

Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981

SUMARIO: I. *Principios legales.*—II. *Los bienes privativos: Análisis del artículo 1.346 del Código Civil:* A) El número 1.º—B) El número 2.º—C) El número 3.º—D) El número 4.º: 1. Tanteo.—2. Opción.—3. Retractos.—4. Derecho suscripción preferente.—E) El número 5.º: 1. Derechos patrimoniales inherentes a la persona.—2. Derechos no transmisibles *inter vivos*.—F) El número 6.º: 1. Indemnizaciones por daño a las personas.—2. Indemnizaciones por daño a las cosas.—G) El número 7.º—H) El número 8.º—III) *Los bienes gananciales: Análisis del artículo 1.347 del Código Civil:* A) El número 1.º—B) El número 2.º—C) El número 4.º—D) El número 5.º: 1. Empresa social anónima. 2. Empresa social no anónima.—3. Empresa individual.—E) El número 3.º: Examen especial de las adquisiciones a título oneroso: A') El artículo 1.355-2.º B') Los artículos 1.354 y 1.356: 1. Supuestos en que compran los dos cónyuges.—2. Supuestos en que compra un solo cónyuge.—3. Supuesto de precio totalmente aplazado.—C') El artículo 1.357.—IV. *Las compensaciones entre patrimonios.*—V. *La presunción de ganancialidad.*

I. PRINCIPIOS LEGALES

De la determinación de los bienes gananciales y privativos de los cónyuges se ha ocupado tradicionalmente el Código Civil en sus artículos 1.396 a 1.407, preceptos inspirados en tres principios fundamentales:

- a) *El de subrogación real*, en cuya virtud todo bien habrá de tener la naturaleza de aquel al que sustituya.
- b) *El de vis atractiva hacia la ganancialidad*, que se traduce en una presunción de este tipo mientras no se acredite la pertenencia privativa de los bienes al marido o la mujer.

- c) *El derivado de la naturaleza de la comunidad*, que, al serlo de adquisiciones a título oneroso, convierte en gananciales todos los bienes procedentes de la actividad o rentas de cualquiera de los cónyuges.

Tras la reforma de 13 de mayo de 1981 estos tres principios permanecen vigentes, pero profundamente influidos por el principio de libertad de pactos que consagra el nuevo artículo 1.323 del Código Civil. De modo que en la legalidad actual los dos primeros principios enunciados pierden mucha de su fuerza en tanto colisionan con un cuarto, que va a influir decisivamente en la consideración de esta tradicional materia, nos referimos, evidentemente, a

- d) *El principio de autonomía de la voluntad*, ya parcialmente introducido por la reforma de 2 de mayo de 1975.

Hoy aparece regulada la cuestión que nos ocupa en los artículos 1.346 a 1.361 en cuyo estudio entramos, no sin antes señalar que no pretendemos, ni mucho menos, una exégesis total de estos preceptos, sino, fundamentalmente, un análisis de la nueva problemática que la legalidad actual suscita. Por ello pasaremos por alto muchos problemas tradicionales que entendemos no son afectados por la reforma, circunscribiéndonos a lo que podríamos denominar «*problemas nuevos*», sin perjuicio de tratar también alguna de las antiguas cuestiones que la reforma resucita.

II. LOS BIENES PRIVATIVOS: *Análisis del artículo 1.346 del Código Civil*

Establece el nuevo artículo 1.346:

Art. 1.346. Son privativos de cada uno de los cónyuges:

- 1.º Los bienes y derechos que le pertenecieran al comenzar la sociedad.
- 2.º Los que adquiriera después por título gratuito.
- 3.º Los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos.
- 4.º Los adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges.
- 5.º Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles *inter vivos*.
- 6.º El resarcimiento por daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos.
- 7.º Las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor.

8.º Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando éstos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común.

Los bienes mencionados en los apartados 4.º y 8.º no perderán su carácter de privativos por el hecho de que su adquisición se haya realizado con fondos comunes; pero en este caso, la sociedad será acreedora del cónyuge propietario por el valor satisfecho.

A) EL NÚMERO 1.º: *«Los bienes y derechos que le pertenecieran al comenzar la sociedad».*

Es éste, sin duda, el supuesto más claro y tradicional de «privatividad», si bien, a diferencia de lo que ocurría en la legalidad anterior, no tiene hoy un alcance absoluto, pues en lo relativo a la vivienda y ajuar familiares, aparece modalizado por el artículo 1.357-2.º, que, junto a los artículos 1.320 y 1.406-4.º, constituye una manifestación de la protección que el legislador de 1981 dispensa al «hogar familiar». Nos ocuparemos posteriormente del artículo 1.357 a propósito de las adquisiciones a título oneroso.

B) EL NÚMERO 2.º: *«Los que adquiera después por título gratuito».*

Este párrafo es a su vez modalizado por el artículo 1.353, a cuyo tenor:

Art. 1.353. Los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad, se entenderán gananciales, siempre que la liberalidad fuere aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario.

Precepto éste que, por su parte, es excepción a lo dispuesto en el artículo 1.339 cuando dice:

Art. 1.339. Los bienes donados conjuntamente a los esposos pertenecerán a ambos en pro indiviso ordinario y por partes iguales, salvo que el donante haya dispuesto otra cosa.

El distinto tratamiento que a la donación se da en uno y otro artículo se debe a que el artículo 1.339 está refiriéndose a las donaciones antenupciales y el 1.353 a las postnupciales. Aparte de que el artículo 1.339 es un precepto de carácter general, afectante tanto a un futuro régimen de gananciales como a cualquier otro.

De ahí que no consideremos posible extender el régimen del ar-

título 1.353 a las donaciones antenuptiales sobre la base de considerar que es norma especial que se antepone a la norma general en el supuesto de regir la sociedad de gananciales. El término «cónyuges» que expresamente emplea el artículo 1.353 impide, a nuestro juicio, la extensión en tal sentido.

Plantea en segundo lugar el artículo 1.353 el problema de cómo interpretar la frase «conjuntamente y sin especial designación de partes». Esto es, si se interpretará o no de modo análogo al que procede en el caso de acrecimiento hereditario, de manera que la frase «por mitad o por partes iguales» no excluya la ganancialidad, de la misma manera que, según el artículo 983, no excluye el acrecimiento.

a) En pro de la inaplicabilidad de la solución del artículo 983-2.º, cabría alegar:

que el artículo 1.353 es un precepto excepcional y por ello debe de interpretarse restrictivamente, sin que proceda la analogía.

b) En favor de una interpretación coincidente con la del artículo 983, postura que nosotros defendemos, podría argüirse:

que la razón de ser de la «ganancialidad» de la atribución está en el llamamiento «conjunto o solidario»; que la solidaridad es asimismo el fundamento objetivo del derecho de acrecer; luego si el propio legislador entiende que la «conjunción» no desaparece por el empleo de la frase «por mitad o por partes iguales» en el caso de acrecimiento, no hay por qué interpretar de modo diferente la misma frase en el caso del artículo 1.353. No se trata pues de acudir al criterio analógico, probablemente discutible, sino de una mera interpretación coincidente.

Por lo demás, para que el artículo 1.353 proceda deberán aceptar la liberalidad ambos cónyuges, pues no cabe que acepte uno de ellos «para la sociedad conyugal».

De aceptar un cónyuge y repudiar el otro, procederá el especial «acrecimiento matrimonial» del artículo 637.

C) EL NÚMERO 3.º: *«Los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos».*

Recoge este número el aludido principio de «subrogación real» que, como hemos anunciado, está hoy modalizado por el principio de

«autonomía de la voluntad» tal como resulta del párrafo primero del artículo 1.355 cuando dice:

Art. 1.355-1.º Podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga.

Precepto éste que sugiere los siguientes comentarios:

- a) Actúa sólo, mediando acuerdo, en las adquisiciones a título oneroso, no siendo preciso, a nuestro entender, que el negocio adquisitivo se otorgue por ambos cónyuges; el negocio en sí podrá concluirse por uno solo de los esposos, que manifestará su voluntad de atribuir al bien carácter ganancial, lo cual consentirá su consorte. Es decir, el «común acuerdo» hay que referirlo a la atribución de ganancialidad, no a que el negocio deba ser concluido por ambos cónyuges con el transmitente. Aún más, dado que el párrafo segundo de este artículo (que más tarde veremos) contempla el supuesto de adquisición conjunta, presuponiendo con ello el «común acuerdo», es lógico entender que el párrafo primero abarca el caso de adquisición por un solo cónyuge y acuerdo entre ambos en orden a la atribución de ganancialidad.
- b) Concurriendo los presupuestos anteriores, tiene un alcance absoluto, sin más justificación; luego cabe, por ejemplo, en un supuesto de permuta con un bien privativo.
- c) No cabe el juego inverso, es decir, la atribución de carácter privativo a una adquisición ganancial; en estos supuestos «la declaración» no puede tener más alcance que la confesión de privatividad ex artículo 1.324.
- d) Por la misma *ratio* que en el supuesto del artículo 1.324, la atribución de ganancialidad no perjudicará a terceros, esto es, legitimarios y acreedores (sólo anteriores, para nosotros); si bien el no perjuicio debe interpretarse restrictivamente, en el sentido de que los terceros tendrán derecho a reclamar el valor del bien, y éste sólo subsidiariamente.
- e) Planteándose la cuestión de cuándo se podrá proceder a la «atribución de ganancialidad», si sólo en el momento de la adquisición o también en cualquier momento posterior:

En pro de que sólo sea posible en el primer momento, cabría alegar:

- que el artículo 1.355 es una excepción al principio de subrogación real que juega siempre en los patrimonios separados, y que en nuestro caso se plasma en los respectivos números 3.º de los artículos 1.346 y 1.347; como excepción debe ser objeto de interpretación restrictiva;
- que el propio artículo 1.355, tanto en el párrafo primero como en el segundo, está pensando en el momento adquisitivo.

Pese a ello, nos inclinamos en pro de la posibilidad de que el artículo 1.355 entre en juego *a posteriori* de la adquisición en base a:

- que en la actualidad el artículo 1.323 posibilita el que los cónyuges puedan transmitirse por cualquier título bienes y celebrar entre sí toda clase de contratos,
- luego el artículo 1.355 podrá ser especialmente útil en aquellos casos en que un cónyuge desee transmitir al otro la mitad de un bien propio (o ambos recíprocamente la mitad de bienes propios, en tal caso incluso por vía de permuta), pretendiendo al propio tiempo que ambas mitades queden «comunicadas»; de no existir el artículo que comentamos, tal negocio de «comunicación germánica» resultaría un tanto atípico y, por ello, de difícil acceso al Registro. De ahí que el artículo 1.355 venga a completar el artículo 1.323 en el aludido sentido,
- y, a mayor abundamiento, esta «vis atractiva hacia la ganancialidad» es propiciada por el legislador, como lo demuestra el artículo que comentamos, así como el 1.357-2.º, y el 1.361, que luego examinaremos.

D) EL NÚMERO 4.º: «Los adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno sólo de los cónyuges».

Responde también este párrafo al principio de subrogación real, si bien referido en este caso al derecho que propicia la adquisición y no a los fondos que para ella se utilizan, lo que, caso de ser comunes los fondos empleados, dará lugar a la oportuna compensación.

Siendo criticable este apartado, al igual que su equivalente anterior (artículo 1.396-3.º), por hacer referencia tan sólo al derecho de retracto, olvidando otros de adquisición preferente como el tanteo y quizá la opción. La crítica que merece la actual redacción es todavía mayor si se tiene en cuenta que el legislador podía haber reparado en las diri-

gidas a su precedente. Parece por ello conveniente que nos detengamos en esta cuestión.

1. *Tanteo*: Respecto de este derecho, cuya similitud con el de retracto han puesto de relieve doctrina y jurisprudencia, no cabe duda que propiciará una adquisición privativa si tal era la naturaleza de aquél, salvo el supuesto de ciertos tanteos arrendaticios que en seguida veremos.

2. *Opción*: Más dudoso es el carácter de la adquisición en el supuesto de opción. Si respecto de ella sustentamos la tesis clásica del precontrato (contrato que tiene por objeto la celebración de otro contrato), será el contrato definitivo el que calificará la adquisición de privativa o ganancial con arreglo a las reglas generales, esto es, en función de los fondos empleados en la adquisición.

Mas, si sustentamos la tesis moderna (convenio del que nace la facultad de exigir la eficacia inmediata de un único contrato proyectado), habrá que atribuir necesariamente carácter privativo al bien si la opción fue contratada con anterioridad al matrimonio pues, como dice la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de diciembre de 1978, «al perfeccionarse el contrato de opción queda ya prestada la declaración negocial suficiente para que se produzca el efecto jurídico perseguido como eventualmente definitivo» y ello sin perjuicio de que, desde el punto de vista instrumental (que no sustantivo) deba reiterarse o no tal declaración. Luego si el convenio o contrato es uno sólo, siendo la declaración inicial lo decisivo, habrá que concluir, como decimos, atribuyendo siempre carácter privativo al bien si la inicial declaración se produjo antes del matrimonio.

En cambio, si la opción fue contratada constante matrimonio (aun por uno sólo de los cónyuges) creemos dará lugar a una adquisición sujeta a las reglas generales del principio de subrogación real, según el patrimonio o patrimonios que soporten la adquisición; pues, aun en el supuesto de que el derecho de opción se adquiriera sin pago de canon o merced, no por ello cabrá hablar de adquisición a título gratuito de un derecho que por subrogación dé lugar a una adquisición dominical privativa también, sino que, precisamente por el carácter precontractual de la opción, la calificación de onerosa o gratuita vendrá dada por el carácter del negocio que efectivamente se pretende concluir. De otra manera, a cualquiera de los cónyuges resultaría sencillísimo hacerse con un patrimonio privativo a costa del caudal común, sin contar con su consorte y sin perjuicio de los oportunos reembolsos: le

bastaría con acudir al expediente de convenir una opción previa sin pago de canon, en lugar de comprar directamente.

3. *Retratos*: En cuanto al retrato, la solución legal es lógica en los supuestos de comuneros, colindantes, enfiteútico e incluso gentilicio. Mas ya no lo es tanto si la referimos a los retratos arrendaticios:

a) En el supuesto de retrato arrendaticio rústico, o urbano de local de negocio, si la explotación o empresa tienen carácter común, atribuir carácter privativo a la adquisición (en base a que el contrato de arrendamiento fue suscrito por uno sólo de los cónyuges, aún en estado de soltería), resulta ilógico si se piensa que la sede física no deja de ser una pertenencia del establecimiento o explotación común.

b) Pero donde la aparente solución legal se revela carente de toda lógica es en el supuesto de retrato de vivienda.

Como ya puso de relieve SANZ bajo el régimen legislativo anterior, la protección que la Ley de Arrendamientos Urbanos dispensa al inquilino no lo es tanto en su utilidad cuanto en utilidad de la entidad familiar. Por eso el inquilinato (al igual que el arrendamiento rústico) no atribuye ningún valor económico negociable que pueda calificarse de «pertenencia privativa», sino, muy al contrario, la disponibilidad (siempre sin contraprestación económica para el inquilino) queda sujeta, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, a los límites de la entidad familiar.

Luego si el arrendamiento de vivienda carece de valor económico y la protección de la ley está dictada en utilidad de la familia, necesariamente habrá de calificarse de ganancial la adquisición del inquilino, pues la interpretación sistemática de la ley deberá prevalecer sobre la literalidad del párrafo que comentamos.

Sucede, además, que tras la reforma de 1981, esta interpretación sistemática viene reforzada por el propio Código que:

- en los supuestos de separación, nulidad y divorcio, concede al Juez plenas facultades para determinar cuál de los esposos debe continuar usando la vivienda familiar, independientemente de la titularidad dominical o arrendaticia de la misma;
- y en los artículos 1.320, 1.357-2.º, y 1.406 concede un trato preferente a la vivienda en favor del cónyuge no titular.

Luego resultaría incongruente que el legislador pretendiese lo más (limitar las facultades dominicales de la adquisición ya consumada) y no lo menos (atribuir carácter común a la adquisición que se consuma).

4. *Derecho de suscripción preferente*: Finalmente, entra también en el ámbito del párrafo que estamos comentando el supuesto de adquisición en base al denominado derecho de suscripción preferente, a propósito del cual el artículo 1.352 dice:

Art. 1.352. Las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos serán también privativos. Asimismo lo serán las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir.

Si para el pago de la suscripción se utilizaren fondos comunes o se emitieran las acciones con cargo a los beneficios, se reembolsará el valor satisfecho.

Precepto loable en cuanto viene a aclarar las dudas e interpretaciones diversas producidas al amparo de la legislación anterior, dando preferencia a la interpretación «mercantilista» de MANUEL DE LA CÁMARA y JOSÉ LUIS ALVAREZ (las nuevas acciones nunca son fruto, sino desdoblamiento formal de la cuota del socio) sobre la interpretación «civilista» del Tribunal Supremo, Sentencia de 23 de enero de 1947, entre otras, en cuya virtud las reservas eran frutos y también la ampliación con cargo a ellas.

Sin perjuicio de que, como observa LACRUZ, sea criticable el que en el caso de acumularse los beneficios y no repartir dividendos, o no emitirse acciones con cargo a ellos, la comunidad ganancial se vea privada de estos rendimientos.

Es de observar también que la ampliación con cargo a plusvalías no da a la comunidad derecho a indemnización alguna, pues, pese a la opinión de AURELIO MENÉNDEZ, la plusvalía no es fruto ni asimilable a él, siendo, como dice J. L. ALVAREZ, la ampliación con cargo a ellas un supuesto puro de desdoblamiento de la condición formal de socio.

Destaquemos, finalmente, que el precepto está unilateralmente redactado, pues no se ocupa del supuesto inverso de ampliación consecuencia de la titularidad de acciones u otros títulos gananciales, mas, evidentemente, la solución ha de ser la misma.

E) EL NÚMERO 5.º: *«Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles inter vivos».*

Comentando este apartado diremos:

1) En lo relativo a los derechos patrimoniales inherentes a la persona, viene a recoger el sentir de la doctrina ante el silencio de la legislación anterior. Cabe citar en este punto la propiedad intelectual, no en cuanto al rendimiento económico derivado de la misma,

que evidentemente será ganancial, sino en cuanto al derecho como tal (derecho de autor), que facultará, por ejemplo, para decidir la edición o no de la obra, la cesión de sus derechos, etc.

2) En cuanto a los derechos no transmisibles *inter vivos*, el supuesto más claro viene constituido por los derechos de uso y habitación que, en consecuencia, serán siempre privativos, incluso en el supuesto de haber sido adquiridos constante matrimonio a título oneroso (sin perjuicio de la oportuna compensación ex artículos 1.358 y 1.390).

Mas, es en sede de *usufructo* donde el párrafo que comentamos puede alcanzar su más interesante dimensión. En efecto:

Si, en base a la literalidad del artículo 480, consideramos que el derecho usufructuario es transmisible, no entrará en juego el número 5.º del artículo 1.346, por lo que el usufructo será ganancial o privativo según la procedencia del precio, reproduciéndose en el supuesto de ganancialidad todos los problemas contemplados en parte por las Resoluciones de 31 de enero de 1979 y 10 de julio de 1975, por citar sólo las más recientes (1).

Si por el contrario entendemos, junto con un importante sector de la doctrina (DE CASTRO y ROCA SASTRE, entre otros), que el derecho de usufructo es intransmisible (en base a que del ar-

(1) ¿Quid si fallece el cónyuge adquirente: se entiende que usufructo ganancial es igual a usufructo conjunto y acrece al sobreviviente ex artículo 521 o se extingue? La Resolución de 31 de enero de 1979 resolvió en el segundo sentido.

¿Quid si fallece el cónyuge del adquirente: se divide el usufructo, subsiste sin más en el sobreviviente o subsiste, pero inventariándolo en la liquidación de los gananciales? Esta última es la solución de la Resolución de 1979.

¿Cabe si fallece el cónyuge del adquirente que en la liquidación de los gananciales se adjudique el usufructo no al sobreviviente, sino a los herederos del pre-muerto? Una solución de este tipo sería totalmente absurda.

¿Quid en la reserva de usufructo conjunto por ambos cónyuges? Parece deberá jugar el artículo 521.

¿Y si la reserva la hizo uno solo de los cónyuges para sí y para su consorte? Habrá que exigir, como mínimo, que dicho consorte acepte el derecho constituido a su favor.

En realidad todos estos problemas ponen de relieve la dificultad de atribuir carácter ganancial al usufructo, de ahí que ya KOHLER mantuviera la imposibilidad de que a la comunidad de bienes matrimonial u otra en mano común pudieren serle atribuidos derechos de usufructo.

De prevalecer, no obstante, la tesis favorable a la ganancialidad habrá que distinguir, como mínimo, en los supuestos en que el derecho sea adquirido por un solo cónyuge, entre la titularidad material (el valor económico), que será ganancial y la titularidad formal, que al corresponder al cónyuge adquirente determinará que el derecho se extinga con su muerte. A menos que lo adquiriera (si se admite ello) «sobre la propia vida y la del cónyuge», en cuyo caso de nuevo se replantearía el problema del tipo de derecho constituido (¿cousufructo simultáneo o sucesivo?) y la necesaria aceptación de la estipulación por el consorte.

Toda esta problemática creemos que con el nuevo texto del artículo 1.346-5.º debe quedar superada.

título 498 se deduce que lo que el usufructuario puede transmitir es el derecho a percibir los frutos, mas no el usufructo en sí), habremos de concluir que el usufructo será siempre privativo con independencia de la causa de su atribución, o común, si fue adquirido por ambos cónyuges, mas no en régimen de comunidad germánica, sino en régimen normal de usufructo (privativo-parafernial) con subsiguiente aplicación del artículo 521.

De prevalecer esta última interpretación, que nosotros preconizamos, quedan solucionadas de facto las cuestiones que a la anterior doctrina planteaba la ganancialidad del usufructo.

Por lo demás, del usufructo se ocupa también el artículo 1.349 cuando dice:

Art.1.349. El derecho de usufructo o de pensión, perteneciente a uno de los cónyuges, formará parte de sus bienes propios; pero los frutos, pensiones o intereses devengados durante el matrimonio serán gananciales.

Precepto éste que coincide con el artículo 1.403 anterior, con la supresión acertada de la frase «perpetuamente o de por vida», en lo relativo a la duración del usufructo o pensión.

F) EL NÚMERO 6.º: *«El resarcimiento por daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos».*

En torno a este número conviene distinguir las indemnizaciones por daños a las personas y a los bienes:

1) En lo que atañe a indemnización por daño a las personas, en la doctrina, extranjera fundamentalmente, se ha planteado la cuestión de si también será privativa la indemnización en caso de accidente laboral, esto es, la procedente de daño en «actividad ganancial».

A nuestro juicio, la solución debe venir dada por el carácter de la indemnización. Si con ella se pretende suplir el salario que se deja de percibir por causa del daño (caso, por ejemplo, de la enfermedad transitoria o accidente con recuperación plena) la indemnización deberá ser ganancial.

Si lo que se pretende es resarcir a la persona (caso de invalidez o enfermedad permanente), la indemnización será privativa. La solución, en definitiva, vendrá dada por cada caso concreto.

Teniendo en cuenta que si la indemnización «privativa» lo es mediante el pago de un capital, éste será íntegramente propio y sólo ga-

nanciales los frutos del mismo; mientras que si lo es mediante el pago de una pensión, son gananciales las devengadas constante matrimonio por aplicación del artículo 1.349 que acabamos de ver. La solución quizá no sea demasiado justa, pero es, en definitiva, la que adopta el legislador.

Sin que pueda confundirse el supuesto de pensión con el de capital que se paga periódicamente en «cierto» número de años. La pensión implica siempre una incertidumbre en el *quantum*, una «aleatoriedad», mientras que en el segundo caso hay una certidumbre cuantitativa. Por eso la solución legal es también diferente como demuestra el artículo 1.348 (casi idéntico al antiguo art. 1.402), cuando dice:

Art. 1.348. Siempre que pertenezca privativamente a uno de los cónyuges una cantidad o crédito pagaderos en cierto número de años, no serán gananciales las sumas que se cobren en los plazos vencidos durante el matrimonio, sino que se estimarán capital del marido o de la mujer, según a quien pertenezca el crédito.

2) En cuanto a las indemnizaciones por daños a las cosas, debe distinguirse según el daño afecte a la esencia de la cosa o a sus frutos:

a) Si afecta a la sustancia, indudablemente la indemnización es privativa.

b) Mas si afecta a los frutos, aun en situación de pendientes o no percibidos, la solución no es tan clara.

En pro de que también en este caso la indemnización es privativa, cabría alegar que los frutos no son tales hasta que no se perciben, por lo que no hay daño a un bien ganancial.

A lo que cabría oponer que, de cualquier manera, la indemnización que se percibe por daño a los frutos pendientes es un producto de la cosa y, como tal, ganancial. El caso más claro puede ser el del seguro agrícola denominado «de cosecha».

G) EL NÚMERO 7.º: *«Las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor».*

Sólo decir, respecto de este apartado, que en el mismo no están incluidas lo que LACRUZ denomina, por transcripción del Derecho aragonés, las «aventajas», ex artículo 1.321, que se entregan al sobreviviente sin computárselo en su haber. Ello sólo en el caso de disolución por muerte, pues, en otro caso, tendrá carácter privativo el ajuar respectivo de cada cónyuge. Añadamos que respecto de los demás objetos de uso personal no incluidos en este número, esto es, los de extraordi-

nario valor (joyas fundamentalmente), el cónyuge usuario tiene un derecho de atribución preferente en la liquidación de la comunidad de acuerdo con el número 1.º del artículo 1.406.

- H) EL NÚMERO 8.º: *«Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando éstos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común».*

Se plantea la cuestión de si también serán privativos los instrumentos afectos a la actividad de un profesional liberal (los costosos aparatos de un médico, por ejemplo) o si, contrariamente, siendo el ejercicio de la profesión una de las principales fuentes de «gananciales», cabe asimilar aquél, por analogía, al establecimiento o explotación de carácter común, con la consecuencia de ser también comunes los instrumentos. Planteemos un caso extremo: el del médico que cursó toda su carrera constante matrimonio, con cargo a fondos comunes, y que luego montó una clínica en la que, a mayor abundamiento, colabora su mujer. ¿Es la clínica un «establecimiento o explotación de carácter común»? Si en lugar de una clínica fuese un comercio no lo dudaríamos.

Sin embargo, en el ejemplo propuesto, la solución debe ser la contraria y ello porque ésta debe venir determinada por el criterio de «la colegiación», entendiéndose que no hay «explotación común» en el supuesto de profesionales colegiados (aunque en su actividad colabore el otro cónyuge) y sí en los demás casos. Y ello es así porque la colegiación faculta al colegiado y sólo a él para el ejercicio de la actividad que, por eso, nunca será jurídicamente una «actividad común». En consecuencia, los instrumentos del profesional liberal tendrán siempre carácter privativo, por lo que no deberá entrar en juego el número 4.º del artículo 1.362 a los efectos de «responsabilidad definitiva» de la comunidad de gananciales.

III. LOS BIENES GANANCIALES: *Análisis del artículo 1.347 del Código Civil*

La enumeración de los bienes comunes nos la da el artículo 1.347 cuando dice:

Art. 1.347. Son bienes gananciales:

- 1.º Los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges.

2.º Los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos, como los gananciales.

3.º Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos.

4.º Los adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial, aun cuando lo fueran con fondos privativos, en cuyo caso la sociedad será deudora del cónyuge por el valor satisfecho.

5.º Las Empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Si a la formación de la Empresa o establecimiento concurren capital privativo y capital común, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1.354.

Comentando este precepto diremos:

A) EL NÚMERO 1.º: *«Los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges».*

Es éste un supuesto claro, observándose cómo el legislador de 1981 ha colocado el trabajo como la primera fuente de ganancialidad. Como indicaba LACRUZ comentando el texto anterior a la reforma, la expresión «industria» significa cualquier actividad del cónyuge encaminada a la obtención de un resultado que pueda recaer en el consorcio, incluso cuando no suponga un «trabajo» en el sentido habitual de la palabra. Así entran en este concepto las adquisiciones por usucapion iniciada constante matrimonio, ocupación, especificación, etc. Y también los denominados «dones de fortuna» que contempla el artículo 1.351 (análogo al antiguo art. 1.406), cuando establece:

Art. 1.351. Las ganancias obtenidas por el marido o la mujer en el juego o las procedentes de otras causas que eximan de la restitución, pertenecerán a la sociedad de gananciales.

LACRUZ excluye de la ganancialidad el caso del billete de lotería adquirido en circunstancias en que la subrogación (por fondos privativos) sea inequívoca, pues ni se trata de un juego en el sentido que da el artículo 1.351 (antiguo 1.406) a esta palabra, ni la modesta actividad empleada por el cónyuge para comprar el billete es valuable frente al precio del mismo (2). Sin embargo, esta opinión es un tanto discutible porque también el premio puede hacer ínfima la inversión. Por ello, dados los términos del artículo que comentamos y la vis atractiva a la ganancialidad en los casos dudosos (art. 1.361), creemos preferible estimar ganancial el premio o adquisición.

(2) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: *Derecho de familia*, Barcelona, 1966, páginas 199 y 200.

- B) EL NÚMERO 2.º: *«Los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales».*

Constituye ésta la segunda gran fuente de ganancialidad, siendo completada por el artículo 1.350 (equivalente al anterior art. 1.405), a cuyo tenor:

Art. 1.350. Se reputarán gananciales las cabezas de ganado que al disolverse la sociedad excedan del número aportado por cada uno de los cónyuges con carácter privativo.

Obsérvese cómo, pese al carácter ganancial de los frutos, el cónyuge titular de los bienes tiene la libre disposición de aquéllos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.381. Quizá porque, como dice LACRUZ, los frutos no adquieren carácter ganancial pleno hasta que se realizan.

- C) EL NÚMERO 4.º: *«Los adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial, aun cuando lo fueran con fondos privativos, en cuyo caso la sociedad será deudora del cónyuge por el valor satisfecho».*

Valga para este párrafo lo que se dijo al comentar su equivalente del artículo 1.346. Sólo volver a observar cómo el legislador se refiere únicamente al retracto.

Por lo demás, obsérvese que ahora no utiliza la ley el término «retracto perteneciente», sino el de «retracto de carácter ganancial», lo que enlaza con el carácter familiar que veíamos tienen ciertos retractos arrendaticios, provocando por ello una adquisición ganancial en todo caso.

- D) EL NÚMERO 5.º: *«Las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Si a la formación de la empresa o establecimiento concurren capital privativo y capital común, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1.354».*

La circunstancia de que el establecimiento o empresa constituido constante matrimonio a expensas de fondos comunes sea ganancial, obligará

a distinguir entre la titularidad material y la titularidad formal en el supuesto de que uno sólo de los cónyuges haya sido el constituyente. La problemática de este desdoblamiento será diferente según el tipo de empresas:

1. *Empresa social anónima.*—En este supuesto al cónyuge socio corresponderá el ejercicio de los derechos políticos pues, como pusieron de relieve las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de marzo de 1959 y 4 de noviembre de 1969, el hecho de la suscripción, por su carácter eminentemente formal, concede al suscriptor el carácter de socio, aunque las acciones vayan a integrar, en definitiva, el patrimonio ganancial. Pero además, el cónyuge socio tendrá la libre disposición de sus títulos según resulta del actual artículo 1.384.

2. *Empresa social no anónima.*—Si es empresa social colectiva, comanditaria o limitada, al cónyuge socio corresponderá el ejercicio de los derechos de tal, mas para disponer de su participación necesitará el consentimiento de su consorte conforme a las reglas generales, salvo el infrecuente caso de sociedad comanditaria por acciones.

3. *Empresa individual.*—Es éste el supuesto más interesante porque, con arreglo a la literalidad del artículo 6.º del Código de Comercio, el cónyuge comerciante tendrá la gestión de la empresa y además la libre disposición de los gananciales (muebles o inmuebles) adquiridos de resultados del comercio.

Si estas amplias facultades concedidas al cónyuge comerciante, en orden a la disposición de lo que podrían denominarse por su procedencia «gananciales mercantiles», no dejaron de sorprender tras la reforma de 1975, mas sorprenderán ahora que, salvo casos muy concretos, la disposición de los bienes comunes requiere la intervención de ambos cónyuges. Desde luego, para evitarlo, no cabe acudir al expediente de que *lex posterior derogat anterior*, porque el artículo 6.º del Código de Comercio como regla especial no es afectada por la ley general; por el mismo motivo, dentro de su ámbito, el artículo 6.º del Código de Comercio prevalecerá sobre la normativa general del Código Civil.

En realidad, la doctrina posterior a 1975 fue un tanto reacia a conceder al cónyuge comerciante plenas facultades dispositivas sobre los «gananciales mercantiles», sobre todo cuando éstos eran de naturaleza inmobiliaria.

Por ello llegó a interpretarse el artículo 6.º en el sentido de que de él sólo se deducía la libre disposición de los muebles, mas no de los inmuebles, pues la intención del legislador había sido la de mejorar la situación de la mujer equiparándola al marido, el cual podía disponer libremente

te de los muebles y, sólo con consentimiento uxorio, de los inmuebles. De ahí que se dijera que el artículo 6.º concedía facultades dispositivas, pero «para ejercitarlas de la manera prevista en el Código Civil», esto es, con consentimiento ex artículo 1.413 tratándose de inmuebles. Luego, se concluía, el artículo 6.º de poco sirve al marido (o cónyuge administrador), siendo útil solamente en el supuesto de que el comerciante sea la mujer, pues entonces podrá disponer de los muebles y ostentar la iniciativa en la disposición de los inmuebles, pero con consentimiento conyugal respecto de estos últimos.

Mas, en la actualidad, no puede sustentarse una interpretación de este tipo, que equivaldría a dejar el artículo 6.º del Código de Comercio sin contenido (en lo relativo a la disposición de bienes comunes), ya que la remisión al Código Civil en cuanto al «modo de disposición» llevaría a exigir siempre el consentimiento del otro cónyuge, puesto que los bienes adquiridos de resultas del comercio ni son frutos en el sentido del artículo 1.381, ni proceden de los rendimientos de un patrimonio privativo. Luego, parece que habrá que conceder al esposo comerciante la plena disposición de los «ganaciales mercantiles», con todos los problemas prácticos que ello llevará consigo, fundamentalmente en orden a la prueba de la procedencia mercantil de los mismos.

A menos que, como último expediente, entendamos que la libre disponibilidad debe constreñirse a lo que es propio del Derecho mercantil, esto es, los bienes muebles o, más concretamente, «las mercaderías», que son los bienes que entran en el círculo de actividades características del empresario, mientras que la disposición de cualquier otro tipo de bienes es un acto «civil puro» que, en consecuencia, no tiene por qué sujetarse al Derecho mercantil, sino que, de acuerdo con su naturaleza, se regirá exclusivamente por normas civiles. Esta, creemos, es la interpretación más lógica del artículo 6.º del Código de Comercio, por reducirlo a lo que es propio del Derecho mercantil: los actos de comercio, e insistimos, sólo la disposición de mercaderías o productos de la empresa es acto de este tipo. El comerciante, además, podrá disponer del metálico producto de su actividad mercantil, tanto por ser ganancial «directamente procedente del comercio», como por facultarle con carácter general el nuevo artículo 1.384 del Código Civil. Dicho metálico podrá ser reinvertido en la empresa, en cuyo caso continuará bajo su gestión, aunque se haya convertido, por ejemplo, en bienes de equipo; o podrá ser invertido en la adquisición de «cosas civiles» (una vivienda, o una finca rústica), en cuyo caso carece de sentido aplicar a estos bienes el estatuto mercantil, pues todas las vicisitudes relativas a ellos son «puros actos civiles».

De seguirse esta interpretación, que es la que nosotros preconizamos,

no resulta superfluo el artículo 6.º del Código de Comercio, ya que supondrá una lógica ampliación de lo establecido en el artículo 1.381 del Código Civil. Según este último, cada cónyuge puede disponer por sí solo de «los frutos y productos de su patrimonio privativo», mas no de los procedentes de «un patrimonio común». En el caso que analizamos, la empresa es «patrimonio común», aunque bajo «la titularidad formal de un cónyuge» (el que en el tráfico actúe como comerciante); precisamente la virtualidad del artículo 6.º del Código de Comercio es la de conceder trascendencia a la «titularidad formal» en orden a la disposición de los productos, bien metálico, bien mercaderías, mas no los subrogados no mercantiles que, en cambio, sí quedarán afectos a las results del comercio igual que lo estarían de aplicar puras normas civiles (artículo 1.365 del Código Civil) (3).

E) EL NÚMERO 3.º: EXAMEN ESPECIAL DE LAS ADQUISICIONES A TÍTULO ONEROSO: *«Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno sólo de los esposos».*

Hemos dejado de intento para el final el examen del número tercero del artículo 1.347 por ser el más afectado por la reforma y, en consecuencia, el que mayor problemática ofrece, pues, pese a su casi literal coincidencia con el antiguo número 1.º del artículo 1.401 la casuística actual es mucho más fecunda (4):

(3) No cabe objetar a lo que en el texto se dice que, también tras la Reforma, la administración requiere el consentimiento de ambos cónyuges y, en cambio, no dudamos nosotros en atribuir en exclusiva la gestión de la empresa al cónyuge comerciante. Pues esto es algo consustancial al estatuto de comerciante, aparte de, por definición, una pura actividad mercantil, mientras que la disposición de bienes que no sean mercaderías no lo es.

(4) Comenzando por la dicción «bien para la comunidad, bien para uno solo de los esposos». Con idéntico texto, antes no se dudaba que aunque comprase uno solo, la adquisición había de inscribirse «a nombre de ambos cónyuges y para su sociedad conyugal», por mandato del número 1.º del artículo 95 del Reglamento Hipotecario. En cambio, ahora, como señala la Circular interna del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad datada el 5 de junio de 1981, «las inscripciones a nombre de los dos cónyuges cuando sólo adquiere uno son una especie a extinguir».

En efecto, la razón de ser del número 1.º del artículo 95 del Reglamento Hipotecario estaba en el temor del legislador a las confabulaciones frente a la prohibición de liberalidades entre cónyuges. Desaparecida hoy tal limitación, no hay razón para inscribir a nombre de ambos la adquisición que se efectúa por uno solo.

De ahí que la solución, cuando llegue la necesaria reforma del Reglamento Hipotecario, deba ser la que ya en su día propuso la Dirección General en Resolu-

Aparece completado este precepto por los artículos 1.355-2.º (el párrafo 1.º ya lo conocemos), 1.354, 1.356 y 1.357 del Código Civil, en cuyo estudio entramos.

A') *El artículo 1.355-2.º*

Dice este artículo, en el párrafo que ahora nos concierne:

Art. 1.355-2.º Si la adquisición se hiciere en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes.

Lo primero que se observa tras la lectura del párrafo es que parece una reiteración con respecto a lo ya dicho en el propio número 3.º del artículo 1.347, que ya prevé la adquisición «para la comunidad», lo que parece análogo a la «adquisición en forma conjunta».

Mas, como no cabe presumir que el legislador haya incurrido en repetición entre dos preceptos tan próximos, habrá que interpretar el párrafo 2.º del artículo 1.355 como referido a aquellos supuestos en que la contraprestación tiene carácter privativo, mientras que en el número 3.º del artículo 1.347 se ocupa de la adquisición «a costa del caudal común».

Y, como el primer párrafo del artículo 1.355 abarca el caso en el que los cónyuges, pese a la privatividad de la contraprestación, manifiestan su voluntad expresa de que el bien sea común, este segundo párrafo habrá que referirlo a los supuestos en que esa voluntad se manifieste en forma presunta mediante la simple «adquisición conjunta», sin agregar declaración alguna.

Luego, tratándose de inmuebles, aunque del título se deduzca claramente la pertenencia exclusiva a uno de los cónyuges de la contraprestación, piénsese en un supuesto de permuta, la inscripción se practicará como ganancial, si ambos cónyuges comparecieron en el título y dijeron adquirir «en forma conjunta». Paradójicamente, esto que hubiera resultado imposible antes de la reforma (la prohibición de liberalidades ex

ción de 4 de mayo de 1978 (a propósito de la compra con precio aplazado por mujer casada), es decir, inscribir en estos casos «a nombre del cónyuge comprador», «casado con...» y bajo «presunción de ganancialidad».

La inscripción en estos términos no alterará el régimen de disposición, pues, por imperativo de la presunción, se exigirá el consentimiento del cónyuge. Mas sí alterará el régimen de administración, pues al «figurar los bienes a nombre de un cónyuge», serán válidos los actos de administración por él efectuados, en base a lo dispuesto en el artículo 1.384.

Por ello entiendo, con la indicada Circular, que serán válidas las agrupaciones, agregaciones, segregaciones, declaraciones de obra o divisiones horizontales otorgadas por el cónyuge titular. Mientras que en los supuestos de adquisiciones por ambos, dichas operaciones deberán de ser otorgadas por marido y mujer.

artículo 1.334 lo hubiera impedido), es hoy propiciado por el legislador. De nuevo vemos cómo el principio de subrogación real pierde terreno.

B') *Los artículos 1.354 y 1.356.*—Ambos preceptos, según entendemos, deben de estudiarse conjuntamente.

Dice el artículo 1.354:

Art. 1.354. Los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas.

Y añade el 1.356:

Art. 1.356. Los bienes adquiridos por uno de los cónyuges, constante la sociedad por precio aplazado, tendrán naturaleza ganancial si el primer desembolso tuviera tal carácter, aunque los plazos restantes se satisfagan con dinero privativo. Si el primer desembolso tuviese carácter privativo, el bien será de esta naturaleza.

Tras una primera lectura, uno y otro precepto parecen ser contradictorios, pues el artículo 1.354 opta por el proindiviso en el supuesto en que la expensa la soporten dos patrimonios diferentes, mientras que el artículo 1.356 opta por la asignación total a un solo patrimonio. Hay que proceder por ello a la coordinación de ambos artículos:

- a) Cabría pensar, en primer término, que el artículo 1.354 se refiere a las adquisiciones efectuadas por ambos cónyuges y el artículo 1.356 a las efectuadas por uno sólo, dado el inciso inicial de este último, mas ello, entendemos, resultaría totalmente arbitrario.
- b) Se podría considerar, en segundo término, que el artículo 1.354 se está refiriendo a las compras al contado y el artículo 1.356 a las compras a plazos, mas, como en seguida veremos, el artículo 1.354 es también aplicable a estas últimas.
- c) Luego entendemos que la coordinación debe hacerse sobre la base de considerar al artículo 1.354 como la regla general y el artículo 1.356 como la especialidad en caso de aplazamiento de parte del precio, en base al principio de certidumbre.

En efecto, la intención del legislador es la atribución proporcional a la expensa, mas, en el supuesto de precio en parte aplazado, no es posible saber en el momento inicial el patrimonio o patrimonios que soportarán la parte pendiente del gasto. La aplicación sin más del prin-

cipio del artículo 1.354 implicaría una inicial incertidumbre, que es lo que ha querido evitar el legislador atribuyendo al bien *ab initio* un definitivo carácter (5).

Interpretados de esta manera ambos artículos, la coordinación es posible. El artículo 1.354 se aplicará siempre a las compras al contado y también a las con precio aplazado cuando el primer pago se haga con dinero en parte ganancial y en parte privativo. Y el artículo 1.356, en base al aludido principio de certidumbre, no hace otra cosa que reiterar la idea de que el primer pago, total o parcial, imprime carácter definitivo al bien, salvo declaración (art. 1.355), confesión (art. 1.324) o prueba (art. 1.361) en contrario (6, 7 y 8).

Coordinados pues los artículos 1.354 y 1.356 analizaremos distintos supuestos prácticos:

1. Supuestos en que compran los dos cónyuges:

a) Si nada dicen respecto del precio o manifiestan comprar con fondos gananciales, no hay problema, pues por el juego de los artículos 1.347-3.º, 1.355-2.º, y 1.361, la adquisición será ganancial.

b) Tampoco hay problema si prueban suficientemente que parte del precio es privativo, pues por el juego del artículo 1.354, se consti-

(5) De ahí que la redacción definitiva del artículo 1.356 defiriera de la del Proyecto remitido a las Cortes, inspirado en la idea de la *vis atractiva* hacia la ganancialidad, que superponía al principio de certidumbre. *Artículo 1.356 del Proyecto*: «Los bienes adquiridos por uno de los cónyuges, constante la sociedad, por precio parcialmente aplazado, tendrán naturaleza ganancial:

1.º Si el primer desembolso tuviera tal carácter, aunque los plazos restantes se satisfagan con dinero privativo.

2.º Si no resultare haberse satisfecho con dinero propio, por lo menos, la mitad del precio total, aunque el primer plazo o entrega tuviese carácter privativo».

Luego, en el segundo supuesto, hasta que no se hubiera satisfecho, por lo menos, la mitad del precio, no podía calificarse definitivamente el bien, con todos los problemas que ello hubiere llevado consigo.

(6) FÉLIX RODRÍGUEZ, en un trabajo publicado en el *Boletín del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad*, marzo 1981, desecha esta interpretación, mas lo hace sobre la base del texto del Proyecto.

(7) El hecho de que el artículo 1.356 se refiera sólo a adquisiciones «por uno de los cónyuges» se debe, creemos, a que si adquieren los dos, no hay problema, al estar representados todos los intereses en juego. Por lo que ya los cónyuges comprarán con carácter ganancial (mediante declaración expresa o tácita-presunta) o confesarán o probarán la pertenencia del precio que atribuirá carácter al bien.

(8) El propósito del legislador, perfecto desde el punto de vista teórico, no va a serlo tanto desde el punto de vista práctico, pues (al no tener en nuestro Derecho carácter constitutivo la escritura y ser frecuente deferir su otorgamiento a un momento posterior al de los pagos iniciales) resultará en muchos casos que el título público alterará la naturaleza que el bien tendría de atender al título privado, con los litigios que respecto de terceros, o en caso de desavenencias conyugales, puede ello provocar.

tuirá un proindiviso entre la comunidad y un patrimonio privativo o entre ambos patrimonios privativos.

c) Si uno de los cónyuges confiesa simplemente que una parte del precio pertenece a su consorte, se constituirá un proindiviso «ganancial-privativo confesado» (9). Téngase en cuenta que hoy los privativos confesados están mucho más cerca de la «privatividad» que de la «ganancialidad», tal como debe resultar de una interpretación actualizada de los artículos 1.324 y 1.361.

d) Si ambos cónyuges afirman ser propio parte del precio y recíprocamente lo confiesan, se constituirá un proindiviso entre los respectivos patrimonios privativos, con la particularidad de que los terceros (legitimarios y acreedores «anteriores») podrán desconocerlo. Así resulta del juego de los artículos 1.354 y 1.324.

2. *Supuestos en que compra un solo cónyuge:*

a) Si no dice nada respecto a la procedencia del precio, o afirma comprar con fondos gananciales, la adquisición será indudablemente ganancial, si bien es discutible, en este caso, si la inscripción debería practicarse a nombre de ambos cónyuges o a nombre del «cónyuge adquirente, casado con NN y para su sociedad conyugal», postura ésta que preconizamos (10).

b) No hay problema sustantivo si prueba suficientemente que todo o parte del precio es privativo, en el primer caso se inscribirá a su nombre exclusivo y en el segundo se constituirá el proindiviso, subsistiendo el problema formal del modo de inscribir la porción ganancial.

c) Cabe también que el comprador «declare sin probarlo» que todo o parte del precio de la compra es privativo, en cuyo caso la inscripción se practicará de modo muy semejante al del apartado a), es decir, «a nombre del comprador, casado con NN y bajo presunción de ganancialidad», haciendo simplemente constar la declaración del

(9) Entendemos que hoy debe sustituirse definitivamente la expresión «presuntivamente gananciales» por la de «privativos confesados», utilizada por Roca cuando se refiere al número 2.º del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, puesto que en realidad los «presuntivamente gananciales» son los bienes del número 1.º de tal artículo.

(10) Puesto que si ninguno de los cónyuges puede arrogarse la representación del otro (art. 71 del Código Civil), no se ve por qué puede provocar la práctica de un asiento a su nombre. Sin perjuicio de que el consorte, previa rogación, pueda exigir que el asiento se extienda también a su nombre (a los efectos, por ejemplo, de enervar el juego del art. 1.384). Así creemos debe deducirse por vía de interpretación extensiva de los artículos 1.390-1.391.

adquirente. Y ello porque la mera declaración del adquirente, si no es reforzada por la confesión de su consorte, tiene prácticamente el mismo valor que antes, esto es, ninguno. Si *a posteriori* dicha declaración es confirmada por la confesión del consorte (hoy la confesión de privatividad debe admitirse tanto en el momento adquisitivo como con posterioridad a él), creemos será suficiente una simple nota marginal para que la totalidad o parte del bien pase a la categoría de los privativos confesados.

En cambio, si la posterior confesión se refiere a la parte no declarada (o a la totalidad en su caso, si no hubo declaración) la constancia en el Registro no podrá ser más que por vía de rectificación del asiento, previa rectificación del título. De ahí la importancia de recoger en el título y en el correspondiente asiento la declaración del adquirente de pertenecerle todo o parte de los fondos invertidos, pues, aunque por sí sola carezca de trascendencia, puede tenerla caso de que sea confirmada por el consorte.

3. *Supuesto de precio totalmente aplazado:*

Es un caso no previsto por el legislador que, curiosamente, sólo contempla las adquisiciones al contado o con precio parcialmente aplazado. En el supuesto de total aplazamiento cabe distinguir:

a) Si compra uno de los cónyuges, o ambos, diciendo que el precio se pagará con fondos gananciales o no manifestando nada, la adquisición será ganancial, reproduciéndose el problema en orden a la forma de practicar la inscripción si sólo adquirió uno de ellos.

b) Si compra uno sólo de los cónyuges diciendo en el título que el precio se pagará con fondos privativos:

— Para F. RODRÍGUEZ la inscripción se practicará como ganancial presunto y posteriormente se modificará el asiento si se prueba que el pago se hizo efectivamente con cargo al patrimonio privativo.

— Para nosotros, en cambio, la inscripción debería practicarse con carácter «totalmente privativo» si el vendedor aprueba la declaración del comprador, pues ello implicaría la conformidad de aquél en no poder hacer efectivo su crédito más que sobre el propio bien transmitido (art. 1.370) y los privativos del cónyuge comprador. Luego, si el patrimonio ganancial no queda para nada vinculado, parece más lógico practicar la inscripción del bien como propio del comprador.

c) Si compran ambos consortes manifestando que pagarán el pre-

cio con fondos privativos por mitad y que adquieren proindiviso, la solución puede ser más discutible:

— En principio cabría sostener que el bien tiene carácter ganancial dada la vis atractiva hacia la ganancialidad y lo dispuesto en el artículo 1.367.

— Pese a ello, nos inclinamos a admitir que el bien pueda adjudicarse proindiviso a uno y otro patrimonio privativo, puesto que el artículo 1.367 no entrará en juego si el vendedor acepta que por el precio aplazado respondan los patrimonios privativos mancomunadamente, sin perjuicio de poder agredir subsidiariamente el patrimonio ganancial por la vía del artículo 1.373 (10 bis).

C') *El artículo 1.357.*

Entramos así en el examen del último de los preceptos relativos a las adquisiciones a título oneroso, el artículo 1.357. Dicho artículo, en su párrafo 1.º, es un lógico corolario de lo dispuesto en el artículo anterior. En efecto, dice dicho párrafo:

Art. 1.357. 1.º Los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial.

La problemática se suscita a la vista de su párrafo 2.º, a cuyo tenor:

2.º Se exceptúan la vivienda y ajuar familiares, respecto de los cuales se aplicará el artículo 1.354.

Y decimos que suscita problemática este párrafo porque, si lo interpretamos literalmente, resulta de él una fortísima excepción al principio de certidumbre jurídica reflejado en los anteriores artículos, así como también a lo dispuesto en el número 1.º del artículo 1.346.

Resultará, pues, que, en base al aludido principio de certidumbre, el legislador atribuye siempre a los bienes un determinado carácter *ab initio* (modificando para ello incluso la inicial redacción del proyecto) y que, en cambio, en el supuesto más evidente de privatividad, las compras en estado de soltería, cambia aparentemente de criterio, atribuyendo a la vivienda y ajuar familiares un indeterminado carácter hasta que su precio sea totalmente satisfecho.

(10 bis) Respecto a las cuestiones de responsabilidad, en general, y de afección por adquisiciones, en particular, nos remitimos a nuestro trabajo, en trance de publicación, *Cargas y obligaciones de la comunidad conyugal*.

De prevalecer esta interpretación la inseguridad en el tráfico sería notable y los problemas que se plantearían innúmeros: ¿Qué acreedores tendrían preferencia sobre la vivienda o ajuar todavía no pagados, los propios o los comunes? ¿Cómo y cuándo se harían constar en el Registro de la Propiedad las «sucesivas naturalezas» gananciales? ¿Quid si la familia cambiaba de vivienda, continuaba como parcialmente ganancial o volvía a ser privativa?, etc.

Por ello, en base a la coherencia interna que hay que suponer en el legislador, es mucho más lógico interpretar el precepto a la manera de la Circular del Colegio Nacional de Registradores de 5 de junio de 1981, a saber, considerando que la «ganancialización» parcial de la vivienda familiar es una *norma de liquidación* y no una *norma para el tráfico*.

Como dice la Circular, «si así no fuera se daría el absurdo de que los cambios de domicilio familiar irían convirtiendo en parcialmente gananciales todos los pisos adquiridos a plazos antes del nacimiento de la sociedad de gananciales y pagados después de este nacimiento, según fueran siendo ocupados por la familia, con lo cual se desbordaría la finalidad de la reforma; si lo que se pretende es evitar que el cónyuge propietario deje en la calle al otro mediante la enajenación a sus espaldas de la vivienda familiar, ya tenemos para impedirlo el artículo 1.320; y si lo que se quiere es proteger al viudo o viuda (suponiendo que la disolución se produce por muerte) contra los herederos del otro cónyuge, basta que se considere parcialmente ganancial en su caso, en la liquidación de la sociedad, el piso que en ese momento sea hogar familiar», dado lo dispuesto en el artículo 1.406-4.º

Esta es, creemos nosotros, la única manera razonable de interpretar un precepto que, de otra manera, chocaría frontalmente con el espíritu que se trasluce de las normas concordantes del Código.

IV. LAS COMPENSACIONES ENTRE PATRIMONIOS

Dedica seguidamente el Código tres normas a las compensaciones entre patrimonios, los artículos 1.358 a 1.360.

Art. 1.358. Cuando conforme a ese Código los bienes sean privativos o gananciales, con independencia de la procedencia del caudal con que la adquisición se realice, habrá de reembolsarse el valor satisfecho a costa, respectivamente, del caudal común o del propio, mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación.

Sólo destacar, a propósito de este artículo, el criterio de actualización monetaria que late en la reforma, al efecto de evitar que uno de los patrimonios se enriquezca a costa del otro.

Añade el artículo 1.359:

Art. 1.359. 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 del valor que los bienes tengan como consecuencia de la mejora, al tiempo de la disolución de la sociedad o de la enajenación del bien mejorado.

Dos comentarios nos suscita este precepto:

1. En primer lugar, que ha desaparecido la antigua accesión invertida, sin perjuicio de respetarse los derechos adquiridos bajo el régimen de la legislación anterior (antiguo art. 1.404-2.º y Disposición Transitoria 1.ª del Código Civil) (11).

2. Llama, en segundo lugar, la atención el que este artículo establezca un régimen unitario para las expensas en bienes privativos o gananciales en su párrafo primero, y que luego, en el párrafo segundo, excepcione totalmente lo dispuesto en el párrafo primero en lo concerniente a las expensas en privativos.

Es decir, en el párrafo 1.º sigue el criterio del plusvalor monetario o actualización pecuniaria (así hay que interpretar la frase «reembolso del valor», en vez de «reembolso del dinero») para todos los casos, mientras que en el párrafo 2.º acoge el criterio de la plusvalía real cuando la inversión ha sido en el patrimonio particular.

Como no parece lógico entender que el legislador haya querido dictar una regla general para las inversiones en bienes privativos, que luego quede carente de contenido por la excepción, hay que entender que, en el momento de la liquidación, la sociedad de gananciales podrá optar entre que se colacione el importe actualizado o, si lo prefiere, el

(11) Ello dará lugar a problemas prácticos y a discordancias entre el Registro y la realidad. En efecto, si, con arreglo a la mejor doctrina y jurisprudencia, se entiende que la antigua accesión invertida se producía con la conclusión de las obras, resultará que habrá casos en que ya habrá accedido al Registro, con anterioridad a la Reforma, la declaración de obra sin estar ésta realmente concluida (cosa relativamente frecuente para ganar tiempo en orden a la concesión de una hipoteca, por ejemplo), con lo que registralmente se habría producido la accesión inversa, cuando con arreglo a la realidad no procedía por haberse concluido la obra tras la Reforma.

Y a la inversa, accederán en lo sucesivo a los Registros muchas declaraciones de obra escrituradas con posterioridad a la Reforma (en las escrituradas antes debe seguir produciéndose la accesión invertida), en las que, por aplicación del artículo 1.359, no se hará constar la accesión, cuando en realidad ésta ya se había producido por estar concluidas las obras antes del 8 de junio de 1981.

aumento de valor (plusvalía real) que haya experimentado el bien como consecuencia del gasto.

Dicho de otro modo, la sociedad de gananciales puede aprovechar las plusvalías y, en cambio, no le afectan las minusvalías, pues siempre podrá reclamar el importe actualizado de la inversión.

Para concluir con este artículo, sólo reprocharle al legislador la diferencia de criterio entre el gasto ganancial en mejora privativa y gasto ganancial en adquisición privativa, pues en este segundo caso sólo procede (art. 1.358) el reintegro del importe actualizado.

Por su parte, el artículo 1.360 reitera la doctrina del anterior al decir:

Art. 1.360. Las mismas reglas del artículo anterior se aplicarán a los incrementos patrimoniales incorporados a una explotación, establecimiento mercantil u otro género de empresa.

V. LA PRESUNCION DE GANANCIALIDAD

Concluye la sección del Código que hemos analizado con el artículo 1.361, comprensivo de la llamada presunción de ganancialidad:

Art. 1.361. Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer.

El precepto es casi idéntico al antiguo artículo 1.407 y, al igual que antes, el problema que se plantea es el de si la confesión de privatividad supone o no prueba bastante.

La solución a este interrogante está en función de la interpretación que se haga del actual artículo 1.324, al cual nos remitimos (11 bis). Por lo que aquí baste decir que:

1. Toda esta materia ha quedado profundamente influida por el levantamiento de la interdicción de las liberalidades entre cónyuges, que era el principal argumento de la doctrina anterior a la reforma para negar fuerza a la confesión de privatividad frente a la presunción de ganancialidad.

2. En consecuencia, hoy debe producir plenos efectos *inter partes* la confesión, o lo que es igual, es prueba bastante entre cónyuges a los efectos del artículo 1.361. De ahí se deduce la derogación parcial del artículo 96 del Reglamento Hipotecario en tanto exige para la

(11 bis) En torno al artículo 1.324, en general, nos remitimos a nuestro estudio, en trance de publicación, *La organización económica del matrimonio tras la Reforma de 13 de mayo de 1981*.

disposición de los «privativos confesados» el consentimiento de ambos cónyuges, pues no hay razón alguna para hacer intervenir en la disposición al cónyuge que en el momento dispositivo renunció ya a sus derechos en la cosa. La confesión de privatividad equivale a un consentimiento anticipado (12).

3. En lo concerniente a terceros habrá que distinguir a los legitimarios de los acreedores y entre éstos, a su vez, según sean anteriores o posteriores a la confesión:

a) Respecto de los legitimarios la doctrina actual debe ser la misma que antes de la reforma. La confesión no les afectará, pero sólo en cuanto a tales legitimarios, esto es, en orden a la determinación y percepción de las legítimas, de modo análogo a lo que sucede en caso de donación.

b) En cuanto a los acreedores anteriores a la confesión, la doctrina actual también será igual a la anterior a la reforma, pues frente a la prueba que pueda suponer la confesión prevalecerá siempre la presunción legal del artículo que estamos tratando.

c) Sin embargo, la interpretación ha de ser diferente si se trata de acreedores posteriores a la confesión de privatividad a los que antes, se decía, tampoco afectaba ésta. Mientras que ahora, del mismo modo que tales acreedores nada podrán hacer tratándose de una donación anterior al nacimiento de su crédito, nada podrán hacer tampoco frente a la confesión anterior que, por definición, en nada ha disminuido la solvencia del confesante «al tiempo del nacimiento de la obligación».

TOMÁS GIMÉNEZ DUART

Notario

Barcelona, septiembre 1981

(12) Así también FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ: «Fichero de reflexiones y problemas prácticos», *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, marzo 1981; en igual sentido, Circular del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de 5 de junio de 1981.