

La atribución de ganancialidad del artículo 1.355 del Código Civil

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Significado y ámbito de aplicación del artículo 1.355 del Código Civil:* A) Aspectos generales. B) ¿A qué regímenes matrimoniales es aplicable? C) Sujeto activo. D) Momento en que puede hacerse uso de tal facultad atributiva. E) Contenido de la previsión del artículo 1.355. F) Objeto de la facultad atributiva prevista en el artículo 1.355.—III. *Efectos:* A) Entre cónyuges. B) Frente a herederos voluntarios. C) Frente a herederos forzosos. D) En relación a los acreedores. E) Frente al Fisco.—IV. *Incidencia de las normas registrales.*

I. INTRODUCCION (1)

ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS (2), refiriéndose a las reformas introducidas en el Código Civil por las Leyes 11 y 30 de 1981, de 13 de mayo y 7 de julio, pone 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 especial virulencia en aquellos artículos que, como el ahora contemplado 1.355, carecen por completo de precedentes en la anterior regulación que a la materia del régimen económico matrimonial dedicaba nuestro Código Civil.

(1) Las presentes notas se muestran como continuación de las publicadas en estas mismas páginas —núm. 550, mayo-junio, págs. 743 y ss.—. Nos ocupábamos entonces de la posible atribución de condición privativa a bienes gananciales, por la vía de la llamada «confesión de privaticidad» del artículo 1.324. Haciéndolo ahora de la posibilidad de atribuir carácter ganancial a bienes en principio privativos, a través de la previsión legal del artículo 1.355 del Código Civil.

(2) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: «Los preceptos fracasados en la reforma del Código Civil», *Revista de Derecho Notarial*, núms. 113-114, págs. 275 y ss.

Y se acrecientan de modo particular estos problemas ante aquellas normas (arts. 1.324, 1.355 y 1.323) por las que el legislador pretende introducir un cambio completo en la mentalidad de la ley positiva, que ha de producir un imprescindible e inmediato cambio en la mentalidad del estudioso y práctico de Derecho positivo; en tema de posibilidad de mutaciones en el régimen económico-matrimonial legal supletorio o pactado, causadas constante matrimonio, o de cambios en la naturaleza común o privativa correspondiente a determinados bienes, así como en cuestiones relativas a la posibilidad de relaciones económicas entre cónyuges, entre patrimonios privativos o entre éstos y el patrimonio ganancial.

Siguiendo las opiniones de GARRIDO CERDÁ, no parece muy aventurado suponer que el propósito del legislador al introducir tal tipo de modificaciones haya sido el lograr la adecuación del régimen legal regulador de las relaciones económicas entre cónyuges a las nuevas concepciones sociológicas de la familia y el matrimonio. Nuevas concepciones que, con el citado autor y ANGEL PÉREZ FERNÁNDEZ, podemos sintetizar en estos dos principios (3):

- Democratización e igualdad en las relaciones familiares. Consagrada a nivel constitucional por los artículos 14 y 32 de nuestro superior Cuerpo legislativo, y que encuentra su plasmación en la proclamación de carácter general del artículo 66 del Código Civil: «el marido y la mujer son iguales en derechos y deberes», y en el artículo 1.328, que predica la nulidad de cualquier estipulación capitular depresiva de la igualdad de derechos que corresponden a cada uno de los cónyuges.
- Tendencia a sustituir los regímenes de comunidad por los de separación o participación.

Pues bien: el primer postulado —libertad e igualdad en las relaciones familiares— se traduce, al concretarse a las relaciones económicas entre los cónyuges, en tres formulaciones de principio:

- Posible modificación por vía de capítulos de un régimen matrimonial preexistente.
- Posibilidad de contratación entre cónyuges.
- Posibilidad de modificación por voluntad de los cónyuges (4) de

(3) GARRIDO CERDÁ, Emilio: «Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro», *Revista de Derecho Notarial*, núm. 115, págs. 87 y ss.

(4) Tomás GIMÉNEZ DUART —«Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 548, página 118— habla de «el principio de autonomía de la voluntad, parcialmente introducido por la reforma de 2 de mayo de 1975».

la naturaleza común o privativa que para un concreto bien resulte de la aplicación de las previsiones legales en orden a su calificación.

La consagración legislativa de tales principios se ha logrado a través de un —lento sólo relativamente— proceso de evolución y reforma. En efecto, en la primera redacción del Código Civil, el artículo 1.320 consagraba la inmutabilidad del régimen económico matrimonial constante matrimonio. En la redacción dada al Código Civil por Ley 14/1975, de 5 de mayo, se permitía el cambio del régimen económico matrimonial por capítulos otorgados con posterioridad a la celebración del matrimonio, pero vigente un determinado régimen, y por lo que a nosotros interesa, en concreto, el de gananciales, la consideración de un bien aislado como privativo o ganancial venía impuesta por preceptos de naturaleza imperativa que excluían cualquier posible margen de actuación de la autonomía de voluntad de los esposos.

Y a la ausencia de consagración efectiva de tal principio de libertad e igualdad en las relaciones económicas entre cónyuges —aunque su formulación a nivel de principio general se encontrara tras la reforma en el artículo 62 CC— respondía, asimismo, la imposibilidad de relaciones entre marido y mujer, considerados como titulares de patrimonios separados, y, en consecuencia, la prohibición de donaciones, ventas, etc., entre esposos.

En la actual redacción del Código Civil —tras la reforma de 13 de mayo de 1981— suele afirmarse:

- que la posibilidad de contratación entre cónyuges aparece consagrada por el vigente artículo 1.323, que deroga el sistema de los antiguos 1.458 y 1.334;
- que a la posible mutación de la naturaleza privativa o ganancial de los bienes, en principio imperativamente determinada por el origen de su adquisición, se refieren los artículos 1.324 y 1.355.

Sin embargo, tan rotundas afirmaciones encuentran limitaciones derivadas de la propia naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales y del juego de principios de carácter superior que no pueden verse conculcados.

Así, en primer lugar, el postulado de que tras la reforma de 13 de mayo es factible la realización de todo tipo de contratos entre cónyuges encuentra pronto restricciones, cuando los cónyuges se hallan sujetos al régimen de gananciales, si se pretenden realizar trasvases de patrimonios privativos al patrimonio común y viceversa (5).

(5) AVILA ALVAREZ, Pedro: «El régimen económico matrimonial en la reforma del Código Civil», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 547, págs. 1374 y

En orden a la segunda afirmación, se ha pretendido atribuirle un carácter absoluto, que encontraría su apoyo precisamente en la posibilidad de contratación entre cónyuges. Se ha sostenido que si los esposos pueden formalizar entre sí todo tipo de contratos puedan asimismo variar el carácter ganancial o privativo de los bienes que les corresponden por sus solas manifestaciones de voluntad, por cuanto si éstas no se corresponden con la realidad deben entenderse subyacentes los contratos —donaciones, préstamos, compraventas, etc.— que los posibilitaran (6).

Se confundían de este modo dos tipos de normas que se ocupan de cuestiones distintas: posibilidad de contratación entre cónyuges (artículo 1.323); posibilidad de atribución de naturaleza privativa o ganancial distinta de la que a los bienes corresponde por el título adquisitivo (artículos 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 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 de tráfico jurídico, del carácter imperativo de las normas que determinan el carácter privativo o ganancial de los bienes y, en fin, problemas de índole fiscal.

Pues bien: teniendo en cuenta la distinción entre uno y otro tipo de

siguientes. Distingue dos supuestos: a) Del patrimonio ganancial al de un cónyuge. Es preciso un rodeo, la previa conversión de la comunidad germánica en romana, pues caso contrario un mismo cónyuge tendría que ser a la vez comprador y vendedor. b) Del patrimonio de un cónyuge al ganancial. Afirma puede encubrirse el problema actuando un cónyuge en propio nombre y el otro en representación de la sociedad conyugal.

(6) Así, se dijo que el artículo 1.324 permite la atribución a los bienes de carácter definitivamente privativo, por la simple confesión, incluso frente a terceros, pues el artículo 1.323 admite las donaciones entre cónyuges. Y que los terceros sólo pueden impugnar tal confesión si logran demostrar que encubre una donación entre cónyuges en fraude de sus derechos. Frente a ello hemos afirmado que dicha confesión es por sí sola suficiente para atribuir a los bienes afectos carácter privativo en las relaciones entre cónyuges y herederos voluntarios; pero no puede prejuzgar su definitivo carácter privativo o ganancial en las relaciones frente a terceros —herederos forzosos y acreedores—. Y para justificar tal tesis invocamos, además de que ello supondría una modificación de los efectos generales atribuibles a la confesión extrajudicial y un injustificado perjuicio a herederos forzosos y acreedores —en particular a estos últimos, que sólo podrían acudir a la vía de la acción rescisoria o pauliana, probando el fraude a sus derechos, previa rectificación registral por exigencias del tracto—, el argumento positivo derivado del análisis del bloque de preceptos que se ocupan precisamente de la atribución de naturaleza privativa o común, y en concreto de los artículos 1.324, 1.355 y 1.361.

normas y los problemas que se plantean en torno a la atribución a los bienes de una determinada calificación, pasamos a ocuparnos del análisis de los posibles significados y ámbito de actuación de la atribución consagrada por el artículo 1.355.

II. SIGNIFICADO Y AMBITO DE APLICACION DEL ARTICULO 1.355 DEL CODIGO CIVIL

A) ASPECTOS GENERALES

Tres posibles interpretaciones pueden formularse en torno al ámbito de acción del artículo 1.355:

1. Tesis que estima que el artículo 1.355 consagra una libertad absoluta para que los cónyuges puedan atribuir a los bienes que adquieran carácter ganancial, aunque éstos sean realmente de naturaleza privativa, y aunque tal naturaleza privativa pueda prácticamente ser demostrada. Piénsese, por ejemplo; en bienes adquiridos por permuta con bienes privativos a los que se desee atribuir carácter ganancial, en aplicación del artículo 1.355.

Tal opinión podría encontrar su fundamento principal en el tenor amplio del artículo 1.355, además de en la posibilidad de realizar todo tipo de trasvases patrimoniales —ventas, donaciones, etc.— entre esposos.

2. La que piensa que su sentido es únicamente ratificar la presunción de ganancialidad en casos dudosos (7).

Frente a tal tesis puede invocarse el artículo 93, 1, del Reglamento Hipotecario (y preceptos concordantes), que parecen distinguir claramente el supuesto en que los cónyuges comparezcan para adquirir conjuntamente para la sociedad conyugal de aquel caso en que pretendan atribuir carácter común a bienes, en principio, privativos.

3. La que, sin desconocer tal finalidad, asigna al artículo 1.355 el propósito primordial de permitir a los cónyuges optar por la calificación ganancial de un bien cuando su carácter de tal no venga determinado por aplicación de los artículos 1.346-1.347 y complementarios —que serían normas imperativas—, sino que resulte de los artículos 1.354, 1.356, 1.357 y otros, que serían normas dispositivas.

Como argumentos a favor de tal tesis pueden citarse:

(7) En tal sentido parece opinar BLANQUER UBEROS: «La idea de comunidad en la sociedad de gananciales», *Revista de Derecho Notarial*, núm. 115, pág. 38.

- En primer lugar, que los mismos obstáculos —derivados de la propia naturaleza de la sociedad de gananciales y de la imposibilidad de autocontratación, entendida tal expresión, por lo que a nosotros interesa, como no admisibilidad de las ventas realizadas por un cónyuge de sus bienes privativos a favor de la sociedad de gananciales, por cuanto en tal supuesto sería a la vez comprador y vendedor, donante y donatario— que se aducen frente a una interpretación general y amplia del artículo 1.323 pueden invocarse frente a una interpretación no restrictiva del artículo 1.355 (8).
- Su enclave sistemático. El precepto del artículo 1.355, que, como hemos apuntado al principio de esta exposición, carece por completo de precedentes en la anterior regulación de la materia del régimen económico matrimonial en el Código Civil, se muestra rodeado por otra serie de normas que, asimismo, no tienen ningún antecedente próximo en la anterior redacción. Tales serían los artículos 1.354 y siguientes del Código Civil.

No parece, desde este punto de vista, carente de sentido considerar que tales normas y el artículo 1.355 constituyen un conjunto unitario que se vería completado por la aplicación necesaria del artículo 1.358, caso de que los cónyuges hagan uso de la facultad atributiva que el 1.355 les concede

- El hecho de que con la aplicación de tales normas tiende a establecerse —salvo acuerdo contrario de los cónyuges, acuerdo posibilitado, en nuestra opinión, precisamente por la vía del art. 1.355— un régimen de copropiedad entre la sociedad de gananciales y los patrimonios privativos de los esposos. Y, como sabemos, la idea del legislador es que la comunidad —copropiedad— es una situación transitoria, contraria a los principios de una economía liberal, y que puede siempre darse por concluida por acuerdo de las partes. En este sentido, el artículo 1.355 sería el camino por el que la autonomía de la voluntad de los esposos podría cambiar tales situaciones de copropiedad (9).
- El tenor imperativo de los artículos 1.346-1.347, unido a la dicción del artículo 1.355, que alude expresamente a «... forma y

(8) No entramos en las diversas teorías sobre la admisibilidad de tal tipo de contratos, por exceder del ámbito de nuestras consideraciones.

(9) De no darse la previsión normativa del artículo 1.355, los preceptos de los artículos 1.354-1.356-1.357 estarían en abierta contradicción con la norma del artículo 400. Sería necesario acudir a la previa liquidación de la sociedad de gananciales para poner fin a tales comunidades, máxime si se admite la no posibilidad de transferencias de patrimonios privativos a gananciales, y viceversa.

plazos en que se satisfaga...» el precio o contraprestación, lo que parece hacer referencia a las adquisiciones por precio aplazado. Supuesto éste —adquisiciones por precio aplazado o en parte ganancial y en parte privativo— que es precisamente el contemplado por los artículos 1.354, 1.356 y 1.357.

Mas de los argumentos, a favor de una u otra tesis, derivados del análisis detallado del artículo 1.355, pasamos a ocuparnos a continuación.

B) ¿A QUÉ REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES ES APLICABLE?

1. Matrimonios que se rigen por el régimen económico-matrimonial de gananciales puro o por variantes del mismo, previstas en capítulos, que no excluyen la aplicación del artículo 1.355. La norma del 1.355 es claramente de aplicación en los siguientes supuestos:

- matrimonios contraídos sin ninguna previsión capitular, en los que el régimen matrimonial aplicable es el de gananciales como régimen legal supletorio (art. 1.316);
- matrimonios contraídos con capítulos previos que se limiten a establecer como régimen matrimonial el de gananciales, sin ninguna modificación en el contenido previsto legalmente —caso poco frecuente, dada su escasa utilidad práctica, salvo cuando figura como contenido complementario de alguna donación prenupcial, pero posible al amparo del artículo 1.325—;
- capitulaciones otorgadas después de celebrado el matrimonio (artículo 1.326) que sustituyan el régimen económico hasta entonces vigente por el de gananciales, pero siendo entonces sólo de aplicación el 1.355 a los bienes adquiridos con posterioridad a tal modificación;
- en el caso del artículo 1.374, en el que el cónyuge no deudor, tras la disolución motivada por embargo de bienes gananciales por deudas privativas, opte por la reanudación del régimen de gananciales. Aceptamos en este punto la opinión de RUEDA de que el régimen ganancial así instaurado no podrá tener efectos retroactivos (10).

(10) RUEDA PÉREZ, M. A. y J. M.: «Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales...», *Revista de Derecho Privado*, junio 1982, pág. 591. «En el caso de que tal derecho se ejercite... habrá un tiempo en que no hay régimen de gananciales antiguo (por qué se disolvió) ni nuevo (porque el cónyuge aún no optó). ¿Qué régimen se aplicará? Estimamos que debe ser el de separación subsidiaria..., porque lo contrario, retrotraer los efectos del nuevo de gananciales hasta la finalización del anterior, puede atentar contra la seguridad del tráfico.»

2. Matrimonios que en capitulaciones —otorgadas antes o después de celebrado el matrimonio— determinen que el régimen aplicable sea el de gananciales, con modificaciones convencionales, entre las que figure expresamente la exclusión de aplicabilidad del 1.355. La legitimidad de tal concreta modificación capitular es discutible. Como argumentos en contra de su admisibilidad podemos citar los siguientes:

- el hecho de que supondría la renuncia previa a una facultad u opción concedida a los cónyuges por una norma legal, y por ello llevaría aneja la sanción de nulidad prevista en el artículo 1.328 para las estipulaciones contrarias a las leyes;
- el carácter imperativo de las normas reguladoras de los regímenes económico-matrimoniales y, en concreto, dentro del régimen de gananciales, de aquellas normas que tienen por finalidad la determinación del carácter privativo o ganancial de los bienes;
- la inutilidad práctica de tal previsión capitular, por cuanto al requerir el 1.355 el acuerdo conforme de ambos cónyuges, y supuesto éste, podría también procederse a la modificación de las cartas matrimoniales, con la exclusión de dicha cláusula limitativa.

Como argumentos a favor de la posibilidad de tal exclusión se pueden señalar:

- el hecho de que, aun suponiendo una renuncia previa a una facultad conferida legalmente, tal exclusión tendría carácter bilateral, afectaría recíprocamente a ambos cónyuges, por lo que no podría estimarse depresiva a sus derechos (11);
- que el carácter imperativo de las normas determinantes del carácter común o privativo de los bienes podría afirmarse en el régimen anterior a la reforma de 13 de mayo, pero no en el presente, precisamente por la presencia de preceptos como el 1.355, que al permitir modificaciones al amparo de la autonomía de voluntad de los cónyuges presuponen su carácter dispositivo;
- que aun cuando se admita el carácter imperativo de algunas normas sobre régimen económico matrimonial no puede ello postularse del 1.355, por ser éste un artículo dedicado precisamente a posibilitar la modificación de la naturaleza de ciertos bienes y suponer, por ende, su carácter de norma dispositiva;
- que el hecho de la posibilidad de exclusión de tal previsión, por

(11) ALVAREZ SALA WALTER, Juan: «Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular», *Revista de Derecho Notarial*, núm. 112, págs. 7 y ss.

vía de modificación capitular, no supone su inutilidad, pues tal posterior modificación no podría tener carácter retroactivo, en perjuicio de terceros, por aplicación del artículo 1.317;

- que para proceder a tal modificación capitular, que permitiera reconocer nueva vigencia al 1.355, se tendrían que cumplir los requisitos formales previos de los artículos 1.327, 1.331 y siguientes, lo que supone una carga mayor e incluso en ciertos supuestos la intervención de terceras personas (1.329). Predicándose en tal sentido la utilidad de esta hipotética norma capitular (12).

3. Matrimonios que se rigen por regímenes distintos al de gananciales. La posible aplicación analógica del 1.355. En contra de su aplicación analógica:

- su enclave sistemático —sección 2.^a, «De los bienes privativos y comunes», del capítulo IV, «De la sociedad de gananciales», alejado de lo que la doctrina ha convenido en llamar «régimen matrimonial primario —capítulo I, «Disposiciones generales», artículos 1.318 a 1.324—;
- el tenor literal del mismo precepto, que habla de «atribuir la condición de gananciales», lo que parece excluir su aplicabilidad a otros regímenes matrimoniales. A favor:
- el hecho de que el enclave sistemático no es en ningún caso determinante de la naturaleza de una institución jurídica;
- que aun cuando habla de atribuir condición ganancial ello supone que su finalidad primordial es ésta, pero no excluye su aplicación a regímenes diversos por vía de analogía;
- el íntimo enlace que existe entre este precepto y la norma del 1.324 —regulando una atribución de carácter ganancial y otra la aseveración de carácter privativo, por vía convencional—, unido al hecho de que esta última norma sí pertenece a lo que se ha dado en llamar régimen matrimonial primario;
- su posible utilidad práctica para atribuir naturaleza común —aun que en régimen de comunidad ordinaria por mitad— a bienes en principio de propiedad exclusiva. Es decir, su conexión con la norma del artículo 1.441 —al que, por remisión, y para el régi-

(12) A este respecto, puede plantearse una interesante cuestión. La de si es posible que haga uso de la facultad atributiva del 1.355 el menor emancipado, por considerarse una aseveración que forma parte del acto adquisitivo, y hallarse capacitado para éste. O si, por implicar una enajenación o préstamo, requiere el consentimiento de sus padres o tutor, ex artículos 325 y 324. De admitirse la primera solución podría tener una evidente utilidad la previsión capitular que le impida hacer uso de esta facultad.

men de participación, se refiere el 1.413—, en el sentido de que mediante acuerdo de los cónyuges puedan éstos establecer que les pertenezcan en común, por mitad, bienes que por su origen debieran pertenecer en propiedad exclusiva a uno de ellos. O bien puedan dejar afectos bienes de tal carácter al régimen de participación en ganancias.

Frente a ello puede aducirse que la vía correcta y lógica para conseguir tales propósitos es acudir a las donaciones entre cónyuges. Que el error en el enclave sistemático afecta al 1.324 y no al artículo 1.355 (13). Y, por fin, que si se estima que el 1.355 se limita a reforzar la presunción de ganancialidad en casos discutibles, o a atribuir a bienes privativos tal condición, pero sólo en supuestos concretos y determinados, pierde sentido su posible aplicación analógica. Esta encuentra mayores argumentos si se considera a este precepto como una norma de aplicación general a todo caso de bienes exclusivos que se deseen hacer comunes.

C) SUJETO ACTIVO

El artículo 1.355 hace referencia expresa como sujeto activo de la facultad que en el mismo se reconoce a los cónyuges, exclusivamente a los esposos. Parece ratificar esta afirmación la dicción del propio precepto cuando habla de que deberán formular su atribución «de común acuerdo». Ello puede sugerirnos al menos tres cuestiones:

1. Pueden entenderse cumplidas las exigencias de este precepto no sólo cuando los cónyuges comparezcan simultáneamente en el momento adquisitivo, manifestando su concorde voluntad de atribuir al bien que pasa a formar parte de su patrimonio naturaleza común. Sino también, cuando es uno solo de ellos el que realiza tal aseveración, siempre que medie el posterior consentimiento del otro consorte, o en su defecto la intervención judicial supletoria (que se presenta como de más discutible admisibilidad cuando el consentimiento suplido sea el del cónyuge no favorecido por tal atribución, pero, caso de producirse, no sujeta a calificación, por imperativo de la regla del art. 100 del Reglamento Hipotecario); o cuando el interviniente sea tutor o representante legal del no presente, por aplicación del artículo 1.387. Suscitándose en este caso la considera-

(13) En tal sentido hemos afirmado que el artículo 1.324, pese a su enclave sistemático entre las normas de régimen primario, resulta únicamente aplicable al régimen de gananciales típico, a sus modificaciones convencionales o a otros regímenes que atribuyan naturaleza común a las adquisiciones a título oneroso constante matrimonio, mas no a los regímenes de separación.

ción, relativa a la necesidad o no del concurso de ulteriores personas (consejo de familia, autorización judicial, etc.), cuando el cónyuge no favorecido por la atribución sea precisamente aquel cuyo consentimiento resulte suplido, e incluso en todo caso (14).

Y ello no tanto porque, como se ha afirmado en repetidas ocasiones, el tenor del artículo 1.322 (ratificado hoy por los arts. 94, 2 y 3, RH) supone la sustitución del régimen de codisposición o coadministración que, en principio, establece el artículo 1.375, por un sistema de administración o disposición unipersonal por cualquiera de los cónyuges, con intervención autorizadora del otro consorte para casos determinados (15), sino, básicamente, por una exigencia de celeridad en el tráfico jurídico y conservación de los efectos del negocio, que encuentra su mejor expresión en la proclamación del artículo 1.384 —y hoy en el 94, 2, RH.

2. El consentimiento de un cónyuge, ¿puede suplirse por el de sus herederos, caso de que se produzca su fallecimiento en fase de formalización de la adquisición de un determinado bien?; e incluso, ¿en caso de que tal evento —fallecimiento de un cónyuge— acaezca, formando parte del acervo hereditario bienes pendientes de su calificación como privativos o gananciales?

A favor de tal posibilidad pueden citarse estos argumentos:

- el hecho de que los herederos del consorte fallecido son, a todos los efectos, continuadores de la personalidad del causante;
- la falta de precepto legal que excluya su intervención, siempre con el cónyuge sobreviviente, a tal finalidad;
- los artículos 1.396 y siguientes, que aluden al momento liquidatorio como el adecuado para la formación de un inventario, en cuyo apartado «activo» debe figurar como primera partida la determinación de cuáles sean los bienes gananciales.

En contra:

- el hecho de que el tenor literal del 1.355 alude precisamente a los cónyuges, con lo que parece ser criterio excluyente frente a terceras personas;

(14) Sobre la no necesidad de unidad de acto en el concurso de consentimientos, GIMÉNEZ DUART, Tomás: «Los bienes privativos y gananciales...», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 548, pág. 121.

(15) En este sentido, GARRIDO CERDÁ, Emilio: «Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro» (*ob. cit.*).

Conserva, al menos formalmente, la expresión «actuación conjunta». BLANQUER UBEROS, Roberto: «Reflexiones acerca de la influencia del régimen de gananciales en la capacidad y responsabilidad de cada cónyuge», *Revista de Derecho Notarial*, números 113-114, pág. 87, Conclusión 7.^a

- la norma del 1.396, que habla de que la sociedad de gananciales concluye —de pleno derecho: «1.º, cuando se disuelva el matrimonio», en relación con el artículo 85: «el matrimonio se disuelve de pleno derecho por muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges». Por tanto, causado el fallecimiento, no puede hablarse con propiedad de bienes gananciales, pues ha desaparecido la base —«sociedad de gananciales»— que sirve de fundamento a tal atribución de naturaleza. Los bienes gananciales se incluyen en el inventario precisamente para dejar de serlo, mediante su atribución por mitad al cónyuge sobreviviente y a la masa hereditaria del fallecido.

La respuesta afirmativa puede tener un sentido para quienes piensen que la finalidad del 1.355 es ratificar la presunción de ganancialidad del 1.361. Y aun en este supuesto revela su inutilidad, pues basta para cumplir sus fines con la aplicación de los artículos 1.392 y siguientes.

Pero si se piensa que su propósito es atribuir naturaleza ganancial a bienes que no son de tal carácter, con la consecuente aplicación del artículo 1.358, deja de tener sentido la aplicación en el momento liquidatorio de tal precepto. Cuando entra en juego el 1.358 deja de tener lógica la aplicación del 1.355. Los bienes dejan de ser tales —privativos o gananciales—, para convertirse en partidas de un activo o pasivo. Es indiferente atribuir a un bien carácter privativo, pero con derecho de reintegro a favor del activo ganancial, que carácter ganancial, pero con derecho de reintegro a favor de uno de los activos privativos.

3. Por último, la afirmación del precepto de que son sujetos activos de lo que en el mismo se contiene «ambos cónyuges... que adquieren... de común acuerdo», sirve para distinguir el supuesto que contemplamos del caso previsto en los artículos 93, 4, ó 94, 1, del Reglamento Hipotecario, en los que:

- un solo cónyuge adquiere con la afirmación de que lo hace para la sociedad de gananciales. El bien se inscribirá a su favor con tal carácter (art. 93, 4);
- un solo cónyuge adquiere a título oneroso sin expresar la naturaleza de su adquisición. El bien se inscribirá a su favor, con carácter presuntivamente ganancial (art. 94, 1). O del normado en el artículo 93, 1: ambos cónyuges adquieren para la comunidad, pero a título oneroso y a costa del caudal común. Se inscribe a nombre de ambos con carácter ganancial.

Para atribuir carácter ganancial a un bien, en supuestos normales, es suficiente la manifestación de *un solo* esposo de adquirir con tal carácter, e incluso su silencio al respecto, y ello por aplicación del artículo 1.361.

Si el artículo 1.355 exige la concurrencia del consentimiento conforme de ambos esposos debe ser ello porque el supuesto que contempla es distinto de los casos del 93, 4, ó 94, 1. Y distinto también del del 94, 1, primer inciso que alude al modelo tipo de bienes gananciales —adquiridos a título oneroso a costa del caudal común—. Encontramos aquí un primer argumento para sostener que el 1.355 no es un simple complemento del 1.361, sino que debe cumplir en el esquema legislativo sobre cuáles sean bienes privativos o gananciales otra finalidad. Finalidad que, con un ámbito de aplicación más o menos amplio, y en conexión con la previsión del 1.358, se expone bajo los epígrafes Teorías 1 y 3, en el apartado II, A), de este trabajo.

D) MOMENTO EN QUE PUEDE HACERSE USO DE TAL FACULTAD ATRIBUTIVA (16)

El artículo 1.355 sigue haciendo referencia a que los cónyuges podrán hacer uso de la facultad que el precepto les confiere respecto a los bienes «que adquieran». Ello parece indicar que podrán realizar tal atribución en el momento adquisitivo, pero plantea la cuestión de su posible manifestación en tal sentido en diversos momentos anteriores o posteriores a la formalización de la adquisición. Veámoslo:

1. Momento adquisitivo. No plantea mayores problemas, dada la dicción del 1.355. Entenderemos por momento adquisitivo el de la formalización de la escritura pública correspondiente (art. 1.218). Y caso de documentación privada, el que resulte de la fecha del escrito, sin perjuicio de la aplicación, respecto a terceros, del artículo 1.227.
2. Momento posterior al adquisitivo. Podemos citar como argumentos en contra de la posibilidad de atribución posterior:

- en primer lugar, el tenor literal de propio precepto, que parece aludir expresa y únicamente al momento adquisitivo;
- la aplicación analógica de la norma del 1.324, en relación con el artículo 95, 6, del Reglamento Hipotecario;
- los problemas fiscales que ello provocaría, por cuanto, al menos formalmente, podría dar lugar a la apariencia de una transmisión onerosa o lucrativa entre patrimonios privativos y común, cuestionándose su sujeción a gravamen;

(16) GIMÉNEZ DUART, Tomás: «Los bienes privativos...» (*ob. cit.*).

- el artículo 93 del Reglamento Hipotecario, que alude a la formalización de la inscripción como momento para hacer constar el carácter de gananciales de los bienes adquiridos por los cónyuges, atribuyéndoles de común acuerdo tal condición.

Si se estima que la norma del 1.355 se limita a ser un complemento del 1.361, la solución afirmativa en orden a la posibilidad de formular tal atribución en cualquier momento posterior al adquisitivo encuentra un claro fundamento en la norma del 95, 6, RH, pues sería siempre una simple ratificación de una calificación ganancial resultante de la aplicación del artículo 93, 1; 93, 4, ó 94, 1, RH.

Si se piensa que el 1.355 permite atribuir carácter ganancial a bienes de diversa naturaleza —en todo caso, o sólo en determinados supuestos en que su condición de tales vendría determinada por normas dispositivas—, y por aplicación analógica de la regla del 95, 6, sería únicamente posible la atribución posterior cuando no se hubiera producido ninguna aseveración previa contraria de ambos consortes. Es decir, cuando el carácter privativo resultara de la aplicación de disposiciones legales y no de manifestación de los consortes.

Puede plantearse en este punto una cuestión relativa a qué ocurrirá cuando el carácter privativo resulte de norma legal y de aseveración de uno solo de los esposos. El artículo 95, 6, parece excluir en tal caso la posterior rectificación, pero no puede olvidarse que el supuesto a que alude es distinto, confesión de privaticidad en el que la aseveración realmente importante es sólo la del confesante, y no la del favorecido por la confesión. Mientras que aquí se requiere un consentimiento conjunto. Podría en tal sentido incluso pensarse que no podrá volver de sus aseveraciones el cónyuge favorecido por la atribución, pero sí el otro consorte. O estimar que ninguno de ellos, pues pueden lograr sus propósitos de igual modo, articulándolos a través de donaciones entre cónyuges.

3. Capitulaciones matrimoniales previas. No nos referimos al supuesto de capitulaciones que recojan de modo expreso la norma del artículo 1.355, o que excluyan su aplicación, por ser casos ya vistos. Hacemos referencia al pacto capitular que conceda a uno de los cónyuges la facultad de formular por sí solo tales manifestaciones con efectos atributivos. Recogemos en este punto las tesis de ALVAREZ-SALA WALTER: tal estipulación capitular sería válida no como tal, sino como poder formalizado en escritura pública —carta matrimonial—, y, por ende, de interpretación restrictiva (17).

4. Momento liquidatorio. Ya estudiado bajo el epígrafe II, C), 2.

(17) ALVAREZ SALA WALTER, Juan: «Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular».

E) CONTENIDO DE LA PREVISIÓN DEL ARTÍCULO 1.355

Habla el Código de que los cónyuges «podrán...» En un análisis del tenor literal del artículo 1.355 resulta 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, permisiva, dispositiva. Y como tal norma dispositiva supone su incidencia sobre otras normas que en principio determinen una calificación legal diferente para ciertos bienes, pero también con carácter positivo. Lo que, de entrada, se halla en contradicción con el tenor imperativo de los artículos 1.346 y concordantes.

Continúa hablando el Código de que los cónyuges podrán «atribuir la condición de gananciales...» Centrándonos ahora en el sentido de la palabra «atribuir», vemos que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua (18) le asigna cuando menos un doble significado:

- «aplicar, a veces sin conocimiento seguro, hechos o cualidades a alguna persona o cosa»;
- «señalar o asignar una cosa a alguno como de su competencia».

Pues bien: la primera definición parece responder a la función del 1.355 o, con mayor propiedad, de la aseveración realizada por ambos cónyuges al amparo de este artículo, en cuanto medio, modo o instrumento 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 1.361, se presente como «inseguro».

Por el contrario, el segundo significado se presenta como más amplio. Y precisamente puede servir de vía para permitir a los cónyuges modificar el carácter de un 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.

Revista Derecho Notarial, núm. 112, págs. 7 y ss. «... La cláusula capitular que atribuya a uno de los cónyuges la administración de los bienes... podrá valer como apoderamiento o consentimiento general... que se formaliza en escritura pública». Pero tratándose, en este caso, de poder particular.

(18) *Diccionario de la Real Academia*, 13.ª edición, Espasa-Calpe, 1970.

F) OBJETO DE LA FACULTAD ATRIBUTIVA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 1.355

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

- «bienes». Tal referencia presupone una doble exclusión:
 - 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—;
 - las inversiones y mejoras en bienes privativos que sean accesorias de un bien de tal naturaleza (arts. 1.359 y 1.360).
- «que adquieran». De este modo parecen quedar excluidas las edificaciones y plantaciones del artículo 1.359, pues su incorporación al patrimonio ganancial o privativo no se produce por título adquisitivo, sino de inversión o mejora. (Operando también en este caso la exclusión resultante del apartado anterior.)
- «a título oneroso». Supone la inaplicación de la previsión normativa del 1.355 a todos los supuestos de adquisición lucrativa, aun cuando la voluntad concurrente de los esposos se manifieste en contrario sentido.

Significa ello que la voluntad determinante para la atribución de carácter ganancial o privativo a los bienes donados o dejados en testamento es la del donante o testador, sin perjuicio de la aplicación del art. 1.353.

- «constante matrimonio». Quedarían fuera del ámbito de aplicación del precepto de constante referencia los casos del art. 1.357, 1. Excluidas la vivienda y ajuar familiares, que se reconducen a través de la norma del artículo 1.354.

Y posteriormente determina los bienes que constituyen su objeto con un criterio de ampliación o permisión:

- «cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación». Nos encontramos aquí quizá con el más sólido argumento para sostener que el artículo 1.355 sirve no sólo para ratificar la presunción de ganancialidad del artículo 1.361, sino además para modificar la calificación privativa o ganancial, derivada de la proce-

dencia de los fondos invertidos en la adquisición. Y, además, su tenor amplio puede ser un argumento a favor de la interpretación no restrictiva del artículo 1.355.

- «y la forma o plazos en que se satisfaga». Esta expresión parece hacer referencia concreta a los supuestos de los artículos 1.354, 1.356 y 1.357, 2, del Código, por cuanto éstos son casos de adquisición con inversión conjunta, concurriendo simultáneamente o mediante desembolso aplazado de fondos comunes y privativos.

La conjunción copulativa «y» que une ambas expresiones parece exigir el concurso simultáneo de las previsiones a que las mismas se refieren para que entre en juego la aplicabilidad del 1.355. Y por ello mismo parece postular la interpretación restrictiva.

Admitiendo esta interpretación restringida resultarían afectados por el artículo 1.355:

- Artículo 1.354: Bienes adquiridos mediante precio, en parte ganancial y en parte privativo. Así como la vivienda y ajuar familiares del último párrafo del artículo 1.357, adquiridas mediante precio aplazado, en parte privativo y en parte ganancial, realizados algunos desembolsos antes de comenzar la sociedad.
- Artículo 1.356: Bienes adquiridos mediante precio aplazado, en parte ganancial y en parte privativo.

Son estos dos los supuestos de más clara aplicabilidad del artículo 1.355. Se presentan como casos más dudosos:

- Artículo 1.357, 1. El principal obstáculo para admitir en este supuesto la aplicación del 1.355 es 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. Parece que la solución pueda ser la aplicación analógica de la nota marginal prevista en el artículo 91, 3, del Reglamento Hipotecario.

No parece tampoco que constituyan impedimento para tal posterior atribución los argumentos expuestos en contra de la posibilidad de atribuciones posteriores al momento adquisitivo, por poder suponerse que la adquisición no queda consumada hasta el último desembolso.

- las edificaciones, plantaciones y mejoras del artículo 1.359. El principal obstáculo para reconocer virtualidad en estos casos al

1.355 deriva de la dicción del propio precepto, que habla, como hemos visto, de «adquisiciones», mientras que éstos son supuestos en que el ingreso en el patrimonio se verifica por título de inversión, de mejora, pero no por título adquisitivo (19).

Ello no obstante, es el ejemplo más citado por la doctrina como objeto del 1.355, sobre todo por su indudable utilidad práctica. Piénsese en las obras nuevas realizadas constante matrimonio a costa del patrimonio común. La solución más coherente, dado el casi siempre superior valor de lo edificado y su posible destino a vivienda familiar, es el que los cónyuges deseen atribuir al conjunto resultante naturaleza ganancial.

Nos inclinamos por admitir en este caso la posible aplicación del 1.355, por los argumentos derivados de la aplicación analógica del artículo 1.357, 2, caso de que la vivienda edificada se destine a domicilio familiar. Y, sobre todo, por la consideración de las normas destinadas a resolver supuestos de accesión como normas de naturaleza dispositiva, reguladoras de conflictos a falta de acuerdo entre los interesados, acuerdo posibilitado precisamente, por lo que a nosotros interesa, por el art. 1.355 (20).

No resultarán nunca afectados por la previsión del artículo 1.355:

- art. 1.346, 1: «bienes y derechos que les pertenecieran al comenzar la sociedad». No entra dentro del tenor del artículo 1.355, que habla de adquisiciones constante matrimonio.
- art. 1.346, 2: «los que adquieran después a título gratuito». Tampoco debe considerarse incluido, por aludir el artículo 1.355 tan sólo a adquisiciones a título oneroso.
- arts. 1.346, 5: «bienes y derechos inherentes a la persona y los no transmisibles *inter vivos*»;
- 1.346, 6: «resarcimiento por daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos»;
- 1.346, 7: «las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor»;

(19) Sin desconocer las teorías que incluyen la accesión entre los modos de adquirir, no parece que sea éste el tipo de adquisición a que alude el artículo 1.355, que además habla de «precio o contraprestación»; es decir, parece contemplar los supuestos de adquisición por contrato «mediante tradición».

(20) CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil español...*, tomo II, vol. I, pág. 324: «Habiendo convención expresa o implícita entre los propietarios... debe aquélla ser respetada».

DÍEZ PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo II, página 205, citando a GARRIDO PALMA: «... que la rigidez del principio no sea en la práctica tan intensa... cabe evitar su aplicación por convenio entre los interesados... si el acuerdo se canaliza por y a través de alguno de los medios que la ley admite y regula...». ¿No puede ser este medio precisamente el artículo 1.355?

1.346, 8: «los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio...»

Por ser todos ellos casos en que la atribución de carácter privativo viene impuesta por superiores principios de respeto a la dignidad personal —incluso con fundamento constitucional—, y, por tanto, imperativos, de orden público, no sujetos a la autonomía de la voluntad de los esposos.

- artículos 1.348 y 1.352, por ser, como ya hemos dicho, objeto de estos preceptos «frutos», entendida tal expresión en su sentido amplio, y no «bienes» de los citados en el artículo 1.355.

Si se admite la interpretación amplia del artículo 1.355 quedarían dentro de su ámbito de acción los siguientes supuestos, excluibles según la interpretación restringida:

- artículo 1.346, 3: «los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos».
- artículo 1.346, 4: «los adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno de los cónyuges».

Además de los argumentos ya expuestos (apartado II, A) y de los derivados del propio análisis del tenor literal del artículo 1.355, una nueva argumentación se nos ofrece ahora en contra de la posible aplicación en estos casos del precepto estudiado, y, por tanto, a favor de la interpretación que hemos llamado «restrictiva». Una vez deslindados los casos en que el 1.355 no resulta aplicable según la interpretación restringida, y si según la interpretación amplia, vemos que son supuestos en que la privatividad resulta del principio de subrogación real.

Si el principio de subrogación real no puede verse conculcado en el tráfico normal, y así, no se admite, por ejemplo, que un padre que permuta un bien propio por otro pueda «atribuir» el adquirido a un hijo suyo, sino que se le impone la necesidad de acudir a una posterior donación, ¿cómo puede serlo en las relaciones entre esposos? ¿Deberá concederse a éstos, por la aplicación del artículo 1.355, la posibilidad de sobrepasar incluso los límites del artículo 1.323, que les permite sólo contratar como los demás sujetos intervinientes en el tráfico, pero no más allá? ¿Deberá el Registrador admitir a inscripción tal documento, aun faltando un escalón negocial, una donación, aun siendo contrario a las exigencias del tracto? ¿Deberá el Fisco permitir la no sujeción a gravamen de una transmisión encubierta, pero real? ¿Deberán herederos forzosos y acreedores verse en la necesidad de probar que se ha producido una transmi-

sión. para impugnarla, cuando la realidad de tal transmisión resulta de la sola contemplación de los antecedentes del negocio?

La contestación negativa a estas preguntas supone rechazar la interpretación amplia del artículo 1.355, llegando a la conclusión de que el sentido de tal precepto es permitir el juego de la autonomía de la voluntad en supuestos en que la calificación ganancial o privativa resulta de normas de naturaleza dispositiva, pero nunca ser un vehículo para encubrir o simular relaciones negociales entre esposos, máxime cuando éstas aparecen, en la actualidad, posibilitadas por la vía directa del artículo 1.323.

III. EFECTOS

Parece unánime en la doctrina —cualquiera que sea la posición, más o menos amplia que se adopte sobre el ámbito de aplicación del artículo 1.355— la opinión de que el citado precepto consagra una atribución de carácter definitivo. Atribución que a nuestro juicio, y por lo que respecta a sus efectos, aparece enlazada con la norma del artículo 1.358. Decíamos, al principio de esta exposición, que el artículo 1.355 debía ser contemplado en su entorno sistemático, y que éste se hallaba integrado por los artículos 1.354 y siguientes, que constituían un todo, el cual, en cuanto a consecuencias jurídicas, produciría las previstas en el artículo 1.358. En efecto, este precepto, al hablar de que lo en él regulado se producirá «cuando conforme a este Código los bienes sean privativos o gananciales, con independencia de la procedencia del caudal...», se halla en directa conexión con el artículo 1.355, que permite a los cónyuges conferir carácter ganancial a ciertos bienes, «cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación». Y esta posible atribución se realiza «conforme al Código Civil», tal como exige el artículo 1.358.

Veamos las diferentes consecuencias de su aplicación:

A) *Entre cónyuges*.—Ninguno de los esposos podrá volver atrás de sus manifestaciones, además de por el carácter definitivo de la atribución de naturaleza que el artículo 1.355 consagra, por aplicación analógica de la norma del artículo 95, 6, *in fine*, del Reglamento Hipotecario.

B) *Frente a herederos voluntarios*.—Estarán obligados a pasar por el contenido de las manifestaciones de sus causantes, por imperativo de los artículos 1.218 y 1.255 del Código Civil.

C) *Frente a herederos forzosos*.—La solución nos viene dada por el mismo artículo 1.358: «... habrá de reembolsarse el caudal satisfecho a costa... del caudal común... mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación.»

En conexión con el artículo 1.398, 3.º: «El pasivo de la sociedad estará integrado por las siguientes partidas: ... 3.º El importe actualizado

de las cantidades que... en general constituyan créditos de los cónyuges frente a la sociedad.»

La liquidación no se opera, por tanto, en fase de partición de herencia, sino en fase de liquidación y división de la sociedad de gananciales. Los herederos forzosos no intervienen como tales herederos, sino en el procedimiento previo a la determinación del haber partible, que constituye la liquidación de la sociedad conyugal. No se trata, por tanto, de colacionar los bienes, sino de satisfacer previamente las deudas a favor de un cónyuge, sea o no el causante, y a cargo de la sociedad. Y por ello mismo es una operación a realizar tanto en caso de fallecimiento del cónyuge favorecido como del perjudicado por la atribución.

Ello no obstante, y por aplicación del artículo 1.410, que remite supletoriamente a las normas sobre partición y liquidación de herencias ante la ausencia de criterios propios en el capítulo correspondiente del Código —IV, «De la sociedad de gananciales», del título III—, en orden al modo de proceder a la actualización de las cantidades adeudadas por la sociedad a uno de los cónyuges, parece que una de las soluciones posibles es acudir a lo que postula el artículo 1.045 para la colación. Entender que tal actualización puede estar representada por el consiguiente aumento de valor, deducidas inversiones y mejoras, de los bienes o partes indivisas de los mismos que, de no mediar la atribución del 1.355, debieran haber sido privativos. Siendo esto, no obstante y en definitiva, una cuestión a resolver en aplicación del arbitrio judicial.

D) *En relación a los acreedores*.—De estimarse que el artículo 1.355 tiene su fundamento en la norma del 1.323, que posibilita la contratación entre cónyuges, en cuanto la atribución supone la existencia de una transmisión encubierta entre esposos, y admitiendo que consagra una atribución definitiva, la vía que quedaría reservada a los acreedores en defensa de sus derechos sería el ejercicio de la acción rescisoria (21).

De admitir que el artículo 1.355 consagra una atribución de carácter ganancial, de un modo definitivo, para bienes cuya calificación como privativos resultara de normas dispositivas, la consecuencia es la aplicabilidad del artículo 1.358, que lleva a la utilización por los acreedores de la acción subrogatoria para ejercitar en nombre del cónyuge que sea su deudor el crédito que éste posee contra la comunidad conyugal.

El obstáculo que resulta del hecho de que el artículo 1.358 parece aludir al momento liquidatorio como el idóneo para que el cónyuge re-

(21) RUEDA PÉREZ, M. A. y J. M.: «Notas sobre la nueva regulación de las cargas...» (*ob. cit.*), *Revista de Derecho Privado*, junio 1982, pág. 586: «... El embargo de estos bienes se rige por normas idénticas a cualquier otro bien ganancial, sin perjuicio de que los acreedores antes expresados puedan impugnar por fraude, ejercitando la acción pauliana».

clame los créditos de que es titular contra la sociedad, por lo cual, en principio, sus acreedores deberían esperar a tal momento, puede ser obviado, por cuanto éstos, los acreedores, pueden provocar la liquidación anticipada por la vía del artículo 1.373.

E) *Frente al Fisco*.—Si se estima que lo que se realiza por medio de la atribución del 1.355 es una transmisión entre cónyuges, siquiera sea encubierta, es evidente su posible sujeción a investigación y gravamen.

Si se piensa que el 1.355 se limita a permitir la incidencia de la autonomía de la voluntad sobre normas que determinan la naturaleza privativa de ciertos bienes, pero con carácter dispositivo, es evidente que el acto por este artículo posibilitado no debe hallarse sujeto a tributación.

IV. INCIDENCIA DE LAS NORMAS REGISTRALES

Un único precepto del reciente y reformado —por Real Decreto 3215/1982, de 12 de noviembre— Reglamento Hipotecario hace alusión de modo expreso al supuesto que contemplamos. La norma del artículo 93, 1:

«Se inscribirán a nombre de marido y mujer con carácter ganancial los bienes adquiridos... atribuyéndoles de común acuerdo tal condición...»

No introduce, por tanto, como no podía ser menos tratándose de norma meramente reglamentaria, modificación alguna en el sistema normado por el Código Civil; pero de su tenor y del de otros preceptos del propio Reglamento podemos inferir las siguientes conclusiones:

- Se distingue claramente el supuesto del artículo 1.355 del caso en que los cónyuges se limitan a reforzar la presunción de ganancialidad adquiriendo de forma conjunta y con tal carácter, mediante la referencia a que: «Se inscribirán a nombre de marido y mujer con carácter ganancial los bienes adquiridos a título oneroso y a costa del caudal común por ambos cónyuges para la comunidad...»
- Se establece que los efectos de tal atribución son los de una calificación definitiva (art. 93, 2), frente al caso del artículo 1.324, confesión de privaticidad, a la que se atribuye carácter meramente probatorio entre cónyuges, inoponible a herederos forzosos y acreedores

San Mateo, enero de 1983.

M.^a CONSUELO RIBERA PONT
Registrador de la Propiedad
Notario

Separación de hecho y convivencia de hecho en el matrimonio

SUMARIO: I. *La separación de hecho*.—II. *La convivencia de hecho: algunos precedentes*: 1. Concesión de pensión de viudedad: Magistratura de Trabajo, número 15. Sentencia de 10 de marzo de 1979.—2. Concesión de pensión de viudedad: Jaén, Magistratura de Trabajo, núm. 2. Auto núm. 661/79. S-365/2.

I. LA SEPARACION DE HECHO

Uno de los extremos que con más constancia rutinaria y mimética preconizan a sus clientes los letrados inexpertos y/o poco formados humanísticamente es el de que se abstengan de elaborar pactos privados que se opongan al presunto espíritu de algunas de nuestras, hasta ahora, todavía normas. Efectivamente, se menciona el archatipificado artículo 1.255 del Código Civil: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.» Contrario a las leyes, podríamos conceder que se entiende. Ahora bien: decir en estos momentos 'contrario a la moral y al orden público' me temo que no eximiría a nadie de la explicitación oportuna que fuere, con el fin de adecuar tales conceptos al criterio del interlocutor. Para justificación suficiente de este trabajo nuestro, bástenos adelantar aquí que ni moral ni orden público quieren decir lo mismo en dos momentos políticos distintos cualesquiera. Con ajustada y feliz expresión le ha cumplido a mi maestro, profesor MORENO QUESADA, poner de manifiesto la naturaleza proteica de este concepto de orden público:

«Esta noción de orden público es de contenido elástico e históricamente variable; es una concepción esencialmente relativa