibilidad de variar la calificación produciría los mismos efectos que un contrato cualquiera (21).

J. A. MARTÍNEZ SANCHÍS (22) habla de un negocio de fijación o negocio de destinación, basado en la atribución voluntaria de ganancialidad del artículo 1.355 del Código Civil, que implicará una dotación a la sociedad de gananciales.

Argumentaciones análogas han sido manejadas por las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado:

(16) Vid., E. GARRIDO CERDA, «Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro», en *RDN*, núm. CXV, 1982, págs. 87-122.

(17) Vid., F. GARCÍA SERRANO, «Notas sobre la posible aplicación actual del principio de accesión invertida en la sociedad de gananciales», en *Bol. Col. Not. Granada*, núm. 74, febrero de 1987, págs. 261-267.

(18) Vid., J. L. LACRUZ BERDEJO; F. DE ASÍS SANCHO REBULLIDA; A. LUNA SERRANO; F. RIVERO HERNÁNDEZ, Y J. RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho civil*, t. IV, Derecho de familia, vol. 1.º, 3.ª ed., 1990, págs. 403 y sigs.

(19) Vid., J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., t. IV, vol. 1.º, pág. 403.

(20) Vid., S. ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, «La contratación entre cónyuges en el sistema ganancial», en *el Libro homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. 1.º, 1988, págs. 213-294.

(21) Vid., S. ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, «La contratación entre cónyuges...», loc. cit., pág. 245.

(22) Vid., J. A. MARTÍNEZ SANCHÍS, «Casos dudosos de bienes privativos y gananciales», en *AAMN*, núm. XXVI, pág. 401.

La *RDGRN de 10 de marzo de 1989* (23), declara inscribible la conversión de un bien privativo en ganancial en base de una edificación y adjudicación posterior en terreno privativo al amparo de la libertad de contratación del artículo 1.323 del Código Civil y a pesar de lo que dispone el artículo 1.359 del Código Civil, señalando el fundamento jurídico tercero que: «Respecto a [...] la posibilidad de asignar por mutuo acuerdo de los cónyuges carácter ganancial a la vivienda que por vía de disolución de comunidad se adjudica a uno de ellos en pago de su cuota indivisa privativa, ha de señalarse: a) Que el artículo 1.359 del Código Civil no puede ser aplicado más allá de su ámbito propio y su interpretación no puede desconectarse de las restantes normas introducidas por la reforma de 13 de mayo de 1981; dicho precepto se limita a rectificar el criterio del antiguo artículo 1.404.2.º del Código Civil, declarando que la edificación durante el matrimonio, por sí sola, no altera la naturaleza privativa de la finca correspondiente, pero no prejuzga, ni es su cometido hacerlo, sobre la facultad de los cónyuges para provocar el desplazamiento de la finca edificada desde el patrimonio privativo de uno de ellos en favor del consorcial. b) Que aun cuando la hipótesis considerada no encaja en el ámbito definido por la norma del artículo 1.355 del Código Civil [...], no por ello ha de negarse la validez y eficacia del acuerdo contenido en la estipulación III de la escritura calificada, toda vez que los amplios términos del artículo 1.323 del Código Civil posibilitan cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges y por ende, entre sus patrimonios privativos y el consorcial, siempre que aquéllos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto —*entre los cuales, no puede desconocerse el negocio de aportación de derechos concretos a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente o de comunicación de bienes como categoría autónoma y diferenciada, con sus propios elementos y características*—, y cuyo régimen jurídico vendrá determinado por las previsiones estipuladas por los contratantes dentro de los límites legales [...]. Por tanto, la errónea alegación del artículo 1.359 del Código Civil no permite sin más rechazar la inscripción solicitada. Cuestión distinta es la de decidir si en el acuerdo debatido concurren todos los elementos determinantes de la validez y efectividad de la aportación pretendida [...]».

La *RDGRN de 14 de abril de 1989* (24), vuelve a establecer la misma solución y con idéntica argumentación; en este caso los tres propietarios de un solar indiviso declaran haber construido sobre el mismo, a expensas de sus sociedades conyugales, una edificación determinada, a continuación dividen horizontalmente el inmueble y disuelven el condominio existente adjudicando las viviendas resultantes. Los copropietarios habían adquirido sus respectivas cuotas indivisas por título de donación, pero convienen con sus cónyuges que las viviendas que se les adjudiquen tengan carácter ganancial.

(23) Cf. *RAJ*, 1989, núm. 2.468.

(24) Cf. *RAJ*, 1989, núm. 3.403.

El fundamento jurídico tercero de la Resolución es reproducción exacta del anteriormente transcrito, de la *RDGRN de 10 de marzo de 1989*.

En Resoluciones posteriores la Dirección General va tratando de frenar el gran número de casos en que se pretende engordar la sociedad de gananciales y, aun admitiendo el principio de libertad de pacto del artículo 1.323 del Código Civil dice que ese desplazamiento patrimonial puede realizarse venta, permuta, donación u otro título suficientemente causalizado.

Así, la *RDGRN de 25 de septiembre de 1990* (25) contempla el caso de una compra de un local comercial por dos esposos casados bajo el régimen legal de gananciales, atribuyendo al bien comprado con precio totalmente aplazado, carácter ganancial en cuanto a un 40 por 100 y privativo del marido en el 60 por 100 restante, solicitando del Registrador la inscripción en tales términos, que éste suspende en cuanto al 60 por 100 por no acreditarse el carácter privativo de la contraprestación respectiva mediante la prueba documental pública.

Aunque el tema central de la Resolución era el de la posible atribución de privaticidad de un bien *ex* artículo 1.355 del Código Civil, en el fundamento jurídico tercero se recoge que: «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 art. 1.323 del Código Civil, respecto del cual el art. 1.355 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 éstos, 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 y cuyo régimen jurídico vendrá determinado en función de esa específica causalización [...]».

En la *RDGRN de 21 de enero de 1991* (26), en un supuesto de donación de fincas en nuda propiedad a la hija de un matrimonio en que se reservan los esposos para sí el usufructo conjunto y sucesivo, incidentalmente la Dirección General de los Registros, en su apartado cuatro y apartándose del tema central del usufructo conjunto o sucesivo y la alteración o no de los capítulos matrimoniales y las masas de bienes dice que: «ya es doctrina reiterada de esta Dirección —cf. sobre todo en la *R. de 25 de septiembre de 1990*—, 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».

La *RDGRN de 7 de octubre de 1992* (27) se refiere a una aportación a la sociedad de gananciales de unas participaciones indivisas que tanto el marido

(25) Cf. *RAJ*, 1990, núm. 7.153.

(26) Cf. *RAJ*, 1991, núm. 592.

(27) Cf. *RAJ*, 1992, núm. 8.302.

como la mujer han adquirido a título gratuito y con carácter privativo. Aquí habla la Resolución de un negocio de atribución patrimonial o de comunicación de bienes, con base en el artículo 1.355 del Código Civil y siguiendo el cauce marcado en otras Resoluciones llega al problema final planteando la cuestión de su la causa del negocio aparece plenamente expresada para la calificación registral.

Si bien los peligros de esta construcción en relación con posibles fraudes a terceros o al Fisco y las dudas de legalidad del mismo son tan evidentes que han llevado a plantear preguntas cómo si deberá el Registrador admitir a inscripción tal documento —el que contenga el llamado negocio jurídico de **aportación**—, aun faltando un escalón negocial, un contrato típico o atípico con su correspondiente expresión causal, aun vulnerando principios tan esenciales en nuestro Derecho hipotecario, como la necesaria expresión de la causa del título, o a las exigencias del principio de tracto sucesivo; o si deberá el Fisco permitir la no sujeción a gravamen de una transmisión encubierta, pero real; o si deberán los herederos forzosos y acreedores verse en la necesidad de probar que se ha producido una transmisión para impugnarla, cuando la realidad de tal transmisión resulta de la sola contemplación de los antecedentes del negocio (28).

Y aunque es cierto que la terminología «negocio de aportación» comenzó a utilizarse por la legislación fiscal, al señalar el artículo 48.I.B.3 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados de 30 de diciembre de 1980, que quedaban exentas las aportaciones de los cónyuges a la sociedad conyugal; y que esta terminología ha sido mantenida por el artículo 45.I.B.3 del nuevo Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y por el artículo 88.I.B.3. del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, a cuyo tenor: Estarán exentas del impuesto: «3. Las aportaciones de bienes y derechos

(28) Vid., M. C. RIBERA PONT, «La atribución de ganancialidad del artículo 1.355 del Código Civil», en *RCDI*, 1983, pág. 1431; S. ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, pese a su decidida defensa de lo que él llama «libertad de calificación con efectos **transmisivos**», señala que: «cosa importante es valorar la incidencia y posible perturbación que la mencionada libertad de calificación pueda producir en el tráfico jurídico, así como todos los problemas que puedan derivarse de los posibles fraudes, pero sin que todo ello pueda cuestionar la validez y legitimidad de estos negocios jurídicos interconyugales, y mucho menos justificar su prohibición» (vid., «La contratación entre cónyuges...», *loc. cit.*, pág. 248); si bien, la validez y legitimidad de estos negocios no se cuestionan por las posibilidades de fraude a que pueden dar lugar o por las consecuencias perturbadoras para el tráfico jurídico, sino, fundamentalmente, por no cumplir los requisitos elementales de existencia que nuestro sistema contractual exige.

verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal [...]». Sin embargo no pueden dejar de hacerse las siguientes observaciones críticas:

1.º Que la referencia del antiguo TRITPAJD a las «aportaciones» es anterior a la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981 y esas aportaciones sólo podían ser las de la dote, los parafernales, las donaciones, los bienes propios, etc., que constituían las capitulaciones anteriores al matrimonio (29), y constituye un anacronismo seguir manteniendo esa terminología en las nuevas redacciones del Real Decreto Legislativo que aprueba la Ley y el Real Decreto que aprueba el Reglamento sobre el impuesto (30).

2.º Que, en cualquier caso, la utilización del término «aportación», referido a la sociedad de gananciales, que no tiene naturaleza societaria y no goza de personalidad jurídica es una evidente incorrección, que se le puede «perdonar» al legislador fiscal pero en ningún caso puede justificar que se utilice por parte de la doctrina civilista esa desafortunada referencia para argumentar en favor de la existencia autónoma del pretendido negocio.

Resulta en fin, muy interesante observar el giro tan radical que se ha producido en las argumentaciones de las Resoluciones de la Dirección General que, como hemos visto, se manifestaron en un primer momento muy favorables a acoger la nueva figura y que tendremos ocasión de examinar en otra parte de nuestro trabajo.

2. LA NATURALEZA NO SOCIETARIA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES COMO BASE PARA NEGAR LA EXISTENCIA DEL NEGOCIO JURIDICO DE APORTACION

La determinación de la naturaleza jurídica del régimen económico matrimonial que el Código Civil denomina «sociedad de gananciales», plantea no pocos problemas, lo cual es lógico, tratándose de una institución compleja que, por presentar perspectivas muy distintas, se resiste a quedar encerrada en una fórmula sencilla, capaz de recoger sus diversos aspectos de una manera omnicomprendensiva y total (31). Si muchas han sido las formulaciones concre-

(29) Vid., J. M. CHICO Y ORTIZ, «La sociedad conyugal de gananciales y las aportaciones a la misma...», *loe. cit.*, pág. 229.

(30) Siendo por otra parte evidente, como ya dijera J. M. CHICO Y ORTIZ, que si el legislador fiscal se hubiera dado cuenta de «ese filón» que iban a suponer las «aportaciones» se hubiera lanzado a gravarlas (vid., «La sociedad conyugal de gananciales y las aportaciones a la misma...», *loe. cit.*, pág. 229).

(31) Vid., J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, «La nueva sociedad de gananciales», en *RDN*, núms. CXVII-CXVIII, 1982, pág. 191; *Comentarios al Código Civil y Compilaciones fiscales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA, t. XVIII, vol. 2.º, 1984, pág. 2.

tas debe destacarse, por lo que a nuestro objeto de estudio se refiere, la contraposición entre las tesis societarias y comunitarias.

En el contrato de sociedad, dos o más personas se agrupan, obligándose a aportar bienes o servicios al ejercicio conjunto de una actividad económica lucrativa, para repartir las ganancias (32); es pues esencial la constitución de un fondo común con las aportaciones de los socios, suponiendo este requisito que cada uno de los socios aporte o se obligue a aportar algo a la sociedad y que lo aportado se haga común a todos los socios (33). Dicha organización da lugar a una nueva personalidad jurídica, diferente de las individuales de los socios que la integran. Por contra, en la comunidad de bienes, dos o más personas se obligan a poner bajo su común titularidad, y para el ejercicio de la misma, bienes que les pertenecen individualmente, respetándose la individualidad de los miembros; en este caso no surge ninguna nueva persona jurídica (34).

La diferenciación entre ambas figuras jurídicas es fundamental, ya que el negocio jurídico de aportación sólo tiene sentido en la sociedad, en base a su personalidad jurídica y su autonomía patrimonial.

La naturaleza jurídica de la aportación social ha sido detalladamente estudiada por ROCA SASTRE (35), que, desde el primer momento conecta el tema con «la esencia básica de la doctrina de la persona jurídica» (36), y para quien: «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, constituyendo un acto o negocio jurídico de comunicación de bienes [...] por virtud del cual se hacen comunes cosas que antes eran de propiedad exclusiva de los aportantes» (37).

Su tesis se centra en evitar a toda costa que a la aportación se la configure como una negocio oneroso, ya que con ello se pueden dar solución a problemas de capacidad como el del menor de edad emancipado, la materia de retractos, la figura del laudemio, el juego de la acción pauliana y la discutida figura del tercero protegido por el Derecho hipotecario (38).

(32) Vid., *La constitución convencional de comunidades: el contrato de comunicación de bienes*, 1994, pág. 107.

(33) Vid., *Comunidad de bienes y sociedad civil (aspectos civil y fiscal)*, 1993, pág. 160.

(34) Vid., M. I. TRUJILLO CALZADO, *La constitución convencional de comunidades: el contrato de comunicación de bienes*, 1994, pág. 107.

(35) Vid., R. M. ROCA SASTRE, «Naturaleza jurídica de la aportación...», *loc. cit.*, págs. 413-457.

(36) Vid., R. M. ROCA SASTRE, «Naturaleza jurídica de la aportación...», *loc. cit.*, pág. 413.

(37) Vid., R. M. ROCA SASTRE, «Naturaleza jurídica de la aportación...», *loc. cit.*, págs. 418-419.

(38) Vid., R. M. ROCA SASTRE, «Naturaleza jurídica de la aportación...», *loc. cit.*, págs. 426-457.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina sostiene que la aportación social en fase de constitución o posterior, implica una transferencia del socio a la Sociedad en base de la personalidad jurídica de la misma y su autonomía patrimonial (39). El socio traspasaría con la aportación una cosa suya a la Sociedad, de modo que el bien mueble o inmueble aportado es objeto de una adquisición por la Sociedad, considerada como persona jurídica distinta de los socios. La aportación se remuneraría con acciones de la Sociedad a la cual se transfiere la cosa aportada (40).

Así calificado el negocio de aportación, es evidente que sólo podría aplicarse a la sociedad de gananciales si se configurase como una sociedad civil u otra similar, o un patrimonio adscrito a un fin y dotado de personalidad jurídica, ya que en todos estos casos hay una contraprestación, es decir, hay lo que conforme al artículo 1.277 del Código Civil se denomina «causa» (41); lo que —como tendremos ocasión de **examinar**— no sucede en absoluto.

La consideración de la sociedad de gananciales como una comunidad ha sido mayoritaria en nuestra doctrina civilista; el problema ha venido a la hora de determinar qué clase de comunidad constituye. Destacan las tesis que la consideran una comunidad limitada a las adquisiciones o ganancias que se integraría en un patrimonio al que se atribuyen preferentemente unas cargas y unas deudas comunes, destinadas a satisfacer las necesidades del consorcio social, las propias de cada cónyuge en el desempeño regular de su actividad profesional o económica las derivadas de la administración ordinaria de los bienes privativos, quedando fuera de la misma, por ello, los bienes privativos de cada uno, pero no los beneficios que produzcan estos bienes que se integran igualmente en la comunidad por extenderse a ellos la calificación de gananciales (42); se trataría de una comunidad que recae sobre un patrimonio separado, puesto que no se confunde con el patrimonio privativo de cualquiera de los cónyuges (43).

(39) Vid., J. M. CHICO Y ORTIZ, «Comentario a la RDGRN de 10 de marzo de 1989...», *loc. cit.*, pág. 229.

(40) Vid., R. M. ROCA SASTRE, «Naturaleza jurídica de la aportación...», *loc. cit.*, págs. 417-418.

(41) Vid., J. M. CHICO Y ORTIZ, «Comentario a la RDGRN de 10 de marzo de 1989...», *loc. cit.*, pág. 229.

(42) Vid., J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, «La nueva sociedad...», *loc. cit.*, págs. 192-193; *Comentarios...*, *cit.*, págs. 2-3; señalando este autor que este régimen se caracteriza porque atribuye a determinados bienes y derechos (las ganancias y beneficios de los cónyuges), la condición de comunes o gananciales, con los que se constituye «un patrimonio en comunidad» perteneciente a ambos cónyuges, que se halla afecto a unas cargas o deudas comunes, surgidas tanto de las necesidades de la sociedad conyugal, como de los respectivos patrimonios privativos, destinándose los remanentes que existieren a la disolución de la comunidad a ser repartidos por mitad entre ambos cónyuges (vid., «La nueva sociedad...», *loc. cit.*, pág. 252).

(43) Vid., J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, «La nueva sociedad...», *loc. cit.*, pág. 258; *Comentarios...*, *cit.*, pág. 57.

En cuanto comunidad, prevalece, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en las Resoluciones de la Dirección General —especialmente a partir de la *RDGRN, de 30 de junio de 1927*— (44), la tesis de que no nos hallamos ante una comunidad ordinaria o de tipo romano, sino que responde a la idea un tanto vaga o imprecisa de lo que la doctrina ha calificado de «comunidad en mano común», o comunidad de tipo germánico (*Gesamteigentum, Gemeinschaft zur gesamten Hand*) (45), en la que el derecho que ostentan los cónyuges afecta indeterminadamente al objeto, sin atribución de cuotas ni facultad de pedir la división mientras dura la sociedad, a diferencia de lo que sucede con el condominio romano, con cuotas definidas y en donde cabe el ejercicio de la acción de división de la cosa común; de modo que en la sociedad de gananciales no se es dueño de la mitad de los bienes comunes, sino que ambos esposos conjuntamente tienen la titularidad del patrimonio ganancial (46).

Si bien se ha criticado la gran imprecisión de tal afirmación y la elasticidad de la figura, donde caben grupos de caracteres muy diversos y aun opuestos, que sólo tienen de común la indisponibilidad individual de partes de bienes (47).

(44) En el año 1924 (*RDGRN de 12 de mayo de 1924*), la Dirección General apunta por primera vez el concepto de mancomunidad como fórmula explicativa de la comunidad ganancial, considerando que los bienes gananciales pertenecen a los cónyuges en mancomún. Pero es la *RDGRN de 30 de junio de 1927*, la que de una manera clara utiliza el esquema de la comunidad germánica. Considerando que «entre las distintas construcciones jurídicas que en la técnica moderna tratan de explicar la situación jurídica de la llamada sociedad de gananciales, parece ajustarse a lo dictado de nuestro Derecho positivo, la que admite una especie de mancomunidad de bienes entre marido y mujer sin atribución de cuotas, ni facultad de pedir la división mientras dure la vida común». Y la DGRN vuelve a referirse a la comunidad germánica en muchas otras ocasiones, destacando las *RRDGRN, de 12 de diciembre de 1935, 8 de noviembre de 1944, 20 de octubre de 1958 y 2 de febrero de 1983*. Destacando también las *SSTS de 26 de septiembre de 1986, 29 de septiembre de 1986, y 29 de diciembre de 1987*.

(45) Vid., B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. CASTÁN TOBEÑAS, *Notas a KIPP y WOLF, Tratado de Derecho civil de L. Enneccerus*, t. IV, vol. 1.º, Derecho de familia, trad. española, 1941, pág. 440; R. M. ROCA SASTRE, «La comunidad de gananciales: destino de estos bienes en caso de renuncia», en *RCDI*, 1930, págs. 161 y sigs.; J. L. LACRUZ BERDEJO, «En torno a la naturaleza jurídica de la comunidad de gananciales del Código Civil», en *RGLJ*, núm. 187-1, 1950, págs. 7 y sigs.; J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, «La renuncia a la sociedad legal de gananciales», en *ADC*, núm. XIII, 1960, págs. 112 y sigs.; HERNÁNDEZ-ROS, «Naturaleza jurídica de la comunidad conyugal», en *RDP*, núm. XXVII, 1943, págs. 507-516; M. DE LA CÁMARA ALVAREZ, «La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad», en *ADC*, núm. XXXIX-II, 1986, pág. 341; J. PUIG BRUTAU, *Compendio de Derecho Civil*, t. IV, Derecho de familia. Derecho de sucesiones, 1991, pág. 88.

(46) Según ha señalado expresamente la *RDGRN de 2 de febrero de 1983*.

(47) Vid., J. L. LACRUZ BERDEJO, quien, pese a señalar que la comunidad matrimonial cabe, en líneas generales, dentro de la figura de la comunidad en mano común, entiende que no le parece indiscutible la utilidad de clasificarla de esa manera, y no, mejor, dentro del género «comunidad», como «comunidad sobre un patrimonio», y, particularizando

No faltando quienes opinan que decir que en la sociedad de gananciales nos hallamos ante una comunidad germánica o en mano común, no es decir nada o que la tesis de la comunidad germánica, aplicada a la sociedad de gananciales, sirve para muy poco, como no sea para darle una connotación más institucional y menos contractual. Reseñándose además que de las múltiples cuestiones planteadas por el funcionamiento de la sociedad de gananciales, el concepto de comunidad germánica sólo puede resolver, a lo más, el problema del comportamiento patrimonial de la sociedad de gananciales y que como esquema mental resulta insuficiente para comprender aquellos supuestos en los que la sociedad carece de patrimonio inicial o en los que por razones de fortuna el patrimonio es inexistente, sin que, por otro lado, explique el impulso o proyección hacia el futuro que informa toda la vida y el dinamismo de la sociedad de gananciales (48). Todo lo cual nos llevaría al más complejo problema de la inidoneidad, o al menos a la inutilidad, de la trasposición de la figura de la comunidad germánica al Derecho español.

La propia *STS de 17 de abril de 1967*, que puede considerarse crucial en la evolución de la tesis de la comunidad germánica, afirma que la sociedad de gananciales carece del dinamismo que caracteriza a las sociedades; que se acerca en su estructura a la comunidad germánica, *con la que ofrece analogía, pero sin identificarse con ella, y la califica como patrimonio especial vinculado a los fines del matrimonio, y que está regida por los principios rectores de la institución familiar y presidida por un fin transcendente*.

No faltando originales construcciones que se adscriben a la teoría de la comunidad romana (49) o que tratan de ver en la sociedad de gananciales una simbiosis entre la comunidad romana, por cuotas, y la germánica, en mano común; de modo que la comunidad ganancial sería una comunidad romana sobre un patrimonio dinámico de destino y que son los singulares bienes gananciales los que pertenecerían a ambos cónyuges en mano común,

más, sobre un patrimonio dinámico, vivo; no en liquidación (vid., «En torno a la naturaleza jurídica de la comunidad...», *loc. cit.*, págs. 31 y sigs.). En el mismo sentido, vid., J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, *cit.*, t. IV, vol. 1.º, pág. 393; M. DE LA CÁMARA ALVAREZ, «La sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, pág. 341.

(48) Vid., V. MAGARIÑOS BLANCO («Sociedad de gananciales y sociedad civil», en *ASN, Homenaje a Francisco Javier Manrique Romero*, 1989, págs. 305 y sigs.); «El órgano de administración de la sociedad de gananciales y la adquisición de bienes», en *ASN*, núm. IV, 1991, págs. 395 y sigs.; A. YAGO ORTEGA, para quien: «decirle [...] que la sociedad de gananciales es una comunidad en mano común es sumergirlo en la más espesa de las tinieblas. Y si no, ¿cuántos problemas se han resuelto partiendo de que la sociedad de gananciales es una comunidad en mano común? («Acerca de la titularidad sobre los gananciales», en *RDN*, núm. CIII, 1979, pág. 383); en parecido sentido, vid., J. A. MARTÍNEZ SANCHÍS, «Casos dudosos de bienes privativos y gananciales», en *AAMN*, núm. XXVI, pág. 363.

(49) Vid., V. GUILARTE GUTIÉRREZ, «La naturaleza jurídica de la actual sociedad de gananciales», en *ADC*, 1992, págs. 875 y sigs.

sin perjuicio de que puedan estar bajo la titularidad formal de uno solo de ellos (50). Si bien no consideramos muy afortunado el intento de configurar la comunidad ganancial como una comunidad simultáneamente romana y germánica, pues ambos tipos de comunidad son incompatibles entre sí y por lo tanto **excluyentes** (51).

De mayor entidad parecen las argumentaciones de quienes consideran que, si bien tradicionalmente se ha sostenido que la sociedad de gananciales es una comunidad y, concretamente, de carácter germánico, tal conceptualización no deja de ofrecer serios reparos al observar la normativa del Código Civil, fundamentalmente en tema de gestión, disposición y titularidad de los bienes gananciales. No resultando convincente el intento conceptualista de pretender encajonar a la sociedad de gananciales en uno de los moldes típicos de comunidad, de modo que a lo más cabría decir que se trata de una comunidad de tipo especial (52), o relativa (53).

En todo caso sería una comunidad caracterizada fundamentalmente por (54):

1.º Surgir en un régimen económico matrimonial, por lo que la condición de comunero es accesoria o inseparable de la condición de esposo o cónyuge, por eso es inalienable (55).

2.º Recaer sobre un patrimonio separado, no sobre bienes singulares o la suma de todos ellos (56); si bien este patrimonio no es autónomo, porque no es

(50) Vid., T. GIMÉNEZ DUART, «La adquisición y disposición de gananciales por un sólo cónyuge (ensayo contra el art. 1.322)», en *AAMN*, núm. XXVIII, págs. 256 y sigs.

(51) En el mismo sentido se manifiesta S. ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA (vid., «La contratación entre cónyuges...», *loc. cit.*, pág. 226).

(52) Vid., J. CASTILLO TAMARIT, para quien la sociedad de gananciales se compone de una masa de bienes y derechos, cuya titularidad se determina por las reglas generales del derecho, adscritos fundamentalmente al levantamiento de las cargas del matrimonio; por ello no debe verse una comunidad jurídica, sino una comunidad de tipo económico (vid., «Aspectos parciales de la reforma del Código Civil en tema de sociedades gananciales», en *RDN*, núms. CXXI-CXXII, 1983, págs. 10-11).

(53) En opinión de J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, nos hallamos ante un régimen de comunidad relativa en que se prevé la existencia de dos patrimonios y tres masas patrimoniales y cada uno de los cónyuges puede ser titular de bienes adscritos a diferentes masas (vid., *La atribución voluntaria...*, cit., pág. 17).

(54) Vid., J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, «La nueva sociedad...», *loc. cit.*, págs. 259-260; *Comentarios...*, cit., págs. 58-59; J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., t. IV, vol. 1.º, págs. 393-394.

(55) Señalando J. L. LACRUZ BERDEJO, que al primar el aspecto personal, el consorcio es accesorio a un matrimonio: existe por él y para él. Por eso, tanto la condición o cuota de comunero (inseparable de la de cónyuge) como el patrimonio conyugal en sí (inseparable, en cuanto tal, de los cónyuges), son inalienables (vid., *Elementos...*, cit., t. IV, vol. 1.º, pág. 393).

(56) Señalando J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS que, como patrimonio separado, se halla afecto a una responsabilidad que es distinta de la responsabilidad general de los

el titular exclusivo de los bienes y derechos que le componen, al no tener personalidad jurídica independiente; por ello, las titularidades se reparten entre los comuneros y la comunidad, de manera que, aunque el *derecho pro parte*, recaiga potencialmente sobre el todo, al no tener entidad propia por faltarle esta autonomía, y no poder ser objeto de derechos unitariamente, se materializa no sobre el patrimonio en su conjunto, sino sobre los bienes singulares que lo componen, que son los que tienen en el tráfico la condición de gananciales.

3.º No constituir una persona jurídica, sino una comunidad que, ella misma, no es sujeto de derecho. A la comunidad, y por tanto a los comuneros, pertenecen conjuntamente los bienes, y el derecho de tales comuneros (los cónyuges) igual que en la copropiedad de una cosa, se resuelve en participaciones. Estas participaciones no recaen ni pueden recaer sobre el patrimonio como un todo, porque el patrimonio no es un objeto unitario de derecho y así, afectan directamente a cada uno de los objetos que lo integran; pero el derecho de los comuneros afecta al objeto indeterminadamente: *sin cuotas* (57).

Pese al triunfo de las tesis comunitarias (58), no han faltado críticas (59) y debe resaltarse la proximidad en ciertos aspectos, entre la sociedad

patrimonios personales, a los que sustituye ordinariamente en el levantamiento de las cargas matrimoniales y de las propias cargas personales en interés de la sociedad conyugal (vid., «La nueva sociedad...», *loc. cit.*, pág. 260).

(57) Señalando J. L. LACRUZ BERDEJO que la cuota existe sólo sobre el conjunto y por eso podemos calificar a esta comunidad de universal (vid., *Elementos...*, cit., t. IV, vol. 1.º, pág. 394).

(58) M. ALBALADEJO GARCÍA señala que, «Desde luego [...] hay una comunidad y no una sociedad [...]. No obstante, la ley, por conservar una terminología tradicional habla reiteradamente de "sociedad de gananciales". Lo que, sin embargo, no hace sociedad a la comunidad ganancial, sino una comunidad a la que, quizás [...] se le puede aplicar las [reglas] de otra figura: la sociedad» (vid., *Curso de Derecho civil*, t. IV, «Derecho de familia», 7.ª ed., 1996, pág. 170); L. Díez PICAZO y A. GULLÓN entienden que tras la reforma de 1.81, no resulta fácil adoptar una decisión simplista entre sociedad y comunidad. Aparentemente se acentúa el carácter comunitario, y así el artículo 1.344 del Código Civil pone un cierto énfasis en la expresión: «se hacen comunes», términos que se repiten en bastantes artículos, y se ha eliminado la regla de remisión a las normas del contrato de sociedad. Y concluyen afirmando que, aunque la sociedad de gananciales no deja de tener enormes contactos con la idea societaria, encajando sin muchas dificultades en el concepto de sociedad universal de ganancias del artículo 1.675 del Código Civil, atendiendo a la regulación legal, no hay duda de que el mecanismo ideado ha sido el de la comunidad, que posee un carácter instrumental, pues de este modo se hace conjunta la ganancia antes de su determinación exacta y reparto en la disolución de la sociedad (vid., *Sistema de Derecho civil*, t. IV, «Derecho de familia. Derecho de sucesiones», 6.ª ed., 1992, pág. 174).

(59) Así, para R. BLANQUER UBEROS, aun aceptando y acatando la norma general de existencia de una comunidad, ni la idea de comunidad es suficiente por sí sola para explicar el régimen de gananciales, ni la comunidad nacida en la sociedad de gananciales, y sus problemas pueden resolverse mediante la aplicación analógica de conceptos de comunidad tipificados en el derecho para otras situaciones ni mediante la de sus normas

de gananciales y la sociedad civil (60), especialmente con la sociedad universal de ganancias que se reparten al disolverse el consorcio, definida por el artículo 1.675 del Código Civil y cuyos socios no han de dedicarse todos, necesariamente, a procurarse lucros mediante una actividad empresarial o profesional, pudiendo uno de ellos levantar las cargas extralaborales de los

particulares. Considerando además, que la nota definitoria del régimen de sociedad de gananciales se manifiesta, en el momento de su disolución, en la atribución efectiva y definitiva de la parte de cada cónyuge en las ganancias; siendo esta nota coherente con la idea de sociedad, de la que no se ha prescindido para la de gananciales (vid., «La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidades y excepciones», en *AAMN*, núm. XXV, 1982, págs. 57-58 y 140-141). En opinión de V. MAGARIÑOS BLANCO existe una discordancia entre la afirmación tajante por los autores de que la sociedad de gananciales es una comunidad germánica, y la comprobación inmediata de la insuficiencia de esta fórmula, que se manifiesta ya al tener que utilizar aquéllos la terminología propia de la sociedad, y también al tener que acudir continuamente para resolver problemas concretos a las normas del contrato de sociedad (vid., «Sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, pág. 305).

(60) Para J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, la sociedad de gananciales presenta, en cuanto comunidad, una permeabilidad que no se encuentra en otras comunidades, tanto por la dinámica en la que se inserta, con lo que recuerda más a una sociedad que a otra cosa, coincidiendo así con la tradicional denominación legal, como respecto de la constante interferencia en el interés común que previene de los intereses particulares que también protege, para armonizar la idea de comunidad con la peculiar posición de los cónyuges (vid., «La nueva sociedad...», *loc. cit.*, pág. 196; *Comentarios...*, *cit.*, pág. 6). En opinión de J. L. LACRUZ BERDEJO; F. DE ASÍS SANCHO REBULLIDA; A. LUNA SERRANO; F. RIVERO HERNÁNDEZ, y J. RAMS ALBESA, la idea del legislador es la de un patrimonio común compuesto por los ingresos que a cada cónyuge proporciona su trabajo o habilidad y por los frutos y rentas de los bienes de ambos. Este caudal originario se transforma, ya en otros bienes, al invertirse (art. 1.347.3.º CC), ya en créditos contra los cónyuges al aprovecharse éstos de él con fines particulares. Finalmente, a la masa consorcial van a parar bienes de los cónyuges, en virtud de la *vis atractiva* de la que la ha dotado el artículo 1.361 del Código Civil, y a resultas del correspondiente reembolso. En suma, la comunidad de gananciales del Código Civil habría sido concebida por el legislador más sobre el modelo de una sociedad civil emprendida con ánimo de lucro y destinada a repartir exclusivamente los que se produzcan *ex negotiatione* (art. 1.675), que como una comunidad de todos los aumentos en la fortuna de cada cónyuge. En relación con las analogías entre la sociedad de gananciales y las sociedades comunes, señala el autor que el vínculo conyugal entraña una forma de colaboración entre esposos para mantener el hogar que presenta un evidente matiz asociativo; matiz que se acentúa vigorosamente cuando media el régimen legal: entonces hay además una ganancia repartible procedente de las actividades lucrativas de los cónyuges, o de uno de ellos ayudado en casa por el otro. El fin de lucro no es aquí directo, a diferencia de las sociedades civiles y mercantiles, que se crean para ganar dinero, el consorcio conyugal se dispone por la ley, una vez existente el matrimonio, a fin de atender a sus cargas; pero sí hay un beneficio social (vid., *Elementos...*, *cit.*, t. IV, vol. 1.º, págs. 391 y 395). Para R. BLANQUER UBEROS las relaciones entre cónyuges sujetos al régimen de la sociedad de gananciales son asimilables a las relaciones de los socios entre sí (sección primera —de las obligaciones de los socios entre sí— del capítulo II —de las obligaciones de los socios—, del Título VIII —de la sociedad— del Libro IV —de las obligaciones y contratos del Código Civil—) (vid., «Reflexiones acerca de la influencia del régimen de gananciales en la capacidad y responsabilidad de cada cónyuge», en *RDN*, núms. CXIII-CXIV, 1981, págs. 20-30).

otros como contribución al negocio común sin desvirtuar el concepto legal (61).

Tal proximidad puede considerarse tributaria de la concepción histórica de este régimen económico, que se manifestó en la consideración de la comunidad de adquisiciones, como una sociedad, en la que las ganancias se reparten por igual, entre marido y mujer, a su disolución, pero que, entre tanto, el marido no sólo es el socio gestor, sino el que ostenta la titularidad externa de los bienes que integran la comunidad (62). Ello se tradujo, incluso en la terminología, en la que acaba por predominar el término sociedad sobre el de comunidad (63).

Históricamente predominó la idea de la sociedad: no se hacen comunes ningún tipo de bienes y hay únicamente una regla de distribución de la ganancia a la extinción del régimen (64). Esta idea se encontraba presente en el Código Civil con anterioridad a la reforma de 13 de mayo de 1981; así, el antiguo artículo 1.395 del Código Civil disponía que: «La sociedad de gananciales se regirá por las reglas del contrato de sociedad en todo aquello que no se oponga a lo expresamente determinado por este capítulo» (65).

La reforma suprime este precepto, señalando el actual artículo 1.410 que: «En todo lo no previsto en este capítulo [...] se observará lo establecido para la partición y liquidación de la herencia». Si bien no han faltado opiniones que critican la supresión de la referencia a las reglas de la sociedad, como supletorias de las reguladoras de la sociedad de gananciales (66), y que señalan que,

Con mayor énfasis, defendiendo la existencia de la *affectio societatis* y del ánimo de lucro en la sociedad de gananciales, vid., V. MAGARIÑOS BLANCO, «Sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, págs. 319 y sigs.

(61) Vid., J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, *cit.*, t. IV, vol. 1.º, pág. 395.

(62) Vid., sobre la evolución histórica de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, principalmente, J. L. LACRUZ BERDEJO, «En torno a la naturaleza jurídica de la comunidad...», *loc. cit.*, págs. 8-18.

(63) Vid., J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, «La nueva sociedad...», *loc. cit.*, pág. 208; *Comentarios...*, *cit.*, págs. 7 y sigs.

(64) Sin embargo, señalan L. Díez Pícazo y A. Gullón que lo cierto es que históricamente se fue introduciendo la concepción de la comunidad al estimarse que las cosas que el marido y mujer tienen son de ambos por medio (No.R. 10.4.4.) (vid., *Sistema...*, *cit.*, t. IV, pág. 173).

(65) Señala V. MAGARIÑOS BLANCO, que la reflexión que provoca la primera regulación de la sociedad de gananciales en el Código Civil, tanto por el encuadre sistemático, la terminología utilizada y la misma definición del artículo 1.392 que ponía el centro de atención en el reparto de ganancias, matiz claramente societario, unido a la remisión explícita que el artículo 1.395 hacía a las normas del contrato de sociedad, conduce a la sospecha inicial de que el Código se enfrentó a la sociedad de gananciales desde el punto de vista de la sociedad civil (vid., «Sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, pág. 306).

(66) J. L. LACRUZ BERDEJO no alcanza a comprender los motivos, por los que, en su opinión con poco acierto, se suprimió el precepto y, dada la afinidad entre la sociedad de gananciales y la sociedad universal de ganancias, entiende que la supresión del viejo

pese a todo, la sociedad de gananciales se registrará, a falta de reglas propias, y de otras subsidiarias preferentes, como serían las de la comunidad ordinaria, por las del contrato de sociedad, en cuanto sea posible por no atentar contra las características esenciales de este régimen económico matrimonial (67).

Pero hay diferencias fundamentales entre la sociedad de gananciales y las sociedades comunes: en aquélla el fin de lucro se halla sustituido por otros de índole superior, y no hay propiamente, *affectio societatis* (68). Además, en muchos casos, incluso falta la voluntad de los cónyuges dirigida a crear la sociedad de gananciales, pues muchos contrayentes ignoran que si nada disponen acerca del régimen de bienes de su matrimonio, lo contraen bajo el de gananciales, lo cual nunca sucede cuando se celebra un contrato de sociedad (69).

Y, como una inmediata consecuencia de esta primordial distinción, la voluntad que formó las sociedades ordinarias sigue imperando en ellas, y es la que determina el objeto de la sociedad, su duración, sus reglas, todo cuanto a la misma atañe, y aún esos mismos pactos pueden por mutuo acuerdo modificar lo convenido, terminar la sociedad o prorrogarla, cambiar, en fin, las condiciones de su existencia o funcionamiento. En la sociedad de gananciales no ocurre así: su fin, su objeto, su duración, sus reglas están determinadas de antemano por el legislador. A pesar de que en las sucesivas reformas legales se ha ido restando rigidez a la regulación legal y dotando de mayor relevancia a la libertad de los cónyuges, la ley fija límites a la autonomía de la voluntad: la sociedad ha de empezar y terminar cuando la ley lo marca, y ha de funcionar como ella lo determina, y ha de cumplir las cargas que se le imponen y liquidarse como lo previene el legislador. Y, como consecuencia de ello, las ganancias han de partirse con igualdad entre los cónyuges, sea el que fuese el capital que por cada uno se aporte, mientras que en las sociedades ordinarias, la regla es la proporción con ese capital, o lo libremente convenido por los socios (70). Existe también una clara contraposición al examinar las relaciones entre los «socios» y los terceros en ambas instituciones (71).

artículo 1.395 del Código Civil no impide recurrir, a falta de regla específica en el sistema de los artículos 1.334 y sigs., a la normativa y principios de las sociedades civiles, a lo cual apunta el nombre de nuestro instituto, que no ha dejado de llamarse sociedad (vid., *Elementos...*, cit., t. IV, vol. 1.º, pág. 395).

(67) Vid., M. ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho civil...*, cit., t. IV, pág. 170.

(68) Vid., J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., t. IV, vol. 1.º, pág. 395.

(69) Vid., J. PUIG BRUTAU, *Compendio...*, cit., t. IV, pág. 88. En el mismo sentido, señalaba J. M. MANRESA Y NAVARRO que la sociedad de gananciales se distingue de todas las demás sociedades, en primer término en que nace por el hecho sólo del matrimonio, aun con independencia de la voluntad de los interesados (vid., *Comentarios al Código Civil español*, t. IX, 1904, pág. 535).

(70) Vid., J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios...*, cit., t. IX, págs. 535-536.

(71) En este punto, entiende R. BLANQUER UBEROS que en la sociedad civil el socio puede contratar con los terceros en propio nombre o en su carácter de tal, por cuenta de la sociedad; en el primero de cuyos casos la sociedad no queda obligada con el tercero

Si bien uno de los obstáculos principales que impide considerar a la sociedad de gananciales como una verdadera sociedad es la falta de personalidad jurídica.

De modo que puede concluirse que, en la actualidad, considerar la sociedad de gananciales como una verdadera sociedad, tesis que si bien procede de la doctrina antigua, se mantiene en la doctrina inmediatamente anterior e inmediatamente posterior al Código Civil (72), o como una sociedad especial o limitada (73), aunque en ella se manifiesten algunos de sus rasgos, no tiene sentido y menos aún el llegar a entender que constituye, o que debe constituir una persona jurídica (74).

y sí en el segundo, si el socio tiene poder o mandato y ha obrado dentro de los límites de éste (art. 1.697 CC). Mientras que en el régimen de la sociedad de gananciales la actuación de un cónyuge, aunque se limite a manifestar su estado civil y nada diga del régimen de su matrimonio, trasciende a la comunidad, o puede trascender, tanto favoreciendo a su activo como gravando su pasivo. Si bien señala que esta diferencia depende de la apariencia y personalidad de la sociedad civil, ya que, si la sociedad civil concurre al tráfico como tal, y procede atribuir la personalidad jurídica, y el socio actúa como tal en nombre de la sociedad, las relaciones jurídicas establecidas serán de la sociedad, en el sentido de atribuirse a esta la titularidad correspondiente; si la sociedad no concurre al tráfico como tal, esto es si el socio contrata en propio nombre, se producirá el efecto de quedar articulada la relación contractual entre el tercero contratante y el socio, sin perjuicio de que éste, además, tenga la vinculación correspondiente al contrato de sociedad con su asociado. En el caso de la sociedad de gananciales, al no jugar la idea de personalidad jurídica y al tratarse de una relación utilizable por los terceros, las consecuencias de la misma se predicán de toda relación determinada (o calificada como ganancial) como efecto legal de la condición misma de casado de un contratante (vid., «Reflexiones acerca de la influencia...», *loc. cit.*, págs. 33-34).

(72) Vid. J. CASTÁN TOBEÑAS, en su «Dogmática de la sociedad de gananciales. Efectos de la renuncia a los gananciales efectuada por uno de los cónyuges o sus herederos», en *RGLJ*, núm. 155, 1929, págs. 229 y sigs., donde señala que la construcción de la sociedad de gananciales como sociedad civil es la teoría más difundida en la doctrina francesa e italiana, no menos que en la patria y la que parece adoptar nuestro Código Civil al admitir, en su artículo 1.395, como supletorias de las normas propias de la sociedad de gananciales las reglas del contrato de sociedad; si bien afirma también que, a pesar de la equiparación que parece establecer nuestro Código, las diferencias que separan la sociedad de gananciales de las sociedades ordinarias son considerables, y carece la de gananciales del carácter de persona moral que la ley atribuye a la sociedad producto del contrato (vid., *loc. cit.*, págs. 231-232); J. L. LACRUZ BERDEJO, «En torno a la naturaleza jurídica de la comunidad...», *loc. cit.*, págs. 7 y sigs.

(73) Vid., F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, t. V, vol. 1.º, 1912, págs. 815 y sigs.; C. VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil Español*, t. IV, Derecho de familia, 4.ª ed., 1938, págs. 359 y sigs.

(74) La cuestión surge por la consideración de ser el patrimonio común un patrimonio autónomo, o en relación con la idea de personalidad nacida del matrimonio. El Código Civil de Puerto Rico conserva una regulación de la sociedad de gananciales semejante a la contenida en nuestro Código Civil, tras su promulgación, y allí se sigue sosteniendo en consecuencia la personificación jurídica de la sociedad conyugal de gananciales.

(En Francia fue planteada por autores como BONECASE, BAUDRY LACANTINERIE O DESCHENAUX, y, más modernamente, por J. CARBONNIER, L. RAUCENT O G. CORNU, acabando

En relación con este último aspecto de trascendental importancia en el tema que nos ocupa, se han intentado esgrimir argumentos favorables a la personificación; así se ha dicho: que la personalidad jurídica no es un atributo exclusivo de los entes asociativos y fundacionales, sino que puede atribuirse también por exigencias técnicas a comunidades de bienes cuyo fin no trasciende de la conservación de los mismos; que la nota de personalidad no es esencial a la sociedad, ya que el legislador reconoce la existencia de sociedades sin personalidad jurídica: así las sociedades internas, y las irregulares; o que la sociedad de gananciales constituye un centro de responsabilidad, de referencia de obligaciones y derechos y tiene una autonomía patrimonial perfectamente delimitada y mayor que otro tipo de sociedades (75).

Si bien no puede dejar de negarse un cierto fundamento en estos argumentos, lo cierto es que no resultan convincentes y de la regulación de la

casi siempre por ser rechazada. En nuestro país aparece también un argumento con el mismo origen, sostenido por autores como SÁNCHEZ ROMÁN, MANRESA, MUCIUS SCAEVOLA, DE DIEGO, DE BUEN O VALVERDE, pero tampoco llega a prosperar, siendo rechazada por la mayoría de las sentencias del Tribunal Supremo a partir de los años veinte: así, la *STS de 12 de mayo de 1924*, excluye que la sociedad de gananciales sea una persona jurídica (vid., J. L. LACRUZ BERDEJO, «En torno a la naturaleza jurídica de la comunidad...», *loc. cit.*, págs. 18 y sigs.; J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, «La nueva sociedad...», *loc. cit.*, pág. 258, nota 141. Si bien es cierto que tanto el Tribunal Supremo como la Dirección General han utilizado en algunas ocasiones, con mayor o menor claridad, la técnica de la personificación. Así, las *SSTS de 22 de mayo de 1915*, *11 de marzo de 1946* y *18 de diciembre de 1950*, y la *RDGRN de 24 de abril de 1902*, al objeto de desviar un embargo sobre un bien inscrito a nombre del marido por deudas derivadas de la testamentaria de su mujer; en la *RDGRN de 30 de marzo de 1904*, se estableció que un bien inmueble estaba inscrito a nombre de la sociedad de gananciales, pese a que figuraba a nombre de la mujer. En otras ocasiones, de modo un tanto confuso y partiendo de la configuración de la sociedad de gananciales como comunidad en mano común, se interpone entre los socios (cónyuges) y la sociedad la autonomía de ésta, de tal manera que si una deuda es ganancial por haber sido contraída por el cónyuge legitimado, el otro cónyuge no puede desviar el embargo mediante una tercería (*STS de 26 de septiembre de 1986*); si bien esta sentencia ha sido fuertemente criticada (vid., A. CARRASCO PERERA, *CCJC*, 1986, págs. 4005-4016), y el Tribunal Supremo, en sentencias posteriores y con mejor técnica, se limita a negar la tercería por considerar que el cónyuge no tiene la condición de tercero, ya que es cotitular de los bienes embargados por pertenecer los mismos al patrimonio ganancial (*STS de 4 de febrero de 1983*). No faltando opiniones que señalan que los problemas planteados en relación con la tercería para paralizar el embargo por deudas contraídas por un solo cónyuge se resolverían más fácilmente si se partiera de una concepción de la sociedad de gananciales como sociedad organizada, pues la aplicación de su carácter orgánico permitiría sin forzamientos considerar la posibilidad de la tercería, si la deuda no es ganancial, y negarla, si es ganancial, por haber sido contraída por el órgano legitimado, tesis orgánica que late en el fondo de la argumentación del Tribunal Supremo (vid., V. MAGARIÑOS BLANCO, «Sociedad de gananciales...», *loe. cit.*, págs. 310 y sigs.; «El órgano de administración...», *loe. cit.*, pág. 407).

(75) Vid., V. MAGARIÑOS BLANCO, «Sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, págs. 316 y sigs.

sociedad de gananciales en nuestro Código Civil no puede inferirse la atribución de una personalidad jurídica independiente de las personas de los cónyuges (76).

Como ya señalara LACRUZ, criticando la argumentación de CARBONNIER que aludía en favor de una personalidad jurídica —si bien *atenuada*— de la sociedad conyugal la existencia de un interés común, la conciencia del mismo y la organización de la colectividad interesada, que esta teoría partía de un concepto falso de la personalidad jurídica, ya que, «lo que determina la personalidad, dando forma a la materia social preexistente, es el reconocimiento del Derecho objetivo. Esta reconocimiento puede ser otorgado individualmente o por medio de una fórmula de carácter general; y en vano se tratará de hallar una fórmula semejante referida a la sociedad de gananciales, porque aunque el Código Civil presupone [...] la personalidad de las sociedades, es evidente que en él se refiere a las verdaderas y propias sociedades, y que esta presuposición no puede extenderse a la comunidad conyugal, que se halla regulada por normas muy distintas, de modo que, aunque se le apliquen subsidiariamente las normas de la sociedad, no puede ser clasificada como tal sociedad» (77).

Se ha dicho también que la sociedad de gananciales es una sociedad irregular despersonalizada, contemplada en el artículo 1.669 del Código Civil a cuyo tenor: «No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros. Esta clase de sociedades se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes».

Si bien tampoco existe unanimidad doctrinal en torno a la configuración jurídica de esta sociedad carente de personalidad jurídica y regida por las reglas de la comunidad: desde quienes niegan toda idea de comunidad (78),

(76) El propio V. MAGARIÑOS BLANCO, pese a todo, reconoce que el legislador no ha escalado el último peldaño para considerarla como una persona jurídica (vid., «Sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, pág. 319).

(77) Vid., J. L. LACRUZ BERDEJO, «En torno a la naturaleza jurídica de la comunidad...», *loc. cit.*, págs. 23-24.

(78) A juicio de S. ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, la primera consecuencia de esta consideración de la sociedad de gananciales es que no existen más que dos patrimonios, el del marido y el de la mujer, sin que quepa la existencia de un tercer patrimonio ganancial durante la vigencia o vida (fase dinámica) de la sociedad de gananciales, ya que la dinámica patrimonial de la sociedad sin personalidad, según el artículo 1.669 del Código Civil, se desenvuelve en los patrimonios de los socios, y sólo en la disolución y liquidación nace una comunidad de tipo romano, resultando durante la vida de la sociedad, que en el patrimonio de cada socio se ha formado un patrimonio empresarial con los bienes calificados de sociales y que sumando los existentes en los patrimonios de todos los socios, constituyen el patrimonio social que queda sometido a las reglas de funcionamiento interno (pactos sociales y normas de la copropiedad) y sobre el que recaen los derechos expectantes (entre ellos el de liquidación) de todos los socios (vid., «La contratación entre

hasta quienes afirman que, en el fondo, nos hallamos ante una comunidad (79). En cualquier caso tampoco en esta clase de «sociedades» tendrían virtualidad las aportaciones de los cónyuges, al carecer de personalidad jurídica (80).

Existen también autores que sin adscribirse plenamente a las tesis societarias, hablan de que la sociedad de gananciales constituye una «especie de sociedad civil», al menos en el aspecto organizativo, en la que se produciría una comunicación de bienes, y que carecería de personalidad jurídica (81). Si

cónyuges...», *loc. cit.*, pág. 223); el mismo autor señala que en estas sociedades, aunque se rigen por las reglas de la comunidad, no existe en ningún momento comunidad durante la vida de la sociedad, y la razón por la cual la «cuota ganancial» no es transmisible ni total ni parcialmente, sobre ningún bien ganancial, es que no existe, porque la comunidad ganancial nace en la fase de liquidación de la sociedad, donde ya se aprecian con claridad las cuotas y parece posible la transmisión total o parcial de la cuota ganancial sobre el haber partible de cualquiera de los cónyuges. El juego patrimonial sería idéntico al de la sociedad civil sin personalidad: en el patrimonio universal de los socios se diferencian perfectamente y se separan los patrimonios o masas de bienes integrados por los bienes sociales o adscritos al fin social y los que no lo son. A nadie se le ocurre pensar que con los bienes sociales existentes en los patrimonios de los socios se constituye ninguna comunidad, ni romana, ni germánica y mucho menos relativa (vid., «La dinámica patrimonial en la sociedad de gananciales», en *RDN*, núm. 128, 1985, págs. 42 y sigs.; «La contratación entre cónyuges...», *loc. cit.*, págs. 230-231 y 252). En el mismo sentido, vid., V. MAGARIÑOS BLANCO, para quien en la sociedad de gananciales se dan los principios típicos del contrato de sociedad: la comunicación de bienes (art. 1.344 CC), la comunidad de gestión (art. 1.375), la comunidad de riesgo (arts. 1.328 y 1.691.1), y ánimo de lucro suficiente. Y se puede calificar como una sociedad civil universal de ganancias, cuyo fin es el reparto de éstas cuando se disuelva, y que estaría caracterizada por: 1.º Carecer de personalidad jurídica plena, si bien alcanza un alto grado de unificación y autonomía. 2.º Funcionar con el mecanismo típico de las sociedades (la representación), utilizando el legislador dos resortes sustitutorios y de equilibrio que son la subrogación real y la presunción de ganancialidad. 3.º El patrimonio común constituye un mero soporte económico de la sociedad, y por tanto, la comunicación es compatible con la existencia de una titularidad individualizada determinante de una legitimación que permite, por un lado, un amplio margen de actuación independiente de los cónyuges, y por otro, un flexible funcionamiento orgánico de la sociedad que es la que informa la regulación de aquellas titularidades («Sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, págs. 317-318 y 331).

(79) Vid., R. M. ROCA SASTRE, «Naturaleza jurídica de la aportación...», *loc. cit.*, pág. 435.

(80) Vid., S. ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, «La contratación entre cónyuges...», *loc. cit.*, pág. 228.

(81) Vid., V. MAGARIÑOS BLANCO, para quien, careciendo la sociedad de gananciales de personalidad jurídica plena, la titularidad de los bienes hay que referirla a los cónyuges; si bien dicha titularidad tendría carácter instrumental, al servicio de la sociedad de gananciales, como consecuencia de proyectar ésta su influencia o fuerza atractiva y unificadora, y transparente, y no fiduciaria, puesto que no se oculta que detrás de ella se cobija una comunidad de fondo o centro referencial al que verdaderamente se imputan los bienes, derechos y obligaciones, a través de un funcionamiento orgánico, al igual que en cualquier otra sociedad (vid., «El órgano de administración...», *loc. cit.*, págs. 395-396). Si bien no explica suficientemente el autor en qué consista esa personalidad jurídica de carácter no pleno que parece atribuirle; así, en un momento posterior señala que: «aun sin

bien la negación de esta última vuelve a impedir que puedan aportarse bienes, como si de un contrato de sociedad civil se tratara.

Podría pactarse en capitulaciones aportaciones concretas o la posibilidad de aportar bienes en el futuro a la sociedad conyugal; tales pactos son, en principio lícitos si no contravienen las prescripciones legales; pero en presencia de los mismos hay que preguntarse hasta qué punto la sociedad de gananciales no resulta desnaturalizada (82) y es evidente que en este caso no podríamos hablar de un régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales; los cónyuges podrán aportar bienes si constituyen una sociedad dotada de personalidad jurídica, siempre y cuando concurran los requisitos para la celebración de dicho contrato.

3. LA ATRIBUCION VOLUNTARIA DE GANANCIALIDAD DEL ARTICULO 1.355.1.º DEL CODIGO CIVIL Y SU FALTA DE CONEXION CON EL LLAMADO «NEGOCIO JURIDICO DE APORTACION» A LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Entre los comentarios suscitados por las reformas introducidas en el Código Civil por las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, en materia de filiación, patria potestad, régimen económico matrimonial y matrimonio, se ha puesto de relieve los graves peligros de cambios legislativos parciales y tan numerosos y los grandes problemas de interpretación que plantean.

Estos peligros y estos problemas de interpretación se presentan con virulencia en aquellos artículos, que, como el 1.355, carecen de precedentes (83)

personalidad jurídica plena, la sociedad de gananciales está dotada de autonomía y organicidad suficientes, al igual que otras sociedades, para que puedan referirse a ella los derechos y obligaciones, aunque carezca al final de idoneidad para ser titular formal de los mismos (vid., «El órgano de administración...», *loc. cit.*, págs. 405-406); pero, en definitiva, tal explicación, viene a significar la negación de la personalidad jurídica.

(82) Vid., M. DE LA CÁMARA ALVAREZ, «La autonomía de la voluntad...», *loc. cit.*, pág. 117.

(83) Si bien, señala J. RAMS ALBESA que es posible encontrar en nuestro Derecho histórico precedentes del precepto, en el sentido de preceptos que suponían distorsiones en la aplicación del mecanismo de la subrogación real, en las adquisiciones de bienes a título oneroso. Se trataba, concretamente, de supuestos en los que en esas distorsiones jugaban o podían jugar un papel importante las declaraciones de voluntad de uno o de ambos cónyuges (vid., «La subrogación real en la sociedad de gananciales», en *RDN*, núms. CXXV-CXXVI, 1984, págs. 299 y sigs.). Señalando J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS Mozos, que el precepto carece de precedentes en el Derecho anterior, por lo que se refiere a su párrafo primero, siendo el segundo consagración de una interpretación que había venido a predominar bajo el imperio del régimen anterior (vid., *Comentarios...*, *cit.*, t. XVIII, vol. 2.º, pág. 187).

en la anterior regulación que a la materia del régimen económico matrimonial dedicaba nuestro Código Civil (84) (85).

Y se acrecientan de modo particular estos problemas ante aquellas normas por las que el legislador se adentra en temas como la posibilidad de mutaciones en el régimen económico matrimonial legal supletorio o pactado, causadas constante matrimonio, o los cambios en la naturaleza común o privativa correspondiente a determinados bienes, así como en cuestiones relativas a la posibilidad de relaciones económicas entre patrimonios privativos o entre éstos y el patrimonio ganancial (86).

En concreto, las novedades en estos temas se manifiestan en la posible modificación por vía de capítulos de un régimen económico matrimonial preexistente; en la posibilidad de contratación entre cónyuges, consagrada por el artículo 1.323 del Código Civil, que deroga el sistema de los antiguos artículos 1.458 y 1.334; y en la posible mutación de la naturaleza privativa o ganancial de los bienes, en principio imperativamente determinada por el origen de su adquisición, establecida en los artículos 1.324 y 1.355 del Código Civil (87).

Y no ha sido infrecuente confundir estos dos tipos de normas que se ocupan de cuestiones distintas: posibilidad de contratación entre cónyuges (art. 1.323) y posibilidad de atribución de naturaleza privativa o ganancial distinta de la que a los bienes corresponde por el título adquisitivo (arts. 1.324 y 1.355). Si bien ambos tipos de preceptos responden en su origen a la **plasmación** legislativa de un mismo principio constitucional —**libertad** e igualdad entre los **cónyuges**—, que a su vez obedece a una misma y nueva concepción sociológica de la familia, el hecho de que los cónyuges puedan entre sí contratar no puede significar el que por sus solas manifestaciones puedan variar la naturaleza común o exclusiva de un determinado bien, en cuanto en esta segunda cuestión entran en juego problemas de protección de terceros, de seguridad del tráfico jurídico, del carácter imperativo de las normas que determinan el carácter privativo o ganancial de los bienes y, también, problemas de índole fiscal (88).

Conforme al artículo 1.355 del Código Civil: «Podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adque-

(84) Vid., A. RODRÍGUEZ ADRADOS, «LOS preceptos fracasados en la reforma del Código Civil», en *RDN*, núms. CXIII-CXIV, págs. 275 y sigs.; J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., t. IV, vol. 1.º, pág. 403.

(85) En cuanto a los Derechos civiles autonómicos, es en el Fuero Nuevo de Navarra, modificado por Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, donde encontramos una atribución voluntaria de conquista en la Ley 82, párrafo 2.º, número 3.

(86) Vid., M. C. RIBERA PONT, «La atribución de ganancialidad...», *loc. cit.*, pág. 1414.

(87) Vid., M. C. RIBERA PONT, «La atribución de ganancialidad...», *loc. cit.*, págs. 1414-1415.

(88) Vid., M. C. RIBERA PONT, «La atribución de ganancialidad...», *loc. cit.*, pág. 1416.

ran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazo en que se satisfaga. Si la adquisición se hiciese en forma conjunta y sin atribución de cuotas se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes».

Habla el Código, en su primer párrafo (89), de que los cónyuges «podrán»; resulta pues evidente que su finalidad es permitir a los consortes en régimen de gananciales el ejercicio de una facultad concretada en un derecho de opción. No es una norma imperativa, sino potestativa o dispositiva; y como tal supone su incidencia sobre otras normas que en principio determinen una calificación legal diferente para ciertos bienes, pero también con carácter dispositivo. Lo que, de entrada, se halla en contradicción con el tenor imperativo de los artículos 1.346 del Código Civil y concordantes (90).

Continúa hablando el Código de que los cónyuges podrán «atribuir la condición de gananciales»; en este punto existen diversas interpretaciones, desde las más restrictivas, que entienden que tal definición parece responder a la función de la aseveración realizada por ambos cónyuges al amparo de este artículo, en cuanto medio de ratificar o reforzar el carácter ganancial de una adquisición, cuando éste, aun resultando ya de la aplicación de otros preceptos, y en concreto del artículo 1.346, se presente como inseguro.

Por el contrario, en una interpretación más amplia se contempla que el precepto puede servir de vía para permitir a los cónyuges modificar el carácter de una bien concreto, su pertenencia a uno u otro patrimonio; pero no por el camino de encubrir transmisiones entre patrimonios, sino por la incidencia de su autonomía de voluntad, y por tanto tan sólo cuando la calificación legal aplicable se impusiera únicamente con carácter dispositivo, como resultado de normas legales de tal carácter (91).

(89) El párrafo segundo plantea el caso de que no se manifieste un acuerdo expreso de los cónyuges para que el bien adquirido sea ganancial, pero en cambio, esa voluntad se presume cuando la adquisición hubiera sido hecha en forma conjunta y sin atribución de cuotas. Viene a reforzar la presunción del artículo 1.361 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 1.401.1 del Código Civil, si no se demuestra la procedencia privativa del dinero. Por tanto, a falta de esta demostración, los bienes adquiridos serán gananciales. Por otra parte, en la conexión armonística de la reforma, guarda el artículo 1.355.2 un cierto paralelismo con el artículo 1.353 del Código Civil, que rige las adquisiciones a título gratuito (vid., J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, cit., t. XVIII, vol. 2.º, págs. 188 y sigs.).

(90) Vid., M. C. RIBERA PONT, «La atribución voluntaria...», *loc. cit.*, pág. 1427.

(91) Vid., M. C. RIBERA PONT, que se inclina por esta segunda interpretación, ya que el precepto utiliza la expresión «cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación», lo cual evidencia que el artículo 1.355 del Código Civil sirve no sólo para rectificar la presunción de ganancialidad del artículo 1.361 del Código Civil, sino además para modificar la calificación privativa o ganancial, derivada de la procedencia de los fondos invertidos en la adquisición. Y, además, su tenor amplio sería un argumento en favor de la interpretación no restrictiva («La atribución de ganancialidad...», *loc. cit.*, págs. 1427-1429).

La atribución de ganancialidad debe ser hecha, «de común acuerdo» (92); se trata de que exista un acuerdo de voluntades dirigido a establecer el *status jurídico-patrimonial* de un bien que va a ingresar en la sociedad conyugal, atribuyéndole carácter ganancial (93).

Los cónyuges atribuyen a los bienes la condición de «gananciales», por consiguiente no estaríamos en el mismo supuesto si los cónyuges acuerdan que ese mismo bien ingrese en la sociedad conyugal como común no ganancial, es decir, compartiendo su titularidad mediante cuotas indivisas (94).

El reflejo registral de este acuerdo (95) estaría contemplado en el artículo 93.1 RH, al señalar que se inscribirán a nombre de marido y mujer, con carácter ganancial, los bienes adquiridos a título oneroso, y a costa del caudal común (96) por ambos cónyuges para la comunidad o *atribuyéndoles de común acuerdo tal condición* (97), o *adquiriéndolos en forma conjunta y sin atribución de cuotas* (98).

El artículo 1.355 del Código Civil determina los bienes que pueden ser objeto de la facultad que en el mismo se contiene con un criterio sucesivamente limitativo (99):

(92) Para J. CASTILLO TAMARIT, la necesidad de común acuerdo entre los cónyuges es una exigencia lógica, pues el artículo 1.355 del Código Civil fija definitivamente la ganancialidad del bien, o altera la naturaleza del mismo (vid., «Aspectos parciales de la reforma...», *loc. cit.*, pág. 21).

(93) Vid., J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, para quien nos hallamos ante una declaración de voluntad y no de conocimiento, pues los cónyuges pueden atribuir el carácter ganancial con independencia del carácter que tuviese la contraprestación con carga a la que el bien es adquirido. No nos hallamos ante dos confesiones de ganancialidad emitidas de común acuerdo, no se trata de probar, sino que atribuir voluntariamente carácter ganancial; mientras el artículo 1.324 emplea términos como «confesión» y «probar», el artículo 1.355 habla de «común acuerdo» y de «atribuir» (*La atribución voluntaria...*, *cit.*, págs. 73-75).

(94) Entiende J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, que un acuerdo de este tipo sería un contrato traslativo entre cónyuges, si reuniese los requisitos de forma y capacidad exigidos en cada caso, pero, en cualquier caso nos hallaríamos fuera del ámbito de aplicación del artículo 1.355 del Código Civil (vid., *La atribución voluntaria...*, *cit.*, pág. 95).

(95) La inscripción en el registro del acuerdo de atribución de ganancialidad no está exenta de dificultades y ha sido acertadamente estudiada por M. DE LA CÁMARA ALVAREZ, «La sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, págs. 368-372.

(96) Señala M. DE LA CÁMARA ALVAREZ que si en el acuerdo expreso en la escritura consta que el bien se adquiere con dinero propio de uno o de los dos cónyuges (o en parte con dinero propio y en parte con dinero común) pero que, a pesar de ello, los esposos convienen en asignar al bien adquirido naturaleza ganancial, no es necesario acreditar que el dinero es privativo, y, en todo caso, al haber acuerdo expreso entre los esposos en este sentido, parece que tal acuerdo equivaldría a la confesión o reconocimiento a que se refiere el artículo 95.4 RH (vid., «La sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, pág. 370).

(97) Supuesto del artículo 1.355.1.º del Código Civil.

(98) Supuesto del artículo 1.355.2.º del Código Civil.

(99) Vid., M. C. RIBERA PONT, «La atribución de ganancialidad...», *loc. cit.*, págs. 1428 y sigs.

1.º «Bienes». Tal referencia presupone una doble exclusión: en primer lugar los frutos en sentido amplio. Quedarían en consecuencia fuera de su campo de aplicación los supuestos de los artículos 1.348 —**capitales** gananciales de créditos **privativos**— y 1.352 —**nuevas** acciones suscritas como consecuencia de la titularidad de otras **privativas**— (100); y en segundo, y más importante en el tema que nos ocupa, quedarían fuera las inversiones y mejoras en bienes privativos que sean accesorias de un bien de tal naturaleza (arts. 1.359 y 1.360).

2.º «Que adquieran». De este modo también quedan excluidas las edificaciones y plantaciones del artículo 1.359 del Código Civil, pues su incorporación al patrimonio ganancial o privativo no se produce por título adquisitivo, sino de inversión o mejora.

3.º «A título oneroso». Supone la inaplicación de la previsión normativa del artículo 1.355 del Código Civil a todos los supuestos de adquisición lucrativa, aun cuando la voluntad concurrente de los esposos se manifieste en contrario sentido (101). En el supuesto del artículo 1.353 del Código Civil, para los casos de donaciones y sucesiones conjuntas, tampoco puede aplicarse el artículo 1.355 del Código Civil, ya que se «entienden gananciales» *ex* artículo 1.353 del Código Civil (102).

(100) En contra, entiende J. CADARSO PALAU, que la norma es de perfecta aplicación a la adquisición onerosa de acciones y participaciones sociales —*sea* en vía constitutiva, *sea* con **posterioridad**—, cuyo carácter ganancial podrá ser determinado por acuerdo de los cónyuges, aunque la adquisición haya sido hecha con fondos privativos y que también es aplicación al supuesto de adquisición de nuevos títulos en virtud del derecho de suscripción preferente que otorga la titularidad de otros privativos, ya que se puede entender que en este caso la regla, de ningún modo imperativa, del artículo 1.352 del Código Civil, cede ante el acuerdo voluntario que consagra el artículo 1.355 del Código Civil (vid., *Sociedad de gananciales y participaciones sociales*, 1993, págs. 68-69).

(101) Vid., J. CASTILLO TAMARIT, «Aspectos parciales de la reforma...», *loc. cit.*, pág. 21; J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ diferencia entre el caso de que el adquirente a título gratuito sea uno solo de los cónyuges, en cuyo caso el bien adquirido sería privativo *ex* artículo 1.346.2 del Código Civil. La razón de ser está en el respeto debido a la voluntad del donante o testador, por una parte, y, por otra, en la tradicional regla según la cual las adquisiciones individuales a título gratuito no entran a formar parte de la masa común; y el caso en que sean ambos cónyuges los adquirentes a título gratuito, en cuyo caso el bien será ganancial porque ambos son los beneficiarios de la liberalidad del donante o testador —*se* entiende que lo adquirido es ganancial salvo que el donante o testador hubiere dispuesto lo contrario o hubiese hecho designación de partes, como se desprende del artículo 1.353 del Código Civil—, o privativo si son herederos *ab intestato*, por aplicación en este caso del artículo 1.346.2.º del Código Civil (vid., *La atribución voluntaria...*, *cit.*, págs. 113-114).

(102) Vid., J. M. CHICO Y ORTIZ, «La sociedad conyugal de gananciales y las aportaciones a la misma...», *loc. cit.*, pág. 226. Por ello estimamos desacertada la interpretación de M. T. MARTÍN MELENDEZ, conforme a la cual, si se admite que adquiriéndose el bien a costa de uno solo de los cónyuges, éste sea ganancial por común acuerdo, más aún habrá de admitirlo cuando la adquisición no ha supuesto ninguna pérdida al patrimo-

4.º «Constante matrimonio». Quedarían fuera del ámbito de aplicación del precepto los bienes que pertenecieran privativamente a uno de los cónyuges con anterioridad al matrimonio, o después de su disolución, aun cuando se hubieran adquirido por precio aplazado no satisfecho total o parcialmente (103).

5.º «Cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazo en que se satisfaga». El precio o contraprestación puede tener tres orígenes: probadamente privativo, presuntamente ganancial y probadamente ganancial. Cuando se trata de adquisiciones en las que opere el mecanismo de la subrogación real por adquisición (automática, por empleo o por reemplazo) y la contraprestación sea probadamente ganancial, el bien con ella adquirido lo será también, por lo que el acuerdo de atribución de ganancialidad carecerá de sentido. Excepto en este caso de subrogación por adquisición, puede ser atribuido a un bien carácter ganancial, cualquiera que sea el origen del precio o de la contraprestación y también cuando proceda de varias masas patrimoniales (104).

El fundamento del precepto se incardina en los principios rectores de la regulación de la sociedad de gananciales; en las reglas legales sobre la composición de los patrimonios privativos y ganancial. De estas reglas se pueden destacar: la aceptación del principio de subrogación real, concebido como el expediente legalmente previsto para mantener la consistencia y el equilibrio entre la masa común y las privativas, al suponer que, con ocasión de una alteración patrimonial, el bien adquirido onerosamente tenga el mismo carác-

nio del donatario, pues si se puede lo más, se puede lo menos, si bien, será necesario que el donante no lo excluya expresamente (vid., *op. cit.*, pág. 383). En primer lugar, la literalidad del precepto no deja lugar a dudas interpretativas: sólo se aplica a las adquisiciones onerosas; además, por tratarse de una excepción al principio de subrogación real debe ser objeto de interpretación en sus justos términos y nunca extensiva. Por otra parte, en el caso de bienes donados o dejados en testamento conjuntamente y sin designación de partes, se entienden gananciales si la liberalidad es aceptada por ambos cónyuges y el donante o testador no dispone lo contrario, pero no por aplicación del artículo 1.355 sino del artículo 1.353 del Código Civil; y, en el caso de bienes adquiridos a título lucrativo por uno solo de los cónyuges, constante la sociedad, el artículo 1.346.2.º establece sin lugar a dudas que son privativos de cada uno de los cónyuges. Además debemos tener en consideración que toda la regulación de la sociedad de gananciales se haya presidida por un *favor iuris* hacia la masa ganancial, del cual es manifestación el artículo 1.355 del Código Civil; pero ese trato de favor debe incardinarse en la propia naturaleza de la sociedad de gananciales como comunidad de adquisiciones a título oneroso.

(103) Vid., J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La atribución voluntaria...*, *cit.*, págs. 114 y sigs. Selañando M. C. RIBERA PONT, que quedarían fuera del ámbito de aplicación del precepto los casos del artículo 1.357.1. Excluidas la vivienda y ajuar familiares que se reconducen a través de la norma del artículo 1.354 del Código Civil (vid., «La atribución de ganancialidad...», *loc. cit.*, pág. 1428).

(104) Vid., J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La atribución voluntaria...*, *cit.*, pág. 116; J. CASTILLO TAMARIT, «Aspectos parciales de la reforma...», *loc. cit.*, págs. 21 y sigs.

ter que tenía el que fue utilizado como contraprestación (105); y *el favor iuris* hacia la masa ganancial; destacando en este punto la presunción de ganancialidad, en virtud de la cual, el carácter ganancial de los bienes, su adscripción a la masa ganancial, está dispensado de prueba. Se presume que los bienes de la sociedad conyugal son gananciales mientras no se demuestre lo contrario (106) (107).

Pues bien, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, ha venido a introducir en este panorama una interesante novedad: la llamada atribución voluntaria de ganancialidad, que supone un nuevo reforzamiento del trato de favor dispensado a la masa ganancial a costa de permitir la derogación, bajo ciertos presupuestos y requisitos, del mecanismo de la subrogación real (108).

Se han manejado diversas posturas sobre el ámbito de aplicación de la norma. Ante todo, se dice, el artículo 1.355 del Código Civil sirve para

(105) Cuyo fundamento en esta concreta *sedes materiae* se encuentra, según J. RAMS ALBESA, en la concepción, más bien que principio, de la fungibilidad de las cosas y de los derechos que integran una determinada masa patrimonial, considerándose a estos solos efectos como una universalidad de derecho, de forma tal que las cosas y los derechos que integran una masa determinada, cualquiera que sea su naturaleza constitutiva, sin duda varía y diversa, son susceptibles de ser reemplazados unos por otros (vid., «La subrogación real...», *loc. cit.*, págs. 299-300: De esta forma, señala J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, se trata de evitar que las masas patrimoniales vean sustituidos bienes por derechos de reembolso entre ellas (vid., *La atribución voluntaria...*, *cit.*, pág. 18).

(106) Con ello, no sólo se pretende proporcionar un criterio con el que resolver las dudas sobre el carácter de los bienes de la sociedad conyugal, sino también reforzar las garantías a favor de los acreedores y legitimarios de los cónyuges (vid., J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La atribución voluntaria...*, *cit.*, págs. 47 y sigs.).

(107) Otra manifestación de este favor por la ganancialidad, y como novedad respecto a la situación anterior a la reforma de 1981, es el precepto contenido en el artículo 1.353, ya que actualmente los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges son comunes si el disponente no expresa lo contrario, mientras que en su redacción originaria, el artículo 1.398 del Código Civil los consideraba privativos (vid., J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La atribución voluntaria...*, *cit.*, págs. 48-49).

(108) Para J. CASTILLO TAMARIT, el precepto supone: 1.º El debilitamiento del principio de subrogación real. 2.º La consagración del principio de autonomía de la voluntad. 3.º El reforzamiento de la calificación de ganancialidad del bien. De tal modo que no debe verse antinomia o reiteración entre el artículo 1.347.3.º del Código Civil y el párrafo primero del artículo 1.355 del Código Civil, puesto que aquél señala objetivamente cuándo el bien es ganancial, mientras que éste señala cuándo subjetivamente merece tal calificación. Desde este punto de vista, el artículo 1.355 del Código Civil fija de forma definitiva la calificación de ganancial del bien, que de otra forma sería presuntamente ganancial ex artículo 1.361 del Código Civil (vid., «Aspectos parciales de la reforma del Código Civil...», *loc. cit.*, págs. 20-21). Señalando, J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, que son dos las motivaciones que subyacen en la formulación del precepto: una, la ampliación del papel reconocido a la voluntad y libertad de los cónyuges para configurar su sociedad conyugal, y, otra, el favor hacia la masa ganancial. Así, esa libertad, en este punto, no es reconocida para ser ejercitada en cualquier sentido, sino para favorecer el patrimonio ganancial (vid., *La atribución voluntaria...*, *cit.*, págs. 18, 56 y 83). En parecido sentido, vid., J. CADARSO PALAU, *op. cit.*, págs. 68 y sigs.

reforzar la presunción de ganancialidad en casos en que ésta pueda resultar dudosa (109). Sin embargo, y al margen de esta posibilidad, su aplicación fundamental hay que relacionarla con el juego de la subrogación real.

Hay quienes opinan que dicho artículo sólo puede desplazar el juego de la subrogación real en un número limitado de supuestos: concretamente resultarían afectados por el artículo 1.355 del Código Civil: el artículo 1.354, referente a los bienes adquiridos mediante precio, en parte ganancial y en parte privativo (110). Así como la vivienda y ajuar familiares del último párrafo del artículo 1.357 del Código Civil, adquiridos mediante precio aplazado, en parte privativo y en parte ganancial, realizados algunos desembolsos antes de comenzar la sociedad; el artículo 1.356, en relación con los bienes adquiridos mediante precio aplazado, en parte ganancial y en parte privativo, constante la sociedad (111).

(109) Vid., R. BLANQUER UBEROS, «La idea de comunidad en la sociedad de gananciales...», *loe. cit.*, pág. 87.

(110) Para J. RAMS ALBESA, el juego interrelacionado de los artículos 1.354 y 1.355 de Código Civil sirve para poder afirmar de forma directa que la subrogación real en la sociedad de gananciales opera la atribución del bien de reemplazo a la masa de procedencia del bien o del caudal que se permutó o invirtió para su adquisición; es decir, de la masa o masas que sufren el sacrificio económico necesario para la adquisición, sin que para alcanzar este efecto sea necesaria la manifestación cualificada de una voluntad expresamente atributiva, como es el caso de la disciplina francesa del reemplazo (vid., «La subrogación real...», *loe. cit.*, págs. 321 y sigs.).

(111) Señala M. C. RIBERA PONT, que es más dudosa la aplicación del artículo 1.355 al supuesto del artículo 1.357.1, referido a los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad; siendo el principal obstáculo para admitir en este supuesto la aplicación del artículo 1.355 el relativo al modo de dar constancia registral a la atribución de posterior carácter ganancial, cuando el bien figure ya inscrito como privativo, por tener el primer desembolso tal carácter. Y señala que la solución puede ser la aplicación analógica de la nota marginal prevista en el artículo 91.3 RH (vid., «La atribución de ganancialidad...», *loe. cit.*, pág. 1429). No podemos compartir esta opinión —que se contradice con lo que la propia autora manifiesta en el mismo estudio en la página anterior— ya que el precepto se refiere a los bienes adquiridos constante matrimonio, y el artículo 1.357.1 se refiere a bienes adquiridos antes del matrimonio aunque el precio no haya sido satisfecho; por otra parte, la nota marginal del artículo 91.3 RH, hace referencia a un supuesto muy concreto: el caso de la vivienda y ajuar familiar adquiridos antes del matrimonio por precio aplazado no satisfecho en todo o en parte, y respecto de este supuesto existe una excepción expresa en el artículo 1.357.2 de modo que en este caso, a diferencia de las demás adquisiciones previstas en el número primero del mismo precepto, el bien *no tendrá carácter privativo*, sino que, aplicando el artículo 1.354 del Código Civil, al cual se remite el 1.357.2, *tendrá carácter en parte ganancial y en parte privativo, en proporción al valor de las aportaciones respectivas*. El artículo 91.3 RH sólo establece el mecanismo registral adecuado —la nota marginal— para hacer constar la posterior determinación de la cuota indivisa de la vivienda familiar habitual que deba tener carácter ganancial, en aplicación de estos preceptos civiles, y en ningún caso puede aplicarse analógicamente para otros supuestos que no guardan identidad sustancial con el contemplado en la norma, ni utilizarse como argumentación para eludir el tenor literal del artículo 1.355 del Código Civil.

Por el contrario otros —la mayoría—, estiman que el precepto es de posible aplicación a todos los casos en que la calificación del bien, atendido el principio de subrogación real, sería favorable a su privaticidad en todo o en parte (112).

Pese a suponer una excepción a las reglas establecidas en el Código Civil para la atribución de la condición de los bienes, al regular la sociedad de gananciales (113) la amplitud de los términos en que se produce el artículo 1.355, que consiente su aplicación a todos los casos en que se adquieran bienes a título oneroso y el precio o la contraprestación proceda del patrimonio particular de uno de los cónyuges, nos incita a inclinarnos por la opinión mayoritaria (114).

Lo que no puede aceptarse en ningún caso, es que pese a la claridad del precepto en sus expresiones literales, se haya tratado de ampliar su ámbito aplicativo y se haya tergiversado su mismo fundamento (115), conectándolo con la libertad de contratación interconyugal y con el negocio jurídico de aportación a la sociedad de gananciales.

La negación de la primera de estas premisas es indispensable para fundamentar la negación de la segunda, ya que, como veremos, para aportar bienes

(112) Vid., J. RAMS ALBESA, «La subrogación real...», *loc. cit.*, págs. 322-323; M. DE LA CÁMARA ALVAREZ, «La autonomía de la voluntad...», *loc. cit.*, pág. 118; «La sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, pág. 369; M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, 1993, pág. 667; J. PUIG BRUTAU, *Compendio...*, *cit.*, t. IV, pág. 93; T. GIMÉNEZ DUART, «LOS bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981», en *RCDI*, núm. 548, 1982, pág. 135; J. M. OLIVARES JAMES, «LOS contratos traslativos de dominio entre cónyuges...», *loc. cit.*, págs. 310 y sigs.

(113) Como señala C. PASCUAL DE LA PARTE, la sociedad de gananciales se basa en el principio de subrogación real, como ya reconociera la *STS de 8 de enero de 1968*, habida cuenta de que es un patrimonio separado, integrado por la masa de bienes y derechos adquiridos a título oneroso durante el matrimonio y que queda afecto a un régimen especial de responsabilidades y, por tanto, sometido a rígidos principios, a fin de no desnaturalizarlo y evitar fraudes (vid., «Atribución de ganancialidad...», *loc. cit.*, pág. 636).

(114) Vid., en relación con las argumentaciones utilizadas para defender la tesis no restrictiva, que considera que el artículo 1.355 del Código Civil excepciona el principio de subrogación real en aquellos casos en que, por aplicación de dicho principio, el bien adquirido sería privativo en todo o en parte, siempre que medie el acuerdo expreso o tácito de los cónyuges en el sentido de atribuir al bien adquirido naturaleza ganancial, M. DE LA CÁMARA ALVAREZ, «La autonomía de la voluntad...», *loc. cit.*, págs. 118 y sigs.

(115) Se ha llegado incluso a afirmar que sería posible que el cónyuge donatario aceptarse no para sí, sino para la sociedad de gananciales, con base en los artículos 1.353 y 1.355 del Código Civil (vid., M. DE LA CÁMARA ALVAREZ, «La autonomía de la voluntad...», *loc. cit.*, pág. 172). Siendo evidente que ambos preceptos invocados se refieren a una temática distinta y su aplicación analógica resulta sumamente dudosa, entre otras razones porque el artículo 1.355 del Código Civil se refiere a las adquisiciones a título oneroso (vid., J. CASTILLO TAMARIT, «Aspectos parciales de la reforma del Código Civil...», *loc. cit.*, pág. 28).

a la sociedad de gananciales es preciso celebrar un contrato entre cónyuges, mientras que la hipótesis del artículo 1.355 del Código Civil se haya totalmente desconectada del supuesto de contratación entre esposos del artículo 1.323 del Código Civil.

La opinión contraria, sin embargo, es la mayoritariamente sostenida. Se ha dicho así que la última *ratio* del artículo 1.355 del Código Civil ha de encontrarse en la posibilidad de que se transfieran bienes, a título oneroso o lucrativo, del patrimonio privativo de uno de los cónyuges al patrimonio común, posibilidad que encuentra su fundamento legal en el artículo 1.323 del Código Civil. El legislador permite a los cónyuges obtener un resultado parecido al que se obtendría por medio de la celebración de un negocio transmisivo típico por medio de un procedimiento más simplificado, el simple acuerdo entre los cónyuges, complementado con el derecho al reembolso que el artículo 1.358 del Código Civil concede al esposo a cuyas expensas se realizó la adquisición, derecho renunciable y que constituiría la causa del «contrato» y que, si fuera efectivamente renunciado, convertiría el acuerdo en una liberalidad (116) (117).

Tales afirmaciones carecen, sin embargo, de fundamento y resulta evidente, con base en una adecuada comprensión y valoración del precepto, que el acuerdo de atribución del artículo 1.355 del Código Civil no puede ser considerado como un contrato entre cónyuges: en primer lugar, no parece que este supuesto pueda considerarse incluido en el previsto en el artículo 1.254

(116) Vid., M. DE LA CÁMARA ALVAREZ, quien añade además, que si no se le busca al artículo 1.355 del Código Civil esta explicación, el precepto sería una norma arbitraria y carente de fundamento («La autonomía de la voluntad...», *loc. cit.*, pág. 129); «La sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, pág. 430. En el mismo sentido, vid., S. ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, «La contratación entre cónyuges...», *loc. cit.*, pág. 248; J. CASTILLO TAMARIT, «Aspectos parciales de la reforma...», *loc. cit.*, pág. 21; J. A. MARTÍNEZ SANCHÍS, *Casos dudosos...*, *loc. cit.*, pág. 400; M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentario del Código Civil...*, cit., t. II, p. 667; J. PUIG BRUTAU, *Compendio...*, cit., t. IV, pág. 94; J. M. PÉREZ FERNÁNDEZ, «Sociedad de gananciales: suelo privativo y edificio ganancial», en *Bol. Col. Not. Granada*, núm. 28, abril de 1983, pág. 556; E. ALCÁIN MARTÍNEZ, *La declaración de propiedad de bienes matrimoniales*, 1996, págs. 10-11.

(117) J. M. CHICO Y ORTIZ, aunque hace una correcta valoración del artículo 1.355 del Código Civil, considerándole una vía improcedente para fundamentar el «negocio jurídico de aportación», lo considera, sin embargo, como una consecuencia de la libertad de contratación para un caso determinado (vid., «La sociedad conyugal de gananciales y las aportaciones a la misma...», *loc. cit.*, pág. 226), señalando también que el artículo 1.355 del Código Civil está para algo más que para seguir la norma general del artículo 1.323 del Código Civil: la ciñe a un caso concreto (vid., *Comentario a la RDGRN de 10 de marzo de 1989...*, *loc. cit.*, pág. 232). Si bien, parece que lo que el hipotecarista pretende es sólo conectar la facultad del artículo 1.355 con la autonomía de voluntad de los cónyuges; Para T. F. TORRES GARCÍA, la declaración de voluntad del artículo 1.355 del Código Civil es concreción del artículo 1.323 del Código Civil, pero no llega a la categoría de contrato [vid., *Diez años de aplicación de la reforma de los regímenes económico-matrimoniales* (Ley 11/1981, de 13 de mayo), 1991, pág. 21].

del Código Civil. Del acuerdo de atribución no surge, propiamente, obligación alguna para uno u otro cónyuge, y tampoco da lugar a desplazamientos patrimoniales (118). Además, el artículo 1.323 del Código Civil admite la contratación entre cónyuges, con carácter general y aplicable, por tanto a todo régimen económico matrimonial; no tendría sentido, pues, formular en sede de gananciales un precepto inútil. Lo que sucede es que no es inútil porque en él se regula una cuestión completamente distinta (119).

De lo que se trata en el artículo 1.323 del Código Civil es de contratos entre cónyuges, traslativos del dominio, o no, pero en los que los cónyuges ocupan posiciones enfrentadas; por el contrario, el artículo 1.355 no se refiere a contratos traslativos de dominio entre cónyuges; en esta actuación de los cónyuges no hay más contrato que aquel en cuya virtud se adquiere un bien de un tercero, siendo una de las partes de dicho contrato uno o ambos cónyuges. Estos, pues, no contratan entre sí, sino con un tercero, y el acuerdo entre aquéllos no es más que un requisito para que el bien ingrese en la sociedad conyugal con carácter ganancial (120).

La misma ubicación de los artículos 1.323 y 1.355 del Código Civil es reveladora de la diversidad de cuestiones reguladas en uno y otro precepto. La admisión de la contratación entre cónyuges se encuentra en las disposiciones generales aplicables a todo régimen económico del matrimonio, incluido el de gananciales. Sería absurdo entender que el artículo 1.355 del Código Civil repite lo establecido en aquel otro precepto, pero limitándose a señalar la posibilidad de hacer ganancial lo privativo.

En realidad lo que sucede es que la contratación entre cónyuges es posible en cualquier régimen económico matrimonial, mientras que de la atribución de carácter ganancial o privativo sólo es posible hablar en un régimen de comunidad como el de gananciales, donde sí es posible distinguir entre titularidad formal sobre un bien y carácter privativo o ganancial de ese bien, ya que cada cónyuge puede ser titular tanto de bienes privativos como de gananciales (121).

Así pues, la atribución voluntaria de ganancialidad no tiene lugar a través de un contrato entre cónyuges, ni su admisión es consecuencia de la de la contratación entre éstos; el precepto relativo a la atribución voluntaria de ganancialidad podría subsistir aunque no hubiesen sido admitidos los contratos entre cónyuges. A la inversa, también podría haberse admitido la contra-

(118) Preguntándose J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, qué clase de contrato es ese que no es fuente de obligaciones ni de desplazamientos patrimoniales (vid., *La atribución voluntaria...*, cit., pág. 76).

(119) Vid., J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La atribución voluntaria...*, cit., pág. 77.

(120) Vid., J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La atribución voluntaria...*, cit., pág. 84; J. CASTILLO TAMARIT, «Aspectos parciales de la reforma...», loc. cit., pág. 23.

(121) Vid., J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La atribución voluntaria...*, cit., pág. 85.

tación entre cónyuges y no haber sido reconocida a los cónyuges la facultad de atribución de la ganancialidad (122).

La diferencia entre el acuerdo de atribución del artículo 1.355 del Código Civil y los contratos celebrados entre los cónyuges, se manifiesta también, de una manera muy importante, en los efectos frente a terceros; entendiendo por tales a los legitimarios y acreedores del cónyuge de cuyo patrimonio privativo salieron los fondos utilizados como contraprestación en la adquisición del bien que fue objeto del acuerdo.

En este sentido es necesario tener en cuenta, que, en virtud de la fijeza y la definitividad de la ganancialidad atribuida *ex* artículo 1.355 del Código Civil (123), el acuerdo de atribución es, realmente, inatacable por los terceros que pudieran considerar defraudados sus derechos; el medio para impedir resultar defraudado no es tanto dirigirse contra el acuerdo, cuanto el destinado a hacer efectivo el reembolso, si está todavía pendiente, utilizando la acción subrogatoria para ejercitar en nombre del cónyuge que sea su deudor

(122) Vid., J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, quien señala además que, con todo, ambas normas son manifestación de una de las líneas directrices de la reforma operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, consistente en la ampliación del ámbito en el que la libertad y la autonomía de los cónyuges pueden configurar su sociedad conyugal (vid., *La atribución voluntaria...*, cit., págs. 112-113). Se plantea también el autor, si sería aplicable el artículo 1.355 del Código Civil al caso en el que uno de los cónyuges adquiere a título oneroso un bien privativo de su consorte, acordando ambos atribuirle carácter ganancial. Sin embargo, contra la posibilidad de que bienes ya pertenecientes a la sociedad conyugal puedan ser objeto del acuerdo de atribución de ganancialidad podría argumentarse que el precepto contenido en el artículo 1.355 del Código Civil está pensando en adquisiciones de bienes a terceros y que es el artículo 1.323 del Código Civil el aplicable a los desplazamientos de bienes entre las diversas masas patrimoniales que integran la sociedad conyugal. Así, en el párrafo segundo del artículo 1.355 del Código Civil se dice que «si la adquisición se hiciere en forma conjunta y sin atribución de cuotas», lo cual parece excluir la posibilidad de aplicar el precepto a adquisiciones verificadas mediante contrato entre cónyuges. Que ello es así lo confirma el requisito de la onerosidad de la adquisición, que parece referido a la sociedad conyugal, en el sentido de que ha de producirse una salida patrimonial de ella. Por esto están excluidos de la posibilidad de acuerdo los bienes adquiridos a título gratuito, con lo que las adquisiciones entre cónyuges tienen en común el hecho de que no se produzca una salida patrimonial de la sociedad conyugal. Pese a inclinarse por la solución negativa, el autor reconoce que la posibilidad de que sean objeto de atribución voluntaria de ganancialidad bienes adquiridos por uno de los cónyuges de su consorte debe quedar abierta, pues, al menos formalmente, encaja en el supuesto de hecho del artículo 1.355.1 del Código Civil (*La atribución voluntaria...*, cit., págs. 85-86); J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS considera que tanto en el artículo 1.355 como en los dos que le siguen, se manifiesta con diversa intensidad el reconocimiento por parte del Código de la autonomía de la voluntad de los cónyuges para determinar la condición de los bienes del matrimonio (vid., *Comentarios...*, cit., t. XVIII, vol. 2.º, pág. 185). Para J. M. CHICO Y ORTIZ, el artículo 1.355 del Código Civil está para algo más que para seguir la norma general del artículo 1.323 del Código Civil: la ciñe a un caso concreto.

(123) Vid., J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La atribución voluntaria...*, cit., pág. 157.

el crédito que éste posea contra la comunidad conyugal (124) o a impugnar la renuncia que eventualmente se hubiese hecho del derecho de reembolso (125).

Por el contrario, de estimarse que el artículo 1.355 del Código Civil tiene su fundamento en la norma del artículo 1.323 del Código Civil, en cuanto tal atribución supondría la existencia de una atribución definitiva, que quedaría reservada a los acreedores en defensa de sus derechos sería el ejercicio de la acción rescisoria (126).

En el precepto se trata de permitir que los cónyuges determinen la masa patrimonial en la que va a quedar adscrito el bien que va a ingresar en la sociedad conyugal. Se excluye el carácter o eficacia traslativa del acuerdo; es decir, no se trata de provocar con él una traslación de un bien adscrito previamente a una de las masas de bienes privativos o a la de gananciales, sino de hacer que el bien entre en la sociedad conyugal con el carácter ganancial (127).

Se trata de posibilitar hacer claramente ganancial lo que, de otro modo, sería privativo, o ganancial pero sólo presuntivamente (128). No será pues aplicable cuando el bien adquirido, a título oneroso, debe ingresar sin necesidad del acuerdo en la sociedad conyugal, quedando adscrito a la masa ganancial sin ningún género de duda. Es decir, cuando por aplicación de las normas contenidas en los artículos 1.347 y siguientes, no queda la menor duda acerca del carácter ganancial con el que un bien adquirido a título oneroso vaya a ingresar en la sociedad conyugal, no tiene sentido alguno acordar su ganancialidad, porque ello está fuera de toda duda (129).

Sin embargo, el acuerdo cumplirá algún cometido cuando de no tener lugar, el bien objeto del mismo ingresaría en la sociedad conyugal como privativo, lo cual exige la prueba de la privatividad, o como presuntamente ganancial, si no se demuestra que es privativo pero tampoco que es ganancial. En estos casos el acuerdo del artículo 1.355 tiene alguna utilidad: en el primer caso, conseguir que ingrese como ganancial lo que debería entrar como pri-

(124) Vid., M. C. RIBERA PONT, «La atribución de ganancialidad...», *loc. cit.*, pág. 1433.

(125) Vid., J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La atribución voluntaria...*, *cit.*, pág. 157.

(126) Vid., M. C. RIBERA PONT, «La atribución de ganancialidad...», *loc. cit.*, pág. 1433.

(127) Vid., J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La atribución voluntaria...*, *cit.*, pág. 78.

(128) Vid., J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La atribución voluntaria...*, *cit.*, pág. 87.

(129) Señala en este sentido J. M. CHICO Y ORTIZ, que el artículo 1.355.1 del Código Civil se refiere, no a las adquisiciones onerosas posteriores al matrimonio que se hagan «a costa del caudal común», las cuales, conforme al artículo 1.347.3.º, son gananciales, ya que el precepto no puede caer en una repetición, sino a aquellas adquisiciones onerosas durante el matrimonio que puedan dar lugar a un bien privativo (vid., «La sociedad conyugal de gananciales y las aportaciones a la misma...», *loc. cit.*, pág. 226).

vativo; en el segundo, se trata de que el bien que ingresaría como presuntamente ganancial lo haga como indubitadamente ganancial (130).

La ulterior prueba del carácter privativo de la contraprestación no afectará nada nada a la ganancialidad del bien que fue objeto del acuerdo de atribución. Por el contrario, la consecuencia es el nacimiento de un derecho de reembolso a favor de la masa de bienes privativos que aportó los fondos. El caso de la atribución voluntaria de ganancialidad sería uno de los supuestos de hecho de aplicación del artículo 1.358 del Código Civil que regula el derecho de reembolso, ya que se trata de bienes que resultan gananciales con independencia de la procedencia del caudal con el que la adquisición se realice. Por tanto, cuando hayan sido empleados bienes o caudales privativos, en la adquisición de un bien al que se atribuye carácter ganancial, surgirá ese derecho de reembolso a cargo de la masa ganancial (131).

Sin embargo, eso no significa restaurar una situación de equilibrio entre las masas, ya que, en la masa ganancial ingresa un bien sin que de ella haya salido otro como contraprestación, sino que surge la obligación de reembolsar (132); pero es que, además, ese reembolso puede no tener lugar hasta el momento de la liquidación, con la posibilidad consiguiente de que en la masa ganancial no queden bienes suficientes en aquel momento, ya que

(130) Vid., J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La atribución voluntaria...*, cit., pág. 103. En parecidos términos, señala M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, que el acuerdo de atribución de ganancialidad es útil no sólo cuando claramente el precio o contraprestación es privativo, sino también cuando la ganancialidad del precio o contraprestación sólo consta por presunción. Entonces en la hipótesis —que la simple presunción del artículo 1.361 del Código Civil no descarta— de que el precio o contraprestación fuera en parte o totalmente privativo el acuerdo habría tenido el efecto de atribuir la ganancialidad al bien adquirido. El resultado, con este pacto, es que el bien adquirido no es sólo presuntamente ganancial sino que es desde la adquisición, indudablemente ganancial (vid., *Comentario del Código Civil...*, cit., t. II, pág. 667).

(131) Vid., J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La atribución voluntaria...*, cit., págs. 141 y sigs. El derecho de reembolso surgiría, no como manifestación del principio de subrogación real, sino como manifestación de la teoría de las recompensas como mecanismo que tiene por finalidad recuperar el equilibrio interpatrimonial perdido cuando éste no puede resurgir de otro modo. Mientras la subrogación real puede jugar a la vez como fuente de ganancialidad, y como mecanismo que permite mantener el equilibrio entre patrimonios, el acuerdo del artículo 1.355 del Código Civil sólo cumple la primera de las funciones, y necesita del otro mecanismo equilibrador, el de las recompensas, para evitar el enriquecimiento de un patrimonio conyugal a costa del otro. El derecho de reembolso no es, pues, causa, sino consecuencia de la opción de los cónyuges por el ejercicio de la facultad generadora de ganancialidad que le concede el artículo 1.355 del Código Civil (vid., M. T. MARTÍN MELENDEZ, *op. cit.*, pág. 387).

(132) Debe tenerse en cuenta, además, que al acuerdo de atribución no sigue necesariamente el nacimiento del derecho de reembolso, sino cuando previamente se hubiera demostrado que en la adquisición fueron empleados fondos privativos. En los demás casos sólo surgirá el derecho de reembolso cuando tenga lugar la prueba de la privaticidad (vid., J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La atribución voluntaria...*, cit., pág. 143).

antes de ese reembolso han de ser satisfechos los terceros acreedores de la sociedad conyugal. Por el contrario, el patrimonio privativo sufre la salida de valores patrimoniales efectivos y en compensación, sólo recibe un derecho a obtener ese futuro reembolso.

Ello muestra claramente cómo la masa ganancial es la realmente favorecida por la atribución voluntaria de ganancialidad, y cómo el equilibrio que se trata de garantizar mediante el sistema de los reembolsos es solamente contable y sólo inciertamente real o efectivo. Por el contrario, la subrogación real supone un instrumento de equilibrio mucho más efectivo (133).

Resultando además que ese trato en favor de la masa ganancial es discriminatorio, porque los cónyuges no pueden ejercitar la facultad inversa; es decir, no pueden atribuir carácter privativo a bienes que, según las reglas del Código, serían gananciales (134).

Sin embargo, en este punto, la mayoría de la doctrina, entiende que es posible que los cónyuges atribuyan carácter privativo a bienes en los que concurren las circunstancias requeridas en el artículo 1.355 del Código Civil, argumentando en términos de libertad de contratación en base al artículo 1.323 del Código Civil (135). Pero tal argumentación es falsa porque, si con base al artículo 1.323 fuera posible atribuir carácter privativo a un bien que ingresaría en la sociedad de gananciales como ganancial, cuanto más en base al mismo no sería posible hacer lo que el artículo 1.355 del Código Civil permite expresamente; por consiguiente, el precepto contenido en el artículo 1.355 del Código Civil sería redundante y superfluo, dado que no añadiría nada que no estuviese previamente reconocido (136).

(133) Vid, J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La atribución voluntaria...*, cit., pág. 149.

(134) Vid, J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La atribución voluntaria...*, cit., pág. 87.

(135) Vid, A. CASASOLA TOBÍA, «Matrimonio: transmisión de bienes entre cónyuges» (continuación), en *Bol. Col. Not. Granada*, núm. 23, noviembre de 1982, pág. 1643; señalando J. L. LACRUZ BERDEJO, que la regla del artículo 1.355 del Código Civil admite aplicación inversa, porque todo ello entra en el ámbito de la autonomía de la voluntad. Si bien habría que dilucidar en cada caso si la atribución supone una entrega a cuenta de la cuota del consorcio, o bien es entrega como préstamo con la consiguiente obligación de reembolso, o una donación del consorcio al individuo (vid., *Elementos...*, cit., t. IV, vol. 1.º, pág. 408); E. ALCAÍN MARTÍNEZ, cita la *RDGRN de 25 de septiembre de 1990*, y se muestra favorable a que en virtud del artículo 1.355 del Código Civil, los cónyuges confieran condición privativa por mutuo acuerdo a un bien común, amparándose en el principio de libre contratación entre los cónyuges (vid., *op. cit.*, pág. 11). Para M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS no importa que el artículo 1.355 del Código Civil tenga una redacción unilateral (en favor de los bienes gananciales). Esto ocurriría también con otros preceptos (por ejemplo, el art. 1.352 CC) y sus principios tienen aplicación recíproca. Añadiendo que será incluso frecuente la constitución de derechos en favor de un cónyuge (de usufructo, uso o habitación, de seguro) 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 (vid., *Comentario del Código Civil...*, cit., t. II, pág. 668).

(136) Vid, J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La atribución voluntaria...*, cit., pág. 128.

Por consiguiente no parece coherente afirmar que la atribución voluntaria de privaticidad encuentra su fundamento en el artículo 1.323 del Código Civil; para decidir esta cuestión hay que acudir a la norma contenida en el artículo 1.355 del Código Civil y ver si es o no susceptible de ser interpretada *a contrario sensu* (137); pero la literalidad del artículo 1.355 no deja lugar a dudas interpretativas y nos hallamos ante un supuesto en cierta medida excepcional, no susceptible de ser interpretado extensiva ni analógicamente, que contraviene un principio esencial en el mecanismo de la atribución de bienes en la sociedad de gananciales, el de la subrogación real, y que se inserta en la línea del trato de favor que se otorga a la masa ganancial en la regulación legal de la sociedad contenida en el Código Civil.

De ahí que, ni el precepto contenido en el artículo 1.355 del Código Civil ni algún otro proporcionan base suficiente para entender que pueda ingresar en la sociedad conyugal como privativo lo que debería ser ganancial: la atribución voluntaria de privaticidad no está admitida, sólo la de ganancialidad.

Para que fuera posible, sería necesario que una norma expresamente lo estableciera, como ocurre en el Fuero Nuevo de Navarra (Ley 83, núm. 5). Es la ley la que determina las fuentes de ganancialidad y de privaticidad, y la reforma de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, únicamente ha configurado la voluntad de los cónyuges como fuente de ganancialidad (138).

Aunque esta es la correcta interpretación del precepto en sus justos términos, también se ha suscitado la polémica en otro punto importante en el tema que nos ocupa, y en estrecha conexión con la identificación entre la facultad concedida en el artículo 1.355 y la libertad de contratación del artículo 1.323 del Código Civil, cual es el del momento en que la atribución de ganancialidad debe producirse. Así, aunque de los términos literales del artículo 1.355 del Código Civil resulta que el mismo está pensando en que la atribución de ganancialidad se produce en el mismo acto adquisitivo, se ha dicho que el precepto no prohíbe que en un momento posterior a la adquisición se produz-

(137) Para J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, aunque el artículo 1.355 del Código Civil sólo se refiere a la atribución del carácter ganancial, lo mismo puede decirse en el caso de que los cónyuges se hallen de acuerdo para atribuir a un bien, en las mismas condiciones, carácter privativo, ya que el precepto obedece al reconocimiento de la autonomía privada de los cónyuges, y no existe limitación alguna que impida pueda hacerse en este sentido (vid., *Comentarios...*, cit., t. XVIII, vol. 2.º, págs. 187-188). Admite también el pacto inverso, V. MAGARIÑOS BLANCO, vid., «El órgano de administración...», loc. cit., págs. 419 y 421.

(138) Vid., J. RAMS ALBESA, «La subrogación real...», loc. cit., pág. 349; J. CADARSO PALAU, op. cit., pág. 69. Para J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, la privaticidad, según nuestro Código Civil, no puede ser objeto de un acuerdo de atribución respecto de un bien que vaya a ingresar en la sociedad conyugal. En cambio, sí puede ser objeto de prueba, y en este sentido, está prevista la confesión de privaticidad en el artículo 1.324 del Código Civil (vid., *La atribución voluntaria...*, cit., págs. 133-134).

ca la atribución de ganancialidad. Ya que el artículo 1.323 del Código Civil permite las donaciones entre cónyuges y ello sirve para concluir que nada obsta a una atribución *a posteriori* de ganancialidad (139).

También se ha pretendido argumentar en favor de la atribución de ganancialidad de un bien ya integrante de la sociedad de gananciales, el artículo 93 RH, entendiendo que en él aparece que tanto se inscriben a nombre del marido y la mujer con carácter ganancial, los bienes adquiridos a título oneroso y a costa del caudal común por ambos esposos como [los adquiridos] atribuyéndoles de común acuerdo tal condición. Esto es, los requisitos de adquisición onerosa a costa del caudal común conjunto serían cumulativos y excluyentes de las demás referencias del precepto y por tanto, respecto de ellas no habría que exigirlos. De modo que, aun reconociendo sus limitaciones en la jerarquía normativa, el Reglamento hipotecario parece sustantivizar y generalizar el acuerdo atributivo de ganancialidad (140).

Pero el tenor literal del artículo 93.1 RH no autoriza esa interpretación, con arreglo a él la adquisición debe hacerse a título oneroso, a costa del caudal común y por ambos cónyuges, pudiendo ser la atribución de ganancialidad expresa: si ambos cónyuges atribuyen de común acuerdo la condición de gananciales a los bienes, o presunta: si los adquieren en forma conjunta y sin atribución de cuotas. Pero los requisitos de onerosidad y adquisición conjunta y simultánea a la atribución se exigen en los dos casos de adquisición.

Por otra parte, hemos visto como, la admisibilidad de la contratación entre cónyuges no es argumento que sirva para llegar a esta segunda posibilidad, ya que el principio consagrado en el artículo 1.355 del Código Civil no debe dis-

(139) Vid., J. A. MARTÍNEZ SANCHÍS, «Casos dudosos...», *loc. cit.*, pág. 400; J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, *cit.*, t. IV, pág. 403; L. DÍEZ PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema...*, *cit.*, t. IV, pág. 182; J. CADARSO PALAU, quien sin embargo señala que «es más dudoso si ello envuelve un contrato traslativo que habrá que calificar en función de su causa concreta (op. cit., pág. 70); M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentario del Código Civil...*, *cit.*, t. II, pág. 668; C. PASCUAL DE LA PARTE entiende más adecuada una interpretación amplia del precepto, que comprenda la atribución *a posteriori* del carácter ganancial, siempre que no perjudique los derechos adquiridos por terceros entre la fecha de la adquisición y la posterior de atribución, teniendo en cuenta que: 1.º Si por falta de atribución coetánea a la adquisición, un bien ha pasado a ser privativo de uno de los cónyuges y quiere rectificar, si no se les permite hacerlo mediante una atribución posterior, pueden llegar al mismo resultando vendiendo el cónyuge que lo hubiera adquirido como privativo al otro cónyuge, con lo cual habrán dado al bien el carácter de ganancial. 2.º Desaparecidas las prohibiciones de donaciones y compraventas entre los cónyuges, no se puede pensar en actuaciones encaminadas a producir el fraude de aquellas prohibiciones. 3.º No se puede pensar en actividades encaminadas a la desnaturalización del régimen de la sociedad de gananciales, puesto que esa misión ya la ha asumido el propio legislador. 4.º En cualquier momento los cónyuges pueden cambiar su régimen económico matrimonial (vid., «La atribución de ganancialidad...», *loc. cit.*, pág. 2290).

(140) Vid., I. CARPIO GONZÁLEZ, «Aportaciones a la Sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, págs. 1191-1192.

currir por los derroteros de la contratación entre cónyuges. No cabe duda alguna que los cónyuges pueden celebrar entre sí toda clase de contrato, pero para ello están las formas jurídicas establecidas por el legislador (141). Por ello, si lo que quieren es vender, que acudan a una compraventa, y si lo que quieren es donar, que acudan a una donación y no a un subterfugio o a la vía del artículo 1.355 que está pensada para otro supuesto totalmente distinto (142).

La interpretación del artículo 1.355 en el sentido que hemos rechazado, respecto de bienes que ya han ingresado en la sociedad conyugal con carácter privativo, ha sido constantemente invocada para fundamentar el llamado «negocio jurídico de aportación» a la sociedad de gananciales, entendiendo que sin perjuicio de que los cónyuges puedan celebrar un negocio traslativo típico debe bastar también el simple acuerdo de los esposos para modificar la condición de un bien (143); llegándose a decir que la verdadera utilidad del artículo 1.355 del Código Civil reside en la posibilidad de convertir en gananciales adquisiciones realizadas por permuta o por empleo de bienes propios sin necesidad de proceder a la conclusión de un verdadero contrato de donación (144): o que,

(141) Vid, J. M. CHICO Y ORTIZ, «Comentario a la RDGRN de 10 de marzo de 1989...», *loc. cit.*, pág. 232.

(142) Vid., J. CASTILLO TAMARIT, quien, no obstante, señala que: si el precio de la adquisición del bien es ganancial, y como la atribución de ganancialidad tiene el alcance de calificar definitivamente el bien, nada obsta a que el artículo 1.355 del Código Civil juegue en un momento posterior a la adquisición, pues aquí no existe contratación entre cónyuges; por el contrario, si el precio es privativo —ya sea por la vía de la prueba auténtica o por la vía de la confesión—, la naturaleza del bien, como privativa, queda fijada; en cuyo caso, sólo a través de los negocios jurídicos típicos se puede llegar a un resultado análogo al del artículo 1.355 del Código Civil, pero sólo por tal vía y no por la del artículo 1.355 («Aspectos parciales de la reforma...», *loc. cit.*, págs. 22-23). J. M. OLIVARES JAMES señala que no ve grave obstáculo para la atribución de ganancialidad con posterioridad a la adquisición, si lo que se pretende con ella es fijar definitivamente la calificación del bien, si ésta sólo es presunta. Más difícil es aceptarla si la naturaleza privativa del bien quedó ya fijada, por ejemplo, por el reconocimiento o confesión de carácter privativo, del precio o contraprestación. Como tampoco sería, en su opinión, posible, ni antes ni después, atribuir la condición de gananciales a los bienes adquiridos a título gratuito durante el matrimonio (art. 1.355 *a contrario*) (vid., «Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges...», *loc. cit.*, pág. 311).

(143) Vid, J. CASTILLO TAMARIT, «Aspectos parciales de la reforma...», *loc. cit.*, pág. 23; GIMÉNEZ DUART, «La adquisición y disposición de gananciales...», *loc. cit.*, pág. 122; V. TORRALBA SORIANO, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, t. II, 1984 (arts. 1.334-1374), pág. 1634; J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, *cit.*, t. IV, vol. 1.º, págs. 403 y sigs.; OLIVARES JAMES, «LOS contratos traslativos de dominio entre cónyuges...», *loc. cit.*, págs. 302-326; M. DE LA CÁMARA ALVAREZ, «La autonomía de la voluntad...», *loc. cit.*, pág. 121; C. PASCUAL DE LA PARTE, «La atribución de ganancialidad de un bien privativo...», *loc. cit.*, págs. 2287-2294; «Atribución de ganancialidad o privaticidad...», *loc. cit.*, págs. 629-641; F. GARCÍA SERRANO, «Notas sobre la posible aplicación actual del principio de accesión invertida...», *loc. cit.*, págs. 261-267.

(144) Vid, J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, *cit.*, t. IV, vol. 1.º, pág. 358. De la misma manera, para J. RAMS ALBESA, la verdadera utilidad del artículo 1.355 del Código

pese a que literalmente se refiere el precepto a una condición ganancial atribuida a la cosa en el acto mismo de adquirirla, también es posible, por acuerdo de los esposos, conferir el carácter ganancial a uno que ya era propio de uno de los cónyuges, a reserva o no de reembolsar su importe al cónyuge aportante, presumiéndose lo primero (145).

En la misma línea, aunque sin hablar de aportación sino de negocio jurídico de calificación o fijación, y en base a una interpretación extensiva, absolutamente carente de fundamento, del artículo 1.355 del Código Civil se ha llegado a decir que el cambio de calificación, que puede utilizarse en ambos sentidos; es decir, de ganancial a privativo y viceversa, cuando lo crean oportuno los cónyuges, aunque recaiga sobre los mismos bienes y ya sea en el momento de su adquisición, en momento posterior, e incluso sobre bienes adquiridos con anterioridad al nacimiento de la sociedad de gananciales, es posible a través de los artículos 1.324 (atribución de privatividad) 1.355 del Código Civil (atribución de ganancialidad). Produciendo esa posibilidad de variar la calificación los mismos efectos que un contrato cualquiera que por razón del contenido pueda ser aplicable. El negocio jurídico de fijación produce todos los efectos inherentes al nuevo carácter privativo o ganancial del bien, pero no producirá efectos traslativos de dominio más que cuando al variar el bien de ganancial a privativo estuviera en el patrimonio del otro cónyuge (146).

El acuerdo del artículo 1.355.1 del Código Civil se aproximaría así a una «transmisión simplificada presuntamente onerosa —salvo pacto en contrario— en la que se sustituye el precio o contraprestación por el derecho al reembolso que acredita el cónyuge a costa de cuyo patrimonio se pagó el precio, conforme a lo que dispone el artículo 1.358 del Código Civil» (147); «y que, si fuera efectivamente renunciado, convertiría el acuerdo en una liberalidad» (148).

Civil reside en la posibilidad de convertir en gananciales adquisiciones realizadas por permuta o por empleo sin necesidad de proceder a la conclusión de un verdadero contrato de donación, o mejor eludir sus formalidades (vid., «La subrogación real...», *loc. cit.*, pág. 322).

(145) Vid., J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, *cit.*, t. IV, vol. 1.º, pág. 403.

(146) Vid., S. ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, «La contratación entre cónyuges...», *loc. cit.*, págs. 247-251; en parecidos términos, señala J. A. MARTÍNEZ SANCHÍS que la regla primera del artículo 1.355 del Código Civil, que no es más que una manifestación particular de una posibilidad directamente derivada del artículo 1.323 del Código Civil, integrará un negocio de fijación que ya no tratará meramente de establecer la verdad, sino de crear una nueva realidad, por lo que, en síntesis, la figura se aproxima a los denominados negocios de destinación, en cuanto implicará, materialmente, una dotación a la sociedad de gananciales, y, de derecho, la afectación y sujeción a dicho régimen de los bienes señalados (vid., «Casos dudosos...», *loc. cit.*, pág. 401).

(147) Vid., M. DE LA CÁMARA ALVAREZ, quien señala, además, que aunque el Reglamento no contempla expresamente esa posibilidad, el acuerdo posterior a la adquisición podría y debería inscribirse («La sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, pág. 370).

(148) Vid., M. DE LA CÁMARA ALVAREZ, «La sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, pág. 430.

Tal posibilidad es inadmisible; en el caso de que un bien privativo quiera hacerse ganancial no puede sustituirse la celebración de un verdadero contrato, con todos sus requisitos, por una atribución voluntaria de ganancialidad *ex* artículo 1.355 del Código Civil, y la obligación —renunciable— de reembolsar al cónyuge titular del bien. En la hipótesis del artículo 1.355 del Código Civil, los cónyuges atribuyen carácter ganancial a un bien que ingresa en la sociedad de gananciales, como consecuencia de un contrato transmisivo celebrado con terceras personas y no con el otro cónyuge.

Y en relación con el reembolso, no puede considerarse un mecanismo idóneo para restablecer plenamente el equilibrio patrimonial, como hemos tenido ocasión de analizar; por un lado puede renunciarse y además éste puede no tener lugar hasta el momento de la liquidación, con la posibilidad consiguiente de que en la masa ganancial no queden bienes suficientes en aquel momento, ya que antes de ese reembolso han de ser satisfechos los terceros acreedores de la sociedad conyugal. Si al término de las operaciones liquidatorias no quedasen bienes bastantes para hacer efectivo el reembolso, aquel que tuviere derecho a cobrarlo podrá dirigirse contra su cónyuge o excónyuge o sus herederos y reclamarles la mitad de la cantidad todavía no satisfecha. Sin embargo, en el artículo 1.403 del Código Civil se establece que «pagadas las deudas y cargas de la sociedad se abonarán las indemnizaciones y reintegros debidos a cada cónyuge *hasta donde alcance el caudal inventariado* [...]»; parece pues, que en lo que exceda del caudal inventariado quedarán insatisfechos los reembolsos (149).

La solución parece más fácil si el reembolso no se produjere, bien por acuerdo entre los cónyuges en el momento de la adquisición, bien por renuncia posterior del cónyuge acreedor del mismo, ya que se habría producido un enriquecimiento para la comunidad unido al empobrecimiento del patrimonio privativo a costa del cual se abonó la contraprestación; en definitiva se habrá provocado un desplazamiento con ánimo de liberalidad que deberá ser tratado como una donación entre cónyuges (150). Con todo, resulta improcedente acudir a esta complicada vía que, además, parte de una interpretación incorrecta de un precepto legal.

(149) Vid., J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, quien señala que ello plantea, no obstante, graves cuestiones: primera, habría que precisar qué se entiende por «indemnizaciones y reintegros»; segunda, si todas las partidas comprendidas en el número 3.º del artículo 1.398 del Código Civil han de recibir el mismo trato por lo que se refiere a su realización y éste es, con arreglo al artículo 1.403 del Código Civil el de que de ellas sólo han de responder los bienes y derechos que integran el activo común, quedando en el resto insatisfechos y extinguidos tales derechos de crédito (*La atribución voluntaria...*, *cit.*, págs. 150-154).

(150) Vid., J. M. OLIVARES JAMES, «LOS contratos traslativos de dominio entre cónyuges...», *loc. cit.*, pág. 311.

4. LA LIBERTAD DE CONTRATACION ENTRE CONYUGES
DEL ARTICULO 1.323 DEL CODIGO CIVIL Y SU CONEXION
CON EL LLAMADO «NEGOCIO JURIDICO DE APORTACION»
A LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Si en algún precepto debe buscarse la fundamentación de las «aportaciones» a la sociedad de gananciales, no es, desde luego, en el que regula la atribución voluntaria de ganancialidad de las adquisiciones onerosas constante matrimonio, sino en el que establece la libertad de contratación entre los cónyuges.

Dentro del marco de la importante reforma del Código Civil operada por la Ley de 13 de mayo de 1981, una de las normas que más controversia ha suscitado en la doctrina ha sido la contenida en el artículo 1.323 del Código Civil, que establece un criterio totalmente permisivo de la contratación entre cónyuges y de la transmisión de bienes y derecho por cualquier título (151). Este precepto ha supuesto un «giro copernicano» (152) tras unos antecedentes históricos ampliamente prohibitivos en la materia (153).

En nuestro Código Civil de 1889 aparecieron determinadas normas prohibitivas, en consonancia con nuestros antecedentes históricos, pero no se estableció una prohibición general de la contratación entre cónyuges. Se dispone que será nula toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio, sin incluir los regalos módicos que los cónyuges se hagan en ocasiones de regocijo para la familia (art. 1.334) (154); el marido y la mujer

(151) Vid., A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «La contratación entre cónyuges», en *ADC*, núm. XXXVIII-III, 1985, pág. 505.

(152) Vid., L. Díez Pícazo, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, t. II, 1984, pág. 1512.

(153) Sobre los antecedentes históricos y legislativos de las prohibiciones de contratar entre cónyuges, vid., A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «La contratación...», *loc. cit.*, págs. 507 y sigs.; J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo García, t. XVIII, vol. 1.º (arts. 1.315 a 1.343 CC), 1982, págs. 153 y sigs.; J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español...*, cit., t. IX, págs. 264 y sigs.; *Comentarios al Código Civil español...*, cit., t. X, 1905, págs. 88 y sigs.; Q. Mucius SCAEVOLA, *Código Civil*, 2.ª ed., revisada por J. M. REYES MONTERREAL, t. XXI, 1967, págs. 365 y sigs.; *Código Civil*, t. XXIII, 1905, págs. 382 y sigs.; J. M. OLIVARES JAMES, «LOS contratos traslativos de dominio entre cónyuges...», *loc. cit.*, págs. 284 y sigs.

(154) Señala J. M. MANRESA Y NAVARRO que los principales motivos de la prohibición deben verse en la especial situación creada entre los cónyuges por el matrimonio, en su relación íntima y constante, que deja al más débil entregado a la voluntad del más fuerte, a ceder una parte mayor o menor de sus bienes. La ley teme la falta de libertad en cualquiera de los cónyuges, quiere impedir que el uno se enriquezca a expensas de la fortuna del otro, que la facilidad de donar conduzca a una insolvencia real o falsa en perjuicio de terceros, defraudando los intereses de acreedores legítimos, y cree deber intervenir prohibiendo entre los cónyuges durante el matrimonio toda donación, y aun por

no podrán venderse bienes recíprocamente sino cuando se hubiese pactado la separación judicial de los mismos bienes autorizada con arreglo al capítulo VI, título III de este libro (art. 1.458) (155); sólo cabe la permuta entre cónyuges si se cumplen las condiciones concernientes a la venta (art. 1.541), y, por último, no pueden contraer sociedad universal entre sí las personas a quienes está prohibido otorgarse recíprocamente alguna donación o ventaja (art. 1.667) (156).

En favor de un criterio general prohibitivo de la contratación entre cónyuges se alegaron muchos argumentos: que los obstáculos puestos por el Código Civil a la contratación entre cónyuges eran aplicación de una prohibición genérica implícitamente contenida en nuestro ordenamiento jurídico, de pactar el marido y la mujer entre sí; que los cónyuges constituían una sola persona; que el marido y la mujer no pueden dar un verdadero consentimiento a tales contratos; que existía el riesgo de que uno de los cónyuges abusara de su influencia o autoridad sobre el otro; que era lógico que el marido interviniera en un contrato como otorgante y como protector de su mujer; que era necesario garantizar los intereses de los terceros que contratan en la creencia de un determinado estado de fortuna de un cónyuge, pues podrían ser defraudados al permitirse las enajenaciones al otro; que era preciso impedir que se vulnerara fraudulentamente la prohibición de las donaciones entre cónyuges y que se alterara de forma encubierta el régimen económico matrimonial (157).

La mayor parte de los autores, sin embargo, rechazaron esas argumentaciones, ya que en modo alguno bastaba para autorizar una generalización o extensión analógica de los preceptos prohibitivos concretos del Código Civil. Lo único que el Código pretendió, no fue mantener la vieja teoría de

temor de que se disfrace la donación, prohíbe también la compraventa entre los mismos (vid., *Comentarios...*, cit., t. IX, págs. 264-265). En opinión del autor, la sanción del precepto era la nulidad radical, sin que fuera posible pactar en capitulaciones matrimoniales que los cónyuges pudieran hacerse durante el matrimonio las donaciones que estimaran convenientes, dado el espíritu marcadamente prohibitivo de la ley y la razón en que se inspira (vid., *Comentarios...*, cit., t. IX, págs. 267-268). Señalando Q. Mucius SCAEVOLA que el legislador proclama la nulidad sin más atenuación que la del párrafo segundo del mismo artículo. En términos tan absolutos, que se trata de una nulidad tan absoluta y de pleno derecho sin posibilidad de convalidación (vid., *Código Civil...*, cit., t. XXI, pág. 369). El autor niega también la posibilidad de que en capitulaciones estipulares se deje sin efecto la prohibición contenida en este artículo, al tratarse de un precepto de orden público, inderogable por la voluntad de las partes, cualquiera que sea el régimen que adopte el matrimonio (vid., *Código Civil...*, cit., t. XXI, pág. 375).

(155) Vid., sobre el comentario de este precepto, J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios...*, cit., t. X, págs. 87 y sigs.; Q. Mucius SCAEVOLA, *Código Civil...*, cit., t. XXIII; págs. 381 y sigs.

(156) Vid., J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, cit., t. XVIII, vol. 1.º, págs. 157-158.

(157) Vid., F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, cit., t. IV, pág. 801.

la *unitas carnis* (158), sino salvaguardar la independencia de los cónyuges, la prohibición de donaciones y la de alterar el régimen económico del matrimonio, con reglas prohibitivas concretas, insusceptibles de aplicación analógica (159).

La Ley de 2 de mayo de 1975 sobre situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, determinó la imposibilidad de alegar los principales argumentos en que se trató de fundar la prohibición general de la contratación onerosa entre cónyuges, o la de determinados contratos como la sociedad o el contrato de trabajo, ya que fue suprimido el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial (art. 1.320 del Código Civil); se estableció la regla de que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges y fueron suprimidas las licencias maritales para actos de la mujer casada (arts. 62 y sigs. CC) (160).

A pesar de introducirse tan importantes innovaciones en el Código Civil, no fueron reformados los preceptos que establecían concretas prohibiciones legales a la contratación entre cónyuges (arts. 1.548, 1.541 y 1.677). Pero, después de la Ley de 2 de mayo de 1975, los problemas relativos a la contratación entre cónyuges no habían de plantearse tanto en el terreno de la existencia o no de un criterio general de validez, que había que admitir, como en determinar si un contrato celebrado por el marido y la mujer relativo a bienes, derechos o intereses que están en comunidad, que entrañe una modificación del régimen económico matrimonial, debía por lo menos dar cumplimiento a las reglas de fondo y forma necesarias para las capitulaciones matrimoniales (161).

Al poco tiempo de promulgarse la Ley de 2 de mayo de 1975 comenzaron en la Sección primera de la Comisión General de Codificación los trabajos encaminados a la reforma del Código Civil sobre régimen económico matrimonial. Fruto de estos trabajos fue el Proyecto de Ley de 14 de septiembre

(158) En opinión de J. M. MANRESA Y NAVARRO, el tradicional criterio de la unidad de persona no puede alegarse con seriedad por nadie, cuando es una verdad por todos reconocida la que afirma la coexistencia de la personalidad jurídica de cada uno de los cónyuges dentro de la personalidad jurídica familiar (vid., *Comentarios...*, cit., t. X, pág. 91). En parecido sentido se manifiesta Q. Mucius SCAEVOLA, vid., *Código Civil...*, cit., t. XXI, pág. 372.

(159) Vid., J. L. LACRUZ BERDEJO, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, 1963, pág. 220; J. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho civil*, 1973, págs. 250-252; D. ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil español*, t. III, 1974, pág. 522.

(160) Vid., J. M. OLIVARES JAMES, «LOS contratos traslativos de dominio entre cónyuges...», *loc. cit.*, págs. 289-290; A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «La contratación...», *loc. cit.*, pág. 526.

(161) Vid., A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «La contratación...», *loc. cit.*, pág. 527.

(162) Vid., sobre el criterio permisivo en relación a la contratación entre cónyuges en los Derechos forales, A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «La contratación...», *loc. cit.*, págs. 527-533.

de 1979 sobre modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial, acogándose un amplio criterio permisivo de contratación entre cónyuges, similar al imperante en alguno de nuestros Derechos civiles especiales o forales (162) y en el Derecho comparado (163).

De esta manera se ponía término a todas las dudas que tradicionalmente se han suscitado en esta materia (164). La Ley de 13 de mayo de 1981 tiene en cuenta lo dispuesto en este Proyecto al establecer una norma totalmente permisiva de la contratación entre cónyuges, no habiéndose limitado nuestro legislador a suprimir concretas prohibiciones, lo cual, según algunos autores, debería haberse hecho (165).

En efecto, señala literalmente el artículo 1.323 del Código Civil que: «El marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos».

Hubiera bastado con suprimir las concretas reglas prohibitivas y acogerse a las reglas generales de la contratación, sin necesidad de un precepto específicamente permisivo de la contratación entre cónyuges (166), pero la larga tradición en contra ha fundamentado, para algunos autores, la oportunidad de esta norma (167).

En concordancia con este precepto legal, en las disposiciones generales del régimen económico matrimonial, se suprime la prohibición de las donaciones entre cónyuges, que aparecía en el artículo 1.334, y también desaparece la limitación que establecía el artículo 1.458, señalando ahora el precepto que: «El marido y la mujer podrán venderse bienes recíprocamente». Lógicamente, uno y otro podrán celebrar contratos de permuta, porque, aparte de lo dispuesto en el artículo 1.323 del Código Civil, el artículo 1.541 preceptúa que en todo lo que no se halle especialmente determinado en el Código, la

(163) Vid., sobre el criterio seguido en relación con la contratación entre cónyuges en los Derechos francés, italiano, portugués, alemán, suizo o inglés, A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «La contratación...», *loc. cit.*, págs. 533-539.

(164) Se afirma en la Exposición de Motivos de este Proyecto, como aspecto social y económico de relieve en la regulación que se adopta, la nueva libertad de los cónyuges para celebrar entre sí cualesquiera contratos, incluidas las donaciones, que autorizadas antes por diversos Derechos forales, nunca habían presentado inconvenientes de alguna entidad (vid., A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «La contratación...», *loc. cit.*, pág. 539).

(165) En opinión de J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, hubiera bastado con suprimir la prohibición de donar y con modificar el artículo 1.458 del Código Civil (vid., *Comentarios...*, *cit.*, t. XVIII, vol. 1.º, pág. 162).

(166) Vid., J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, *cit.*, t. XVIII, vol. 1.º, pág. 152.

(167) Vid., J. L. LACRUZ BERDEJO, *La reforma del Derecho de familia en el Código Civil español*, t. I, *Régimen económico del matrimonio, filiación y patria potestad*, 1979, pág. 18; M. ALBALADEJO GARCÍA, *Curso...*, *cit.*, t. IV, pág. 162; M. J. HERRERO GARCÍA, *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, t. II, 1993, pág. 596.

permuta se regirá por las disposiciones concernientes a la venta. También parece que no ha de existir dificultad para que los cónyuges puedan constituir cualquier tipo de sociedad, incluida la universal, pues ha desaparecido la prohibición de las donaciones entre cónyuges (168).

Resulta obvio que, en virtud del precepto, podrán celebrarse contratos mediante los cuales se produzcan transmisiones de bienes tanto del patrimonio privativo de uno de los cónyuges al del otro, como del patrimonio ganancial al privativo de cada uno de ellos y viceversa (169).

No han faltado, sin embargo, opiniones contrarias que, en base a la participación que los dos cónyuges tienen en el bien ganancial, entienden que no es posible o la transmisión de un bien de uno a otro cónyuge, o la transmisión de un bien mediante contrato desde el patrimonio ganancial al privativo de uno de los cónyuges y viceversa, si no es a través de complicados procedimientos como la previa disolución de la sociedad de gananciales, o la liquidación parcial del bien concreto, para proceder con posterioridad a la celebración del contrato (170).

Sin embargo, la consideración del ganancial como un patrimonio separado, distinto del privativo de cada cónyuge, le permite ser centro de referencia

(168) Vid., A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «La contratación...», *loe. cit.*, pág. 540.

(169) Vid., A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «Las consecuencias de la mutabilidad...», *loe. cit.*, pág. 153.

(170) Vid., en relación con el compraventa, las construcciones de L. MARTÍNEZ CAL-CERRADA, que sostiene que no es posible la venta de un bien de un cónyuge a otro, si no es a través del penoso rodeo de la previa disolución de la sociedad de gananciales, conviniendo un régimen económico distinto (art. 1.392.4.º CC); y de esta forma, disuelta y adjudicada la cosa ganancial al luego vendedor, proceder posteriormente a dicha venta (vid., *El nuevo Derecho de familia...*, *cit.*, págs. 213-214). Para P. AVILA ALVAREZ no es posible que a título de compraventa un bien pase directamente del patrimonio ganancial al privativo de un cónyuge. No podría articularse una compraventa directa porque tendrían que vender ambos cónyuges a uno sólo (confesión o justificación de *privaticidad* del precio), y este último cónyuge tendría que ser al mismo tiempo vendedor y comprador. Sería preciso un rodeo: el de la previa conversión de la comunidad ganancial en una comunidad romana; ya que nada se opone a que, puesto que los cónyuges pueden liquidar en cualquier tiempo la sociedad, se permita la liquidación parcial de ésta concretada a la finca de que se trate, adjudicar ésta por mitad a ambos cónyuges y que uno venda al otro su mitad indivisa (vid., «El régimen económico matrimonial en la reforma del Código Civil», en *RCDI*, núm. 547, 1981, pág. 1387). Para S. ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, que califica a la construcción de AVILA ALVAREZ, como de «verdadera fantasía jurídica sin comentarios», resulta jurídicamente imposible configurar un contrato con transmisión de dominio entre cónyuges de bienes gananciales, pues uno de los esposos, concretamente el adquirente, se transmite a sí mismo una parte (la que sea, aunque no esté deslindada) que ya es suya; lo cual sería un supuesto de autotransmisión que no tendría nada que ver con el autocontrato. Señalando después, que, en estos contratos «más que de autocontrato debería hablarse de *monocontrato*, pues existe un contrato totalmente unificado, un solo sujeto de derecho contratante, un único objeto vendido, un dinero de la compra que ya pertenece al vendedor y un único patrimonio en el que ya están integrados tanto la cosa como el precio» (vid., «La contratación entre cónyuges...», *loe. cit.*, págs. 217-218 y 271).

de negocios jurídicos y contratos, lo mismo que lo es de deudas y responsabilidades (171).

Por otra parte, lo que está en cuestión en tema de autocontratación no es la posibilidad filosófica del contrato consigo mismo, sino el perjuicio que puede sufrir un interés por el hecho de que la persona a la que se ha confiado su defensa sea a su vez detentadora de otro interés opuesto con el que puede entrar en conflicto. No cabe duda de que el autocontrato es válido cuando existe el poder o la autorización del *dominus negotii* para autocontratar y cuando no existe posibilidad o riesgo de abuso o de conflicto de intereses (172), y en este supuesto de contratación no puede decirse que se esté ante un supuesto de autocontratación no permitido por faltar el elemento clave de la contraposición o conflicto de intereses (173); siendo evidente que los cónyuges controlan los resultados del contrato aunque uno de ellos haga de dos partes, pues en definitiva sin el consentimiento de ambos no cabe la contratación (174).

Se desprende del tenor del artículo 1.323 del Código Civil que el matrimonio no limita la capacidad de los cónyuges para contratar entre sí (175), pudiendo los cónyuges cualquier tipo de contrato, con independencia de que su causa sea onerosa, gratuita o remuneratoria, ya que no se establece ningún tipo de distinción en este artículo (176), pero lo que no puede pretenderse es que el reconocimiento de la libertad de contratación entre cónyuges signifique que éstos están facultados para eludir los requisitos generales de la contratación de nuestro ordenamiento jurídico, puedan concluir válidamente contratos sin causa, o puedan invocar esa libertad —sin celebración de un verdadero contrato— para eludir la regulación legal de la sociedad de gananciales en materia de atribución de bienes, accesión o en cualquier otra.

El artículo 1.323 del Código Civil no ha establecido específicamente ningún tipo de límites a la libertad de contratación entre cónyuges, lo que ha merecido duras críticas por parte de un sector de la doctrina, ya que existe el grave peligro del fraude a terceros (acreedores y legitimarios) y de la falta de libertad de uno de los cónyuges al celebrar el contrato. Además se facilita peligrosamente la modificación indirecta del régimen económico matrimonial sin celebrar un contrato de capitulaciones matrimoniales (177).

(171) Vid., A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «La contratación...», *loc. cit.*, pág. 554.

(172) Vid., F. DE CASTRO Y BRAVO, *Temas de Derecho civil*, 1976, págs. 114 y sigs.;

L. Díez Picazo, *La representación en el Derecho privado*, 1979, págs. 204-210.

(173) Vid., RDGRN de 2 de febrero de 1983.

(174) Vid., V. J. CASTILLO TAMARIT, «Aspectos parciales de la reforma...», *loc. cit.*, pág. 30; A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «La contratación...», *loc. cit.*, pág. 555.

(175) Vid., R. BLANQUER UBEROS, «Reflexiones acerca de la influencia del régimen de gananciales en la capacidad...», *loc. cit.*, pág. 17.

(176) Vid., M. J. HERRERO GARCÍA, *Comentario del Código Civil...*, cit., t. II, pág. 597; A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «La contratación...», *loc. cit.*, pág. 544.

Se ha criticado también el precepto:

1.º Por su colocación sistemática, ya que no es una norma de régimen económico, ni siquiera entendida como una norma básica o de régimen primario, sino que, teniendo su antecedente en el principio de libertad, más bien resulta una norma de Derecho patrimonial de la familia, por cuanto inspira el límite de la mutabilidad del régimen económico, aunque no puede considerarse como tal porque no se atiene a las reglas que inspiran esta materia (178).

2.º Por su radicalismo; ya que, si antes de la reforma, un importante sector de la doctrina criticaba los términos de la absoluta prohibición de donaciones entre cónyuges, actualmente sería de criticar que también se permitan absolutamente, y sin que este cambio tan radical tenga razón alguna (179); siendo esta fórmula especialmente perturbadora, no tanto respecto de los intereses de los acreedores, fácilmente protegidos frente a la realización de actos a título gratuito, por mediar la presunción de fraude, en el ejercicio de la acción revocatoria, sino los de los terceros, en general, y los de los legitimarios, en particular; de modo que hubiera sido mucho más razonable considerar que las donaciones *inter vivos*, que producen la transmisión de la propiedad de los bienes donados fueran siempre revocables, con lo que se hubieran conciliado los intereses de los hijos del donante con la libertad de éste, ejercitada en un momento de apasionamiento o de poca reflexión (180).

3.º Por los términos en que se desenvuelve. Refiriéndose el artículo 1.323 a toda clase de contratos, podía haber tenido en cuenta que éstos pueden alterar el régimen económico. Si los cónyuges llevan a cabo una sociedad universal, o confiere uno al otro un mandato de amplio contenido respecto de la administración y gestión de los bienes comunes, o de sus propios bienes, con autorizaciones expresas para llevar a cabo actos de enajenación o disposición nos encontramos que según este precepto el acto será válido y se habría

(177) Vid., C. VÁZQUEZ DE IRUZUBIETA, quien se muestra partidario de la prohibición absoluta de las liberalidades y contratos entre cónyuges, constante matrimonio. Considera este autor recuperable la teoría de la unidad (*unitas carnis*), aunque matizada. No es razonable que los socios contraten entre sí, se intercambien bienes y situaciones jurídicas causando un verdadero caos patrimonial. La Ley ha dejado en casi una absoluta indefensión a los terceros frente a las posibles argucias que los cónyuges están dispuestos a llevar adelante para burlar sus derechos en el tráfico normal de las transacciones civiles o mercantiles (*El régimen económico del matrimonio. Ley 11/1981, de 13 de mayo, 1982*, pág. 70 y sigs.).

(178) Vid., J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, cit., t. XVIII, vol. 1.º, pág. 162.

(179) Vid., J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, cit., t. XVIII, vol. 1.º, pág. 163.

(180) Vid., J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, cit., t. XVIII, vol. 1.º, pág. 164.

llevado a cabo una modificación del régimen económico, sin observar lo dispuesto en materia de establecimiento y modificación del mismo en los artículos 1.315 y 1.325 del Código Civil, y posiblemente conculcando el artículo 1.328 del Código Civil. Lo que también puede aplicarse a las donaciones entre cónyuges (181).

De modo que debió sin duda el legislador haber previsto que para que un contrato produzca plenos efectos debe revestir la forma y solemnidad de las capitulaciones; pero, al no haberlo hecho, con el Código Civil en la mano, y con independencia de preferencias personales, el contrato produce plena eficacia, si bien le será de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.317 del Código Civil, con arreglo al cual, la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (182).

Para otro importante sector doctrinal, sin embargo, el hecho de que el artículo 1.323 se exprese en términos tan permisivos no determina que nuestro ordenamiento jurídico admita que pueda modificarse el régimen económico matrimonial sin respetarse las reglas de fondo y forma establecidas en el Código Civil (arts. 1.325 y sigs.) o que puedan ser lesionados los intereses de terceros o del propio cónyuge que presta el consentimiento contractual por coacción o dolo (183).

Pese a la amplitud del artículo 1.323, los límites a la libertad de contratar de los cónyuges podrían derivarse de la propia valoración que merezca la voluntad de los cónyuges, de la discordancia de la causa del negocio con la intención de los contratantes, de los principios institucionales que definan el régimen económico matrimonial en que estén y de la interferencia irregular en la esfera patrimonial de terceros (184).

Resultaría así, inadmisibles, que el régimen económico matrimonial, legal o convencional, pueda ser alterado en las reglas por las que han de regirse los bienes del matrimonio a través de la vía indirecta de los contratos entre

(181) Vid, J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, cit., t. XVIII, vol. 1.º, págs. 164-165.

(182) Vid, J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, para quien el tenor literal del artículo 1.333 del Código Civil, aunque no tenga esa intención, suministra un apoyo textual a esta interpretación, por cuanto dispone que en toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil, se mencionarán *no sólo las capitulaciones matrimoniales* que se hubieren otorgado, *sino también los pactos*, resoluciones judiciales y demás hechos *que modifiquen el régimen económico del matrimonio* (*Comentarios...*, cit., t. XVIII, vol. 1.º, pág. 165).

(183) Vid., A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «Las consecuencias de la mutabilidad...», *loc. cit.*, págs. 148 y sigs.; «La contratación...», *loc. cit.*, pág. 548.

(184) Vid., J. M. OLIVARES JAMES, «LOS contratos traslativos...», *loc. cit.*, págs. 291 y sigs.

cónyuges. La razón última de esta afirmación se encuentra en que estamos ante la materia propia de las capitulaciones matrimoniales (185), ya que las determinaciones sobre el régimen económico matrimonial pertenecen a la esencia de los capítulos (186).

Así, aunque el artículo 1.323 del Código Civil no establece expresamente que a través de un contrato entre cónyuges sea inviable la modificación del régimen económico matrimonial en las reglas por las que han de regirse los bienes del matrimonio, ello no implica que lo autorice; el precepto, simplemente, guarda silencio sobre la cuestión. Y la posibilidad de que a partir de la Ley de 2 de mayo de 1975 pueda ser sustituido o modificado el régimen económico matrimonial después de la celebración del matrimonio no justifica en modo alguno que los cónyuges puedan hacerlo a través de un cauce distinto del establecido en nuestro Código Civil (187).

De modo que para que el régimen económico matrimonial pueda ser modificado o sustituido por los cónyuges es necesario que se cumplan las reglas de fondo y forma necesarias para el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales (arts. 1.325 y sigs. CC) (188); cuando el contrato celebrado por los cónyuges revista los requisitos de fondo y forma exigidos por el Código para otorgar capitulaciones matrimoniales estaremos ante unas auténticas capitulaciones matrimoniales, pues la naturaleza jurídica del negocio celebrado no depende tanto del nombre que le han dado las partes como de su causa, y es evidente que la finalidad de las capitulaciones matrimoniales, en relación con su contenido típico, no es otra que la estipulación, modificación o sustitución de un determinado régimen económico matrimonial (189).

Si bien no puede presumirse, *a priori*, la intención fraudulenta de las partes en ningún tipo de negocio jurídico, es indudable que el contrato celebrado por marido y mujer puede ser un medio para defraudar a terceros, particularmente a los acreedores y legitimarios; siendo evidente que la protección de estos terceros constituye un límite a la libertad de contratación, en general y por tanto también entre los esposos (190).

(185) Vid., A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «Las consecuencias de la mutabilidad...», *loc. cit.*, pág. 152; «La contratación...», *loc. cit.*, pág. 549.

(186) Vid., J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, *cit.*, t. IV, vol. 1.º, pág. 316.

(187) Vid., A. CABANILLAS SÁNCHEZ, en contra en este punto de la opinión manifestada por J. L. DE LOS MOZOS, «Las consecuencias de la mutabilidad...», *loc. cit.*, pág. 152; «La contratación...», *loc. cit.*, pág. 549.

(188) Señalando M. ALBALADEJO GARCÍA que, en principio, la única especialidad de un contrato entre cónyuges será la de que si supone una modificación del régimen de bienes del matrimonio, deberá otorgarse en escritura pública conforme al artículo 1.327 del Código Civil (vid., *Curso...*, *cit.*, t. IV, pág. 126).

(189) Vid., A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «La contratación...», *loc. cit.*, pág. 550.

(190) Vid., M. J. HERRERO GARCÍA, *Comentario del Código Civil...*, *cit.*, t. II, pág. 597.

En el tema que ocupa el centro de atención de nuestro estudio: la «conversión» de bienes privativos en gananciales, mediante el «negocio de aportación», es evidente que no será indiferente a acreedores y legitimarios del cónyuge a quien pertenecían privativamente los bienes que estos pasen a formar parte de la comunidad conyugal con la condición de gananciales; en el primer caso los acreedores pueden hacer efectivo el embargo sobre la totalidad del bien para resarcir su crédito y corresponderá por entero el bien a los legitimarios; mientras que en el segundo sólo podrán los acreedores embargar y ejecutar los bienes gananciales si el otro cónyuge no exige que «en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución de aquélla» (191); teniendo en cuenta que, provocaba esta disolución, al cónyuge deudor le serán «atribuidos por mitad» (192) las ganancias o beneficios. A esto debe añadirse además toda la complejidad del proceso liquidatorio y la preferencia que en el mismo tienen las deudas de la sociedad, las indemnizaciones y reintegros debidos a cada cónyuge, así como los créditos que uno de los cónyuges tenga contra el otro.

En el caso de los legitimarios, deben soportar asimismo el proceso liquidatorio y los créditos preferentes (193).

Por ello sólo deben admitirse, para tales transferencias de bienes, del patrimonio privativo al conyugal, los contratos válidamente celebrados entre cónyuges, y debe otorgarse a acreedores y legitimarios los medios legales oportunos para su defensa en caso contrario (194); siendo particularmente necesarias medidas de protección en el caso de los contratos a título gratuito (195).

Hay que pensar en una posible simulación, tanto absoluta como relativa, estando legitimados en tal caso, los acreedores y legitimarios para ejercitar la correspondiente acción de simulación, mediante la cual podrán demostrar la falsedad de la causa (art. 1.276 CC). Siendo un supuesto típico el de la compraventa entre cónyuges, o entre un cónyuge y la comunidad conyugal, que encubre una donación cuando el cónyuge es deudor frente a terceros. En tal caso, si se produce la insolvencia del cónyuge deudor, el acreedor perjudicado podrá ejercitar la correspondiente acción dirigida a la destrucción de la apariencia de compraventa y la demostración de la existencia de una donación del bien que aparentemente se ha vendido (196).

(191) Vid., artículo 1.373 del Código Civil.

(192) Vid., artículo 1.344 del Código Civil.

(193) Vid., artículos 1.399 a 1.405 del Código Civil.

(194) Vid., J. F. TAYMANS, *Les contrats entre époux*, 1995, pág. 17.

(195) Vid., J. M. OLIVARES JAMES, «LOS contratos traslativos...», *loc. cit.*, págs. 298 y sigs.

(196) Vid., A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «La contratación...», *loc. cit.*, págs. 550-551.

Demostrada la existencia de la donación, válida según el artículo 1.323 del Código Civil, se presume siempre realizada en fraude de acreedores si al hacerla no se ha reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella (arts. 1.297 y 643.2 CC), por lo que una acción rescisoria podrá determinar la devolución al patrimonio del cónyuge donante de los bienes donados con sus frutos, salvo que se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubieran procedido de mala fe, en cuyo caso podrá reclamarse la indemnización del perjuicio al causante de la lesión (art. 1.295 CC) (197).

Si la donación o el contrato celebrado por los cónyuges perjudica a los legitimarios, éstos podrán ejercitar las acciones que, con carácter general, les concede nuestro ordenamiento jurídico. El legitimario no sólo estará facultado para pedir la reducción de las donaciones inoficiosas y, en general, para quedar ileso de las consecuencias de los contratos gratuitos del causante, mediante la reducción de las donaciones inoficiosas conforme a los artículos 636, 654-656 y 820-821 del Código Civil, sino también, para impugnar cualquier contrato oneroso de aquél en fraude de su legítima (198).

Las medidas descritas de protección del donante y de los legitimarios se acompañan, en el caso de las donaciones, de específicas normas sobre forma, capacidad o posibilidad de revocación que contribuyen a evitar el peligro de las donaciones poco meditadas entre los cónyuges.

Así, debe tenerse en cuenta el requisito de forma *ad solemnitatem*, de las donaciones de bienes inmuebles que, conforme al artículo 633 del Código Civil, requieren para su validez la constancia en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario; tratándose de bienes muebles, la donación habrá de hacerse por escrito —público o privado—, o verbalmente, siempre que en este último caso se entregue simultáneamente la cosa donada (art. 632). Tales requisitos no desaparecen en el caso de contratación entre cónyuges; cuando la donación entre cónyuges sea nula por defecto de forma, o la causa del contrato celebrado por los cónyuges sea ilícita, los acreedores podrán ejercitar la correspondiente acción de nulidad, debiéndose tener en cuenta el carácter subsidiario de la acción rescisoria (art. 1.294 CC) (199).

Todas estas normas se completan con las relativas a la revocación de donaciones, que no sólo es posible en los tres casos legalmente previstos, es decir, por supervivencia o superveniencia de hijos, por incumplimiento de las condiciones impuestas por el donante y por ingratitud del donatario (arts. 644

(197) Vid., A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «La contratación...», *loc. cit.*, pág. 551.

(198) Vid., J. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de sucesiones*, t. I, Fundamentos, 1982, págs. 661 y sigs.

(199) Vid., A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «La contratación...», *loc. cit.*, pág. 551.

a 653 CC), sino también cuando se pacte expresamente en el contrato (200). También puede establecerse válidamente la reversión en favor del donante para cualquier caso y circunstancia (art. 641 CC), y reservarse éste la facultad de disponer de algunos bienes donados o de alguna cantidad a cargo de ellos (art. 639 CC).

No puede olvidarse tampoco que, aparte de la necesaria capacidad para contratar y disponer (arts. 624 CC) si el donante tiene viciado el consentimiento podrá, como es lógico solicitar la anulación del contrato (arts. 621 y 622 CC) (201).

Debe también tenerse en cuenta que el contrato que celebran los cónyuges puede deberse a la coacción o al engaño que uno de ellos ejerce sobre el otro. Siendo plenamente aplicable la normativa sobre vicios del consentimiento en los términos de los artículos 1.301 y siguientes del Código Civil.

No podemos dejar de observar que si es cierto que en nuestro Derecho hay que afirmar la buena fe de las personas mientras que no se pruebe lo

(200) J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS se plantea si se han de aplicar en caso de revocación por causa de ingratitud, solamente las normas del artículo 648 del Código Civil, o, por el contrario podrá aplicarse también, por analogía, lo dispuesto para las donaciones por razón de matrimonio en el artículo 1.343.3.º del Código Civil, según el cual, y a efectos de la revocación de tales donaciones, se dispone que: «En las otorgadas por los contrayentes, se reputará incumplimiento de cargas, además de las específicas —referencia al art. 647 CC— la anulación de matrimonio si el donatario hubiera obrado de mala fe. Se estimará ingratitud, aparte de los supuestos legales, el que el donatario incurra en causa de desheredación del artículo 855 o le sea imputable, según la sentencia, la causa de separación o de divorcio». En opinión del autor, la cuestión debe resolverse en este segundo sentido, no sólo porque en la revocación de ambas clases de donación, existe un mismo fundamento de tipo material (*eadem ratio*), sino también porque tanto en el caso de nulidad, como en el de separación y el divorcio, se da la misma «presuposición», en el primer caso, y el mismo tipo de «ingratitud» en el segundo y en el tercero, ya que las causas más genéricas del artículo 648 del Código Civil se especifican, por igual, para los dos tipos de donaciones en el párrafo tercero del artículo 1.343 del Código Civil. Y, en tercer lugar, por razones de equidad (art. 3.2 CC) evidentes, que militan en el presente caso, pues, dada la relación entre donación y disposición *mortis causa*, no sería equitativo el que no funcionara por analogía la regla de la desheredación (arts. 852 y 855 CC). Con lo que, concluye el autor afirmando, aunque no podamos acercarnos a la natural revocabilidad de las donaciones entre cónyuges, la distancia se acorta notablemente, entre el modelo institucional y la precipitada y deficiente regulación legal (vid., *Comentarios...*, cit., t. XVII, vol. 1.º, pág. 166).

(201) Partiendo de este panorama legal, señala A. CABANILLAS SÁNCHEZ que no puede considerarse criticable la solución acogida por nuestro legislador de 1981, partiendo de la igualdad jurídica de los cónyuges, y de un criterio generalmente admitido en el Derecho comparado y en nuestros Derechos civiles especiales o forales. Una revocabilidad absoluta de la donación entre cónyuges dejaría al cónyuge donatario en una situación de gran incertidumbre, pues estaría constantemente expuesto a que se produjere la revocación cuando le apeteciese al donante, aunque hubiesen transcurrido muchos años desde que tuvo lugar la donación y sin tener que dar el donante motivo alguno que justifique su decisión (vid., «La contratación...», loc. cit., pág. 561).

contrario (art. 434 del CC en materia de posesión) (202), existe una tendencia generalizada a mirar con recelo los contratos celebrados entre cónyuges, ante la sospecha de fraude a terceros, vicio del consentimiento o modificación encubierta del régimen económico matrimonial, ya que la situación que se da en la generalidad de los casos, en el seno del matrimonio, hace difícilmente presumible la existencia de una voluntad digna de ser valorada jurídicamente; siendo lógico que si un cónyuge necesita un cómplice para defraudar a terceros, ¿donde encontrarlo mejor y de mayor confianza que en el propio marido o mujer? (203).

Es también evidente que ni subjetiva ni objetivamente, las relaciones entre las personas casadas pueden ser absolutamente equiparables a las existentes entre extraños y que en la formación de los elementos del negocio jurídico interconyugal, en especial en el campo de la voluntad y de las garantías y de otras motivaciones concurrentes (204), la disposición psicológica y personal será totalmente favorable y exenta de dureza contractual; ello no justifica reglas prohibitivas en la contratación conyugal, pero sí resulta recomendable una especial claridad en el estudio de los vicios de la voluntad, las disposiciones captatorias, y, fundamentalmente, por cuanto puede afectar a terceros, las múltiples variantes de una posible simulación y la existencia y consistencia de la causa (205).

(202) Vid., A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «La contratación...», *loc. cit.*, pág. 552.

(203) Vid., J. M. OLIVARES JAMES, «LOS contratos traslativos...», *loc. cit.*, pág. 293; C. VÁZQUEZ DE IRUZUBIETA, *op. cit.*, págs. 68 y sigs.; L. MARTÍNEZ CALCERRADA, *El nuevo Derecho de familia*, t. I, 1983, págs. 210 y sigs.

(204) Señala J. M. OLIVARES JAMES, que, presumiblemente, sólo habrá voluntad digna de ser valorada jurídicamente, cuando los sujetos del contrato se encuentren en situación de auténtica independencia y sean centros de intereses distintos; y que, nada más lejos de esa situación se da, por lo menos en la generalidad de los casos, en el seno del matrimonio (vid., *Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges...*, *loc. cit.*, pág. 293).

(205) Vid., S. ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, para quien las principales objeciones que puede hacerse a la contratación entre cónyuges, entre ellas, el mantenimiento de la igualdad entre las partes, el perjuicio a tercero, en especial de acreedores y legitimarios, la simulación o el fraude son conceptos generales aplicables a cualquier tipo de contratos o de contratantes, sin que la circunstancia de ser cónyuges los otorgantes, le añada una especial peligrosidad, y aunque así fuera, ello no justifica la prohibición o limitación de dichos contratos, sino que aconseja un aumento de dureza de la prueba que pueda plantearse («La contratación entre cónyuges...», *loc. cit.*, págs. 214 y 219). En parecida línea argumental, se pregunta J. M. OLIVARES JAMES si la legalización de los contratos entre los cónyuges significa que han desaparecido todos los obstáculos que impedían o hacía sospechosas las relaciones patrimoniales entre los mismos; entendiendo que la relación de pareja y mutua interdependencia que caracteriza al matrimonio y la situación sociológica, aun vigente, de un importante número de mujeres casadas todavía mayoritaria y preferentemente dedicadas al cuidado de la vida interna del hogar, hacen posible que los cónyuges puedan comportarse, de ordinario, en la vida negocial, como dos extraños que defienden intereses distintos o incluso opuestos. En opinión del autor no se trata con esas afirmaciones de defender la vigencia de las viejas prohibiciones, pero sí de poner de manifiesto

De todo lo expuesto resulta que, efectivamente es posible un contrato entre cónyuges con efectos traslativos que posibilite la salida de un bien del patrimonio privativo para integrarse en el ganancial, ya sea por medio de un contrato típico o innominado, pero sin que baste un mero «acuerdo de calificación» (206), o el tantas veces nombrado «negocio jurídico de aportación» fundado en una atribución voluntaria de ganancialidad conjunta y un dudoso derecho de reembolso (renunciable). Estamos hablando de transferencia de un patrimonio a otro, y nuestro Código señala que la propiedad y los demás derechos reales se adquieren y transmiten «por la ley, por *donación*, por sucesión testada e intestada y como consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición».

Resulta así que no se pueden realizar «aportaciones» a la sociedad de gananciales, en los términos que hemos examinado y que la transmisión de un bien desde el patrimonio privativo al ganancial sólo puede realizarse en virtud de un contrato válidamente celebrado entre los cónyuges. El llamado «negocio jurídico de aportación» o se configura como un contrato típico o como un contrato innominado, siendo evidente que el gran problema en este último supuesto es el de la causa.

5. LA PROBLEMÁTICA SUSCITADA POR LA REGULACIÓN DE LA ACCESIÓN EN LA COMUNIDAD CONYUGAL DE GANANCIALES

En materia de accesión en el régimen de la sociedad de gananciales, la reforma introducida en el Código Civil por la Ley de 13 de mayo de 1981, con la nueva redacción de los artículos 1.359 y 1.360 del Código Civil, se presenta particularmente conflictiva y problemática; hasta tal punto que, en buena medida podemos afirmar que la mayoría de los casos en que la Dirección General, las escrituras notariales, las calificaciones registrales y la doctrina civilista acude al «negocio jurídico de aportación» tienen su base en el supuesto de edificaciones, plantaciones o mejoras realizados con fondos gananciales sobre bienes privativos.

que el trasfondo sociológico al que respondían las normas limitativas, sí atenuado, no ha desaparecido del todo y que si bien esto no es suficiente, por lo menos para la mentalidad actual, para justificar una prohibición que vede a los cónyuges la posibilidad de ciertos tipos de contratos, sí lo es para que y sobre todo en relación con aquéllos que impliquen desplazamientos de propiedad de un patrimonio a otro, persista el clima de temor y recelo cuando en ellos concurren determinadas circunstancias (vid., «Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges...», *loc. cit.*, pág. 291).

(206) A favor del simple acuerdo de calificación se manifiesta S. ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA. Vid., «La contratación entre cónyuges...», *loc. cit.*, pág. 245.

La nueva redacción de los artículos 1.359 y 1.360 ha dado lugar a numerosas críticas, que han forzado no pocas interpretaciones doctrinales. En este caso no por tratarse de preceptos nuevos y sin precedentes en nuestro Código Civil, como ha sucedido en otras materias reguladas por la Ley de reforma, sino por apartarse del criterio establecido por la anterior regulación de la materia en el Código Civil.

Nuestro Código viene ahora a recoger, en sede de la comunidad conyugal de gananciales, el principio general *superficies solo cedit*, que rige con carácter general en materia de accesión en el artículo 358 del Código Civil; que responde a la consideración de que lo principal es el suelo, no la edificación, plantación o siembra, a efectos de determinar la propiedad del conjunto resultante (207), tan sólo modalizado por la especialidad de cálculo para el montante del reembolso (208). Si bien el fenómeno jurídico de la accesión en el régimen de la sociedad de gananciales presenta ciertas particularidades, dada su compleja estructura patrimonial, que hacen insuficiente una remisión genérica a la disciplina de los artículos 358 y siguientes del Código Civil (209).

Señala el artículo 1.359 del Código Civil que: «Las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales y en los privativos tendrán el carácter correspondiente a los bienes que afecten, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho. No obstante, si la mejora hecha en bienes privativos fuese debida a la inversión de fondos comunes o a la actividad de cualquiera de los cónyuges, la sociedad será acreedora del aumento de valor que los bienes tengan como consecuencia de la mejora, al tiempo de la disolución de la sociedad o de la enajenación del bien mejorado».

Y, conforme al artículo 1.360 del Código Civil: «Las mismas reglas del artículo anterior se aplicarán a los incrementos patrimoniales incorporados a una explotación, establecimiento mercantil u otro género de empresa».

Los preceptos obedecen a la necesidad de evitar que el principio de accesión tenga excepciones, desapareciendo la figura de la accesión invertida y acercándose en este punto el Código Civil a la Compilación aragonesa en el artículo 38.7, sobre todo en su primer párrafo. También cabe apuntar que el que lo edificado siga la cualidad de privativo o ganancial responde a la idea de evitar a toda costa los posibles fraudes, no ya frente a terceros, sino a los

(207) Vid., M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentario del Código Civil...*, cit., t. II, pág. 677; I. CARPIO GONZÁLEZ, «Aportación a la sociedad...», *loc. cit.*, pág. 1205.

(208) Vid., J. RAMS ALBESA, «Las accesiones en la sociedad de gananciales», en *ADC*, núm. XXXVIII-II, 1985, pág. 401.

(209) Vid., J. RAMS ALBESA, «Las accesiones en la sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, pág. 401.

herederos, al convertir o transformar bienes sin una razón jurídica que lo justifique (210).

La Ley de 13 de mayo de 1981 habría querido también en este punto conseguir su objetivo de lograr patrimonios puros, que no se mezclen entre sí, evitando en lo posible desplazamientos entre patrimonios conyugales (211), sin perjuicio de mantener entre ellos un equilibrio que no debe ser roto en provecho de uno solo de ellos, mediante los oportunos reembolsos y subrogaciones (212).

El artículo 1.359.1 del Código Civil somete a las reglas del Derecho común sobre la accesión las edificaciones, plantaciones o cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales y en los bienes privativos, haciendo con ello aplicación concreta de los principios generales de determinación de la condición de los bienes del matrimonio que establecen los artículos 1.346 y 1.347 del Código Civil (213); prevalece el principio de integridad y no alteración del dominio sobre el bien beneficiado por la accesión; en definitiva prevalece en este caso el principio real de accesión sobre el principio de atracción a la comunidad ínsito en la regulación de la sociedad de gananciales (214).

La solución opuesta, consagrando lo que se ha venido en llamar «accesión invertida», era adoptada por el Código Civil antes de la reforma.

Con arreglo al anterior artículo 1.404 del Código Civil: «Las expensas útiles, hechas en los bienes peculiares de cualquiera de los cónyuges mediante anticipaciones de la sociedad o por la industria del marido o de la mujer, son gananciales. Lo serán también los edificios construidos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose el valor del suelo al cónyuge a quien pertenezca».

(210) Vid., J. M. CHICO Y ORTIZ, para quien, bastante complicado es el régimen de ganancialidad en el que coexisten en una masa patrimonial dos clases de bienes, para que por un fenómeno que no supone «traslación o transmisión», se produzca una conversión difícilmente encuadrable dentro de los actos dispositivos; señalando también que con la solución del precepto se ha tratado de evitar una especie de expropiación forzosa de bienes privativos sin razones de utilidad pública («Comentario a la RDGRN de 10 de marzo de 1989...», *loc. cit.*, pág. 232).

(211) Vid., J. RAMS ALBESA, «Las accesiones en la sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, pág. 402.

(212) Vid., C. PASCUAL DE LA PARTE, quien añade además, se intenta acompasar toda nuestra legislación civil, sin introducir figuras extrañas o distorsionadas en cuanto a su naturaleza propia («La atribución de ganancialidad...», *loc. cit.*, págs. 2287-2288).

(213) Vid., J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, para quien, con ello se advierte una continuidad lógica en el tratamiento de la subrogación real y de la llamada «accesión económica», que se quebraría, en otro caso, si no se tratara de la misma manera a la accesión industrial que es la más propia y verdadera forma de accesión (*Comentarios...*, *cit.*, t. XVIII, vol. 2.º, págs. 206-207).

(214) Vid., R. BLANQUER UBEROS, «La idea de comunidad en la sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, pág. 82.

El segundo párrafo de este precepto constituye una excepción del primero y de los principios generales relativos a la accesión. Con arreglo a ellos los edificios se consideraban accesorios del suelo y contruidos a expensas de la sociedad de gananciales, cederían, con arreglo al párrafo primero del precepto, en favor del cónyuge propietario del solar, sin perjuicio de la indemnización correspondiente (215).

El artículo cambiaba la doctrina: los edificios contruidos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges son gananciales, abonándose el valor del suelo al cónyuge a quien pertenezca. Se trataba, desde luego, de edificios o construcciones hechos a costa del caudal común (216).

Sobre la razón de ser del precepto, señalaba GARCÍA GOYENA (217): «Fundábase la excepción en consideraciones de interés público para promover la edificación, sobre todo en las capitales y grandes poblaciones. Un marido, por ejemplo, se abstendría de edificar con dinero propio o común en un solar dotal (sito tal vez en uno de los mejores parajes públicos), por saber que el edificio irá a poder de su mujer o de herederos extraños, y que no se reputará mejora sino lo rigurosamente gastado en edificar. El artículo presenta un cebo o estímulo para que edifique, pues tiene los mismos derechos y esperanzas que la mujer para ser propietario del edificio, y la seguridad de que, en el caso contrario, se reputará ganancial todo lo que valga el edificio por cualquier género de gastos, aunque sean voluntarios o de puro placer y ornato».

Añadiendo MANRESA (218), que, «aunque el edificio no pueda subsistir sin el suelo, tiene siempre mucho más valor e importancia que éste, por lo que, si la doctrina no se conforma con los principios, satisface más a la razón. Si el solar vale 5 y el edificio 500, y estos 500 pertenecen a la sociedad de gananciales, más racional es que el edificio con el suelo se adjudique a la misma sociedad abonando 5 al propietario, que no que se adjudique al propietario abonando 500 a la sociedad» (219).

(215) Vid., J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios...*, *cit.*, t. IX, pág. 601.

(216) Vid., J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios...*, *cit.*, t. IX, pág. 601.

(217) Vid., F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, 1974, pág. 322.

(218) Vid., J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios...*, *cit.*, t. IX, pág. 602.

(219) J. RAMS ALBESA trata de desvirtuar esta argumentación señalando que no parece que pueda dársele un valor justificativo de la accesión invertida del artículo 1.404.2 del Código Civil al argumento de protección y fomento de la construcción, pues la atribución de un marcado carácter social a las tareas de edificación y urbanización son muy posteriores a la fecha de redacción del precepto, ya que, en toda Europa este fenómeno de valoración jurídica y social se produciría tras las destrucciones masivas de ciudades de la guerra europea del 14; otras cuestión sería la de que la finalidad y alcance en origen del artículo hubiese sido mucho más restringida en la mente de los legisladores —la vivienda familiar— que la excesivamente generalizada —la actividad de construcción— que quedó plasmada en la letra y por ello hubieran tomado en consideración el puro dato fáctico de que el valor de la construcción es, de ordinario, mucho mayor que

Esta normativa gozaba de la autoridad indiscutible de su larga vigencia, siendo generalmente admitido que cuando una casa se construía en terreno de uno de los cónyuges, casa y terreno se hacían gananciales (220). La nueva Ley alteraba completamente la normativa aplicable en aras de la uniformidad del principio general de la accesión (221).

El desacierto del cambio legislativo se manifestó desde el primer momento en los grandes esfuerzos teóricos y prácticos para evitar su aplicación, al considerarse irrazonable que el cónyuge no titular del terreno viera reducidas sus expectativas a un dudoso —en cuanto a su efectividad **real**— derecho de reembolso, normalmente —**aunque no necesariamente**— al extinguirse la comunidad conyugal (222). La solución más lógica y conforme con la legis-

el del solar sobre el que se edificó. Además, con esa inversión de la accesión, se intentaba corregir el perjudicial e injusto tratamiento que a los reembolsos se venía dando en la antigua regulación de la sociedad legal de gananciales (vid., «Las accesiones en la sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, pág. 402). Pero lo cierto es que si el argumento no tenía todavía mucha relevancia en el momento de la Codificación, sí la tuvo en pocas décadas, y es perfectamente válido en la actualidad para defender la **innecesariedad** del cambio de orientación legislativa con la reforma de 1981.

(220) Si bien, otra buena parte de la doctrina manifestaba fuertes críticas hacia esta regulación de la accesión en materia de gananciales, considerando el artículo 1.404.2 del Código Civil contrario a los principios generales del Código, carente de justificación o motivación, que se prestaba a fraudes y maquinaciones insidiosas, podía resultar lesivo para los intereses de la mujer y rompía la estabilidad y equilibrio de los distintos grupos patrimoniales existentes en el régimen ganancial (vid., principalmente, Q. MUCRUS SCAEVOLA, *Código Civil...*, *cit.*, t. XXII, 1906, págs. 424 y sigs.; F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, *cit.*, t. V, vol. 1.º, pág. 840; J. L. LACRUZ BERDEJO, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía...*, *cit.*, págs. 494 y sigs.; F. CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil*, t. II, revisada y puesta al día por A. DE COSSÍO y A. GULLÓN, 1959, pág. 556; M. GARCÍA GRANERO, «Edificación en suelo propio de uno de los cónyuges con dinero ganancial», en *RDP*, 1950, págs. 211 y sigs.; B. CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, «El artículo 1.404 del Código Civil y la declaración de obra nueva», en *RCDI*, núm. 31, 1954, págs. 798 y sigs. Más recientemente, señala J. RAMS ALBESA que la supresión de la accesión invertida ha impedido que en el futuro se den algunos supuestos abusivos o injustos a que podía dar lugar una interpretación literal del derogado artículo 1.404.2 del Código Civil; pues al no matizar debidamente el término «edificación» podría entenderse incluida cualquier tipo de construcción, sobre todo si se tiene en cuenta que el precepto hacía referencia al supergenérico vocablo «terreno» en vez de referirse al mucho más específico y apropiado de solar, lo que podía conducir a la disparatada posibilidad de que un cónyuge intentara el cambio de titularidad de un predio rústico por el mero hecho de haber construido en él con fondos gananciales graneros, establos, etc., o incluso una vivienda, cuando esta construcción no presupone la modificación de la utilidad principal del conjunto del inmueble, determinando además la fecha de construcción el momento que se debía tomar en consideración para la valoración del terreno, pues era aquella construcción y aquel momento el que daba lugar y en el que se producía, respectivamente, la inversión de la titularidad sobre el inmueble de privativo a ganancial (vid., «Las accesiones en la sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, pág. 402).

(221) Vid., J. M. PÉREZ FERNÁNDEZ, «Sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, pág. 353.

(222) Vid., C. PASCUAL DE LA PARTE, «La atribución de ganancialidad...», *loc. cit.*, pág. 2287.

lación vigente, vendría dada por la transmisión onerosa o lucrativa en virtud del correspondiente contrato, del suelo privativo a la sociedad de gananciales, previa a la edificación.

Pero no han faltado voces que se apresuraron a calificar tal solución de «cara e innecesaria» (223), proponiendo nuevas fórmulas más «flexibles» (224), «sencillas, fiscalmente económicas y, por supuesto lícitas» (225).

Así, en la misma escritura de declaración de obra nueva o en documento anterior independiente se declararía que: «*Los cónyuges aportan la finca X a la sociedad de gananciales*», o «*atribuyen a la finca X el carácter de bien ganancial*». Tal fórmula plasmaría fielmente la voluntad de los otorgantes, sería, clara, precisa, verdadera, y gozaría de exención fiscal en virtud de lo dispuesto en el artículo 48.I.B.3. de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y el artículo 59, en idéntico epígrafe del Reglamento (226).

Otra de las fórmulas propuestas para reflejar en el documento público, en aquellos supuestos más usuales en la práctica sería: «Pactan expresamente los cónyuges don... y doña..., al amparo de los artículos 1.323 y 1.355 del Código Civil y demás disposiciones concordantes del citado cuerpo legal y de la legislación hipotecaria, que, al efecto de extender la sociedad de gananciales entre ellos existente, y como aportación a la misma se atribuye el carácter ganancial al solar descrito en el expositivo... de la presente escritura sobre el que se ha construido la obra nueva descrita en el expositivo... de la misma, solicitando del Registrador de la Propiedad lo haga constar así en los libros a su cargo» (227).

Y, ante el obstáculo que podría suponer el hecho de que los cónyuges no pueden atribuir carácter ganancial a bienes privativos, fuera de los casos que la Ley establece, cabría refutar esta afirmación, diciendo que, una vez que el legislador ha consagrado de manera terminante el principio de libertad de negociación entre cónyuges, en el artículo 1.323 del Código Civil, y con apoyo, entre otros preceptos en el artículo 1.355 del Código Civil, no puede objetarse ningún obstáculo ni de fondo ni de forma, ni sustantivo ni técnico, para restringir la libertad que la Ley establece (228).

(223) Vid., F. GARCÍA SERRANO, «Notas sobre la posible aplicación actual del principio de accesión invertida...», *loc. cit.*, pág. 262; J. M. PÉREZ FERNÁNDEZ, «Sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, pág. 353.

(224) Vid., F. GARCÍA SERRANO, «Notas sobre la posible aplicación actual del principio de accesión invertida...», *loc. cit.*, pág. 264.

(225) Vid., J. M. PÉREZ FERNÁNDEZ, «Sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, pág. 353.

(226) Vid., J. M. PÉREZ FERNÁNDEZ, «Sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, pág. 556.

(227) Vid., C. PASCUAL DE LA PARTE, «La atribución de ganancialidad...», *loc. cit.*, pág. 2294.

(228) Vid., J. M. PÉREZ FERNÁNDEZ, «Sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, pág. 556.

Son muchos, pues, los autores que acuden al mecanismo de la aportación social para evitar las injusticias que, por el valor muy superior del edificio al suelo puede ocasionar si se aplican las reglas del Código Civil en la materia (229).

Para ello plantean la aplicación directa del artículo 1.355 del Código Civil, entendiendo como normas de Derecho dispositivo las que regulan la accesión, a falta de acuerdo entre los interesados (230), evitándose que bienes de base determinen de manera inderogable el carácter de los añadidos de mayor valor (231). Resultaría así que 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 (232).

Y, preguntándose si no se habrá equivocado el Código al optar por la solución establecida en el artículo 1.359 y más hoy en día en donde las construcciones sobrepasan con mucho el valor de los terrenos sobre los que se levantan, responde negativamente, diciendo que lo que ha hecho la reforma de 1981 es suprimir la regla de la «accesión invertida» por innecesaria; porque no tiene razón de ser en una nueva normativa mucho más amplia y liberal y menos encorsetada que la anterior, en donde, sin duda, esta regla tiene perfecta acogi-

(229) Vid., F. GARCÍA SERRANO, «Notas sobre la posible aplicación actual del principio de accesión invertida...», *loc. cit.*, pág. 264; I. CARPIO GONZÁLEZ, «Aportación a la sociedad...», *loc. cit.*, pág. 1205. Para J. M. OLIVARES JAMES, por el camino de la aportación del bien privativo a la sociedad de gananciales, es posible alterar los efectos que se derivarían de la aplicación del nuevo artículo 1.359 del Código Civil, provocándose por voluntad de los cónyuges, lo que es más lógico que por imposición de la Ley, los mismos efectos que antes se producían en base a la accesión invertida del antiguo artículo 1.404 del Código Civil (vid., «Los contratos traslativos...», *loc. cit.*, pág. 312). En parecidos términos, señala V. MAGARIÑOS BLANCO que existe la posibilidad de corregir las consecuencias del artículo 1.359 del Código Civil, ya que es posible que se produzca un desplazamiento patrimonial de un bien desde el patrimonio privativo al consorcial a través de cualquier medio legítimo, dentro del cual no cabe desconocer el negocio de comunicación de bienes o aportación a una comunidad no personalizada jurídicamente como categoría autónoma y diferenciada con sus propios elementos característicos, citando al efecto la *RDGRN de 14 de abril de 1989* (vid., «El órgano de administración...», *loc. cit.*, pág. 408).

(230) Vid., M. C. RIBERA PONT, para quien este acuerdo estaría posibilitado por el artículo 1.355 del Código Civil, que entiende también aplicable al supuesto de accesión por aplicación analógica del artículo 1.357.2 del Código Civil, caso de que la vivienda edificada se destine a vivienda familiar («La atribución de ganancialidad...», *loc. cit.*, pág. 1430).

(231) I. CARPIO GONZÁLEZ entiende que si por acuerdo de los cónyuges se puede determinar qué es más justo: si la accesión o lo contrario, la accesión invertida, también debería apreciarse para cualquier supuesto en que se altere la naturaleza de un bien (vid., «Aportación a la sociedad...», *loc. cit.*, pág. 1205).

(232) Vid., M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentario del Código Civil...*, *cit.*, t. II, pág. 667.

da y se subsume en otras reglas más amplias, como las de los artículos 1.323 y 1.355 del Código Civil, en donde se quiere, en definitiva que los cónyuges tengan una libertad real para regular sus relaciones patrimoniales (233).

En general, todos los autores que conectan la atribución voluntaria de ganancialidad con la libertad de contratación entre cónyuges y que admiten la atribución posterior a la adquisición, consideran que los cónyuges pueden, en base al artículo 1.355 del Código Civil obtener la calificación ganancial del edificio construido sobre suelo privativo, obteniendo de este modo un resultado opuesto al consagrado en el artículo 1.359 del Código Civil (234).

Pero no puede dejar de **parecernos** inadmisible entender aplicable el artículo 1.355 del Código Civil para atribuir carácter ganancial a lo edificado; como hemos tenido ocasión de analizar, sólo se refiere el precepto a las adquisiciones onerosas constante matrimonio, mientras que aquí nos hallamos ante supuestos en que el ingreso en el patrimonio se verifica por título de inversión, de mejora, pero no por título adquisitivo (235) (236).

Tampoco puede utilizarse el artículo 1.355 del Código Civil para atribuir carácter ganancial al suelo privativo, pues no se tratará de una adquisición onerosa constante matrimonio, sino de un bien que ya pertenecía privativamente a uno de los cónyuges antes del comienzo de la sociedad conyugal, o que adquiere después por título lucrativo (237). Además, el precepto no está pensando en atribuir carácter ganancial a bienes adquiridos de uno de los cónyuges, sino de terceras personas, alejándose claramente de cualquier supuesto de contratación entre cónyuges.

Pese a que en base a la interpretación que estimamos correcta del artículo 1.355 del Código Civil, nunca podría utilizarse el precepto para atribuir la

(233) Vid., F. GARCÍA SERRANO, «Notas sobre la posible aplicación actual del principio de accesión invertida...», *loc. cit.*, págs. 264 y sigs.; C. PASCUAL DE LA PARTE, «La atribución de ganancialidad...», *loc. cit.*, pág. 2288.

(234) Vid., F. GARCÍA SERRANO, «Notas sobre la posible aplicación actual del principio de accesión invertida...», *loc. cit.*, pág. 264. De este modo, señala J. M. OLIVARES JAMES, «la atribución de ganancialidad puede ser incluso el instrumento idóneo que permite a los cónyuges invertir con cargo a la sociedad de gananciales en bienes privativos, inversión que encontraría graves dificultades —tratándose de solares privativos— si conforme a la nueva regulación dicha edificación pasase a ser privativa» (vid., «Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges...», *loc. cit.*, pág. 312).

(235) Vid., M. C. RIBERA PONT, «La atribución de ganancialidad...», *loc. cit.*, págs. 1428-1430. Si bien, pese a este razonamiento se inclina por entender aplicable el artículo 1.355 al supuesto de accesión sobre bienes privativos en la sociedad de gananciales.

(236) A pesar de los esfuerzos de F. GARCÍA SERRANO para entender que el plus valor que supone lo edificado implica nueva adquisición (vid., «Notas sobre la posible aplicación actual del principio de accesión invertida...», *loc. cit.*, pág. 264).

(237) Vid., J. M. CHICO Y ORTIZ, «Comentario a la RDGRN de 10 de marzo de 1989...», *loc. cit.*, pág. 231.

condición de ganancial al edificio construido, dista también de **parecernos** cierta la calificación de dispositivas de las normas que regulan la accesión. No nos hallamos ante materia regulada en el Libro cuarto, donde sí impera el principio de autonomía de la voluntad, sino en materia del Libro segundo. Si reparamos en las normas reguladoras de la accesión en el Código se comprobará como no hay un precepto dispositivo, todos son imperativos aunque se dan determinadas opciones. La **propia** redacción del artículo 1.359: «tendrán el carácter correspondiente a los bienes a que afecten», indica que los cónyuges no «podrán» sin más, atribuirles un carácter distinto (238).

Coincidimos con nuestros ilustres juristas patrios, próximos a la Codificación, en considerar que sería más loable, más racional y más coherente desde el punto de vista económico aplicar el principio de accesión invertida a las edificaciones constante matrimonio sobre suelo privativo (239), pero

(238) Vid, J. M. CHICO Y ORTIZ, «Comentario a la RDGRN de 10 de marzo de 1989...», *loc. cit.*, pág. 231. En contra, aunque sin una argumentación suficientemente convincente, se manifiesta F. GARCÍA SERRANO, para quien, siendo dispositivos los artículos de base que regulan la accesión en el Código Civil, artículos 358 y sigs., también serán dispositivos los que regulan la accesión en la sociedad de gananciales. El vocablo «tendrán» empleado puede estimarse como futuro —pues se trata de alterar la situación anterior— y no imperativo, lo que además sería congruente con la finalidad de la norma (vid., «Notas sobre la posible aplicación actual del principio de accesión invertida...», *loc. cit.*, pág. 262).

(239) En este mismo sentido se manifiesta C. PASCUAL DE LA PARTE, vid., «La atribución de ganancialidad...», *loc. cit.*, pág. 2287. Para F. GARCÍA SERRANO, la solución dista mucho de ser satisfactoria, sobre todo si los fondos que se invierte son comunes, y se agrava cuando la totalidad o parte de esos fondos son obtenidos precisamente por el trabajo o industria del cónyuge no propietario. En ese caso no es fácil que el cónyuge se avenga fácilmente a sustituir su titularidad actual sobre fondos concretos (gananciales, pero sobre los que tiene una gran autonomía de administración) por esa expectativa a participar en el aumento del valor de los bienes, diferida a la disolución de la sociedad conyugal, y que será de dudosa materialización cuando la enajenación del bien sea forzosa (vid., «Notas sobre la posible aplicación actual del principio de accesión invertida...», *loc. cit.*, págs. 261-262). Una opinión contraria es sostenida por J. RAMS ALBESA, para quien el cambio de la accesión invertida a la accesión directa presupone una indudable ventaja por la claridad que aporta en orden a la liquidación subsiguiente a la disolución de la sociedad, al no dar lugar a desplazamientos de titularidad por vías indirectas entre las diferentes masas patrimoniales, evitar tratamientos diferenciados en los distintos supuestos posibles de accesión, y, finalmente, dejar de lado los problemas de titularidad que se plantearon en torno a si ésta se mudaba —de privativa a **ganancial**— por el nuevo hecho de la edificación o si el precepto derogado se limitaba a los problemas liquidatorios a que daba lugar el hecho de la edificación a la disolución de la sociedad. Sin embargo, concluye el autor afirmando que: «no obstante lo anterior, a mi personal juicio, en la nueva regulación debió haberse mantenido el tratamiento de la accesión invertida si bien reservado tan sólo para el supuesto de la construcción de la vivienda familiar con dinero ganancial sobre el solar privativo de uno de los cónyuges, en plena coherencia con lo dispuesto en el artículo 1.357.2 del Código Civil para la compra a plazos de la vivienda familiar con dinero ganancial, consiguiendo con ello un tratamiento mucho más armónico de la regulación de la vivienda familiar en el régimen de la sociedad

tales «fórmulas», son de todo punto de vista inadmisibles. Lo cierto es que el legislador introdujo en el artículo 1.359 del Código Civil la solución contraria a la que venimos proclamando como acertada, en un precepto de una claridad indiscutible, si no en cuanto al modo de determinar el resarcimiento al que tendrá derecho la sociedad de gananciales (párrafo segundo) (240), sí en lo referente a la declaración contenida en el primer párrafo: las edificaciones tendrán el carácter correspondiente al bien al que afecten.

Para evitar esta solución sólo caben dos fórmulas: la previa transmisión del terreno a la sociedad de gananciales en virtud del correspondiente contrato, ya sea típico —donación, compraventa, permuta, etc.— o innominado, con su correspondiente causa —onerosa, gratuita o remuneratoria—, devengándose los correspondientes tributos por las transmisiones efectuadas, y pudiendo en todo momento los terceros, o las partes contratantes, utilizar, según los casos, los mecanismos contractuales adecuados para la salvaguarda de sus derechos: acción de simulación, nulidad, revocatoria, rescisoria, de reducción, etc., como hemos tenido ocasión de examinar.

En este caso el terreno tendría carácter ganancial antes de la edificación y, una vez realizada ésta, el conjunto tendría también carácter ganancial pudiendo inscribirse como tal en el Registro de la Propiedad.

La segunda solución, más compleja, consistiría en la realización del negocio jurídico transmisivo con posterioridad a la construcción, resultando que el conjunto en este caso tendría carácter privativo y la edificación habría dado lugar a un derecho de reembolso a favor de la sociedad de gananciales, consecuencia de la inversión de fondos comunes.

En este supuesto podría resultar dudoso si al calcular el valor de la contraprestación a favor del cónyuge titular del terreno, o el valor de lo donado si se trata de un contrato lucrativo, debería descontarse *a priori* el importe del resarcimiento debido a la sociedad de gananciales, actuando de este modo el mecanismo de la compensación; teniendo en cuenta que el momento para fijar la cantidad debida a la comunidad conyugal sería el de la transmisión del bien a la misma. O, por el contrario, se tendría en cuenta el valor total del edificio construido sin perjuicio de las cantidades debidas a la sociedad de gananciales que se tendrán en cuenta en su momento, como cualquier otro derecho de

de gananciales que con la inclusión de una mera excepción a la regla general de la accesión (vid., «La accesión en la sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, págs. 401-403).

(240) Vid., en esta materia, J. RAMS ALBESA, «Las accesiones en la sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, pág. 407 y sigs.; M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentario del Código Civil...*, *cit.*, t. II, págs. 677-678; J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, *cit.*, t. XVIII, vol. 2.º, págs. 209-217; J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, *cit.*, t. IV, vol. 1.º, págs. 411-416; L. Díez PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema...*, *cit.*, t. IV, pág. 184; M. ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho civil...*, *cit.*, t. IV, pág. 169; J. PUIG BRUTAU, *Compendio...*, *cit.*, t. IV, pág. 94; T. GIMÉNEZ DUART, «LOS bienes privativos y gananciales...», *loc. cit.*, págs. 142-143.

reembolso. Adoptar una u otra de estas posiciones tendrá grandes repercusiones desde el punto de vista fiscal y también en relación con las cantidades a satisfacer por los aranceles notarial y registral.

En principio, podría pensarse que debe quedar a la voluntad de los contratantes utilizar una u otra vía, porque nos movemos aquí en relaciones contractuales donde impera el principio de autonomía de la voluntad, pero no es tan claro si tenemos en cuenta la naturaleza de las normas que regulan la liquidación de la sociedad de gananciales en nuestro Código Civil.

Se ha planteado también la posibilidad de estipular en capítulos matrimoniales, en contra del artículo 1.359 del Código Civil; para defender tal tesis se ha considerado que este pacto no vulneraría el artículo 1.328 del Código Civil por estas razones (241):

1.º No puede estimarse contrario a la ley, ya que el artículo 1.359 tiene carácter dispositivo y los esposos pueden modificarlo al amparo de lo prevenido en el artículo 1.325 del Código Civil.

2.º Tampoco puede estimarse contrario a las buenas costumbres, como lo prueba su vigencia casi centenaria al amparo de la legislación anterior.

3.º No sólo no limita la igualdad de derechos entre los esposos sino que en el caso planteado la potencia, ya que permite sustituir la genérica expectativa a participar del aumento del valor de los bienes que establece el artículo 1.359.2, por un derecho actual y concreto similar al de su consorte, reforzándose además el principio de *vis atractiva* que tiene la masa ganancial.

Pero no estimamos fundada la opinión del autor sobre el carácter dispositivo de las normas que regulan la accesión; de modo que tal pacto sería *contra legem*, y por tanto nulo por imperio del artículo 6.3 del Código Civil (242). La reforma de 1981 fue clara en su propósito de derogar el artículo 1.404 del Código Civil, consagrando el principio opuesto y no parece que puedan en este caso los cónyuges resucitar un régimen legal derogado cuando se trata de normas imperativas, excluidas del ámbito de autonomía de la voluntad cuales son las relativas a la regulación del dominio y demás derechos reales y sus modos de adquisición (243) (244).

(241) Vid., F. GARCÍA SERRANO, «Notas sobre la posible aplicación actual del principio de accesión invertida...», *loc. cit.*, pág. 263.

(242) Vid., J. M. CHICO Y ORTIZ, «Comentario a la RDGRN de 10 de marzo de 1989...», *loc. cit.*, pág. 227.

(243) Vid., J. M. CHICO Y ORTIZ, «Comentario a la RDGRN de 10 de marzo de 1989...», *loc. cit.*, pág. 231.

(244) Sin entrar en la polémica sobre la consideración o no de la accesión como modo de adquirir.

Sí puede plantearse la posibilidad de renunciar a la accesión (245), ya que las normas que la regulan no pueden considerarse de orden público (art. 6.2 del Código Civil); pero tal renuncia, conforme al mismo precepto, no será válida si perjudica los derechos de terceros, y es evidente que de existir acreedores personales o herederos del cónyuge titular del terreno, podrán verse perjudicados por esta renuncia.

6. EL CARACTER MARCADAMENTE CAUSALISTA DE NUESTROS SISTEMAS CONTRACTUAL E HIPOTECARIO COMO CLAVE PARA CONFIGURAR LOS NEGOCIOS JURIDICOS DE TRANSMISION DE BIENES DE LOS PATRIMONIOS PRIVATIVOS AL GANANCIAL

Sin lugar a dudas todos los autores que han venido defendiendo la existencia del llamado «negocio jurídico de aportación», cuya finalidad sería conseguir que bienes privativos pasen a formar parte del patrimonio ganancial, fundado en la libertad de contratación entre cónyuges y, subsiguientemente en la atribución conjunta de ganancialidad ex artículo 1.355 del Código Civil, concluyen afirmando que el principal problema para la existencia de este negocio jurídico es el de la causa (246).

En efecto, negando toda conexión entre la atribución voluntaria de ganancialidad del artículo 1.355 del Código Civil con la libertad de contratación entre los cónyuges; considerando también la incorrección de denominar «aportación» al negocio jurídico cuyo objetivo es que bienes privativos de los cónyuges pasen a formar parte de la masa patrimonial ganancial, ya que «aportación» propiamente dicha sólo cabe en el contrato de sociedad dotada de personalidad jurídica (247), y entendiendo que dicha transmisión patrimonial sólo puede producirse en virtud de un contrato, coincidimos en que el dicho contrato deberá tener una causa.

En nuestro Derecho, y en base a la teoría del título y el modo de adquirir, el desplazamiento de propiedad no se produce en virtud de un negocio puro

(245) Vid., en relación al Derecho belga, donde se recoge una solución similar a la nuestra en esta materia, A. DELIEGE, quien señala que no es infrecuente encontrar en los documentos notariales la estipulación de renuncia a la accesión. Para el autor, los derechos de los herederos y acreedores estarían suficientemente protegidos, acudiendo a los recursos ordinarios que brinda el ordenamiento jurídico: acción pauliana, de reducción, etc. (*Les contrats entre époux*, 1995, pág. 67).

(246) Vid., J. M. OLIVARES JAMES, «LOS contratos traslativos de dominio entre cónyuges...», *loc. cit.*, pág. 293 y sigs.; M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentario del Código Civil...*, *cit.*, t. II, pág. 669.

(247) Vid., J. M. MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo García, t. V, vol. 2.º, 1985, pág. 33 y sigs.

dirigido a la transferencia del bien, sino a través de un negocio causal, seguido de la entrega, «por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición», conforme al artículo 609 del Código Civil. Ello significa que el contrato causal traslativo, ya sea donación, compraventa, dación en pago, etc., sólo producirá los efectos que le son típicos, si la finalidad práctica que las partes pretenden alcanzar y el negocio escogido como instrumento, son congruentes desde el punto de vista causal.

Siendo evidente, y pese a lo que parecen dar a entender los defensores del llamado «negocio jurídico de aportación», que en nuestro ordenamiento jurídico no existe ningún negocio cuya función sea transmitir la propiedad. La propiedad sobre un bien se vende, se dona, se permuta, se da en pago, pero no se transfiere abstractamente desligado de su causa (248).

La concurrencia del elemento causal no planteará grandes dificultades cuando los cónyuges celebren un contrato tipificado en la legislación civil, pero sí puede plantearse muy **conflictiva** cuando se trate de un contrato innominado (249).

En efecto, en relación con el elemento causal, los negocios típicos han sido vistos con especial favor: su coincidencia con la figura legal supone que el resultado social propuesto goza del beneplácito jurídico, es decir, su causa es considerada suficiente. La ley le ofrece además el apoyo de su ejemplo y de su ayuda, mediante las reglas de Derecho dispositivo. En cambio, el negocio atípico necesitará para su validez ser referido a determinada causa, ya sea la reciprocidad de prestaciones o promesas, o la remuneración de un servicio o beneficio, o la mera liberalidad (250) (251).

Reconocida en todo caso la importancia del elemento causal, los autores que defienden la existencia autónoma del «negocio jurídico de aportación», tras ampararse en la ambigüedad y dificultad de la teoría de la causa, terminan haciendo una amplísima interpretación de las posibles «causas» admisibles en nuestro ordenamiento contractual, consideran innecesaria la mención expresa de la causa en el negocio traslativo, o llegan incluso a admitir la «atribución abstracta de ganancialidad».

(248) Vid., J. M. OLIVARES JAMES, «LOS contratos traslativos de dominio entre cónyuges...», *loc. cit.*, pág. 294.

(249) Vid., F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, 1985, pág. 205 y sigs.; M. I. TRUJILLO CALZADO, *La constitución convencional de comunidades...*, *cit.*, págs. 102-103.

(250) Vid., F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico...*, *cit.*, pág. 202; E. BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. de A. MARTÍN PÉREZ, s.d., pág. 152 y sigs.; F. GALGANO, *El negocio jurídico*, trad. de P. BLASCO GASCO y L. PRATS ALBENTOSA, 1992, pág. 107 y sigs.

(251) Sobre la relación entre causa y tipo y los sistemas de tipicidad legal o tipicidad causal, vid., J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *El negocio jurídico*, 1987, pág. 447 y sigs.

Así, se ha dicho que, configurados como esencial en el sistema español la conjunción del título y el modo para la transmisión dominical, es la cuestión de la causa uno de los escollos fundamentales a salvar en la configuración de la «aportación» a la sociedad de gananciales; pues, cuando se plantea prácticamente que uno de los esposos aporta a la comunidad o sociedad de gananciales, un bien privativo suyo y el otro acepta, no se ve, a simple vista, cuál sea la causa. Así, no podría decirse que A transmite a B, que acepta, la finca X, o que acepta para la sociedad de gananciales; eso sería una transmisión sin causa, proscrita en nuestro Derecho patrio (252).

La causa sería decisiva para la existencia del negocio jurídico, porque es el único terreno en que el legislador y el práctico del Derecho, especialmente los Jueces, pueden controlar el contenido de aquél, de acuerdo con unas mínimas exigencias éticas o morales propias de cada sociedad y cada momento; especialmente es importante en los sistemas antiformalistas o espiritualistas en la forma. Sin embargo, ello no quiere decir que el artículo 1.274 del Código Civil agote la clasificación, y junto a las causas onerosa, remuneratoria y liberal, habría que hablar de otras muchas, no excluyéndose la existencia de una verdadera *causa matrimonii*, que justificaría el trasvase patrimonial en el seno de las masas de bienes integradas en la sociedad de gananciales (253). Esta causa sería la ampliación de los bienes comunes para realizar los fines específicos del matrimonio, y la familia sería la fuente y el fin del negocio jurídico; se trataría de una «causa variable», que se constituiría en principio, como onerosa, dando lugar al reintegro o reembolso correspondiente, y, en caso de renuncia al reembolso, la causa se convierte en gratuita y es defendible un negocio jurídico modificativo del anterior (254).

O que, la atribución determinante del tránsito entre lo privativo y lo ganancial habrá de contar con una causa lícita, que podrá ser una *causa donandi*, pero también una *causa solvendi* en pago de un reintegro, o bien una *causa credendi*, acudiéndose también en este caso al artículo 1.358 del Código Civil (255).

En otros casos, aun reconociendo que el tema de la causa es la clave del asunto, se dice que no es precisa la mención expresa de la causa (256), y que,

(252) Vid, I. CARPIO GONZÁLEZ, «Aportaciones a la Sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, pág. 1207.

(253) Vid., I. CARPIO GONZÁLEZ, «Aportaciones a la Sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, págs. 1208-1209.

(254) Vid., I. CARPIO GONZÁLEZ, «Aportaciones a la Sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, pág. 1230.

(255) J. A. MARTÍNEZ SANCHÍS, «Casos dudosos...», *loc. cit.*, pág. 401.

(256) Vid., C. PASCUAL DE LA PARTE, «Atribución de ganancialidad o privaticidad...», *loc. cit.*, pág. 631.

mientras en ciertas figuras negociales típicas existe una causa típica (compraventa, arrendamiento, etc.), en otros negocios jurídicos no típicos o atípicos, existen unas «causas genéricas», que serían las del artículo 1.274 del Código Civil, según sean aquéllos onerosos, gratuitos o remuneratorios (257).

La confusión surgiría cuando por ser un negocio no típico y requerir una «causa genérica», que justifique su validez, contenido y efectos, se pretende que dicha causa sea además expresa, como ha dicho la Dirección General de los Registros y el Notariado, defendiéndose la solución contraria, y concluyendo que la conversión de bienes gananciales en privativos (y a la inversa) se puede operar, bien mediante un negocio traslativo típico, con causa típica, (por ejemplo, la compraventa entre los esposos), bien mediante un negocio traslativo atípico, con causa genérica, es decir, presupuesta por nuestro ordenamiento jurídico y embebida en el contrato conyugal, de suerte que se trataría de un negocio jurídico de aportación de bienes concretos a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente con la finalidad de ampliar su ámbito objetivo, de responsabilidad, etc., y que tiene como causa el derecho de reembolso por parte del otro cónyuge no aportante (258).

Resultaría así que el derecho de reembolso es la verdadera causa de la atribución de ganancialidad, y el que posibilita, en última instancia, que se produzca el desplazamiento patrimonial, inscribible en el Registro de la Propiedad, y ello aunque nada en el negocio jurídico acerca de la causa de la atribución (259); y que «exigir que la causa conste o sea expresa en el negocio jurídico, puede ser una medida útil, conveniente, práctica o razonable, pero de ninguna manera necesaria o inexcusable, pues el derecho de reembolso se encarga de solucionar el problema» (260).

No faltando opiniones más radicales, que señalan que, aun siendo preferible acudir directamente a la vía negocial dispositiva adecuada cuando se trata de alterar la naturaleza de un bien ya calificado como privativo, expresando el contrato causal que provoca el desplazamiento; si no se hace así, la atribución abstracta de naturaleza ganancial, a un bien ya fijado de antemano como privativo, tendría el carácter de un negocio de comunicación de bienes o de puesta en común por voluntad de las partes, en que el recíproco equilibrio de las prestaciones, que es causa de dichos contratos, quedaría garan-

(257) Vid., C. PASCUAL DE LA PARTE, «Atribución de ganancialidad o privaticidad...», *loc. cit.*, pág. 632.

(258) Vid., C. PASCUAL DE LA PARTE, «Atribución de ganancialidad o privaticidad...», *loc. cit.*, págs. 633-634.

(259) Vid., C. PASCUAL DE LA PARTE, «Atribución de ganancialidad o privaticidad...», *loc. cit.*, págs. 634-635.

(260) Vid., C. PASCUAL DE LA PARTE, «Atribución de ganancialidad o privaticidad...», *loc. cit.*, pág. 638.

tizado por el obligado reembolso al cónyuge aportante del importe actualizado del bien al tiempo de la liquidación conforme al artículo 1.358 del Código Civil (261).

Siendo evidente que no se puede hacer una utilización tan pragmática y tan poco fundamentada de la teoría de la causa, que, además de su trascendencia en cuanto ha servido para determinar que promesas eran merecedoras de protección jurídica, cuenta con una importantísima elaboración teórica en nuestros más grandes juristas de todos los tiempos y además tiene una **plasmación** legislativa concreta en nuestros artículos 1.274 y siguientes, que no autoriza tales ligerezas interpretativas.

La trascendencia del elemento causal ha sido puesta de manifiesto por F. DE CASTRO (262) señalando que «en el fondo y también en la superficie, la doctrina de la causa ha servido y sigue sirviendo para destacar lo que merece la consideración de contrato (art. 1.261 CC) o de negocio jurídico, de lo que no lo merece, para después distinguir el valor y alcance que a cada clase de ellos se le atribuye» (263).

La función fundamental de la causa: la de ser requisito de existencia del negocio jurídico, se completa con la de servir para clasificar los negocios jurídicos. La que, a su vez, tiene un doble alcance. Unida todavía íntimamente a la cuestión de los requisitos de existencia de los negocios, se manifiesta en su insuficiencia, en que cierta clase de negocios (los no onerosos) necesitan un requisito auxiliar, como, por ejemplo, según los casos, de una forma especial, de la entrega de la cosa, de la previa existencia de una obligación legal, moral o social, o bien de una responsabilidad hacia quien confiara en lo prometido o hecho. Más llamativamente se exterioriza la distinción entre las causas, en la diferente fuerza o eficacia de las relaciones negociales a que cada clase de ellas da lugar. Al lado de la firmeza y solidez de unas (por ejemplo, causa onerosa y con buena fe), se encuentran relaciones frágiles, entre los mismos titulares de la relación (por ejemplo, revocabilidad, facultad de reclamar lo dado) o de mayor o

(261) Vid., J. M. OLIVARES JAMES, «LOS contratos traslativos de dominio entre cónyuges...», *loc. cit.*, pág. 312.

(262) Vid., F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico...*, *cit.*, pág. 165.

(263) Para R. M. ROCA SASTRE, en consecuencia, «lo sin causa significa falta de antecedente justificativo del desplazamiento patrimonial, esto es, falta de precedente obligacional»; nos halláramos ante la «causa legitimadora»; esto es, la que se pone de manifiesto al confrontar un resultado alcanzado mediante la negociación jurídica con el vínculo obligacional creado para ello» (vid., *Estudios de Derecho privado*, con la colaboración de J. PUIG BRUTAU, t. I, Obligaciones y contratos, 1948, pág. 486); R. M. ROCA SASTRE, Prólogo a la obra de T. DE ZUMALACÁRREGUI MARTINI-CÓRDOVA, *Causa y abstracción causal en el Derecho civil español*, 1977, pág. 5; en parecidos términos, vid., G. STOLFI, *Teoría del negozio giuridico*, 1947, págs. 30-31; F. GALGANO, *El negocio jurídico...*, *cit.*, pág. 106 y sigs.

menor intensidad (responder o no responder por evicción o por negligencia), y, en general, esa diversidad de las causas origina el valor relativo de las titularidades, cuando ellas chocan con otras (por ejemplo, con las de los legitimarios, con las de otros acreedores); todo lo que resulta en la clasificación de los créditos, con sus privilegios uno, y otros con la condición de rescindibles, reducibles o no oponibles (264).

La elaboración de la teoría de la causa es fruto de una larga experiencia jurídica que no deberíamos olvidar para acercarnos a una verdadera comprensión de su problemática, transcendencia y gran dificultad. Encontramos así que el término causa se encuentra repetidamente en los textos romanos, y ya revestido de esa autoridad pasa al lenguaje jurídico moderno. No se recibe directamente, sino después de una larga elaboración, en la que tuvo intervención decisiva la doctrina jurídica medieval (265); ofreciendo esta elaboración la particularidad de estar fuertemente influenciada por las lucubraciones de la filosofía escolástica (266).

La formulación de la doctrina de la causa por BARTOLO y BALDO, es uno de esos casos en que los juristas medievales alcanzaron en este punto las mismas conclusiones que los últimos escolásticos, porque como estos últimos, tuvieron presente la doctrina y terminología aristotélicas (267). Conforme a esta doctrina, el consentimiento de las partes sólo es obligatorio, en principio, si se ha otorgado para una de estas dos «razones» o «causas»: liberalidad o intercambio de prestaciones. La doctrina medieval fue así más lejos que los textos del Derecho romano, que distinguieron entre contratos con causa onerosa y lucrativa, porque ellos, como TOMÁS DE AQUINO creyeron en una distinción fundamental entre contratos como actos de liberalidad o como actos de justicia conmutativa, siguiendo la terminología aristotélica; y BARTOLO y BALDO, formularon la doctrina de la causa con esta distinción en la mente, aunque no intentaran explicar el Derecho romano sistemáticamente sobre los principios aristotélicos; ellos sólo encontraron a ARISTÓTELES de gran utilidad para la interpretación de los textos romanos (268).

En un texto de ULPIANO (269) se encuentran dos afirmaciones fundamentales para la dogmática jurídica: los pactos desnudos no originan obligaciones {*nuda pactio obligationem non parit*}; los convenios sin causa no crean obli-

(264) Vid., F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico...*, cit., págs. 167-168.

(265) Vid, J. GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, 1992, pág. 49 y sigs.; J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *El negocio jurídico...*, cit., pág. 163 y sigs.

(266) Vid., F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico...*, cit., pág. 169.

(267) Vid, J. GORDLEY, *The Philosophical origins...*, cit., pág. 49; J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *El negocio jurídico...*, cit., pág. 166.

(268) Vid, J. GORDLEY, *The Philosophical origins...*, cit., pág. 49.

(269) Cf. D.2.14.7.4.

gaciones (*cum nulla subest causa propter conventionem, hic constant non pos se constituí obligationem*) (270).

Sobre esta base, ya la glosa distingue entre los pactos y convenios estériles y los pactos y convenios jurídicamente fecundos (271). La expresión romana de pacto desnudo se entiende en el sentido de la exigencia de la *vestis pactorum* para su eficacia jurídica. Como tal vestido se considera la causa; la que se utiliza para cubrir los diversos casos ofrecidos, en sus diversos sentidos de causa formal, eficiente y final.

Los contratos con nombre legal (nominados) se estiman vestidos, porque en ellos se contiene ya su peculiar causa (*causa agens in ipso pacto vestito*). Como tales contratos se enumeran, la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato, a los que en general se añaden, el depósito, el comodato y la prenda (272).

En contraposición, los contratos innominados necesitan una causa que los vista; así la cosa ya dada o lo ya hecho será causa eficiente para lo que se de o para lo que se haga (no las mutuas promesas ni las promesas de donar). Ese número contado de causas, se procuró ampliar sosteniendo que hay causa: cuando se cumplen los requisitos formales (así en la *stipulatio*), si se ha entregado algo, por la existencia de otro contrato del que el pacto depende y por especial disposición de la Ley (273).

Otros dos textos del Digesto se refieren a la causa de la *stipulatio* (cf. D.12.7.1 y D.44.4.2.3), conforme a ellos el contrato formal *stipulatio* debe tener una causa, de manera que no sería obligatorio a menos que hubiera alguna causa por la cual la promesa fue hecha. Azo y ACURSIO entienden la causa a la que se refiere el texto como *re* o *spe*, pero ni ellos ni en general los glosadores llegaron a una doctrina uniforme sobre la causa, y mucho menos una doctrina parecida a la distinción aristotélica entre justicia conmutativa y liberalidad (274).

BARTOLO y BALDO, no sólo hicieron esto, sino que apoyaron su construcción en un vocabulario específicamente aristotélico; mientras los textos romanos hablan simplemente de la causa que en latín sólo significa una razón, ellos hablan de la *causa finalis*, o incluso, siendo más incisivos, de la *causa finis proxima* de las partes contratantes (275). Siendo totalmente cons-

(270) Señalando J. GORDLEY, que BUCKLAND se refiere a este texto como el «famoso pasaje en el que se basó toda la teoría de la causa» (vid., *The Philosophical origins...*, cit., pág. 49).

(271) Cf. ACCURSIO, gl. *igitur* (m), D.2.14.7.4.

(272) Vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins...*, cit., págs. 49-50.

(273) Señalando F. DE CASTRO Y BRAVO que, aun así siguió siendo limitado en exceso el elenco de las causas e insatisfactorio para las necesidades de la práctica (así, por ejemplo, sobre la permuta y la donación) (vid., *El negocio jurídico...*, cit., pág. 170).

(274) Vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins...*, cit., pág. 50.

(275) Vid., J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *El negocio jurídico...*, cit., pág. 167.

cientes del significado teórico de este término en la filosofía aristotélica y tomista (276).

En efecto, para TOMÁS DE AQUINO podría definirse la esencia de una acción humana en términos de su fin o causa final. Y BARTOLO distinguió las formas accidental y sustancial tanto para describir instituciones legales, como un contrato, como para referirse a cosas incorpóreas. Explicando que las cosas hechas por los hombres toman su forma sustancial de su tendencia hacia cierto fin para el cual fueron hechas por su creador; conocer el fin del creador es conocer la forma sustancial o natural de la cosa creada (277).

Del mismo modo, de acuerdo con BALDO, en un contrato de venta la *causa finolis* respecto al comprador es el objeto y respecto al vendedor es el precio; resultando entonces que los términos esenciales o sustanciales en un contrato de venta son el objeto y el precio (278).

Mayor evidencia de que BARTOLO y BALDO querían mantener el significado técnico de la *causa finalis* se manifiesta en que corrigieron la terminología de los glosadores. Estos habían usado el término *causa finalis* en sus discusiones acerca de la *condictio causa data non secuta*. En Derecho romano se utilizaba esta *condictio* cuando una parte había dado algo a otra esperando un suceso que no tuvo lugar; por ejemplo, si en el caso de que en un contrato innominado una parte hubiera cumplido su prestación, podría utilizar la *condictio* si la otra parte se niega a cumplir la suya; si había pagado dinero al prometido de su hija con la esperanza de su futuro matrimonio, podría utilizar la *condictio* en el caso de que el matrimonio no llegara a efectuarse (279).

El problema para los juristas medievales era distinguir estas situaciones de otras en las que la *condictio* no era posible, por ejemplo, situaciones en las cuales una persona daba un regalo esperando que quien lo recibía lo empleara para una cosa determinada. Los glosadores decían que la *condictio* tenía que utilizarse cuando la esperanza de un hecho fuera la *causa finalis* de la persona, pero no cuando esta expectativa era la «causa impulsiva o eficiente» (280).

(276) Vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins...*, cit., pág. 51.

(277) Vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins...*, cit., pág. 51.

(278) Del mismo modo, BALDO describirá las causas eficiente, formal, material y final de un contrato dando ejemplos de cada una. Su ejemplo de la causa final es un regalo dado para conseguir un propósito concreto sin el cual no lo habría dado (cf. BALDO, *Commentaria C.4.6.8*, núms. 10-11); él explica la causa final con una serie de frases aristotélicas o tomistas: «la causa final es el objeto del intelecto, de igual forma que una imagen es el objeto de la visión, o un puerto es el objeto de la navegación, y hagamos lo que hagamos lo hacemos para conseguir un objetivo» (cf. *Commentaria C.6.44.1*, núm. 17); la causa final es el primer principio en la intención, aun lo último en ejecución (cf. *Commentaria C.5.12.6*, núm. 24), es la causa de las otras causas (vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins...*, cit., pág. 52).

(279) Vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins...*, cit., pág. 52.

(280) Vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins...*, cit., pág. 53.

BARTOLO y BALDO, con un mayor conocimiento de la filosofía aristotélico-tomista, desestimaron por completo describir la expectativas legalmente insignificantes del donante como causa impulsiva o eficiente. Causa impulsiva no sería un término en absoluto aristotélico y causa eficiente no es un motivo o propósito ni es lo contrario de causa final, ni podría existir algo sin causa eficiente, de igual modo que no podría existir sin causa final. Distinguieron entre *causa finalis proxima* y *causa finolis remota* y afirmaron que la causa impulsiva no es propiamente causa (281).

Para BARTOLO y BALDO, la liberalidad significaba más que el hecho de dar sin recibir, y el intercambio significaba más que el hecho de dar y también recibir (282).

Por ello, cuando las partes hacen un intercambio ninguna de las dos debe enriquecerse injustificadamente, para ello acude al concepto aristotélico de justicia conmutativa, que no significa solamente que las partes hacen un intercambio sino que intercambian de tal modo que ninguna parte se enriquezca a expensas del otro. Un famoso texto romano dio la solución a quien vendiera una tierra por menos de la mitad de su precio justo, y los glosadores extendieron el remedio a compradores y a contratos análogos; pero éstos no habían dado una explicación sobre esta doctrina del precio justo, mientras que BALDO explicó que un precio injusto violaba la equidad natural (283) teniendo en cuenta otro famoso texto del Digesto conforme al cual: Por la ley de la naturaleza es equitativo el hecho de que nadie debería enriquecerse a costa de otro (284) (285).

Y la liberalidad no significa solamente desprenderse de la opulencia, regalar, sino dar a la persona adecuada las cantidades adecuadas y en el momento adecuado. El hecho de que BALDO pensara en la liberalidad como la forma correcta de administrar la riqueza es confirmado por una declaración que hace en relación con la necesidad de que en el documento notarial —que había llegado a ser aceptado como sustitutivo de la *stipulatio*— tenía que ser declarada expresamente la causa sobre la cual se efectúa la promesa. De otro modo podía presumirse que el contrato era el resultado de la estupidez más que de la liberalidad (286).

De modo que, para BALDO la causa de la liberalidad significaba dar adecuadamente y no sencillamente, dar para no recibir; y la causa de un contrato oneroso no significaba sólo recibir algo a cambio, sino recibir algo de valor

(281) Vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins...*, cit., pág. 53.

(282) Vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins...*, cit., pág. 55.

(283) Cf. BALDO, *Commentaria* C.4.44.2, núm. 18.

(284) Cf. D.50.17.206: *iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores*.

(285) Vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins...*, cit., pág. 56.

(286) Vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins...*, cit., págs. 55-56.

equivalente. Consecuentemente, el requerimiento de una causa trascendió a las reglas de la ley positiva romana; expresaba una verdad general, una razón natural, sobre cuando una promesa debía ser obligatoria. Señalando GORDLEY (287) que es muy difícil que esta doctrina hubiera sido formulada de esta manera y hubiera tomado este significado si BARTOLO y BALDO no hubieran recurrido a sus conocimientos sobre ARISTÓTELES y TOMÁS DE AQUINO.

La doctrina canonista, al atender a lo que en conciencia obliga, perturba el esquema romanista. En una doble y opuesta dirección: atribuyendo plena eficacia jurídica a las simples promesas y atendiendo ilimitadamente al significado moral de la causa. Se parte de la premisa de que toda promesa vale u obliga *secundum canone*; la afirmación de que cualquier promesa quedaba vestida al ser corroborada con juramento pierde importancia, al considerarse obligatoria cualquier promesa. A la máxima de los civilistas de que los pactos nudos no obligan se opone entonces la afirmación de los canonistas de que *pactus nudus obligat*. De otro lado, se potenciará al máximo el valor de la causa: así, se condena la usura, se consideran rescindibles los contratos en que se sufre lesión o en el que el precio no es justo, y se condenan los contratos con causa ilícita o inmoral.

En esta dirección, se llega a decir que, según el Derecho Canónico, el contrato innominado carecerá de causa sin «una prestación equitativa», y a que se piense que no basta una causa civil para la obligatoriedad de la promesa, sino que además se requiere una «causa natural» (288).

La concepción de lo obligatorio en conciencia de la promesa, sin necesidad de otro requisito, pasará fácilmente de los libros de teología moral a los de Derecho natural y de gentes; y, con ello, las afirmaciones de que entre contrato y pacto no hay diferencia, y de que los pactos nudos producen acción. Mas la repudiación de la doctrina civilista de la causa no significa que se atribuya indiscriminadamente eficacia a toda promesa, y que se desconozca el significado de la causa para distinguir los contratos. GROCIO separa los contratos benéficos y los *permutatorios* y respecto de éstos dice que, por su naturaleza, en ellos impera la igualdad. PUFENDORF después de decir también que las promesas originan obligación, considera justificado que se exija la causa, entendiéndose ésta como los romanos en que el asunto implica alguna utilidad; y al distinguir entre contratos gratuitos y onerosos dice de éstos que en ellos debe haber «una justa igualdad», es decir, que cada uno reciba tanto como da, considerando ésta tan necesaria que afirma «que no hay presunción de un don gratuito, que pueda disculpar el que se tome más que lo que se debería recibir» (289).

(287) Vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins...*, cit., pág. 57.

(288) Vid., F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico...*, cit., pág. 170.

La obra de DOMAT ha sido la base de la doctrina moderna sobre la causa (290). Establece como principio: «ningún convenio obliga sin causa»; en los no gratuitos, la obligación del uno es el fundamento de la del otro; en las donaciones y demás contratos en los que uno solo hace o da, la de éste tiene su fundamento en cualquier motivo razonable y justo, como un servicio prestado, cualquier otro mérito del donatario o el sólo placer de hacer el bien. Y este motivo sirve de causa de quien recibe y no da nada. POTHIER sigue la misma tendencia y desarrolla la formulación de DOMAT, señalando que la causa ha de ser lícita y distinguiendo los contratos interesados y los de beneficencia. Esta corriente doctrinal recibirá su consagración legal en el Código Civil francés en cuya Exposición de motivos se señala: «No hay obligación sin causa: ella está en el interés recíproco de las partes o en la beneficencia de una de ellas» (291).

En esta evolución en la concepción de la causa se observa que, mientras para los últimos escolásticos las partes podrían prometer o un acto de liberalidad o un acto de justicia conmutativa, y la doctrina de la causa había identificado la liberalidad y la justicia conmutativa como dos propósitos legítimos o buenas razones para las partes del contrato; para los juristas del siglo XIX la doctrina de la causa y la distinción entre liberalidad e intercambio se presenta problemática. Estos juristas habían abandonado los viejos conceptos aristotélico-tomistas, no discutían «virtudes» y estaban interesados solamente en la voluntad de las partes para configurar su doctrina del contrato, no en si los propósitos que deseaban alcanzar eran buenos (292).

El *Code Napoléonico*, siguiendo fielmente los trabajos de DOMAT y POTHIER, requirió una causa para la existencia del contrato, conservando en este punto las doctrinas iusnaturalistas (293). Aunque los juristas franceses emplearon fórmulas tradicionales para afirmar la doctrina de la causa: en los contratos gratuitos la causa de una obligación era un acto de liberalidad o remunerar un servicio; mientras en un contrato oneroso era la ventaja que cada parte trataba de obtener: la causa de la obligación de cada parte era la obligación de la otra parte; estas fórmulas ahora tendrán que ser explicadas sin referirse a «virtudes» de liberalidad y justicia conmutativa (294).

(289) Vid., F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico...*, cit., pág. 171; J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *El negocio jurídico...*, cit., págs. 241-242.

(290) Vid., J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *El negocio jurídico...*, cit., pág. 171 y sigs.

(291) Vid., F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico...*, cit., pág. 171.

(292) Vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins...*, cit., pág. 164.

(293) Vid., J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *El negocio jurídico...*, cit., pág. 175 y sigs.

(294) Vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins...*, cit., pág. 164.

Para los juristas del *xix*, liberalidad no significó una virtud de dar y onerosidad dejó de significar un acto de justicia conmutativa; la doctrina de la causa dejó en este momento de tener base en la que apoyarse; parecía significar solamente que una parte debe tener algún motivo para celebrar un contrato, y que el motivo debe ser bien obtener algo, bien no obtener nada a cambio.

Los juristas franceses eran conscientes de la dificultad de elaborar una doctrina de la causa, aunque también lo eran de que era difícil imaginar un contrato sin causa. AUBRY y RAU dijeron que la causa tenía que ser un «motivo legalmente suficiente»; sin embargo, como observó LAURENT, esa explicación no era de utilidad, a menos que alguien pudiera explicar en qué consistía ese «motivo legalmente suficiente». Para TOULLIER un contrato sin causa es, necesariamente, un contrato celebrado por error; pero si ello fuera así no tendría ningún sentido una doctrina del error diferenciada de una doctrina de la causa. DEMOLOMBE sugirió que un contrato carecía de una causa si se refería a un objeto inexistente: por ejemplo, si las partes vendían una cosecha que nunca se había producido; del mismo modo, LAROMBIERE dijo que una compra de la propiedad que perteneciera al comprador debería ser un contrato sin una causa, si bien, finalmente, admitió que en realidad aquí estaríamos ante otro ejemplo de error (295).

Ninguno pudo encontrar una razón convincente para justificar que hubiera una doctrina de la causa y, consiguientemente, tuvieron problemas para diferenciar contratos gratuitos y de intercambio; distinción de gran utilidad no sólo porque esas transacciones tuvieran diferentes causas, sino más bien porque estaban regidas por diferentes reglas (296).

La explicación de esta confusión es clara para GORDLEY (297): los últimos escolásticos habían distinguido contratos gratuitos y onerosos con la ayuda de dos conceptos que los juristas del *siglo xix* habían abandonado, causa final e igualdad en el intercambio. El concepto de causa final les permitía definir estas transacciones en términos de su propósito o finalidad: en una transacción gratuita desarrollar un acto de liberalidad, en un intercambio, recibir un equivalente a lo que uno dio; el concepto de igualdad en el intercambio les permitía distinguir los efectos de estas transacciones sobre el patrimonio de las partes: en un regalo una parte enriqueció a la otra, en un intercambio ninguna se veía enriquecida. La causa final era el fin que definía un tipo de transacción; en este sentido podía decirse que era «el fin de la transacción», incluso en el caso de que la concurrencia de ciertas circunstancias particulares pudieran conducir a que no se realizara tal fin, las partes deberían haber

(295) Vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins...*, cit., pág. 165.

(296) Vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins...*, cit., pág. 165.

(297) Vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins...*, cit., pág. 165.

entrado en la transacción en ese objetivo en mente, ya que, de otro modo, habrían entrado en otro tipo de transacción (298).

En este sentido la causa final era «el fin de las partes en el contrato», aunque tuvieran también otros objetivos, y éstos variasen de una persona a la otra; totalmente olvidada esta concepción de la «causa final», los juristas franceses encontraron difícil explicar cómo una transacción podía ser definida por un fin que bajo algunas circunstancias podría no alcanzarse nunca (299).

LAROMBIERE dijo que un contrato gratuito debe ser definido de acuerdo a su «naturaleza y condiciones íntimas», independientemente de las circunstancias extrínsecas que pudieran alterar su eficacia y destruir las ventajas que se supone va a dar. Así, un contrato podría ser gratuito aunque no diera beneficio al supuesto beneficiario y podría ser oneroso aunque pudiera provocar para una parte una ventaja a expensas de la otra parte. Si bien, aunque LAROMBIERE concluye afirmando que «la descripción de un acto es por consiguiente independiente de eventos extrínsecos», no explicó cómo podría explicarse esa afirmación, salvo por su misteriosa referencia a la «naturaleza y condiciones íntimas» (300).

Otros juristas franceses observaron que la causa de un tipo determinado de transacción debía ser la misma para todas las partes, aunque distintos individuos entren en la misma con motivos diversos. Según observaron AUBRY y RAU, el comprador de un caballo podría planear dar el animal a un tercero; sin embargo, la transacción sería onerosa y su causa es adquirir el caballo, no hacer un regalo. Como dijo DEMOLOMBE, los motivos podrían variar, pero la causa de un tipo de contratos debe ser la misma, sin importar quién participa en ellos. Con todo, nadie encontró una buena forma de distinguir entre causa y los otros fines o motivos de las partes contratantes. TOULLIER y DEMANTE dijeron que la causa era un motivo «determinante» más que «impulsivo». LAURENT señaló, sin embargo, que ellos dejaron el significado de «determinante» e «impulsivo» completamente oscuro. DEMANTE, DEMOLOMBE, AUBRY y RAU establecieron una distinción casi ininteligible: la causa era la razón o motivo por el cual la parte se obligaba a sí misma, para distinguir de las razones o motivos por las cuales contrataba. En definitiva, como dijera LAROMBIERE, todo el mundo estuvo de acuerdo en que la causa era algo más que un mero motivo, ya que los motivos varían de una persona a otra, mientras que la causa tenía que ser la misma para un tipo dado de transacción; pero nadie, ni siquiera él, puede explicar la diferencia (301).

(298) Vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins...*, cit., pág. 166.

(299) Vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins...*, cit., pág. 166.

(300) Vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins...*, cit., pág. 167.

(301) Vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins...*, cit., pág. 167.

Otro concepto que los juristas del siglo XIX habían abandonado era el de igualdad en el valor de las prestaciones, ellos pensaron que llevaba consigo una actitud paternalista hacia las partes y nociones místicas del valor; sin embargo, la falta de este concepto era también una dificultad para la diferenciación entre regalo e intercambio (302).

Esta evolución en la concepción del elemento causal hasta su plasmación en los Códigos decimonónicos es uno de los ejemplos que nos muestra como las teorías voluntaristas mostraban su debilidad no pudiendo dar una explicación satisfactoria en aquellos puntos concretos en que se apartaron de los conceptos aristotélico-tomistas (303).

Resultando así que uno de estos puntos, la causa, ha dado lugar a las construcciones doctrinales y a las plasmaciones positivas más complejas oscuras y confusas de toda la teoría general del contrato (304). Así, las teorías subjetivistas identificaron causa con motivo (305); y no mucho después de la plasmación del requisito causal en los Códigos comenzaron las corrientes críticas que consideran *superfluo* este requisito, pues la causa se confundiría con el objeto en los contratos onerosos y con el consentimiento en los gratuitos (306); añadiéndose también que buena parte de los Códigos decimonónicos, siguiendo al francés, inspirado en este punto por DOMAT, hablan de causa de las obligaciones y no del contrato (307).

Circunstancias estas que no han dejado de ser desaprovechadas por juristas teóricos y prácticos que han creído que el clima de ambigüedad y confu-

(302) Vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins...*, cit., pág. 167.

(303) Vid., J. GORDLEY, quien se muestra partidario de construir una teoría general del contrato basada en las construcciones de los escolásticos tardíos sobre los conceptos aristotélico-tomistas (*The Philosophical origins...*, cit., pág. 231 y sigs.).

(304) Señala J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, que la doctrina de la causa es tan abigarrada y multiforme que todavía siguen en pie las palabras de JASON DEL MAINO, cuando recién nacida la categoría general del contrato, decía refiriéndose a aquella: «*ego semper dixit et dico, quod non potest dari vera doctrina super hoc*» (vid., *El negocio jurídico...*, cit., pág. 540). Para T. DE ZUMALACÁRREGUI MARTÍNEZ-CÓRDOVA, «la regulación legal de la causa, en términos generales, peca más de omisión y oscuridad que de sinrazón. Esa oscuridad y esa omisión, unidas a una evidente falta de unidad y uniformidad a la hora de "bautizar" gramaticalmente a algunas instituciones, plantean al jurista más de un grave interrogante en torno a la anatomía, fisiológica y patológica de la causa» (vid., *Causa y abstracción causal en el Derecho civil español*, 1977, pág. 31).

(305) Vid., sin embargo, las fundadas críticas a la concepción subjetivista de la causa realizadas por E. BETTI, *Teoría general del negocio jurídico...*, cit., pág. 167 y sigs.; J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *El negocio jurídico...*, cit., págs. 188-189; G. STOLFI, *Teoría del negozio giuridico...*, cit., págs. 33-34.

(306) Si bien no han faltado autores que rechazan estas varias formas de reconocer la causa en elementos especiales del negocio, como producto de perspectivas unilaterales y por ello erróneas (vid., E. BETTI, *Teoría general del negocio jurídico...*, cit., págs. 138-141).

(307) Vid. J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *El negocio jurídico...*, cit., págs. 276 y sigs.; F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico...*, cit., pág. 177 y sigs.

sión que reina en torno al elemento causal puede servir para justificar la admisión de cualquier causa que sirva para dar existencia a un supuesto negocio jurídico o contrato.

Pero nuestro Código Civil recoge la «causa de la obligación que se establezca», como uno de los requisitos de existencia del contrato, junto con el consentimiento y el objeto (art. 1.261 CC); señalando el artículo 1.262.1 del Código Civil que: «El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato»; y, en virtud del artículo 1.275 del Código Civil: «Los contratos sin causa o con causa ilícita no producen efecto alguno» y ofreciendo el artículo 1.274 del Código Civil una clasificación de los contratos según su causa: «En los contratos onerosos se entiende por causa para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte, en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor».

Se ha dicho que la enumeración del artículo 1.274 del Código Civil no es exhaustiva y no excluye la existencia de otras (308); pero la práctica totalidad de las diferentes causas de que han venido hablando los civilistas: *credendi causa*, *solvendi causa*, *donandi causa*, *novandi causa*, *dotis constituendi*, *conditiones implendae*, *intercendendi causa* (309), obedecen o a un acto de liberalidad, o a un intercambio de prestaciones y estas dos grandes clasificaciones de causas tiene una importancia trascendental para determinar el régimen jurídico de un contrato: exigencia de forma, capacidad, acciones de rescisión, reducción, revocación, etc. (310).

(308) Vid., F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico...*, cit., pág. 199.

(309) Vid., F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico...*, cit., pág. 200.

(310) Señalando F. DE CASTRO Y BRAVO que en caso de choque e incompatibilidad, los derechos, y correlativamente las obligaciones, se clasifican jerárquicamente según su causa, conforme al principio: *Privilegio non ex tempore aestimatur, sed ex causa*, como así se requiere en los supuestos de tercería de mejor derecho (arts. 1.921-1.929 CC), de concurso de acreedores (art. 1.913 CC), y de quiebra del comerciante (arts. 913-915 CC). También se atiende a dicha ordenación en la partición de la herencia, para el pago de gastos (arts. 902, 903 CC), y de los créditos de los acreedores (arts. 1.028, 1.029 CC), al distinguir los tipos de legatarios (art. 887 CC); y, en fin, se considera la naturaleza de la causa en los supuestos de fraude de acreedores (arts. 643, 1.297 CC) y de doble venta (art. 1.473 CC). Se tienen en cuenta la diversidad de las causas de los negocios por los que se adquieren derechos, al determinar los bienes propios de los cónyuges (arts. 1.396-1.400 CC), y de los bienes gananciales (art. 1.401 CC); como también al delimitar el poder de disposición de los diversos tipos de titulares (por ejemplo, menores, emancipados, casados, padres, tutores, representante del ausente, albacea, administrador). Todo lo que, analógicamente, se aplica a otros casos de liquidación de patrimonios y determinación de poderes de los titulares, según sus circunstancias. Y esa importancia de la causa hace que se tenga en cuenta su naturaleza, incluso cuando es meramente putativa: así, por ejemplo, en los supuestos de posesión de buena fe y de usucapión (vid., *El negocio jurídico...*, cit., págs. 258-259).

Hasta tal punto, que aunque el Código habla también en el artículo 1.274 de una causa remuneratoria, cuando regula las donaciones remuneratorias en el artículo 622 del Código Civil señala que se regirán por las disposiciones relativas a las donaciones «en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto», mientras que en la otra parte se regirá por las reglas de un contrato oneroso; es decir, el Código reconoce la existencia de tres tipos de causas —que pueden diversificarse y especificarse en otras muchas denominaciones— pero, en definitiva, sólo reconoce trascendencia de régimen jurídico a la diferenciación causa onerosa-causa lucrativa y por ello debemos reconducir todas las restantes denominaciones causales a una de estas dos, a los efectos de determinar consecuencias en la regulación y eficacia de los negocios jurídicos integrantes de una u otra categoría.

La impronta distinta que llevan los derechos desde su origen, según sean respectivamente nacidos de negocios con causa onerosa o de causa gratuita es la tenida en cuenta en casi todas las instituciones del Derecho privado. Como manifestaciones más importantes pueden señalarse las siguientes (311):

1.º La fragilidad de la relación negocial, de los derechos y correlativamente de las obligaciones nacidas de los negocios de causa gratuita («*minor causa*»). La que, a su vez, se revela:

- a) En su relativa debilidad respecto a los derechos por título oneroso, en cuyo favor están los gratuitos expuestos a la rescisión (arts. 643, 1.002, 1.111, 1.297 del Código Civil, art. 37, párr. 2.º, núm. 4.º LH), (arts. 880-882 CC), no siendo eficaz, en perjuicio de los acreedores, la renuncia gratuita (arts. 1.001, 1.394, 1.418, 1.937 CC).
- b) En quedar subordinada a los derechos de los legitimarios para cuya salvaguardia se les colaciona y, en su caso, se les reducirán en los que las donaciones fuesen inoficiosas o excesivas (arts. 636, 654-656, 817-820, 847, 1.035 y sigs., 1.187 CC); condición que se tiene en cuenta también en la regulación de las reservas (arts. 811, 812, 963 CC).
- c) Incluso en favor del mismo que ha dispuesto a título gratuito, quien en determinados casos podrá pedir la ineficacia (art. 634 CC), revocación (arts. 644-653, 1.732.1.º CC), y resolución (arts. 1.749, 1.750, 1.775, 1.776 CC) de la donación y de ciertos otros contratos gratuitos.

2.º Los representantes y administradores legales, conforme a la naturaleza de la causa, no tienen poderes para disponer a título gratuito de los bienes administrados, o necesitan de requisitos especiales para efectuar esta

(311) Vid., F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico...*, cit., págs. 263-264.

clase de actos (arts. 166, 186, 271.9.º CC); son nulos los actos a título gratuito sobre bienes gananciales por uno sólo de los cónyuges, salvo las liberalidades de uso (art. 1.378 CC); incluso se impone al heredero del declarado fallecido la prohibición de disponer de esa manera hasta cinco años después de la declaración (arts. 196.2.º CC).

3.º Los derechos adquiridos a título gratuito, aparte las donaciones especialmente favorecidas, gozan de ciertas preferencias de variada naturaleza, así en el caso del hijo sometido a la patria potestad se excluyen de la administración paterna los bienes adquiridos a título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa (art. 164.1.º CC), los bienes adquiridos a título gratuito, por regla general, no se hacen gananciales (art. 1.346.2.º CC). La compensación no podrá oponerse al acreedor cuando la deuda provenga del depósito, como dato o por alimentos debidos a título gratuito (art. 1.200 CC). La renta vitalicia a título gratuito puede constituirse disponiendo que no esté sujeta a embargo por obligaciones del pensionista (art. 1.807 CC).

4.º Existe un menor grado de responsabilidad y vinculación del disponente u obligado a título gratuito: en el caso de que el legatario haya adquirido la cosa legada después del testamento, nada podrá pedir por ello si la adquirió por título lucrativo, y, en cambio, podrá pedir al heredero que le indemnice de lo que haya dado por adquirirla si la adquisición la hizo a título oneroso (art. 878 CC); el donante no queda obligado al saneamiento de la cosa donada (art. 638 CC); se estima con menor rigor la culpa del mandato no retribuido (art. 1.726 CC); las dudas sobre la interpretación de un contrato, si fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos, y si fuere oneroso, en favor de la mayor reciprocidad de los intereses (art. 1.289 CC) (312).

De modo que si bien no dejan de tener interés las variaciones nominales de la causa, que obedecen a diversas matizaciones del negocio jurídico a que se refieren, lo que en verdad tendrá consecuencias de régimen jurídico y determinará si una promesa es merecedora de tutela jurídica y en qué medida lo es —utilizando la certera terminología escolástica y aristotélico-tomista—, si estamos ante un acto de «liberalidad» o de «justicia conmutativa».

El carácter eminentemente causalista de nuestro Derecho contractual es reconocido por la práctica totalidad de la doctrina civilista que ha discutido sobre la posibilidad de los contratos abstractos en nuestro ordenamiento o en los ordenamientos de nuestro entorno jurídico (313), aunque con apoyo en el

(312) Vid. M. I. TRUJILLO CALZADO, *La constitución convencional de comunidades...*, cit., pág. 94.

(313) Vid., J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, que culmina su extenso estudio sobre la causa del negocio jurídico, señalando, como recapitulación, que «dado un sistema causalista como el nuestro —y la afirmación es extensible a los restantes Derechos lati-

artículo 1.277 del Código Civil conforme al cual: «Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario», se ha pretendido dar entrada a los contratos sin causa; si bien es absolutamente dominante la opinión de que el precepto sólo se refiere a una «abstracción procesal» (314) de la causa, cuya existencia y licitud se presumen, pero, probada su inexistencia o falsedad, es evidente que el contrato no puede subsistir (315).

El negocio que carece del requisito esencial de una causa jurídicamente suficiente no es negocio jurídico y, por ello, se considera la falta de causa como uno de los supuestos de inexistencia negocial (316); pero la causa no es sólo requisito de existencia del negocio, sino que el influjo de la causa continua sobre la relación negocial, de modo que en ningún momento posterior a la conclusión del negocio jurídico puede romperse la conexión con la causa y que en caso de frustración del propósito concreto del negocio, queda

nos, o a su mayor parte— el negocio abstracto solamente puede constituirse por libre disposición del ordenamiento, entendido éste en sentido estricto, como Derecho formulado. De esta suerte, el negocio abstracto se configura (como sucede cuando la abstracción se alcanza en los títulos valores, o en los negocios cambiados), a modo de una ficción legal de verdadero y propio negocio, que lo es tal, no porque cumpla los requisitos que son de aplicación a todos los negocios (como sucede con el requisito de la causa), sino porque nace apoyado, exclusivamente, en la tipicidad legal que le reconoce y establece, de modo expreso. Fuera de esta posibilidad, no cabe la abstracción. Incluso muchas veces que la doctrina y jurisprudencia hablan de ella, toman el concepto en un sentido un tanto ideal y genérico, de forma que aunque hablen de negocio abstracto, los negocios a que se refieren no son propiamente negocios abstractos: así sucede en el caso de los llamados negocios accesorios (como la fianza y la hipoteca, entre los de garantía), que presentan una cierta abstracción respecto de la causa principal. Pero en los casos más seguros, siempre la causa se sustituye por la forma, y la tipicidad causal por la legal. Fuera de esto queda [...] la abstracción procesal, al amparo del artículo 1.277 del Código Civil, que no es propiamente abstracción» (*El negocio jurídico...*, cit., pág. 306 y sigs., y 552-553); F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico...*, cit., pág. 232 y sigs.; 291 y sigs.; E. BETTI, *Teoría general del negocio jurídico...*, cit., pág. 157 y sigs.; F. GALGANO, *El negocio jurídico...*, cit., pág. 119; T. DE ZUMALACÁRREGUI MARTINI-CORDOVA, *Causa y abstracción causal...*, cit., págs. 191-265.

(314) Señala F. DE CASTRO Y BRAVO que con ello se abandona la antigua exigencia procesal de la expresión de la causa, y, además, conforme a lo que se considera más probable, se favorece al acreedor presumiendo que la causa existe. Lo que significa que, llegado el caso de contienda judicial, dicho acreedor queda dispensado de probar la existencia de la causa (art. 1.250 CC), aunque dicha presunción de existencia pueda destruirse por la prueba en contrario (art. 1.251 CC) (vid., *El negocio jurídico...*, cit., págs. 234-235). Para E. BETTI, la abstracción del artículo 1.277 del Código Civil es meramente procesal, es decir, consiste en la inversión de la carga de la prueba que incumbe al demandado, acerca de la insubsistencia o inidoneidad de la relación causal aducida por el actor (vid., *Teoría general del negocio jurídico...*, cit., pág. 163). En el mismo sentido, vid., F. GALGANO, *El negocio jurídico...*, cit., pág. 119; J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *El negocio jurídico...*, cit., págs. 379-380.

(315) Vid., F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico...*, cit., pág. 291.

(316) Vid., F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico...*, cit., pág. 239.

abierta la posibilidad de acudir al Juez, para que dé por resuelto el negocio, o para que lo adapte equitativamente a las nuevas circunstancias. Todo lo que se ha tratado y discutido en torno a la cláusula *rebus sic stantibus*, y al llamado «fundamento o base del negocio», tiene su base en el elemento causal (317).

Este marcado causalismo debe afirmarse, en la misma medida, de nuestro Derecho hipotecario (318), siendo mayoritariamente aceptado por los hipotecaristas que el título inscribible debe expresar la causa del acto o negocio jurídico celebrado (319).

Si bien se ha planteado la posibilidad de que un asiento registral pueda no mencionar la relación causal básica en orden a los actos relativos al dominio y derechos reales sobre bienes inmuebles, lo cual supone abordar el estudio del llamado *principio del consentimiento material*, de raíz germánica (320).

Sin poder profundizar en tan interesante cuestión, resaltamos la opinión de nuestros más ilustres hipotecaristas al afirmar que en Derecho alemán, los actos relativos a transmisión o gravamen del dominio y derechos reales sobre bienes inmuebles se ven regidos por el principio del consentimiento, en una doble faceta: de una parte, el consentimiento del que transmite o grava y del que recibe el dominio o derecho real (*Einigung*); de otra, la formal declaración del transmitente, haciendo abandono de su derecho (*Auflassung*) y consintiendo que el Registro publique la nueva titularidad (321).

Ello puede deducirse sin problemas de los párrafos 873 y 925 del BGB; conforme al primero: «Para la transmisión de la propiedad de una finca, su gravamen con un derecho o el gravamen o transmisión de este derecho, es necesaria la circunstancia de estar de acuerdo el titular y la otra parte acerca de la modificación jurídica e igualmente la inscripción de la misma en el Registro». Señalando el segundo que: «El acuerdo entre transmitente y adquirente, necesario para la transmisión de una finca, a tenor del párrafo 873

(317) Vid., F. DE CASTRO Y BRAVO, «El negocio jurídico...», *cit.*, pág. 313 y sigs.

(318) Vid., J. M. CHICO Y ORTIZ, «La sociedad conyugal de gananciales...», *loc. cit.*, pág. 228.

(319) Aunque no han faltado opiniones contrarias que señalan que ni en la Ley hipotecaria (art. 2) ni en su Reglamento (arts. 9 y 51), a propósito de la materia inscribible, hablan para nada de la causa, sino del título, recociendo la doctrina del artículo 1.277 del Código Civil; si bien no pueden dejar de reconocer que en muchos preceptos del articulado de la legislación hipotecaria se hace referencia a la causa, como en los artículos 40.d y 1.3 LH, a propósito de la inscripción inexacta y la consiguiente rectificación del Registro, si se demuestra que la causa no existe, es ilícita o falsa (vid., C. PASCUAL DE LA PARTE, «Atribución de ganancialidad o privaticidad...», *loc. cit.*, pág. 634).

(320) Vid., T. DE ZUMALACÁRREGUI MARTINI-CÓRDOVA, *Causa y abstracción causal...*, *cit.*, pág. 277.

(321) Vid., T. DE ZUMALACÁRREGUI MARTINI-CÓRDOVA, *Causa y abstracción causal...*, *cit.*, pág. 278.

tiene que ser declarado simultáneamente, estando presentes en la Oficina adecuada [...]».

Pero coincidimos con ROCA SASTRE (322), en afirmar que el principio del consentimiento (*Konsensprinzip*) tiene un claro entronque en el Código alemán, como referido al negocio jurídico de mutación o desplazamiento jurídico-real abstraído de su causa, típico de este ordenamiento civil, pero más cuadraría hablar de él referido al Derecho francés, en el que la propiedad se transfiere *solo consensu*.

El principio del consentimiento aplicado en materia de Derechos reales significa que el criterio legislativo centra exclusivamente en el solo acuerdo de las partes el operarse una determinada transmisión, mutación o desplazamiento jurídico-real, o sea, la fuerza o energía suficiente para que tal transmisión, mutación o desplazamiento efectivamente se produzca, siempre que dicho acuerdo sea válido y la parte disponente se halle legitimada para disponer, abstracción hecha de todo precedente causal (323) (324).

Por otra parte, siendo este principio al modo alemán, presupone una enérgica diferenciación entre negocios de disposición y negocios obligacionales. En ningún ordenamiento jurídico puede faltar el consentimiento de las partes en orden a una modificación jurídico-real, pues ello es de naturaleza institucional. Nuestro ordenamiento jurídico admite el consentimiento, pero no al modo alemán, ya que ni existe esa diferenciación entre negocio obligatorio y

(322) Vid., R. M. ROCA SASTRE y L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, t. II, 7.^a ed. 1979, pág. 96 y sigs.

(323) Vid., R. M. ROCA SASTRE y L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario...*, cit., t. II, pág. 96.

(324) Al lado de ese «principio del consentimiento material», hay otro tipo de consentimiento, el formal, que tiene su origen en el Derecho inmobiliario registral formal alemán y en él puede definirse como «el consentimiento a que se practique una inscripción en el Registro de la Propiedad, prestado por el titular registral que haya de resultar perjudicado por ella, de carácter unilateral, recepticio y abstracto, y que por sí solo es suficiente para la práctica del correspondiente asiento en los libros del Registro, a excepción de las transmisiones de la propiedad de fincas o de derechos asimilados a éstos por la ley [...]» (vid., R. M. ROCA SASTRE y L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario...*, cit., t. II, pág. 137). Este consentimiento formal sólo se podría entender aplicable en nuestro ordenamiento hipotecario al asiento de cancelación de inscripciones o anotaciones preventivas practicadas en virtud de escritura pública (según puede deducirse del art. 82.1 LH conforme al cual «las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura pública no se cancelarán [...] sino por otra escritura o documento auténtico, en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación, o sus causahabientes o representantes legítimos» y no puede extenderse a otros casos distintos como la renuncia, la alteración del rango y la constitución unilateral de hipoteca (vid., R. M. ROCA SASTRE y L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario...*, cit., t. II, pág. 146 y sigs.); no faltando incluso opiniones de hipotecaristas que como T. DE ZUMALACÁRREGUI MARTINI-CÓRDOVA niegan rotunda, total y absolutamente ese pretendido carácter del consentimiento formal cancelatorio (vid., *Causa y abstracción causal...*, cit., pág. 296 y sigs.).

dispositivo, ni, sobre todo, se admite al acto abstracto; en España, por ser necesaria la tradición y tener ésta que ser causada para toda transferencia, mutación o desplazamiento, sólo en sentido muy amplio, y habida cuenta de la espiritualización de la *traditio*, cabe hablar que rige el principio del consentimiento (325).

Por ello, y a pesar de que el artículo 1.277 del Código Civil no hace necesaria la expresión de la causa del contrato, la situación cambia cuando hablamos de título inscribible, siendo imprescindible que se exprese la causa del título que pretenda su ingreso en el Registro de la Propiedad, y esto, no sólo conforme a la mejor interpretación de su articulado, sino porque la calificación del título (capacidad, prohibiciones, por ejemplo), y su eficacia hacia terceros exige que se conozca cuál sea ésta, y dicha eficacia será distinta según la causa del negocio (326).

Resultando especialmente relevante, en el ámbito registral, la diferenciación entre título oneroso y gratuito para la aplicación del principio hipotecario de fe pública.

Por ello, ante la pregunta de si cabe inexpressión de causa en nuestro sistema registral la respuesta ha de ser inevitablemente tajante y negativa. Ni la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944-46, ni, sobre todo, el articulado legal y reglamentario, nos autorizan a hablar de otro modo. Los artículos 1, 2, 3, 9, 23, 26, 27, 34, 37, 79 y 80 LH, y los artículos 51 a 55, 193, 206, y 208 RH, entre otros muchos, proclaman en nuestras leyes inmobiliario-registrales, el imperio de la más estricta causalidad, que siempre regirá *inter partes* y que, excepcionalmente se detendrá ante el tercero que de buena fe adquiera a título oneroso e inscriba su derecho (327).

La consideración de que los trasvases de bienes desde los patrimonios privativos de los cónyuges al ganancial no puede efectuarse mediante un supuesto «negocio jurídico de aportación» fundado en una atribución voluntaria de ganancialidad, sino mediante un contrato y su correspondiente tradición, que sólo será válido en el caso de reunir los requisitos esenciales previstos en nuestro ordenamiento jurídico; y la de que resulta especialmente

(325) Vid, R. M. ROCA SASTRE y L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario...*, cit., t. II, pág. 97.

(326) Vid., F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico...*, cit., pág. 236.

(327) Vid., T. DE ZUMALACÁRREGUI MARTINI-CÓRDOVA, quien afirma que la fluidez y seguridad del tráfico, a que aludiera IHERING, queda en nuestro causalista sistema registral más que garantizada con la protección al adquirente de buena fe, sin tener que recurrir a esa extraña tesis de la abstracción causal (*Causa y abstracción causal...*, cit., pág. 363); y concluye su obra sobre la Causa y la abstracción causal con mayúsculas y en los siguientes términos: «OLVIDEMOS, POR CONSIGUIENTE, LOS TERMINOS "INEXPRESION DE CAUSA" Y, SOBRE TODO, "ABSTRACCION CAUSAL" CUANDO HABLEMOS DE DERECHO REGISTRAL ESPAÑOL» (vid., *Causa y abstracción causal...*, cit., pág. 365).

problemática en este caso la existencia del elemento «causa» cuando no se celebra un contrato típico han sido puestas de manifiesto por la Dirección General que, si en un primer momento aceptaron con gran amplitud y sin demasiadas profundizaciones el «negocio jurídico de aportación», como hemos tenido ocasión de examinar, tiene un afortunado cambio de planteamiento en Resoluciones posteriores.

La *RDGRN de 26 de octubre de 1992* (328), en el caso de un solar perteneciente privativamente a una persona, por herencia, y otro solar colindante que pertenecía al mismo titular y a su esposa con carácter ganancial se agrupan, edifican y se pretende que el «todo» sea ganancial.

Señalando el primero de sus Fundamentos de Derecho: «Están conformes el Notario y el Registrador en que es posible la transferencia de un bien desde el patrimonio privativo de uno de los cónyuges al patrimonio ganancial y, únicamente disienten en si basta, para que se produzca la inscripción del acto por el que un bien privativo (un solar) pasa a ser bien ganancial, con que conste que hay acuerdo de los cónyuges para la agrupación del solar privativo con otro solar ganancial y por el que, a la vez dan "carácter ganancial a la total finca agrupada y a la construcción verificada sobre la misma"».

Conforme al segundo: «Como con ese acuerdo un bien (el solar privativo) es transferido desde un patrimonio privativo a otra masa patrimonial —la de gananciales— que es distinta tanto por la titularidad como por las cargas y obligaciones a que está afecta, el acuerdo de los cónyuges sólo será traslativo si en él hay donación o bien uno de los «ciertos contratos» que seguidos de tradición, constituyen el título y modo de transmitir el dominio conforme a lo dispuesto en el artículo 609 del Código Civil. A efectos registrales la expresión de la naturaleza del título es obligatoria tanto por exigirlo el principio de determinación registral como por ser presupuesto lógico necesario para que el Registrador pueda cumplir con la función calificadora en su natural extensión, pues obviamente no son los mismos requisitos los que se exigen para la transmisión por donación, por venta, por negocio de comunicación contra el derecho de reembolso, etc.».

Siguiendo esta línea, en la *RDGRN de 11 de junio de 1993* (329) donde se trata de resolver si es válido e inscribible en el Registro de la Propiedad el pacto contenido en una escritura pública de obra nueva, sobre una finca inscrita con carácter privativo de uno de los cónyuges, por el cual, y con carácter previo a aquélla el cónyuge propietario aporta la finca a la sociedad de gananciales, se señala en su segundo Fundamento de Derecho: «Es doctrina reiterada de esta Dirección General (*RRDGRN de 10 de marzo de 1989, 14 de abril de 1989, 7 y 26 de octubre de 1992*, que son válidos y eficaces

(328) Cf. *RAJ*, 1992, núm. 8.582.

(329) Cf. *RAJ*, 1993, núm. 5.418.

cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges —y por ende entre sus patrimonios privativos y el consorcial (art. 1.323 del Código Civil)—, 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 [...]. Lo que ocurre en el presente caso es que no se precisan debidamente los elementos constitutivos del negocio de aportación verificado y, especialmente, su causa (arts. 1.261.3.º y 1.274 y sigs. del Código Civil). El mismo Notario en su primer escrito de recurso estima que lo realizado es un acto de liberalidad (un acto gratuito), en que la causa es el *animas donandi*, y en su escrito de apelación sostiene que no ha habido donación y que en favor del aportante ha surgido un derecho de reembolso. La exacta especificación de la causa es imprescindible para acceder a la registración de cualquier acto traslativo, tanto por exigirlo el principio de determinación registral, como por ser la causa o 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 [...]. Ténganse en cuenta, además, el diferente alcance de la protección que nuestro Registro de la Propiedad dispensa en función de la onerosidad o gratuidad de la causa del negocio jurídico (vid., art. 34 de la Ley Hipotecaria)».

Resultando pues que sólo en virtud de un contrato pueden producirse transmisiones patrimoniales entre las masas privativas y ganancial y la clave para la verdadera existencia y validez de este contrato se halla en la existencia de una causa lícita que justifique la obligatoriedad legal del pacto. Esa causa puede ser estar ínsita en un contrato típico o no, pero en todo caso ha de ser una de las causas del artículo 1.274 del Código Civil, lo que no puede en ningún caso admitirse es una supuesta «causa genérica» o «variable». Es decir, o estamos ante un contrato sinalagmático, o remuneratorio o en uno de pura beneficencia. El «negocio jurídico de aportación» no puede suponer una excepción y debe estar incluido en el genérico artículo 1.274 del Código Civil (330).

MARGARITA ISABEL POVEDA BERNAL
Doctora en Derecho
Becaria de Investigación de Derecho Civil
de la Universidad de Burgos

(330) Vid., J. M. CHICO Y ORTIZ, «La sociedad conyugal de gananciales...», *loc. cit.*, págs. 227-228.