

**ATRIBUCIÓN VOLUNTARIA DE GANANCIALIDAD VS.
PRUEBA DE LA PRIVATIVIDAD DE LOS BIENES: ÁMBITO
Y EFECTOS. COMENTARIO A LA STS DE ESPAÑA NÚM.
295/2019, DE 27 DE MAYO (RJ 2019, 2143)***

***VOLUNTARY ATTRIBUTION OF COMMON NATURE TO
PROPERTY VS. PROOF OF THE PRIVATIVITY OF PROPERTY: SCOPE
AND EFFECTS. COMMENT TO STS OF SPAIN NO. 295/2019, OF
MAY 27 (RJ 2019, 2143)***

Rev. Boliv. de Derecho N° 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 732-745

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón *Ius Familiae*, IP. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz.

Romina
SANTILLÁN
SANTA CRUZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de abril de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: El mecanismo de la atribución voluntaria de ganancialidad no procede de manera unilateral (es decir, por voluntad de un solo cónyuge), sino que opera únicamente por común acuerdo entre cónyuges. Cuando un cónyuge adquiere un bien en solitario y declara hacerlo en favor de la sociedad de gananciales, esta manifestación no es suficiente para atribuir la condición de ganancial al bien adquirido, de modo que, si este cónyuge prueba que adquirió el bien con dinero privativo, dicho bien también será privativo. Distinto es el escenario cuando ambos cónyuges adquieren un bien propio y acuerdan atribuirle carácter ganancial. En este caso, aun cuando uno de los cónyuges demuestre que el dinero invertido para adquirir el bien era privativo, no por ello el bien será privativo. No obstante, el cónyuge que aportó este dinero privativo sí podrá exigir que se le reintegre el dinero utilizado, aunque no hubiese hecho reserva sobre la procedencia del mismo ni sobre su derecho de reembolso en el momento de la adquisición.

PALABRAS CLAVE: Atribución voluntaria de ganancialidad a los bienes; presunción de ganancialidad; prueba de la privatividad de los bienes; bienes gananciales; bienes privativos; derecho de reembolso.

ABSTRACT: *The mechanism of voluntary attribution of common nature to property does not proceed unilaterally (i.e., by the only will of one of the spouses), but only operates by mutual agreement between spouses. When a spouse acquires a property alone and declares to do so in favour of the community of property, this manifestation is not sufficient to attribute the status of common property to the acquired property. So, if this spouse proves that acquired the property with personal money, the property acquired will also be personal. The situation is different when both spouses acquire a personal property and agree to attribute common nature to that property. In this case, even if one of the spouses proves that the money invested to acquire the property was personal, the property will not be personal. However, the spouse who contributed with privative money may require repayment of the money used, even if it has not made a reservation regarding the source of the money or regarding its right to reimbursement during the acquisition.*

KEY WORDS: *Voluntary attribution of common nature to property; presumption of the common nature of the estates; proof of the privativity of property; common property; personal property; right of reimbursement.*

SUMARIO.- COMENTARIO: I. EL SUPUESTO CONTROVERTIDO DE LA ATRIBUCIÓN “UNILATERAL” DE GANANCIALIDAD A UN BIEN PRIVATIVO.- II. FUENTES DE ATRIBUCIÓN DE GANANCIALIDAD: ÁMBITO Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS.- III. EFECTOS DE LA PRUEBA DE PRIVATIVIDAD EN LAS DISTINTAS FUENTES DE ATRIBUCIÓN DE CARÁCTER GANANCIAL A LOS BIENES.

SUPUESTO DE HECHO

D. Juan Pablo interpuso demanda de liquidación de sociedad de gananciales contra su excónyuge, D.^a Reyes, acompañando una propuesta de formación de inventario respecto de la que solicitaba su aprobación. D.^a Reyes, por su parte, se opuso a las pretensiones de D. Juan Pablo, alegando su disconformidad con los porcentajes de ganancialidad que se atribuía en dicha propuesta a tres de los inmuebles adquiridos durante la vigencia de la sociedad de gananciales: i) disiente de que el dinero empleado para adquirir la vivienda de Getafe haya sido privativo del actor; ii) sobre el inmueble de Málaga, señala que el bien propio que vendió el actor para su adquisición experimentó reformas financiadas con dinero de su padre; y, iii) que la parcela rústica de Toledo también había sido reformada con dinero procedente de su padre y que estas reformas revalorizaron el patrimonio ganancial.

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de Getafe dictó Sentencia con fecha 31 de marzo de 2015 por la que aprobó el inventario presentado por el demandante, al no haber acreditado la demandada sus alegaciones, y establece los siguientes porcentajes:

- La vivienda de Getafe: 51'20% privativa del actor y 48'80% de la sociedad de gananciales.
- El inmueble de Málaga: 100% privativo del actor.
- La parcela rústica de Toledo: 66% privativa del actor y 34% de la sociedad de gananciales.

• **Romina Santillán Santa Cruz**

Doctora en Derecho por la Universidad de Zaragoza. Investigadora contratada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza. Su labor investigadora se desarrolla en el seno del Grupo Consolidado de Investigación las Familias y del Proyecto de Investigación “Análisis mediante Big Data de la argumentación jurídica contenida en las resoluciones de la Jurisdicción civil en Aragón”. Correo electrónico: rsantillan@unizar.es

Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D^a. Reyes, que fue estimado por la Audiencia Provincial de Madrid en su Sentencia de fecha 1 de septiembre de 2016, revocando la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, para acordar que la vivienda de Getafe, el inmueble de Málaga y la parcela rústica de Toledo, pertenecen a la sociedad de gananciales, sin distribución de cuotas *pro indiviso*.

En relación con la naturaleza de los inmuebles antes descritos, la Audiencia Provincial considera que no existe condominio alguno entre la sociedad de gananciales y el cónyuge que aporta el dinero de carácter privativo, debido a que los bienes objeto del litigio fueron adquiridos constante sociedad de gananciales con carácter ganancial, sin que tenga virtualidad de ningún tipo el hecho de que se aportara dinero privativo por parte del cónyuge demandante, pues este, por voluntad expresa, ante fedatario público, decidió darles tal carácter, sin hacer declaración sobre la pertenencia privativa de la aportación dineraria ni reserva con tal efecto.

Por dicha razón, decide aplicar a este caso lo dispuesto en el art. 1.355 CC, pues, según su razonamiento, hubo una voluntad por parte de D. Juan Pablo de realizar un desplazamiento patrimonial a favor de la sociedad de gananciales, sin que pueda aprovechar ahora la ruptura del matrimonio y de su régimen económico para ir contra sus propios actos manifestados, en cuya virtud atribuyó carácter ganancial a los bienes adquiridos constante sociedad de gananciales.

Contra la expresada Sentencia interpuso recurso de casación D. Juan Pablo, alegando dos motivos:

El primero de ellos se basa en la oposición de la Sentencia recurrida a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por incorrecta interpretación de lo dispuesto en los arts. 1.346.3º y 1.354 CC, desconociendo así que son bienes privativos los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos, debiendo corresponder, por tanto, dichos bienes, en *pro indiviso* a la sociedad de gananciales y al cónyuge en proporción a las aportaciones respectivas.

El segundo motivo se sustenta en la infracción del art. 1.361 CC, considerando que la Sentencia recurrida no aplicó en su decisión la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la enervación de la presunción de ganancialidad cuando se está en posesión de prueba que acredita la pertenencia privativa de los bienes.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 27 de mayo de 2019 (Ponente Parra Lucán), estimó parcialmente el recurso interpuesto por D. Juan Pablo y revocó, en cuanto correspondía, la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid. De ese modo, deja sin efecto su pronunciamiento relativo al carácter ganancial del

inmueble de Málaga y, reformándolo, declara que es privativo de D. Juan Pablo. Así mismo, declara que, si bien la vivienda de Getafe es ganancial, el recurrente tiene derecho al reintegro actualizado del dinero que pagó para su adquisición. Los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo para fundamentar su decisión son los que se recogen en el siguiente apartado.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Con motivo del recurso de casación interpuesto, el TS plantea como cuestión jurídica el ámbito y los efectos de la atribución de ganancialidad por voluntad de los cónyuges a los bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia de la sociedad de gananciales. La controversia se presenta en relación con varios bienes inmuebles adquiridos constante matrimonio, bien por uno solo de los cónyuges (que declara adquirir con carácter ganancial), bien por ambos cónyuges (que declaran comprar con carácter ganancial).

Uno de los objetos del litigio consiste en determinar si la declaración de un solo cónyuge de que adquiere un bien para la sociedad de gananciales o de que lo hace con carácter ganancial es, por sí sola, suficiente para que el bien tenga ese carácter, y, de ser el caso, si este puede ser desvirtuado por el cónyuge adquirente al probar el carácter privativo del dinero empleado, correspondiendo que dicho bien sea también calificado como privativo.

El otro objeto trazado se dirige a dilucidar si cuando consta la voluntad de ambos cónyuges de atribuir carácter ganancial al bien adquirido, pero no se dejó constancia de que se han empleado fondos privativos a tal efecto, el cónyuge titular de este dinero tiene derecho o no a que se le reintegre el importe actualizado, aun cuando no hubiese hecho reserva sobre la procedencia del dinero ni sobre su derecho de reembolso.

En la Sentencia de 27 de mayo de 2019, objeto de este comentario, el Tribunal Supremo comienza recordando su doctrina referente a la adquisición de bienes para la sociedad conyugal por un solo cónyuge, cuya manifestación en tal sentido no impide que pueda demostrar que el dinero invertido era privativo, con la consecuencia de que el bien adquirido también lo sería. Pero, al mismo tiempo, advierte el Alto Tribunal que estos pronunciamientos en la materia son muy recientes y al no existir un criterio uniforme entre las diferentes Audiencias Provinciales, es menester revisar la anterior doctrina.

En el supuesto enjuiciado, considera que son gananciales los bienes adquiridos conjuntamente por los cónyuges cuando consta la voluntad de ambos de atribuir carácter ganancial al bien adquirido, pero si se prueba que para la adquisición se han empleado fondos privativos, el cónyuge titular del dinero que proviene de

estos fondos tiene derecho a que se le reintegre el importe actualizado, aunque no hubiese hecho reserva sobre la procedencia del dinero ni sobre su derecho de reembolso; mas todo ello no altera la naturaleza ganancial del bien. Por su parte, la declaración de un solo cónyuge de que adquiere para la sociedad o de que adquiere con carácter ganancial, por sí sola no es suficiente para que el bien tenga ese carácter, de modo que si el cónyuge adquirente prueba el carácter privativo del dinero empleado el bien será privativo.

COMENTARIO

I. EL SUPUESTO CONTROVERTIDO DE LA ATRIBUCIÓN “UNILATERAL” DE GANANCIALIDAD A UN BIEN PRIVATIVO.

Cuando se aborda el tema de la atribución de ganancialidad de los bienes, junto con los criterios de determinación legal, con arreglo a los cuales existen bienes que, adquiridos constante matrimonio, pasarán a tener inmediatamente la calidad de gananciales por disposición de la ley (art. 1.347 CC), está vigente en el Derecho español el mecanismo de la atribución voluntaria (art. 1.355 CC). Por esta atribución pueden los cónyuges, de común acuerdo, asignar la condición de ganancial a bienes que, en principio, habían de ser privativos -en cuanto adquiridos con fondos privativos de un cónyuge (art. 1.346.3º CC)-. Esto último se fundamenta en la amplitud con que el art. 1.323 CC admite la libertad de pactos y contratos entre los cónyuges.

En este escenario la presunción de ganancialidad juega también un papel importante. Los bienes existentes en el matrimonio se presumen gananciales mientras no se pruebe su pertenencia privativa a uno de los cónyuges (art. 1.361 CC). La interpretación de esta presunción, en consonancia con la afirmación de que son gananciales los bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común (art. 1.347.3 CC), hacen concluir que todos los bienes adquiridos a título oneroso constante matrimonio son gananciales si no se demuestra que la adquisición se realizó con fondos propios.

Bajo esa tesitura, la STS núm. 295/2019, de 27 de mayo (RJ 2019, 2143), señala que, como para la atribución voluntaria de ganancialidad, el art. 1.355.I CC exige el “mutuo acuerdo”, es decir, el consentimiento de ambos cónyuges -facilitando incluso que la voluntad favorable de los cónyuges al carácter ganancial de los bienes se presuma en los casos de adquisición en forma conjunta y sin atribución de cuotas (art. 1.355.II CC)-, no procede la atribución de ganancialidad de manera unilateral, es decir, por voluntad de un solo cónyuge. Con ello, la declaración del cónyuge que, al adquirir un bien en solitario, manifiesta hacerlo para su sociedad de gananciales, configura en todo caso un supuesto coherente con la presunción

de ganancialidad (art. 1.361 CC), pero no atribuye por sí sola la condición de ganancial al bien adquirido.

Hasta aquí parece quedar clara la cuestión relativa a las fuentes de atribución de ganancialidad a los bienes constante matrimonio (atribución legal, atribución voluntaria y presunción de ganancialidad por "atribución" del cónyuge adquirente), aunque en el fondo no es tan sencilla. La dificultad le viene dada por la prueba de la privatividad de los bienes. De probarse que el bien fue adquirido con caudal proveniente de una masa privativa, esa prueba de privatividad hará que los efectos a desencadenarse varíen en función de la fuente que hubiese actuado como causa de atribución de ganancialidad. Y complejo también se vuelve el asunto relacionado con la carga de la prueba. Conjunto de temas que son ampliamente debatidos y valorados en la STS 27 mayo 2019 (RJ 2019, 2143).

Uno de los supuestos que más controversia plantea es el de la atribución "unilateral" de ganancialidad a un bien privativo. Antes de la mencionada sentencia, cuando un cónyuge adquiría un bien en solitario y declaraba hacerlo en favor de la sociedad de gananciales, esta manifestación parecía ser suficiente para atribuir la condición de ganancial al bien adquirido y, de hecho, podía ser registralmente inscrito con este carácter. Pero ha destacado ya el TS en la STS 27 mayo 2019 (RJ 2019, 2143), que la sola declaración de un cónyuge de que adquiere para la sociedad o de que adquiere con carácter ganancial, no basta para que el bien tenga ese carácter, de modo que si el cónyuge adquirente prueba el carácter privativo del dinero empleado, el bien también será privativo. Lo que nos pone, evidentemente, ante un estado de necesidad de restablecer la seguridad jurídica, de acuerdo con criterios que ahora veremos.

No sucede así en el ámbito de la atribución voluntaria de la condición ganancial a bienes privativos, que se da en estricto cuando consta la voluntad de ambos cónyuges de atribuir carácter ganancial al bien adquirido. En este caso, si se prueba que para tal adquisición se han empleado fondos privativos, el cónyuge titular del dinero utilizado tiene derecho a que se le reintegre el importe actualizado, aunque no hubiese hecho reserva sobre la procedencia del dinero ni sobre su derecho de reembolso en el momento de la adquisición, mas ello no tendrá repercusión alguna en la naturaleza del bien. La prueba posterior del carácter privativo del dinero invertido será irrelevante a efectos de alterar la naturaleza ganancial del bien, que ha quedado ya fijada por la declaración de voluntad de ambos cónyuges.

La STS 27 mayo 2019, bajo comentario, nos invita a analizar el ámbito y los efectos de la atribución voluntaria de ganancialidad y su relación tanto con la presunción de ganancialidad como con los distintos criterios legales de determinación del carácter ganancial o privativo de los bienes. También suscita interés la relevancia que puede tener la omisión de reserva sobre el carácter

privativo del dinero aportado para la adquisición del bien al que ambos cónyuges, de común acuerdo, atribuyen carácter ganancial. Temas que, a su vez, nos llevan a replantear las acciones que realizan los registradores públicos al momento de la inscripción de los bienes inmuebles adquiridos por uno solo de los cónyuges.

II. FUENTES DE ATRIBUCIÓN DE GANANCIALIDAD: ÁMBITO Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS.

De la sistemática del CC se pueden extraer tres fuentes de atribución de ganancialidad o, si prefiere decirse de otro modo, de carácter ganancial a los bienes del matrimonio. Estas fuentes son, como se había anticipado, la atribución legal, la atribución voluntaria y la presunción de ganancialidad, que incluso opera ante la “atribución unilateral” del cónyuge adquirente.

Hay en el CC un conjunto de reglas dirigidas a determinar la condición de los bienes existentes en el matrimonio. Así, de acuerdo con el art. 1.347 CC, se atribuye legalmente el carácter de bienes gananciales a: 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 art. 1.354 CC —según el cual, corresponden pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas.—. Existen además otras normas que, al igual que el art. 1.347 CC, cumplen con atribuir la calidad de gananciales a ciertos bienes del matrimonio (*vid.* arts. 1.350, 1.351, 1.353 y 1.356 CC).

Los criterios legales para determinar el carácter privativo de los bienes se encuentran en el art. 1.346 CC. Este establece que 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. Sin embargo, para el caso de los bienes que aparecen en los numerales 4.º y 8.º, se ha establecido expresamente que estos no perderán su carácter de privativos por el hecho de que su adquisición se haya realizado con fondos comunes. En estos supuestos, se prevé que la sociedad será acreedora del cónyuge propietario por el valor satisfecho.

La razón de traer a colación las reglas de atribución de naturaleza privativa a los bienes reside en que podrán adquirir también la condición de ganancial aquellos bienes que no aparezcan en la numeración cerrada de bienes privativos -salvo que existan expresas previsiones en otros preceptos (*vid.*, p. ej., art. 1.352 CC)-. Ello es así por aplicación de la presunción de ganancialidad que favorece la atribución de bienes en favor del patrimonio ganancial cuando no pudiera asignárseles una concreta condición, a no ser que se pruebe lo contrario. Bajo tal óptica, “[c]ombinando esta presunción con la afirmación de que son bienes gananciales los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común (art. 1.347.3º CC), resulta que todos los bienes adquiridos por título oneroso constante matrimonio son gananciales si no se demuestra que la adquisición se realizó con fondos propios” [STS 27 mayo 2019 (RJ 2019, 2143)].

El CC dispone que los bienes existentes en el matrimonio se presumen gananciales en tanto no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges. Entonces, los bienes serán gananciales no solo en la medida de lo enunciado en el art. 1.347 CC -y otras normas que antes hemos visto-, sino en cuanto resulte aplicable la presunción de ganancialidad prevista en el art. 1.361 CC, pues esta actúa como fuente de atribución de carácter ganancial a determinados bienes. Esto es apoyado por MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “La sociedad de gananciales”, en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil IV: Derecho de Familia* (coord. por C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), 5ª ed., Edisofer, Madrid, 2016, p. 261, para quien la presunción de ganancialidad actúa también como criterio de atribución de ganancialidad, pues atribuye a los bienes la condición de comunes de ambos cónyuges cuando no se pudiera probar la naturaleza privativa de los mismos. De ahí que señale que, o se prueba cumplidamente su naturaleza privativa, o el bien es común. Y para desvirtuar esta presunción, como reiteradamente ha reconocido la jurisprudencia, se requiere de prueba expresa, cumplida y no indiciaria [SSTS 26 diciembre 2002 (RJ 2003, 67), 23 enero 2003 (RJ 2003, 607); y 27 noviembre 2007 (RJ 2008, 29)].

A lo anterior cabe adicionar el criterio que se ha fijado en la STS 27 mayo 2019 (RJ 2019, 2143) para hacer frente al conflicto descrito *ab initio* en el supuesto de hecho. De acuerdo con este pronunciamiento del Alto Tribunal, “[l]a declaración del cónyuge que, al adquirir un bien en solitario, manifiesta hacerlo para su sociedad de gananciales, es coherente con la presunción de ganancialidad (art.

1.361 CC), pero por sí sola no atribuye al bien adquirido la condición de ganancial". Esto es así porque, como bien aclara el TS en la citada sentencia, el art. 1.355 CC no contempla la atribución voluntaria de ganancialidad en su vertiente unilateral, de modo que no es posible atribuir carácter ganancial a un bien por voluntad de un solo cónyuge. Por esta razón, la condición ganancial que surge de la declaración del cónyuge adquirente es solo presuntiva, quedando expedita la vía para que aquel pueda probar en un proceso judicial el carácter privativo de los fondos a fin de que se declare que el bien adquirido es privativo.

La atribución voluntaria de carácter ganancial a los bienes es otra de las fuentes de atribución de ganancialidad que recoge el CC. Por este mecanismo, como prevé el art. 1.355.I CC, los cónyuges, de común acuerdo, podrán atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso constante matrimonio, sin resultar relevante, a este efecto, la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que el precio se satisfaga. Del mismo modo, la norma es clara al establecer que, si la adquisición de los bienes se hubiese realizado en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá la voluntad favorable de ambos cónyuges al carácter ganancial de tales bienes (art. 1.355.II CC). Esta es una presunción que favorece la atribución voluntaria de ganancialidad a concretos bienes cuando concurren las indicadas circunstancias legales, pero como es una presunción *iuris tantum*, puede ser desvirtuada mediante prueba en contra [vid. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, vol. IV, Tecnos, 8ª ed., Madrid, 2003, p. 170; y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "La sociedad de gananciales", cit., p. 260]. Para enervar esta presunción de la voluntad común favorable a la ganancialidad, el interesado debe probar que el precio pagado era privativo y que en el momento de la adquisición no hubo una voluntad común de integrar el bien en el patrimonio ganancial [STS 27 mayo 2019 (RJ 2019, 2143)].

Esta posibilidad de los cónyuges de atribuir, de mutuo acuerdo, carácter ganancial a bienes que, conforme a los criterios de atribución legal, habían de ser privativos, descansa ampliamente en la libertad de contratación entre cónyuges (art. 1.323 CC) [vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derecho de Familia*, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1989, pp. 238-239]. La existencia del acuerdo se constituye, por ende, como un presupuesto legal de atribución de ganancialidad [STS 27 mayo 2019 (RJ 2019, 2143)]. Debe haber mutuo acuerdo entre cónyuges de reconocer la ganancialidad del bien, porque, como se ha visto, la voluntad de atribución de solo uno de ellos no bastará para atribuir la condición de ganancial a bienes privativos.

En función de los fondos utilizados para la adquisición del bien y los criterios de determinación legal que debían operar para su calificación, la atribución voluntaria

de ganancialidad puede tener varios escenarios que merecen ser aclarados para conocer exactamente cómo actúa este mecanismo. En principio, el art. 1.355 CC faculta a los cónyuges para atribuir, de consuno, carácter ganancial a bienes que, de no existir este común acuerdo, serían privativos por haber sido adquiridos con fondos privativos de un cónyuge (art. 1.346.3° CC). Adicionalmente, la STS 27 mayo 2019 (RJ 2019, 2143) señala que los cónyuges también pueden atribuir carácter ganancial, en su totalidad, a bienes adquiridos mediante precio en parte ganancial y en parte privativo (art. 1.354 CC). Si los fondos utilizados fueran gananciales, el bien adquirido sería ganancial por disposición del art. 1.347.3° CC y en este supuesto no haría falta la voluntad de los cónyuges para atribuir carácter ganancial al bien adquirido -salvo que no tuvieran plena certeza de que el dinero empleado proviene, en su totalidad, del caudal común-.

El momento y la causa de la atribución voluntaria de ganancialidad determinarán las reglas aplicables al desplazamiento patrimonial y otras consecuencias jurídicas. Así, si el pacto se realiza al tiempo de la adquisición, el bien ingresará directamente en el patrimonio ganancial, quedando a salvo el derecho de reembolso (art. 1.358 CC). Incluso, el negocio quedará formalizado, en los términos descritos, cuando los cónyuges se limiten a expresar que la adquisición se hace "para la sociedad de gananciales" [vid. MECO TÉBAR, F.: "Los acuerdos entre cónyuges como mecanismo para atribuir la condición de ganancial a bienes privativos: los planes de pensiones. Comentario a la STS núm. 327/2019, de 6 de junio (RJ 2019, 1982)", *Rev. Boliv. de Derecho*, núm. 29, 2020, p. 547]. Si el pacto sobreviene a la adquisición, el mismo deberá haberse fundado en causa suficiente para que opere efectivamente la transferencia del bien desde el patrimonio privativo en que se encuentra al patrimonio ganancial (vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derecho de Familia*, cit., pp. 238-239).

Los acuerdos entre cónyuges operan, entonces, como un mecanismo para atribuir carácter ganancial a bienes privativos. En virtud de lo dispuesto por el art. 1.355 CC, sin necesidad de tener que recurrir a figuras contractuales típicas, como la compraventa o donación p. ej., el simple acuerdo atributivo de los cónyuges ocasionará el desplazamiento de un concreto bien privativo al patrimonio común, naciendo a causa de ello un derecho de reembolso a favor del patrimonio que corresponda, salvo que se manifieste ya satisfecho o que se haga una renuncia expresa al mismo, configurándose el negocio atributivo en este último caso como uno de carácter gratuito [cfr. GARRIDO DE PALMA, V.: "La economía de la familia. Las capitulaciones matrimoniales y el régimen económico matrimonial", en AA.VV.: *Instituciones de Derecho privado. Familia* (coord. por J. F. DELGADO DE MIGUEL), t. IV, vol. I, Civitas, Madrid, 2001, pp. 221-222.].

III. EFECTOS DE LA PRUEBA DE PRIVATIVIDAD EN LAS DISTINTAS FUENTES DE ATRIBUCIÓN DE CARÁCTER GANANCIAL A LOS BIENES.

La prueba de la privatividad de los bienes es una herramienta jurídica dirigida, en principio, a desvirtuar el carácter ganancial de determinados bienes o, de modo más directo, a demostrar la naturaleza privativa del bien objeto de litigio. Esta prueba puede resultar especialmente problemática y ello ha motivado que el Tribunal Supremo fije una serie de criterios judiciales que ayuden, no solo a uniformizar las características que debe tener la prueba, sino, sobre todo, a determinar los efectos que esta va a tener dependiendo de la fuente de atribución de la que hubiera procedido la condición ganancial de los bienes.

Cuando los bienes sean gananciales con arreglo a los criterios de determinación legal que aparecen contemplados en el art. 1.347 CC -y otros que se vieron con anterioridad-, debido a que esta calificación ganancial del bien opera en virtud de una numeración explícita y cerrada, no hay forma de desvirtuar su naturaleza mediante prueba alguna. Cosa distinta es que los cónyuges estén facultados para convertir su naturaleza ganancial en privativa mediante el mecanismo de la atribución voluntaria de privatividad -que surge a causa de la interpretación conjunta de los arts. 1.355 y 1.323 CC- [vid. R. DGRN 21 enero 1991 (RJ 1991, 592); GAVIDIA SÁNCHEZ, J.: *La atribución voluntaria de ganancialidad. Análisis crítico del precepto contenido en artículo 1.355 del Código civil*, Montecorvo, Madrid, 1986, p. 75; GARRIDO DE PALMA, V.: "La economía de la familia", cit., pp. 221-222; y SANTILLÁN SANTA CRUZ, R.: "Pactos de atribución de ganancialidad o de privatividad a los bienes bajo un régimen de gananciales. Apuntes de Derecho español y peruano", *Rev. Boliv. de Derecho*, núm. 29, 2020, pp. 492-493]. No obstante, la prueba de la privatividad de los bienes sí podría emplearse, al efecto perseguido, para acreditar una titularidad pro indiviso, que es un supuesto al que puede dar lugar el art. 1.347.3º CC -en concordancia con el art. 1.354 CC-.

En caso de que la causa de atribución sea la presunción de ganancialidad, la única forma de desvirtuar la calidad ganancial del bien es a través de prueba expresa, cumplida y no indiciaria [SSTS 26 diciembre 2002 (RJ 2003, 67), 23 enero 2003 (RJ 2003, 607); y 27 noviembre 2007 (RJ 2008, 29)]. Pues, como bien recoge en sus fuentes la doctrina jurisprudencial, "la destrucción de la presunción de ganancialidad requiere la aportación de documentos fehacientes que acrediten la propiedad exclusiva por parte de uno de los cónyuges" [STS 27 noviembre 2007 (RJ 2008, 29)].

Así, y teniendo en cuenta las cuestiones anotadas en el apartado anterior, la calidad ganancial de un bien basada en la sola declaración del cónyuge adquirente -que dijo adquirir para la sociedad de gananciales o con carácter ganancial- será meramente presuntiva y se podrá probar en un proceso judicial el carácter

privativo de los fondos. El efecto de la prueba efectiva y cumplida de privatividad será que se declare que el bien adquirido es privativo. Esto se debe a que dicha "declaración de ganancialidad", por sí sola, no resulta ser suficiente para que el bien tenga carácter ganancial, operando una mera presunción de ganancialidad [STS 27 mayo 2019 (R) 2019, 2143]]. Con esta perspectiva de las cosas, al quedar probado el carácter privativo del dinero empleado, el bien también será privativo. Esto es justamente lo novedoso en la sentencia comentada: la idea de que la habitual declaración del cónyuge adquirente de que un bien se adquiere para la sociedad de gananciales, en realidad carece de eficacia sustantiva real -más allá de provocar un eventual reforzamiento de la presunción legal de ganancialidad, pero sin convertirla en *iuris et de iure*-.

En casos como el que precede, a fin de restablecer la seguridad jurídica que brindan los Registros Públicos, es pertinente que cuando el cónyuge adquirente de un bien manifieste en la escritura pública que adquiere para la sociedad conyugal, dicho bien deba calificarse e inscribirse, en consonancia con la más reciente doctrina del TS, como uno presuntivamente ganancial (I.361 CC), mas no, sin más, como si se tratara de uno con carácter estrictamente ganancial, que fue como se hizo en el caso *sub examine* que motiva este comentario. La razón de esto estriba en que, como se ha visto, la prueba de la privatividad tendrá incidencia directa en la naturaleza del bien, de modo que un bien que inicialmente, por error, fue considerado ganancial, luego resulta ser privativo, con lo cual se pueden afectar los derechos de terceros.

Distinto es el escenario cuando ambos cónyuges adquieren un bien propio y acuerdan mutuamente atribuirle carácter ganancial. En este caso, aun cuando uno de los cónyuges demuestre posteriormente que el dinero invertido para adquirir el bien era privativo, no por ello el bien será privativo. Pero sí podrá exigir que se le reintegre el dinero utilizado, aunque no hubiese hecho reserva sobre la procedencia del mismo ni sobre su derecho de reembolso en el momento de la adquisición -algo que también se encarga de poner de relieve la sentencia comentada-. Mas ello, como se acaba de ver y vale enfatizar, no alterará la naturaleza ganancial del bien, fijada ya por la voluntad conjunta de ambos cónyuges. La función que cumple la prueba de la privatividad en este caso no se dirige a desvirtuar la calidad ganancial del bien, sino a producir una consecuencia distinta, que está relacionada con el derecho de reembolso a favor del aportante (art. 1.358 CC), que no hizo reserva sobre la procedencia del dinero ni sobre su derecho de reembolso cuando debió hacerlo. Es una forma de reivindicar el derecho del cónyuge aportante a obtener el reembolso del dinero que invirtió en la adquisición del bien.

BIBLIOGRAFÍA

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, vol. IV, Tecnos, 8ª ed., Madrid, 2003.

GARRIDO DE PALMA, V.: "La economía de la familia. Las capitulaciones matrimoniales y el régimen económico matrimonial", en AA.VV.: *Instituciones de Derecho privado. Familia* (coord. por J. F. DELGADO DE MIGUEL), t. IV, vol. I, Civitas, Madrid, 2001.

GAVIDIA SÁNCHEZ, J.: *La atribución voluntaria de ganancialidad. Análisis crítico del precepto contenido en artículo 1.355 del Código civil*, Montecorvo, Madrid, 1986.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "La sociedad de gananciales", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil IV: Derecho de Familia* (coord. por C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), 5ª ed., Edisofer, Madrid, 2016.

MECO TÉBAR, F.: "Los acuerdos entre cónyuges como mecanismo para atribuir la condición de ganancial a bienes privativos: los planes de pensiones. Comentario a la STS núm. 327/2019, de 6 de junio (RJ 2019, 1982)", *Rev. Boliv. de Derecho*, núm. 29, 2020.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derecho de Familia*, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1989.

SANTILLÁN SANTA CRUZ, R.: "Pactos de atribución de ganancialidad o de privatividad a los bienes bajo un régimen de gananciales. Apuntes de Derecho español y peruano", *Rev. Boliv. de Derecho*, núm. 29, 2020.