

Vivienda familiar adquirida antes o constante la sociedad de gananciales: una revisión crítica de las previsiones del Código Civil

Family home acquired before or during the community property regime: a critical review of the provisions of the Civil Code

por

BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO
Profesora Titular acreditada de Derecho Civil
Universidad de La Rioja

RESUMEN: En los casos de ruptura matrimonial cuando existe sociedad de gananciales uno de los trámites que puede ser más tenso entre los ya excónyuges es el de la liquidación de dicha sociedad; y para ésta resulta preciso concretar qué bienes de los existentes en el matrimonio son privativos y cuáles gananciales. Entre esos bienes uno de los activos más importantes de la familia y del matrimonio es precisamente la vivienda familiar.

En este trabajo se analizan críticamente los criterios legales existentes (junto con la interpretación dada a los mismos por doctrina y jurisprudencia) para atribuir a la vivienda familiar el carácter privativo o ganancial o estando vigente dicho régimen matrimonial según su adquisición hubiera sido anterior a la sociedad de gananciales, ya sea a título gratuito ya sea oneroso, pero especialmente en este último caso.

Particularmente se hace un análisis muy crítico de la previsión contenida en el párrafo segundo del artículo 1357 del Código Civil, que acoge un régimen

excepcional para la vivienda familiar adquirida a plazos por uno de los cónyuges antes del inicio de la sociedad de gananciales; una previsión que, entiendo, carece de justificación y fundamento suficiente y que, sin embargo, determina mayor incertidumbre e inseguridad, además de otros efectos y problemas innecesarios, con respecto a una situación que, a la postre, en un eventual momento de liquidación de la sociedad ganancial, ya puede estar bastante tensionada tras la ruptura matrimonial. Un análisis y revisión críticos que finalmente se refleja en una propuesta de supresión de esta excepción legal.

ABSTRACT: In cases of marital breakdown where there is a community property regime, one of the most tense procedures between the now ex-spouses is the liquidation of that regime; and for this, it is necessary to specify which of the assets existing in the marriage are separate and which are joint. Among these assets, one of the most important assets of the family and the marriage is precisely the family home.

This paper critically analyses the existing legal criteria (together with their interpretation by doctrine and case law) for attributing the family home as separate or joint property, depending on whether it was acquired before or during the joint property regime, either free of charge or for consideration, but especially in the latter case.

In particular, a highly critical analysis is made of the provision contained in the second paragraph of Article 1357 of the Civil Code, which establishes an exceptional regime for family homes purchased on instalment by one of the spouses before the commencement of the community property regime; a provision that, I believe, lacks sufficient justification and basis and which, nevertheless, creates greater uncertainty and insecurity, as well as other unnecessary effects and problems, with regard to a situation that, ultimately, at the time of the liquidation of the community property, may already be quite tense following the breakdown of the marriage. A critical analysis and review that is ultimately reflected in a proposal to remove this legal exception.

PALABRAS CLAVE: bien ganancial, bien privativo, disolución de la sociedad de gananciales, liquidación de la sociedad de gananciales, préstamo, sociedad de gananciales, vivienda, vivienda familiar.

KEYWORDS: *community property, privative property, dissolution of community property regime, liquidation of community property regime, loan, community property regime, home, family home.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO Y ALCANCE OBJETIVO: LA VIVIENDA FAMILIAR.—II. PRESUNCIÓN DE GANAN-

CIALIDAD Y PRUEBA DE PRIVATIVIDAD.—III. ADQUISICIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR A TÍTULO GRATUITO ANTES O VIGENTE YA EL RÉGIMEN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES.—IV. ADQUISICIÓN ONEROSA DE LA VIVIENDA FAMILIAR CON PAGO TOTAL DEL PRECIO ANTES DE LA VIGENCIA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.—V. ADQUISICIÓN ONEROSA DE LA VIVIENDA FAMILIAR ANTERIOR A LA SOCIEDAD DE GANANCIALES CON PRECIO APLAZADO ABONADO TOTAL O PARCIALMENTE CONSTANTE YA LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REGLA EXCEPCIONAL ACOGIDA EN EL ARTÍCULO 1357.2.º DEL CÓDIGO CIVIL: V.1. PRESUPUESTOS O REQUISITOS DE APLICACIÓN: V.1.A. *Compra previa al inicio de la sociedad de gananciales*. V.1.B. *Compra por uno de los cónyuges o por ambos*. V.1.C. *Compra con aplazamiento del pago del precio: crítica a la equiparación de la amortización del préstamo con el que se abonó el precio total*. V.1.D. *Pago de todo o parte del precio durante la sociedad de gananciales con fondos comunes o gananciales*. V.1.E. *Destino del inmueble como vivienda familiar*. V.2. CONSECUENCIAS, EFECTOS Y PROBLEMAS DERIVADOS DE SU APLICACIÓN: V.2.A. *La situación de proindivisión con cuotas variables indeterminadas: incertidumbre e inseguridad jurídica*. V.2.B. *El reflejo registral de estas situaciones*. V.2.C. *Pérdida del carácter de vivienda familiar*. V.2.D. *Disolución de la sociedad de gananciales quedando pendientes de pagar plazos del precio*. V.3. FUNDAMENTO: INSUFICIENTE. V.4. PROPUESTA DE REFORMA: SUPRESIÓN DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1357 DEL CÓDIGO CIVIL Y DEL RÉGIMEN PARTICULAR DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN ESTE ÁMBITO.—VI. ADQUISICIÓN ONEROSA DE LA VIVIENDA ESTANDO VIGENTE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: VI.1. ADQUISICIÓN ONEROSA CONSTANTE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES CON PAGO DEL PRECIO EN UN SOLO ACTO O AL CONTADO. VI.2. ADQUISICIÓN ONEROSA CONSTANTE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES CON PAGO DEL PRECIO APLAZADO: ¿EXTENSIÓN DE LA EXCEPCIÓN DEL ARTÍCULO 1357.2.º DEL CÓDIGO CIVIL PARA LA VIVIENDA FAMILIAR?—VII. CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO Y ALCANCE OBJETIVO: LA VIVIENDA FAMILIAR

En un contexto de ruptura matrimonial cuando ese matrimonio se encontraba bajo el régimen económico de sociedad de gananciales o en los casos en que de común acuerdo los cónyuges deciden poner fin a dicho régimen y acordar en capitulaciones matrimoniales otro distinto (por ejemplo, separación de bienes), en el momento de proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales resulta

esencial concretar en primer lugar el carácter de los bienes existentes en el matrimonio en ese momento: cuáles son bienes privativos de uno de los cónyuges (o incluso de ambos conjuntamente bajo una copropiedad o comunidad ordinaria romana) y cuáles son bienes gananciales (es decir, bienes que pertenecen a la sociedad de gananciales surgida con el inicio de ese régimen económico matrimonial y que determina la existencia de una comunidad de tipo germánico en la que ambos cónyuges deben actuar conjuntamente¹).

Es ese momento de crisis matrimonial uno de los principales en los que la concreción del carácter privativo o ganancial de cada bien se hace relevante en la práctica, para efectuar esa liquidación de la sociedad con criterios claros y justos, bajo unas circunstancias en las que la posible tensión y conflicto entre los cónyuges exigen dar soluciones directas y evitar nuevas disputas; y es que, constante el matrimonio, generalmente el carácter de esos bienes en la práctica, dado que su uso normalmente es indistinto y habitual por ellos y la familia, no plantea problemas para los cónyuges y en el seno familiar, salvo en ciertos supuestos en relación con posibles deudas de alguno de los cónyuges o en el ámbito de la libre disposición de bienes, en los que por exceder el objeto de este trabajo no me detendré².

De acuerdo con lo indicado en el artículo 1345 del Código Civil, la sociedad de gananciales comenzará su vigencia con la celebración del matrimonio o bien con posterioridad cuando se haya así pactado en capitulaciones matrimoniales.

Con carácter general, según indica el artículo 1346.1.º del Código Civil, serán privativos los bienes de los que cada cónyuge fuera propietario (por adquisición a título oneroso o gratuito) antes de celebrarse el matrimonio o de comenzar la vigencia el régimen económico de sociedad de gananciales pactado en capitulaciones matrimoniales posteriores a la boda (para el caso de que el matrimonio fuera preexistente pero bajo un régimen económico distinto, cambiándose éste al ganancial por medio de capitulaciones matrimoniales); asimismo, conforme ese mismo precepto en sus apartados segundo y tercero, serán privativos los bienes que adquiriera un cónyuge, estando ya bajo el régimen de sociedad de gananciales, a título gratuito y los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos. Sobre este último caso de adquisición por sustitución no me detendré en este trabajo, centrando su objeto en las adquisiciones a título gratuito y las a título oneroso con fondos comunes o privativos según el caso (y respecto a los privativos entendiendo que si se adquiere la vivienda “a costa” de un bien privativo debe entenderse éste también como un supuesto de fondo privativo para la adquisición de la vivienda).

Por su parte, serán gananciales los bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad ganancial, bien para uno solo de los cónyuges (artículo 1347.3.º CC). Existiendo, por otro lado,

con relevantes efectos prácticos, la presunción *iuris tantum* de ganancialidad acogida en el artículo 1361 del Código Civil, conforme al cual: “Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges”.

Ahora bien, más complejos a la hora de determinar el carácter del bien resultan los supuestos en los que la adquisición fue onerosa y se hizo con dinero, fondos o contraprestación en parte privativa y en parte ganancial; y más complejo aún si el pago del precio o contraprestación se hizo de forma aplazada, parte antes del matrimonio y parte tras la celebración de éste, durante la vigencia de la sociedad de gananciales, o incluso siendo la totalidad del precio abonado durante el matrimonio, habiendo celebrado antes de éste el contrato de compra, aplazando el pago de la totalidad del precio.

La regulación prevista en el Código Civil sobre esta materia (artículos 1344 y ss.), así como la interpretación que desde la doctrina y la jurisprudencia se hace sobre ella, atiende a distintos supuestos que acogen criterios diversos para atribuir el carácter de ganancial, privativo o mixto a cada bien: momento de adquisición; criterio de subrogación real; criterio de accesión económica; excepciones a cada uno de estos criterios; atención a la procedencia de los fondos con los que se abonó el precio de adquisición del bien o sus plazos (en caso de aplazamiento del pago), o con los que se han amortizado las cuotas del préstamo con el que se pagó ese precio o simplemente el primer desembolso de ese precio; compensación con un derecho de reembolso... Y, además, al amparo de un reconocimiento de la libre autonomía de la voluntad de los cónyuges (artículo 1323 CC), concretamente sobre ese ámbito de su matrimonio y los bienes existentes en torno a él, se admiten también distintos negocios o acuerdos entre los cónyuges que podrían alterar la aplicación de esos criterios legalmente previstos y voluntariamente atribuir el carácter privativo o ganancial de un bien sin atender a esos criterios legales³.

Uno de los bienes más relevantes a los que se deberá atender en ese momento de la liquidación de la sociedad de gananciales es, sin duda, la vivienda familiar, entendida fundamentalmente como el lugar donde se desarrollan los actos ordinarios de la familia y se cubren las necesidades primarias de ésta (cobijo, habitación, alimentación, educación, aseo, protección...).

Sobre vivienda familiar se han ido indicando por doctrina y jurisprudencia⁴ unas definiciones no siempre uniformes, atendiendo a normas que, aun sin existir una definición legal concreta en el Código Civil, sí aluden expresamente a ella en esos términos “vivienda familiar” (como los artículos 91, 96 y 1357 CC), así como normas que utilizan otras expresiones que en determinados contextos también familiares se asemejan mucho, como es la “vivienda habitual” a la que se refieren los artículos 1320 y 1321 del Código Civil, o “domicilio familiar” (artículo 93 CC) o “domicilio conyugal” (artículo 70 CC).

Como notas características de la “vivienda familiar” cabría aludir precisamente a⁵:

- a) que el bien (normalmente inmueble⁶) se destine a “vivienda” o lugar de residencia, cobijo y habitación donde satisfacer necesidades primarias y desarrollar las acciones ordinarias de la vida personal y en su relación con los familiares (como aseo, descanso, vestido, alimentación o educación de los hijos) y de protección (de los hijos y de la privacidad o intimidad de toda la familia), todo ello de una forma permanente;
- b) que sea “familiar” como lugar de cobijo para cubrir esas necesidades y desarrollar los actos ordinarios de la familia, entendida en sentido amplio para acoger las diferentes situaciones y modelos actuales de relaciones afectivas que vienen a ser calificadas como familia, y particularmente como cobijo de los cónyuges y de los hijos que vivan con ellos (comunes o no)⁷; y
- c) su carácter “habitual”, en cuanto al uso efectivo y cotidiano de ese lugar para los actos ordinarios de la familia (lo cual vendría a vincularse también con la idea de permanencia en el tiempo del destino dado a ese lugar como “vivienda familiar”)⁸.

En relación con este bien y atendiendo a este concepto y características, cabe plantearse si sería posible que hubiera varias viviendas familiares simultáneamente y también qué sucede en aquellos casos en los que inicialmente la vivienda familiar era una, pero después el matrimonio y la familia cambiaron de lugar de residencia y constituyeron su vivienda familiar y habitual en otro inmueble (sucesión de vivienda familiar), incluso si esos cambios fueron repetidos durante el tiempo constante el matrimonio y la sociedad de gananciales. La doctrina y la jurisprudencia se ha mostrado dividida al respecto: no es una cuestión baladí por cuanto cabría preguntarse entonces si mantendrían todas esas viviendas el carácter de vivienda familiar a los efectos de la aplicación especial de la regla excepcional del artículo 1357.2.º del Código Civil, con los efectos que ello supone y los conflictos que puede generar en el marco del proceso de liquidación de la sociedad de gananciales⁹. En este trabajo, en un apartado posterior, al abordar las peculiaridades de este régimen excepcional previsto en el artículo 1357.2.º del Código Civil, profundizaré más en esta cuestión.

Ahora bien, la atribución del carácter “familiar” a esa vivienda no exige ni va acompañado ineludiblemente del carácter ganancial de esa vivienda. La vivienda familiar no siempre será ganancial; podrá ser ganancial, pero también podrá tener carácter exclusivamente privativo de uno de los cónyuges o incluso tener carácter mixto (privativo y ganancial), como se verá en los distintos supuestos que se analizarán en este trabajo.

Un carácter privativo o ganancial que será, además, una cuestión independiente de la atribución del uso de esa vivienda familiar que se determine en el proceso de nulidad, separación o divorcio, en el que se atenderá especialmente a quién tenga mayores necesidades al respecto, particularmente existiendo hijos menores (*vid.* artículo 96 CC)¹⁰; una atribución del uso de la vivienda familiar que en la práctica es temporal, atendiendo sobre todo a que los hijos alcancen la mayoría de edad o independencia económica, o vinculada a la liquidación de la sociedad de gananciales.

Precisamente en relación con la vivienda familiar cabe destacar cómo la reforma del Código Civil acometida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, modificó entre otras cuestiones la regulación de la sociedad de gananciales y, particularmente, en lo que a este trabajo interesa, introdujo una excepción antes no prevista¹¹ al régimen general sobre atribución del carácter privativo de los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes del matrimonio o antes de la vigencia de la sociedad de gananciales, con independencia de la procedencia de los fondos económicos con los que se hayan abonado esos plazos del precio (o del préstamo con el que éste se pagó); esta regla general recogida en el artículo 1357 del Código Civil desde 1981 pasó a ser excepcionada para el caso de la vivienda familiar, así como del ajuar familiar, pasando a regularse estos casos por el artículo 1354 del Código Civil con la consecuencia de crearse una situación de proindivisión entre el cónyuge adquirente y la sociedad de gananciales, en proporción a los fondos económicos aportados por cada uno para el pago del precio o préstamo.

En este trabajo se pretenden analizar concretamente los diferentes supuestos y criterios determinantes del carácter ganancial o privativo de la vivienda tanto en las adquisiciones onerosas como gratuitas, si bien con especial atención a los casos de adquisición antes del matrimonio o de la vigencia de la sociedad de gananciales a título oneroso por uno de los cónyuges y, más particularmente, si se aplazó el pago del precio total o parcialmente abonándose éste constante la sociedad, y los casos habituales de pago del precio con un préstamo (hipotecario o no) cuyas cuotas se abonan vigente la sociedad de gananciales. Ello atendiendo particularmente al supuesto de que ese bien sea la vivienda familiar, con la finalidad de reflexionar, entre otras cuestiones, sobre si actualmente esa excepción contenida en el artículo 1357, segundo párrafo, del Código Civil está o no justificada en todo caso o si genera a la postre mayores conflictos para los futuros excónyuges que podrían evitarse con otras soluciones alternativas que en modo alguno perjudican ni dejan desprotegido al otro cónyuge no adquirente inicial de la vivienda ni a la familia.

Para este estudio y análisis me centraré en las previsiones legales (con especial atención a los artículos 1354, 1356 y 1357 del Código Civil, de redacción poco afortunada y fuente de innecesarios conflictos como se refleja en la abun-

dante jurisprudencia recaída al efecto y los debates doctrinales interpretativos de esas normas¹²), junto con la interpretación doctrinal y jurisprudencial que se ha desarrollado sobre ellas. Pero, por razones de extensión del trabajo, no analizaré en detalle los posibles negocios y acuerdos que al respecto puedan los cónyuges celebrar o llevar a cabo en orden a la atribución voluntaria del carácter ganancial o privativo de ese bien, alterando el régimen legal previsto, en el marco del principio de libre contratación prevista en el artículo 1323 del Código Civil (*vid.*, asimismo, artículos 1324 y 1355 CC, entre otros)¹³. Supuestos como: la confesión de privatividad del bien (artículo 1324 CC); la aportación voluntaria de una vivienda privativa al patrimonio ganancial; la atribución, por voluntad expresa o presunta de los cónyuges, de carácter ganancial a la vivienda adquirida a título oneroso (artículo 1355 CC)¹⁴; o la atribución de privatividad de la vivienda ganancial o aportación de esa vivienda ganancial al patrimonio privativo de uno de los cónyuges¹⁵.

II. PRESUNCIÓN DE GANANCIALIDAD Y PRUEBA DE PRIVATIVIDAD

Una regla general que rige la sociedad de gananciales es que, en tanto no se pruebe que un bien es privativo de uno de los cónyuges, se presumirá que todo bien existente en el matrimonio es ganancial: presunción *iuris tantum* recogida en el artículo 1361 del Código Civil.

Con esta presunción se pretende “facilitar la concreción de la naturaleza de los bienes del matrimonio en un sentido claramente favorable a la masa común (‘vis atractiva’ de la ganancialidad)”¹⁶.

Siguiendo a MORALES IMBERNÓN¹⁷, esta presunción se caracteriza, aparte de por admitir prueba en contrario (cuya carga pesa sobre quien alegue la privatividad del bien: STS de 24 de febrero de 2000), por las siguientes notas:

- a) Medio de prueba hábil para resolver cuestiones fácticas, no jurídicas, sobre el carácter de los bienes (*vid.* RDGRN de 8 de mayo de 2008).
- b) Solo opera en el plano activo de la sociedad de gananciales, no con respecto al pasivo.
- c) Despliega su eficacia en las relaciones entre los cónyuges, pero también frente a terceros (*vid.* STS de 24 de julio de 1996).
- d) Se aplica mientras esté vigente la sociedad de gananciales, pero también tras su disolución, con el fin de concretar la naturaleza de los bienes del matrimonio en la liquidación de dicha sociedad.

Los bienes adquiridos a título oneroso constante el matrimonio, en tanto no se pruebe su adquisición con fondos privativos se presumirán gananciales y, de pretender su acceso registral, quedarán inscritos como presuntivamente ga-

nanciales a nombre del cónyuge adquirente (artículo 94.1 RH) y su disposición exigirá consentimiento de ambos cónyuges o autorización judicial (artículos 94.3 RH y 1320 y 1375 y ss. CC).

Como se ha indicado, se trata de una presunción *iuris tantum*, de modo que para enervar sus efectos será preciso probar suficientemente el carácter privativo del bien (la vivienda en este caso) y, particularmente en el caso de su adquisición onerosa, el carácter privativo de los fondos con los que se adquirió (artículos 1346, 1354, 1356 y 1357 CC y 95.2 RH): entre otras, SSTS de 19 de mayo y de 27 de mayo de 2019.

A este respecto cabe advertir ciertas cuestiones¹⁸:

i) La adquisición onerosa con pago total del precio o la adquisición gratuita de un bien (en nuestro caso la vivienda familiar) antes de la sociedad de gananciales es fácil de probar con la fecha del título y aportando prueba documental al respecto. Lo mismo cabe decir con respecto a la adquisición gratuita constante la sociedad de gananciales.

Pero distintos son los supuestos en los que se produce la adquisición onerosa o hay pago aplazado del precio (o de las cuotas del préstamo obtenido para el pago de éste, según se analizará *ut infra* en este trabajo) estando vigente la sociedad de gananciales: la procedencia de esos fondos y, concretamente, su privatividad deberá ser oportunamente acreditada para enervar la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil.

ii) El hecho de que exista y esté vigente una sociedad de gananciales no hace presumir que el dinero o fondos privativos de un cónyuge se aporten sin más como gananciales. Y, como consecuencia de ello, el mero hecho de haber ingresado dinero privativo de uno de los cónyuges (por ejemplo, obtenido de una donación o herencia) en una cuenta de titularidad común o compartida por los dos cónyuges y donde están depositados fondos gananciales no implica que ese dinero se convierta en ganancial, sino que seguirá siendo privativo y deberá reembolsarse a su propietario único llegado el caso y podrá disponer cuando quiera de ese dinero, sin tener que esperar a la liquidación de la sociedad de gananciales (entre otras, SSTS de 14 de enero de 2003, de 10 de febrero de 2003, de 15 de febrero de 2013, de 28 de septiembre de 2018, de 11 de diciembre de 2019, de 11 de noviembre de 2020, de 28 de junio de 2021 y de 28 de febrero de 2023¹⁹).

iii) Para demostrar el carácter privativo del bien o de los fondos utilizados para su adquisición y así desvirtuar esa presunción de ganancialidad *ex* artículo 1361 del Código Civil se admitiría en principio cualquier medio de prueba considerada a tales efectos suficiente y no meramente indiciaria (entre otras, STS de 19 de junio de 2006), aunque principalmente se exigirán documentos fehacientes que acrediten ese carácter privativo o propiedad exclusiva de uno de los cónyuges (entre otras, SSTS de 24 de febrero de 2000 y de 27 de noviembre de 2007).

iv) A efectos registrales, y dado el carácter no contradictorio del procedimiento registral, la prueba de la privatividad es más exigente y permitiría solo dos medios:

- La confesión de privatividad del otro cónyuge: artículos 1324 del Código Civil y 95.4 del Reglamento Hipotecario, que llevaría a que el bien se inscribiera a nombre del cónyuge beneficiario de esa confesión, aunque haciendo constar esa circunstancia de la confesión acaecida; asimismo, *vid.*, entre otras, RRDGRN de 13 de febrero de 1999, de 5 de diciembre de 2009, de 4 de octubre de 2010 y de 8 de junio de 2012 (que advierte que esta confesión surte plenos efectos entre los cónyuges).
- La prueba documental pública a la que alude el artículo 95.2 del Reglamento Hipotecario para el caso de las adquisiciones onerosas. Esta norma exige que se acredite indubitadamente (con acreditación documental plena) que el dinero invertido (contraprestación) en la adquisición de un bien sea justo el obtenido anteriormente a título privativo por ese mismo adquirente del bien. A este respecto, lógicamente la mera declaración del adquirente de que usa fondos privativos no será suficiente (dado el carácter fungible del dinero); de modo que, para modificar el contenido del Registro de la Propiedad y del carácter ganancial publicado de un bien, será preciso que: se acredite fehacientemente la no aplicabilidad del régimen de gananciales a ese supuesto de hecho; la confesión de privatividad del cónyuge no adquirente a favor del otro cónyuge (el adquirente); o resolución judicial (entre otras, RRDGRN de 2 de marzo de 2016 y de 15 de marzo de 2017 y RRDGSJyFP de 30 de mayo de 2022 y de 8 de marzo de 2023).

Con carácter general la DGRN (actualmente DGSJyFP) se ha mostrado muy estricta con esa prueba documental pública y poco flexible en sus resoluciones de cara a posibilitar esa enervación de la presunción de ganancialidad en estos casos: desestimó las pretensiones de privatividad por el mero hecho de que la cuenta de la que procedía el dinero invertido estaba únicamente a nombre del adquirente, pues entendió la DGRN que ese hecho no demostraba por sí solo que los fondos depositados en esa cuenta fueran privativos (RDGRN de 27 de octubre de 2007); asimismo, también entendió que los resguardos de transferencias bancarias no eran suficientes como prueba de la procedencia privativa del dinero invertido (RDGRN de 10 de octubre de 2005); o que las escrituras de venta de bienes privativos hechas con anterioridad a la compra objeto de la operación no eran tampoco suficientes por no demostrar la reinversión de las cantidades que se obtuvieron en esa venta en la nueva adquisición (RDGRN de 21 de mayo de 1998). Ahora bien, en la RDGSJyFP de 30 de mayo de 2022 mostró cierta flexibilidad al señalar que “no obstante, no debe descartarse una interpretación

flexible del referido artículo 95.2 del Reglamento Hipotecario que, atendiendo a la realidad social (cfr. artículo 3.1 del Código Civil), lleve a admitir la inscripción del bien con carácter privativo sobre la base de manifestaciones del comprador que, constando en documento público, tengan como soporte algún dato adicional como pudiera ser, por ejemplo, el documento bancario del que resulte la correspondencia del pago realizado con el previo ingreso en una cuenta de la titularidad del comprador de dinero procedente de donación constatada en escritura pública”.

v) Evidentemente la existencia de una resolución judicial firme que acredite la privatividad de los fondos sería suficiente para enervar la presunción del artículo 1361 del Código Civil.

III. ADQUISICIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR A TÍTULO GRATUITO ANTES O VIGENTE YA EL RÉGIMEN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES

En la práctica uno de los orígenes de la vivienda familiar que se suele poner de manifiesto es el de la donación de la vivienda hecha por unos padres a su hijo o hija o realizada a ambos futuros cónyuges por razón del matrimonio que se piensa contraer (artículo 1336 CC); en este último caso, si la donación es *causa matrimonii*, para que la misma tenga efectos el matrimonio deberá celebrarse en el plazo de un año, pues de lo contrario la donación no se hará efectiva (artículo 1342 CC).

Otro caso pudiera ser que, en lugar de por una donación, la adquisición de la vivienda lo fuera por una sucesión hereditaria previa al matrimonio.

Estos supuestos no han planteado mucha controversia en cuanto a la calificación del bien en el marco de la sociedad de gananciales, a diferencia de las adquisiciones a título oneroso de las que trataré en los siguientes apartados.

En estos casos, al haberse realizado la adquisición gratuita antes del matrimonio, no cabe duda del carácter privativo de esa vivienda del cónyuge adquirente o de ambos cónyuges adquirentes en proindiviso bajo una comunidad ordinaria y según las cuotas atribuidas a cada cónyuge en esa donación o herencia (artículos 1346.1.º y 1339 CC). Y el hecho de que esa vivienda constituya la vivienda familiar no alterará ese carácter privativo, sin perjuicio de que el uso de la misma pueda llegar a atribuirse en un posterior proceso de nulidad, separación o divorcio al cónyuge no propietario si así entiende el juez que se protege mejor a las personas con mayor necesidad (incluyendo aquí el caso de que ese otro cónyuge fuera el que tuviera asignada la guarda y custodia de los hijos menores del matrimonio).

Si la donación o adquisición hereditaria de la vivienda tuviera lugar cuando ya estaba vigente la sociedad de gananciales, si lo fue en favor de uno solo de los cónyuges el artículo 1346.2.º del Código Civil determina que será un bien privativo; y ello aun cuando ese cónyuge decidiera destinarla a vivienda familiar, pues esa atribución no alterará su carácter privativo, sin perjuicio de las limitaciones de las facultades de disposición de la vivienda por ese cónyuge titular en virtud del artículo 1320 del Código Civil²⁰.

Pero si la vivienda se dejó a ambos cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, vigente la sociedad, entonces se excepciona esta regla y se considerará ganancial “siempre que la liberalidad fuera aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario” (artículo 1353 CC); conforme indica el artículo 93.1 del Reglamento Hipotecario, en este último caso la vivienda se inscribirá a nombre de ambos cónyuges y con carácter ganancial. Atendido ese artículo 1353 del Código Civil, *a sensu contrario* cabría entender entonces que, si se dejara a título gratuito la vivienda a ambos cónyuges con designación concreta de cuotas o partes entre ellos, en tal caso ambos serían propietarios a título privativo en proindiviso²¹.

Supuesto diferente es la adquisición de la vivienda de forma onerosa pagando el precio con fondos o dinero obtenido previamente a título gratuito. En estos casos esos fondos serán privativos (artículo 1346.2.ª CC) y, en la medida que la vivienda se haya adquirido con esos fondos privativos, también será privativa del cónyuge adquirente que usó sus fondos privativos para ello, al menos en el porcentaje o cuota correspondiente al precio abonado con cargo (“a costa”) de esos fondos privativos (artículos 1346.3.º, 1354, 1356 y 1357 CC). Ahora bien, en estos casos los problemas pueden venir en relación con la acreditación o prueba suficiente de que lo que se invirtió y usó para la adquisición de la vivienda fueron efectivamente esos fondos privativos obtenidos previamente a título gratuito: y a este respecto me remito a lo ya indicado *ut supra* sobre la prueba de la privatividad de los bienes y la exigencia en el ámbito registral de prueba documental pública sobre ello (artículo 95.2 RH).

IV. ADQUISICIÓN ONEROSA DE LA VIVIENDA FAMILIAR CON PAGO TOTAL DEL PRECIO ANTES DE LA VIGENCIA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

La adquisición de la vivienda antes de la vigencia de la sociedad de gananciales (ya fuera por contraer matrimonio sin capitulaciones matrimoniales previas o por pactar el régimen de ganancialidad expresamente en capitulaciones) puede haberse realizado por uno solo de los cónyuges o bien por ambos

cónyuges determinando ellos mismos el porcentaje asumido por cada uno en esa copropiedad (no necesariamente por iguales partes).

En todos estos supuestos la vivienda así adquirida tendrá, en el ámbito de la sociedad de gananciales y en su caso a los efectos de su liquidación, carácter privativo del cónyuge o cónyuges adquirentes, ya en exclusiva de uno o ya bajo una situación de comunidad ordinaria entre los cónyuges en proindiviso en el porcentaje o cuota en esa copropiedad fijada por ellos en el momento de la adquisición y que posteriormente no se verá alterada ni por el hecho del matrimonio, ni por la existencia de sociedad de gananciales ni por constituirse en ese bien la vivienda familiar²².

Puede tratarse de casos muy distintos:

a) Persona soltera que adquiere exclusivamente para sí y como única adquirente con fondos o dinero privativos la vivienda, sin pensar en el futuro matrimonio o pensando en él porque se celebrará poco tiempo después pero decidiendo adquirir la vivienda solo ella, y que una vez celebrado el matrimonio en sociedad de gananciales se constituye en ese bien la vivienda familiar. Igual sería el caso de que esa adquisición de la vivienda se hubiera hecho por solo uno de los cónyuges constante el matrimonio pero con anterioridad a la vigencia de la sociedad de gananciales por estar el matrimonio sujeto previamente y en ese momento de la adquisición de la vivienda a otro régimen económico matrimonial.

El precio puede haberse abonado en un único plazo o bien haberse aplazado en varios, pero sí que habrían sido abonados todos ellos antes del inicio de la sociedad de gananciales; incluso puede haberse abonado el precio íntegramente en virtud de un préstamo bancario o de un tercero (caso muy habitual de los padres que prestan dinero al hijo para la compra de la casa²³) cuyas cuotas de amortización se abonaron totalmente ya antes del matrimonio o de estar vigente la sociedad de gananciales.

En todos estos casos la vivienda será privativa de ese cónyuge adquirente de la vivienda, sin que el hecho de que se constituya la vivienda familiar en ese bien altere ese carácter privativo (artículo 1346.1.º CC). No existe ninguna excepción automática y general para el caso de la vivienda familiar que lleve a alterar esa regla general de que todo bien adquirido antes del matrimonio por uno de los cónyuges será privativo; y así será, aunque se constituya en vivienda familiar. Cuestión distinta es que en el caso de una ruptura matrimonial, en el marco del proceso de divorcio, separación o nulidad, en la resolución judicial se proceda a atribuir el uso de esa vivienda familiar al otro cónyuge o a los hijos acompañados del otro cónyuge por tener éste su guarda y custodia, si así estima el juez por entender mejor protegidos al sujeto o sujetos más necesitados de protección en ese caso (artículo 96 CC): pero se atribuirá solo el uso de la vivienda, no la

propiedad, y será temporal; y ello no alterará el hecho de que en la liquidación de la sociedad de gananciales esa vivienda sea considerada como privativa de ese cónyuge.

b) Persona que antes de celebrarse el matrimonio o de iniciarse el régimen de sociedad de gananciales adquiere exclusivamente para sí y como única adquirente de ese bien, que a la postre será la vivienda familiar, pero en parte con dinero del otro (futuro) cónyuge.

En este caso cabe entender que no se alterará el carácter privativo de dicha vivienda familiar adquirida únicamente por uno de los cónyuges, por haber tenido esto lugar antes del matrimonio o del comienzo de la vigencia de la sociedad de gananciales (artículo 1346.1.º CC). Pero sí que el otro cónyuge por esa contribución económica (préstamo hecho a su pareja o pago directo de parte del precio o de alguna de las cuotas del préstamo de su entonces pareja) tendrá un derecho de crédito contra el adquirente para exigir su devolución: no sería el derecho de reembolso previsto en el artículo 1358 del Código Civil por cuanto las aportaciones se hicieron antes del matrimonio o vigencia de la sociedad de gananciales, sino que deberá acudir al régimen general de los derechos de crédito y la exigibilidad y cumplimiento de obligaciones o, particularmente, al pago por tercero y a las previsiones del artículo 1158 del Código Civil o a la prohibición del enriquecimiento injusto (*vid.*, entre otras, SSTs de 17 de abril de 2002 y de 18 de junio de 2008)²⁴.

c) Adquisición de la vivienda por los dos futuros cónyuges conjuntamente bajo una copropiedad constituyendo una comunidad ordinaria por cuotas atendiendo a los porcentajes por ellos fijados en el momento de la adquisición.

Es un supuesto habitual en la práctica: parejas que conviven de hecho y que antes de contraer matrimonio adquieren una vivienda conjuntamente para desarrollar su proyecto de vida en común.

En este caso la vivienda será privativa de ambos cónyuges en proindiviso (copropiedad o comunidad de bienes ordinaria tipo romano)²⁵ en las cuotas que acordaron cuando la adquirieron y que se habrán hecho constar, en su caso, en la inscripción registral; cuotas que serán fijas e inamovibles ya, de modo que, si alguno de los cónyuges finalmente hubiera aportado más de lo correspondiente a su cuota tendrá derecho de crédito contra el otro cónyuge (entre otras, STS de 24 de marzo de 2021)²⁶.

Estos mismos criterios se aplicarán en el caso de que esa adquisición de la vivienda se hubiera efectuado por los dos cónyuges constante el matrimonio, pero con anterioridad a la vigencia de la sociedad de gananciales por estar el matrimonio sujeto previamente a otro régimen económico matrimonial.

V. ADQUISICIÓN ONEROSA DE LA VIVIENDA FAMILIAR ANTERIOR A LA SOCIEDAD DE GANANCIALES CON PRECIO APLAZADO ABONADO TOTAL O PARCIALMENTE CONSTANTE YA LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REGLA EXCEPCIONAL ACOGIDA EN EL ARTÍCULO 1357.2.º DEL CÓDIGO CIVIL

En este caso el precepto de referencia que regula este supuesto de hecho es el artículo 1357 del Código Civil, que acoge una excepción muy particular en el segundo párrafo para el caso de la vivienda familiar, que plantea serias dudas sobre su conveniencia y oportunidad, dados los problemas que implica y que se analizarán a continuación.

Conforme señala esta citada norma: “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. Se exceptúan la vivienda y ajuar familiares, respecto de los cuales se aplicará el artículo 1.354” (es decir, la proindivisión en la propiedad de esa vivienda familiar entre el cónyuge adquirente y la sociedad de gananciales en proporción a sus respectivas aportaciones).

Como se puede observar, rige el principio de subrogación real para el caso de la vivienda familiar en atención a las distintas aportaciones de fondos privativos o gananciales usados para su adquisición, pero no así para el resto de bienes, que serán en todo caso privativos con independencia de la procedencia de los fondos con los que se pague total o parcialmente el precio de compra, incluso aunque sea todo el precio abonado con fondos gananciales (primer párrafo del artículo 1357 CC). En el caso de la vivienda familiar, sin embargo, la proindivisión junto con la sociedad de gananciales en atención a los fondos utilizados para la compra en virtud de esa remisión al artículo 1354 del Código Civil tendrá lugar, incluso, cuando los fondos gananciales se hayan utilizado para el pago de un solo plazo (entre otras, SSTs de 7 de junio de 1996 y de 16 de marzo de 2007²⁷)²⁸.

V.1. PRESUPUESTOS O REQUISITOS DE APLICACIÓN

Aunque a mi juicio resulta muy criticable y no responde a fundamentación clara y suficiente (proponiendo, de hecho, como se detallará más adelante, su supresión en una futura reforma del Código Civil, dado el tenor normativo vigente establecido en el segundo párrafo del artículo 1357 de dicho cuerpo normativo, no por esa crítica ya adelantada puede prescindirse actualmente de su aplicación²⁹); de modo que en estos casos de pago aplazado del precio de compra de la vivienda familiar anterior a la sociedad de gananciales se deberá atender a lo

indicado en el artículo 1354 del Código Civil y prever una posible proindivisión entre el cónyuge adquirente y la sociedad de gananciales, en unas cuotas que serán variables e indeterminadas hasta que el precio se abone totalmente.

Concretamente para la aplicación de esta excepción recogida en el artículo 1357.2.º del Código Civil deben concurrir los elementos que se analizan a continuación³⁰.

V.I.A. Compra previa al inicio de la sociedad de gananciales

Para que se aplique la excepción prevista en el segundo párrafo del artículo 1357 del Código Civil debe tratarse de una compraventa celebrada con anterioridad al inicio de la sociedad de gananciales.

A este respecto cabe destacar la diferente terminología utilizada en el artículo 1357 del Código Civil frente a la de los artículos 1354 y 1356 del mismo cuerpo normativo: mientras que en el primero se alude a los “bienes comprados”, los segundos se refieren a “bienes adquiridos”.

Esto determina que, en atención a nuestro sistema de adquisición de la propiedad basado en el título y el modo, en los casos en que el contrato de compraventa se celebre antes de la sociedad de gananciales puede haberse aplazado totalmente no solo el pago del precio del bien sino la misma entrega de ese bien y, pese a todo, aun no habiéndose producido la adquisición de la propiedad por efecto de esa tradición, considerar que el bien es privativo del cónyuge comprador en todo caso (primer párrafo del artículo 1357 CC), cualquiera que sea la procedencia de los fondos con los que se abonó el precio, sin perjuicio de los derechos de reembolso por la parte del precio abonada con fondos gananciales (artículo 1358 CC)³¹.

En estos casos de compra de un bien con precio aplazado por uno de los cónyuges antes de la sociedad de gananciales, pese a la entrega posterior del bien y la adquisición efectiva de la propiedad constante la sociedad, no cabe plantear la aplicación del artículo 1356 del Código Civil por cuanto existe ya la regla especial del artículo 1357 del Código Civil por esa compra anterior y el artículo 1356 del Código Civil se viene aplicando a los supuestos de adquisición completa constante la sociedad con precio aplazado, entendiendo, por tanto, que el título de adquisición y que determinó ese aplazamiento del pago se celebró constante la sociedad³². Resulta por ello suficiente con el título anterior a la sociedad de gananciales para fijar la propiedad del bien, sin necesidad de esperar al pago de los plazos, dotando de mayor certidumbre al tráfico jurídico en estos casos generales. Esta certidumbre y determinación será así salvo en el caso de la vivienda familiar, que, gracias a la excepcional remisión expresa del segundo párrafo del

artículo 1357 del Código Civil, se regirá por el artículo 1354 del Código Civil (precepto que está pensado para adquisiciones efectuadas constante la sociedad de gananciales y con pago del precio al contado), dejando incierta la determinación de la propiedad del bien (las cuotas de cada partícipe en la proindivisión) hasta el abono total del precio.

Por tanto, en el caso de la vivienda familiar se atenderá al artículo 1354 del Código Civil por remisión del artículo 1357.2.º del mismo cuerpo legal, siempre que se comprase a plazos con anterioridad a la sociedad de gananciales y tanto se hubiera entregado al adquirente en ese momento anterior a la sociedad como si se hubiera entregado con posterioridad constante la sociedad de gananciales. El título de compra será sin más el elemento determinante.

Cuestión distinta será en el caso de que la vivienda se hubiera comprado, no a plazos, sino al contado, habiéndose celebrado la compraventa antes del inicio de la sociedad de gananciales, pero efectuándose la entrega posteriormente cuando ya estaba vigente la sociedad (por ejemplo, a través de la escritura pública). En estos casos, pese al tenor literal de los artículos 1346.1.º (“pertenencia”), 1346.3.º (“adquisición”) y 1354 (“adquisición”) del Código Civil, siguiendo a RAGEL SÁNCHEZ, debe entenderse que con la compra surgió un derecho de crédito privativo del cónyuge comprador frente al vendedor y, producida después la entrega, la adquisición del derecho real deberá asumir esa misma condición privativa que tenía el derecho de crédito del que procede; “el bien adquirido debe seguir la misma condición que tenía el derecho preexistente del comprador”, de modo que siempre serán privativos todos los bienes comprados antes de la sociedad, aunque se entregase con posterioridad vigente ésta, siendo la única excepción el caso de la vivienda y ajuar familiares comprados a plazos si parte de estos se abonaron con fondos gananciales³³.

V.I.B. Compra por uno de los cónyuges o por ambos

Aunque el artículo 1357 del Código Civil se refiere literalmente solo a la compra por uno de los cónyuges, cabe entender que se aplicará igualmente este precepto y los criterios ahí acogidos (tanto en su primer párrafo como en cuanto al segundo que es el que aquí nos ocupa) cuando la compra se efectuó por ambos cónyuges de forma privativa antes de la vigencia de la sociedad de gananciales: entre otras, SSTs de 23 de marzo de 1992, de 3 de abril de 2000 y de 7 de julio de 2016 y RRDGRN de 8 de mayo de 2014, de 27 de julio de 2015 y de 24 de noviembre de 2015³⁴.

En consecuencia, tratándose de vivienda familiar, conforme a esa remisión a lo previsto en el artículo 1354 del Código Civil, la consecuencia de la compra por

ambos cónyuges antes del inicio de la sociedad de gananciales sería la constitución entre ambos de una comunidad ordinaria en proindiviso de forma privativa, que se integrará a su vez como miembro de la comunidad también en proindiviso junto con la sociedad de gananciales conforme a las aportaciones que cada una de las masas patrimoniales (privativa en este caso de ambos cónyuges y ganancial de la sociedad) hayan realizado de cara al pago del precio de la vivienda.

No debe confundirse esta situación de compra conjunta por ambos cónyuges con el supuesto de que el cónyuge no comprador con posterioridad a la compraventa y con sus fondos privativos decidiera contribuir económicamente al pago del precio: en este caso, ese cónyuge no adquirente no formará parte de la proindivisión en la propiedad de la vivienda en proporción a esos fondos privativos que utilizó; no adquirirá propiedad o cuota alguna privativa sobre ese bien; a lo sumo por esa contribución económica tendrá un derecho de crédito contra el cónyuge comprador para recuperar los importes abonados (no al amparo del artículo 1358 CC sino con base en las reglas generales de las obligaciones, el pago por tercero y el artículo 1158 CC o la vía del enriquecimiento injusto)³⁵.

V.I.C. Compra con aplazamiento del pago del precio: crítica a la equiparación de la amortización del préstamo con el que se abonó el precio total

Esa compra de la vivienda debe haberse realizado con aplazamiento del pago del precio ya sea total o parcialmente.

Ahora bien, actualmente las compraventas de vivienda con precio aplazado no son habituales, sino que mayoritariamente la adquisición de la vivienda viene acompañada de un préstamo con cuyo importe se abona la totalidad del precio al vendedor. El vendedor, por lo general, prefiere recibir la totalidad del precio de la vivienda (de un importe normalmente alto y relevante) y no quiere soportar el riesgo del posible impago de plazos, ni siquiera aun introduciendo una reserva de dominio como garantía, pues al final puede suponerle unos conflictos no deseados para el caso de incumplimiento que se ahorra si exige el pago de la totalidad del precio y que sea el adquirente el que se preocupe de obtener la financiación para ello por otra vía, que normalmente será la del préstamo bancario y habitualmente acompañado de una hipoteca sobre la propia vivienda adquirida. Dado el mercado actual de oferta y demanda de vivienda, pese a ser una opción, el aplazamiento del pago del precio con reserva de dominio no es la vía de financiación a la que se acudirá normalmente sino a un préstamo; tampoco se suele acudir a la condición resolutoria explícita *ex* artículo 1504 del Código Civil³⁶.

Atendida esta práctica habitual, nuestra jurisprudencia desde hace años ha venido equiparando para estos casos de aplicación del artículo 1357.2.º del Código

Civil el aplazamiento del pago del precio en varios plazos con la amortización de las cuotas del préstamo (hipotecario o no) con el que se abonó el precio (pago total de éste en el momento de la adquisición de la vivienda con el dinero prestado): así, entre otras, SSTS de 31 de octubre de 1989, de 23 de marzo de 1992, de 7 de junio de 1996, de 9 de marzo de 1998, de 3 de abril de 2000, de 18 de diciembre de 2000, de 3 de noviembre de 2006, de 16 de marzo de 2007 y de 7 de julio de 2016; asimismo, entre otras, RRDGRN de 17 de abril de 2002 y de 24 de noviembre de 2015. Principalmente el Tribunal Supremo ha fundado esta doctrina de equiparación en criterios de justicia material y equidad, como doctrina “superadora de ciertos excesos formalistas, propiciadores incluso del fraude de ley” (STS de 31 de octubre de 1989). No utiliza, sin embargo, el criterio de la analogía o de la interpretación extensiva como apuntan algunos autores como mejor fundamento de esta equiparación, por apreciar, desde un punto de vista económico, cierta identidad fáctica³⁷.

Pero realmente el artículo 1357 del Código Civil alude solo a la compra a plazos, esto es, se refiere al supuesto en que el pago del precio se ha aplazado. Y en estos casos de contratación del préstamo para pago del precio realmente no hay ningún aplazamiento del pago del precio de venta, pues éste se abona completamente en un solo acto, con las cantidades prestadas, y se hace antes del inicio de la sociedad de gananciales. De modo que estamos ante situaciones distintas (así lo advirtió también la STS de 19 de junio de 2006). De apreciarse así en estos supuestos estaríamos ante una compra anterior a la vigencia de la sociedad de gananciales realizada por uno de los cónyuges (o ambos en proindiviso) con dinero privativo (obtenido por el préstamo privativo) y, por ello, conforme señala el artículo 1346.1.^a del Código Civil, esa vivienda sería privativa de ese cónyuge adquirente (o de ambos en proindiviso si la adquirieron conjuntamente y conforme a las cuotas que fijaron en ese momento). Y ya con respecto a la amortización del préstamo, como negocio distinto que es, si la sociedad cubre con fondos comunes la devolución de ese préstamo entonces tendrá derecho de reembolso contra el patrimonio privativo de ese cónyuge prestatario por las cantidades satisfechas ganancialmente (artículo 1358 CC)³⁸.

En mi opinión, no resulta justificada la equiparación que por jurisprudencia y algunos autores se hace entre el pago aplazado y la amortización de préstamo: ni por razones de equidad, pues no se ha demostrado que la solución general que de contrario se aplicaría (esto es, la atribución del carácter privativo de la vivienda por efecto del artículo 1346 CC) sería menos justa; ni por analogía, pues técnicamente la compra a plazos y la amortización de un préstamo no son supuestos con identidad de razón³⁹.

Dada la incierta y problemática situación que se genera con la aplicación del artículo 1357.2.º del Código Civil y la solución de proindivisión en la vivienda familiar, sin contar para ello con un fundamento suficiente y sin que la solución contraria y general de privatividad implique desprotección familiar o resultados

injustos (como se detallará más adelante), la ampliación de los supuestos a los que se aplica esta excepción no resulta oportuna ni justificada. Es más, ni siquiera justa o equitativa, dado que actualmente los préstamos para la adquisición de vivienda son de muy largo plazo de amortización (25, 30, 40 años) por sus elevados importes (mucho más que los que el legislador de 1981 pensaba sobre los plazos de pago del precio y también probablemente superiores a lo que el Tribunal Supremo en 1989, 1992 y 1996 contemplaba cuando consolidó esa doctrina jurisprudencial de equiparación entre amortización de préstamo y pago del precio a plazos); y por ello resulta que, de aplicarse el artículo 1357.2.º del Código Civil a los casos de pagos de las cuotas del préstamo, se estará prolongando la situación de incertidumbre en la proindivisión durante mucho más tiempo (hasta el total pago del préstamo) y generando innecesariamente conflictos en la liquidación de la sociedad de gananciales y en la convivencia postganancial en relación con ese bien, particularmente en situaciones ya tensas de crisis matrimonial (crisis y ruptura que, por estadística, hoy en día muy probablemente tenga lugar mucho antes de que finalicen o venzan todos los plazos de amortización del préstamo).

Además, el argumento de la posible existencia de fraude de ley no está suficientemente justificado ni motivado: en modo alguno existirá fraude por atender a la propia norma y a lo en ella previsto concretamente, no siendo posible entonces deslindar realmente entre norma de cobertura y norma defraudada; en todo caso, existen mecanismos oportunos para combatir ese fraude de ley, en el supuesto de que se acredite su concurrencia, por la vía del artículo 6.4 del Código Civil⁴⁰.

Como señala RAGEL SÁNCHEZ, pese a que esta equiparación pueda considerarse ecuaníme, lo cierto es que, como acabo de advertir, “se sale del criterio legal”; partiendo del carácter excepcional que ya se acoge con respecto a la vivienda familiar remitiendo a ésta a un régimen de proindivisión, frente a la regla general del carácter privativo del bien, este autor entiende que debe hacerse una interpretación estricta y no es correcta la ampliación del supuesto de hecho efectuada por nuestra jurisprudencia; bajo una apreciación que comparto, este autor señala: “Si el art. 1357 CC se refiere a la *compra a plazos*, no es correcto que su ámbito se amplíe al pago del préstamo hipotecario, pues en este caso es más correcto opinar que el dinero adquirido con el préstamo es de carácter privativo y el pago se hizo al contado, por lo que no se aplicaría el precepto estudiado”⁴¹.

V.I.D. Pago de todo o parte del precio durante la sociedad de gananciales con fondos comunes o gananciales

En esta situación excepcional acogida en el artículo 1357.2.º del Código Civil es la sociedad de gananciales quien, con cargo a fondos comunes, abona todo o parte del precio.

Atendidos los artículos 1357 y 1354 del Código Civil, cabe tener en cuenta que, si finalmente todo el precio (en todos los plazos) se abona con fondos privativos tanto antes como constante la sociedad de gananciales (en este caso con la debida prueba de esa privatividad para enervar la presunción de ganancialidad como ya se expuso *ut supra*), entonces esa vivienda familiar será totalmente privativa; y a la misma conclusión se llegaría incluso atendiendo al artículo 1354 del Código Civil y su criterio de la proporción de las aportaciones realizadas por el patrimonio privativo, pues, dado que esas aportaciones lo fueron por el 100% del precio total, ello implicará el 100 % de la propiedad privativa. Ahora bien, sin aplicar este precepto por entender que no concurre el caso previsto en el artículo 1354 del Código Civil por no existir procedencia mixta de los fondos con los que se hizo el pago, como señala MORENO MOZO, se llegaría a la misma conclusión de que la vivienda sería exclusivamente privativa aplicando los apartados 1.º y 3.º del artículo 1346 del Código Civil⁴².

Bajo el mismo criterio, si por el contrario el precio fue totalmente aplazado y todos los plazos finalmente fueron abonados vigente la sociedad y con fondos gananciales (o al menos de forma presuntiva al amparo del artículo 1361 CC), la vivienda familiar, por esa misma regla de proporción de las aportaciones hechas, como lo fueron en el 100 % con fondos gananciales, entonces sería totalmente ganancial. Ahora bien, dada la compra inicial a nombre de uno solo de los cónyuges de forma privativa por ser anterior a la sociedad de gananciales (o de ambos cónyuges en proindiviso privativo entre ellos), la adquisición inicialmente se reflejará como privativa a nombre del comprador en el Registro de la Propiedad, dejando que posteriormente se fueran haciendo constar por nota marginal las cuotas gananciales (artículos 91 y 93 RH); y después, llegado el momento de pago total del precio y, en su caso, de disolución de la sociedad de gananciales, si consta el pago del 100 % con fondos gananciales, cabe entender que en la liquidación de esa sociedad deberá considerarse esa vivienda como totalmente ganancial en cuanto que la otra parte en proindivisión no aportó nada (y tiene por ello un 0% en el proindiviso); a este respecto, cabe advertir que, aunque formalmente pueda considerarse una situación en proindiviso, *de facto*, dadas las cuotas reales de cada parte, el bien sería totalmente ganancial. De no existir esta excepción acogida por ser vivienda familiar que obliga a remitirnos al artículo 1354 del Código Civil, en estos casos se aplicaría lo previsto en el primer párrafo del artículo 1357 del Código Civil y se trataría de una vivienda privativa en todo caso, sin perjuicio del derecho de reembolso a favor de la sociedad por el importe del precio abonado con cargo a sus fondos gananciales (en este caso, todo el precio)⁴³.

Por ello, realmente la proindivisión prevista en el artículo 1354 del Código Civil se producirá efectivamente solo si para el pago del precio se utilizaron tanto

fondos privativos como gananciales. Y, en tal caso, las cuotas de cada parte no serán fijas desde el principio pues irán modificándose a medida que se vayan abonando los plazos con uno u otro patrimonio. Una situación de indeterminación y variabilidad sobre la propiedad de los bienes que genera una gran incertidumbre e inseguridad en el tráfico jurídico y es uno de los aspectos más criticables de esta norma⁴⁴, especialmente teniendo en cuenta que es la única en esta sede que tiene tales efectos, siendo la norma general la de concreción cierta de la titularidad de los bienes desde el momento de la adquisición (artículos 1346, 1347, 1354, 1356 y 1357.1.º CC) y bajo cuotas fijas en su caso (artículo 1354 CC).

V.1.E. Destino del inmueble como vivienda familiar

Para que pueda aplicarse el régimen excepcional previsto en el segundo párrafo del artículo 1357 del Código Civil es necesario que el bien se haya destinado a vivienda familiar. Ahora bien, como advirtió la STS de 7 de junio de 1996, no tiene que haberse adquirido precisamente pensando en ese fin; de modo que la atribución de la condición de vivienda familiar puede hacerse con posterioridad a su adquisición, pudiendo implicar con ello, incluso, que la que anteriormente fuera vivienda familiar deje de serlo por esta nueva vivienda.

A este respecto, cabe plantearse si sería posible que, constante el matrimonio y la sociedad de gananciales, concurrieran simultáneamente varias viviendas familiares; y, asimismo, si a los efectos de este artículo 1357.2.º del Código Civil se mantendría la calificación como vivienda familiar en todo caso pese a la pérdida fáctica de ese carácter por no ser ya la vivienda en la que la familia desarrolla su vida ordinaria y cubre sus necesidades vitales.

Por lo que se refiere a la simultaneidad temporal de varias viviendas familiares, hay autores que así lo defienden en atención a las nuevas modalidades de familia y las posibles circunstancias concurrentes, como que uno de los cónyuges resida durante la semana laboral en otro inmueble por razones de trabajo mientras que el otro cónyuge esté con los hijos en otra vivienda, o que los hijos estén en otro piso en la ciudad estudiando⁴⁵. Sin embargo, estos casos, a mi juicio, no determinarían la existencia de varias viviendas familiares, pues siempre habrá una principal donde desarrollen la vida común, al margen de meros estudios o trabajo.

Pero cabría plantearse esta situación de pluralidad en unos supuestos que quizás sí puedan ser más admisibles como de simultaneidad de viviendas familiares, como sería el que la familia cuente con dos viviendas en las que temporalmente y durante la semana desarrolle su vida familiar (entre semana en la ciudad y el fin de semana en el pueblo cercano, en el campo) o por distintos periodos en que se traslada toda la familia (una durante casi todo el curso escolar y la otra

casa con piscina de mayo a septiembre); en estos casos se podrían apreciar en ambas viviendas las notas características de la vivienda familiar a las que se hizo referencia en el primer apartado de este trabajo.

Sin embargo, debe advertirse que en el marco de procesos judiciales contenciosos de cara a la liquidación de la sociedad de gananciales y la concreción del carácter de los bienes, así como a la atribución de su uso familiar, los tribunales tienden a fijarse en una única vivienda familiar, considerándose ésta, según el Tribunal Supremo, la que se identifica como tal y reúne los requisitos propios de tal condición y lo fue hasta el momento justo de producirse la crisis y extinguirse la unión conyugal: entre otras, SSTs de 6 de abril de 2016, de 23 de enero de 2017, de 22 de septiembre de 2017 y de 24 de mayo de 2021.

Ahora bien, de mantenerse o defenderse la posibilidad de que existan varias viviendas familiares simultáneamente, en orden a la aplicación del artículo 1357.2.º del Código Civil debe advertirse que deberán concurrir en todas las viviendas todos los presupuestos exigidos y, particularmente, que todas esas viviendas se hayan adquirido por precio aplazado⁴⁶ por uno de los cónyuges con anterioridad al inicio de la sociedad conyugal (caso habitual cuando dos personas en estado de solteras se compraron su propia vivienda y posteriormente se casan en régimen de sociedad de gananciales y deciden utilizar ambas viviendas) y que algunos o todos los plazos se abonen con cargo a la sociedad de gananciales.

Si alguna de esas viviendas se adquirió constante el matrimonio, entonces ya no se aplicaría respecto de ella el artículo 1357 del Código Civil sino el artículo 1356 de ese mismo cuerpo legal si también fue una compraventa a plazos, o el artículo 1354 del Código Civil si fue compraventa al contado, bajo las reglas que se detallarán en apartados posteriores de este trabajo.

Supuesto distinto es que una vivienda que tenía la condición de familiar posteriormente constante el matrimonio y la sociedad de gananciales pierda tal condición; en estos casos el problema será concretar el régimen que debiera aplicarse a esa vivienda que deja de ser familiar, particularmente en cuanto a la atribución del carácter privativo o ganancial y al mantenimiento o no de la aplicación de la regla excepcional del artículo 1357.2.º del Código Civil. A este respecto me remito al siguiente apartado en el que abordaré los principales efectos y problemas que esa excepción implica, entre los cuales está este referido a la pérdida del carácter familiar de la vivienda.

V.2. CONSECUENCIAS, EFECTOS Y PROBLEMAS DERIVADOS DE SU APLICACIÓN

Este régimen excepcional acogido por nuestro Código Civil en cuanto a la vivienda familiar adquirida a plazos antes del matrimonio o de la vigencia de la

sociedad de gananciales implica unos efectos conflictivos en la práctica, generando situaciones no deseables para la seguridad del tráfico jurídico.

Los principales problemas que plantea su aplicación vienen vinculados a las siguientes cuestiones que se plantean a continuación⁴⁷.

V.2.A. La situación de proindivisión con cuotas variables indeterminadas: incertidumbre e inseguridad jurídica

La excepción prevista en el artículo 1357.2.º del Código Civil con respecto a la vivienda familiar rompe con la regla de certidumbre acogida en otros preceptos, incluido el primer párrafo de esta misma norma, al que excepciona.

Incluso en adquisiciones a plazos (que, por su naturaleza, implican un período de tiempo más o menos prolongado durante el que se van abonando distintas cantidades, las cuales, estando vigente la sociedad de gananciales, pueden llegar a proceder de fondos comunes o privativos, en este último caso con la debida acreditación), nuestro legislador decidió apostar por la certidumbre y la seguridad jurídica desde el principio y por eso el carácter privativo o ganancial de los bienes existentes en el matrimonio queda ya determinado en todos los supuestos desde el momento de su adquisición o del inicio de la sociedad ganancial (artículos 1346, 1347, 1354, 1356 y 1357.1.º CC); en todos los supuestos salvo en uno: la vivienda familiar adquirida a plazos por uno de los cónyuges antes de la sociedad (artículo 1357.2.º CC).

Frente a la certidumbre desde el inicio de la sociedad ganancial que es la regla general en la atribución, ya sea del total carácter privativo de la vivienda familiar (supuestos del artículo 1346 CC o del artículo 1356 CC con primer desembolso privativo) o del total carácter ganancial (supuestos del artículo 1347 CC o del artículo 1356 CC con primer desembolso ganancial) o del carácter mixto privativo-ganancial (según el artículo 1354 CC o el artículo 1356 CC con primer desembolso de fondos mixto, en ambos casos bajo una previsión de cuotas de proindiviso ya fijas desde el momento de la adquisición), sin embargo, para la vivienda familiar, y solo para ella (y el ajuar familiar), excepcionando a su vez otra regla general que con certeza desde el principio atribuía el carácter privativo a los bienes adquiridos a plazos por un cónyuge antes de la sociedad, nuestro legislador optó por un sistema de proindivisión en el bien con cuotas variables e indefinidas que irán modificándose a medida que se vayan abonando los plazos con fondos de uno u otro patrimonio, de modo que no será hasta que se haya abonado todo el precio cuando se conocerá exactamente en qué porcentaje será propietario de forma privativa el cónyuge adquirente⁴⁸ y en qué porcentaje lo será la sociedad de

gananciales (en cuyo favor juega la presunción de ganancialidad de los fondos utilizados *ex* artículo 1361 CC)⁴⁹.

Una situación de indeterminación y variabilidad sobre la propiedad de los bienes que genera una gran incertidumbre e inseguridad en el tráfico jurídico y es uno de los aspectos más criticables de esta norma⁵⁰, especialmente teniendo en cuenta que, cómo he indicado, es la única en esta sede que tiene tales efectos, siendo la norma general la de concreción cierta de la titularidad de los bienes desde el momento de la adquisición (artículos 1346, 1347, 1354, 1356 y 1357.1.º CC) y bajo cuotas fijas en su caso (artículo 1354 CC).

Y es que, además, esa incertidumbre surge por una remisión a una norma (el artículo 1354 CC) que acoge un supuesto distinto (adquisición constante la sociedad ganancial y con pago del precio al contado, pues la que fuera con pago del precio a plazos se regiría por el artículo 1356 CC) y que ni siquiera prevé una variabilidad en las cuotas de copropiedad constante la sociedad: en el artículo 1354 del Código Civil se prevé la proindivisión, ciertamente, pero bajo unas cuotas fijas ya desde el momento de la adquisición, pues no es un precepto originalmente previsto para las adquisiciones a plazos⁵¹.

Asimismo, con la remisión al artículo 1354 del Código Civil se está forzando una situación de comunidad en proindiviso que tradicionalmente se ha considerado no deseada ni deseable por nuestro ordenamiento jurídico por las complicaciones de operación en el tráfico jurídico que implica. Pero más complicaciones se producen aún en este caso si a esa situación de proindivisión de la comunidad ordinaria romana se le suma que una de esas cuotas de propiedad es asumida por una sociedad con naturaleza de comunidad germánica de la que son miembros ambos cónyuges y que deben actuar en ella conjuntamente; todo lo cual puede llevar a posteriores conflictos entre los cónyuges de cara a la disolución y liquidación de esa comunidad, venta del bien y con ello cierre definitivo de la etapa matrimonial, que pueden aumentar la tensión familiar, especialmente si la crisis conyugal ha sido problemática.

V.2.B. El reflejo registral de estas situaciones

Esa incertidumbre por la variabilidad de las cuotas en esa situación de proindivisión generada por la remisión del artículo 1357.2.º del Código Civil al artículo 1354 de ese mismo cuerpo normativo tiene su reflejo en el ámbito registral.

Al adquirirse a plazos la vivienda por uno de los cónyuges antes de la vigencia de la sociedad de gananciales, cuando se pretenda su acceso al Registro, en éste se reflejará la titularidad de ese cónyuge y esa titularidad registral única no se verá alterada por la atribución posterior del carácter de vivienda familiar, tal

y como advierte el artículo 91.2 del Reglamento Hipotecario; ahora bien, se señala asimismo en este precepto que “en las notas marginales en las que se hagan constar con posterioridad los pagos a cuenta del precio aplazado, se especificará el carácter ganancial o privativo del dinero entregado”.

Por tanto, en primer lugar existirá la carga de comunicar al Registro la atribución del carácter familiar⁵² a esa vivienda con posterioridad a la compra, para, asimismo, tener la carga de ir comunicando al Registro los pagos que se estén realizando de los distintos plazos, concretando, a su vez, la procedencia de los fondos con los que se pagó, si son privativos o gananciales, pues ello redundará en el porcentaje o cuota de uno u otro patrimonio en la proindivisión generada; una proindivisión que, salvo por esas notas marginales, no encuentra reflejo registral claro, pues la propiedad como tal registralmente solo consta a nombre del adquirente, lo que se verá completado por las notas marginales⁵³. Según advierte RAGEL SÁNCHEZ, si se han abonado todos los plazos y constan todos en el Registro, al igual que el carácter familiar de la vivienda, entonces el bien aparecerá a nombre del cónyuge adquirente y de la sociedad de gananciales, aunque todo ello supeditado a que se mantenga como vivienda familiar; si por el contrario, no se ha pagado totalmente el precio o no se han hecho constar todos los pagos en el Registro, entonces la vivienda figurará a nombre del cónyuge comprador y, como tal bien privativo registralmente, podrá disponer de él antes de la disolución de la sociedad de gananciales; si bien, advierto, tendrá las limitaciones previstas en el artículo 1320 del Código Civil⁵⁴.

Por otro lado, el apartado 3 del referido artículo 91 del Reglamento Hipotecario señala que: “La determinación de la cuota indivisa de la vivienda familiar habitual que haya de tener carácter ganancial, en aplicación del artículo 1.357.2 del Código Civil, requerirá el consentimiento de ambos cónyuges, y se practicará mediante nota marginal”⁵⁵.

V.2.C. Pérdida del carácter de vivienda familiar

La compra de la vivienda antes de la sociedad de gananciales pudo haberse hecho sin haber pensado siquiera en atribuirle ese carácter de familiar; ni siquiera pensando en el futuro matrimonio (*vid.* STS de 7 de junio de 1996).

Pero, igualmente, con posterioridad a esa atribución del carácter familiar, y vigente aún la sociedad de gananciales, puede decidirse en un momento dado que ya, a partir de ese momento, deje de ser la vivienda familiar, pues este carácter pasará a tenerlo otra vivienda distinta.

Ante esta situación cabe preguntarse qué pasa con esa vivienda que tuvo, pero ya no tiene, la condición de familiar y la aplicación o no de esa regla excep-

cional del artículo 1357.2.º del Código Civil a dicha vivienda ya no familiar: ¿se mantendrá la proindivisión con la sociedad de gananciales en todo caso o dejará de aplicarse esa regla excepcional prevista solo para la vivienda familiar ya que ha dejado de serlo? ¿se perderá el carácter ganancial del bien por las cuotas abonadas anteriormente con fondos comunes o no?

Esta ha sido una cuestión muy debatida en la doctrina, con base también en cierta medida en la discusión sobre la naturaleza del artículo 1357.2.º del Código Civil como norma de liquidación o de tráfico⁵⁶.

Bajo mi punto de vista, me inclino más por considerarla como una norma de liquidación, que encuentra su razón de ser y su eficacia real en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales y la concreción del activo patrimonial. Y por eso, como también advierten varias resoluciones judiciales, solo puede considerarse la existencia de una sola vivienda familiar en ese momento de la liquidación: y será la que al tiempo de la disolución fuera la vivienda familiar por concurrir en ella las notas y requisitos propios de ella, tal y como se comentó en el primer apartado de este trabajo.

A este respecto cabe citar la STSJ de Navarra de 13 de octubre de 2021 y las SSAP de Valencia (sec. 10.ª) de 11 de septiembre de 2019 y de Alicante (sec. 9.ª) de 17 de junio de 2022, que afirman todas ellas que, a los efectos de la aplicación de los artículos 1357.2.º y 1354 del Código Civil, solo cabe tener en cuenta la vivienda familiar que lo era en el momento de la disolución del matrimonio, de modo que aquellas viviendas adquiridas antes del matrimonio o de la vigencia de la sociedad de gananciales que en algún momento constituyeron vivienda familiar, pero en las que tal carácter desapareció posteriormente en favor de otro bien, tales viviendas deben considerarse privativas del adquirente, sin perjuicio del correspondiente derecho de crédito o de reembolso del patrimonio ganancial por los importes satisfechos para el pago del precio aplazado o del crédito con el que se abonó el precio de adquisición. Por su parte, el Tribunal Supremo en el marco de procesos por crisis matrimoniales ya advirtió que debe considerarse como vivienda familiar la que se identifica como tal y reúne los requisitos propios de tal condición y lo fue hasta el momento justo de producirse la crisis y extinguirse la unión conyugal: entre otras, SSTs de 6 de abril de 2016, de 23 de enero de 2017, de 22 de septiembre de 2017 y de 24 de mayo de 2021.

En mi opinión, con base en lo antedicho, una vez perdida su condición de familiar esa vivienda dejará de estar sujeta al régimen de proindivisión en todo caso, con carácter retroactivo, como si anteriormente no hubiera sido vivienda familiar; de modo que pasará a ser considerada como bien privativo del cónyuge o cónyuges adquirentes en virtud de la regla general del primer párrafo del artículo 1357 del Código Civil; y lo será íntegramente y de forma exclusivamente privativa de ese cónyuge que compró la vivienda antes de la sociedad de gananciales.

ciales. Pero, por supuesto, la sociedad contará con el derecho de reembolso *ex* artículo 1358 del Código Civil por las cantidades con las que pagó los plazos del precio de compra.

Desde el punto de vista registral no supone este cambio ningún problema pues, como ya se ha indicado, la vivienda ya constaba únicamente bajo la titularidad del cónyuge comprador y, por tanto, haciéndose constar el cese del carácter familiar de la vivienda podrían dejar de tener eficacia las notas marginales sobre el pago de los plazos con fondos gananciales o privativos, sin perjuicio de que sirvan de oportuna prueba en el marco de la concreción del alcance del derecho de reembolso de la sociedad ganancial. Y ello sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe que, en su caso, pudieran verse afectados por ese cambio, que entiendo no habrá muchos casos, en la medida que ya nos encontrábamos ante una situación incierta y variable publicitada en el propio Registro.

Podría alegarse contra esta postura que se genera inseguridad por quedar esa vivienda pendiente de un potencial cambio de atribución del carácter privativo o ganancial por el hecho de perder el carácter familiar posteriormente; pero realmente la incertidumbre es a lo que el legislador abocó a la vivienda familiar por el mero hecho de serlo en un momento dado, poniéndola en una situación de proindivisión automática y bajo cuotas variables que, ni protege necesariamente al interés familiar, ni resulta ser más justa que otros criterios acogidos para atribuir el carácter privativo o ganancial a otros bienes. Con esta postura de eliminar la proindivisión de raíz, desde el principio, en estos casos de pérdida de la condición de familiar realmente se está proporcionando certeza y se está liberando a un bien de una situación de proindivisión que tradicionalmente no es deseable; y ello sin dejar desprotegidos los intereses de la familia y de la sociedad ganancial ni suponer desequilibrios económicos por existir la compensación derivada de los derechos de reembolso conforme al artículo 1358 del Código Civil.

Por otro lado, la pérdida de ese carácter familiar pese a estar vigente la sociedad de gananciales será, en principio, por una decisión común de los cónyuges y porque será otra la vivienda que tome tal condición; vivienda ésta que será considerada como privativa o ganancial según los criterios del Código Civil.

Si esa otra vivienda fue adquirida vigente la sociedad de gananciales entonces se tendrá en cuenta principalmente lo previsto en los artículos 1354 y 1356 del Código Civil, atendiendo a la procedencia de los fondos con los que se pagó, pero dejando totalmente cierta desde ese momento la privatividad o ganancialidad de ese bien; de modo que, en este caso, ya se avanzó y mejoró la situación de la vivienda familiar a este respecto, máxime teniendo en cuenta que ya sí que no se verá alterado dicho carácter por una posterior pérdida de su condición de familiar; de igual modo, podría, en su caso, entrar en juego lo previsto en los apartados 2.º, 3.º ó 4.º del artículo 1346 o en el artículo 1347, apartados 3.º ó 4.º, del Código Civil,

que también determinarían con certeza, desde la adquisición del bien constante la sociedad de gananciales, su exclusivo carácter privativo o ganancial, sin que tampoco se viera alterado por la posterior pérdida de la condición de familiar.

En caso de que esa nueva vivienda familiar fuera también una vivienda adquirida por uno de los cónyuges antes de la vigencia de su sociedad de gananciales, pueden existir distintos supuestos:

- a) Que se hubiera obtenido a título gratuito: esto determinará su carácter privativo *ex* apartado 2.º del artículo 1346 del Código Civil, sin cambio alguno por pasar a ser vivienda familiar.
- b) Que se hubiera abonado todo el precio al contado, sin aplazamiento ninguno: entonces la vivienda sería ya privativa en virtud del artículo 1346.1.º del Código Civil, y lo seguirá siendo a pesar de su actual carácter familiar.
- c) Que se hubiera comprado con precio aplazado, pero abonándose éste totalmente antes de la vigencia de la sociedad de gananciales: igualmente sería privativa en virtud del apartado 3.º de ese artículo 1346 del Código Civil, sin que la condición de familiar actual altere esa calificación.
- d) Que se hubiera comprado a plazos y éstos siguieran devengándose constante la sociedad de gananciales: en virtud del párrafo primero del artículo 1357 del Código Civil esa vivienda sería privativa del cónyuge comprador, aun cuando algún plazo se hubiera abonado con fondos gananciales. Ahora bien, si pasa a ser vivienda familiar, en este caso ¿esas cuotas ya abonadas con dinero ganancial antes de ser vivienda familiar se contabilizarían a los efectos del proindiviso derivado del artículo 1354 del Código Civil a cuya aplicación remite el párrafo segundo del artículo 1357 de ese mismo cuerpo legal? Entiendo que no; que los plazos abonados anteriormente solo determinarán un derecho de reembolso de la sociedad, computándose para el proindiviso solo las cantidades que se abonen con posterioridad a la atribución de la condición de vivienda familiar; si ya se hubieran pagado todos los plazos antes de que esa vivienda pasase a ser familiar, en tal caso no habrá ninguna alteración sobre la atribución del carácter privativo de esa vivienda, aunque se hubiera abonado el precio con parte de dinero ganancial, pues ese pago no fue hecho siendo vivienda familiar.

A la vista de estas situaciones considero que no tiene sentido perpetuar una situación de proindivisión de una vivienda que ha dejado de ser familiar, cuando la nueva vivienda familiar puede llegar a tener un carácter privativo totalmente adquirido ya sin que se vea alterado por la nueva condición de ser familiar.

Ni tampoco considero justo que se mantenga la proindivisión sucesivamente en varias viviendas en caso de que se adquirieran todas ellas antes de la socie-

dad de gananciales y a plazos, pues resultaría suficiente ya con preverlo para la vivienda familiar actual, liberando así a la anterior, máxime habida cuenta de la conflictividad innecesaria que ello puede conllevar.

Y todo ello partiendo, además, de que, tratándose de un régimen excepcional sobre la vivienda familiar solo para estos casos de adquisición previa a plazos por un cónyuge (muy criticable a mi juicio, tal y como se detallará *ut infra* en este trabajo), entonces debe aplicarse de forma restrictiva y no ampliarse los objetos afectados por tal excepción de forma innecesaria e injustificada.

V.2.D. Disolución de la sociedad de gananciales quedando pendientes de pagar plazos del precio

Supuesto distinto al anterior y muy controvertido⁵⁷, dada la proindivisión en cuotas variables o elásticas a las que se sujeta la vivienda familiar en estos casos cuando, antes de la vigencia de la sociedad de gananciales, fue adquirida a plazos y alguno de ellos ya ha sido abonado con fondos gananciales⁵⁸, resulta ser este en el que se disuelve la sociedad de gananciales (habitualmente tras una crisis matrimonial que determina la nulidad, separación o divorcio) y, por ello, se debe proceder a la liquidación de la sociedad y a la determinación de su activo; y el problema vendría en cuanto a esa vivienda familiar si quedasen distintos plazos del precio por pagar y se desconoce a qué patrimonio (privativo o ganancial) debiera ser atribuida esa parte correspondiente a las cantidades pendientes de pago.

Dos son, principalmente, las opciones o soluciones:

- a) Una primera sería considerar que la parte del precio pendiente de pagar se debe corresponder con un incremento de la parte ganancial del proindiviso, por entender que, siendo vivienda familiar, lo pendiente de pago sería ganancial. Esta razón y solución la considero poco justificada habida cuenta que ya no existiría ninguna sociedad ganancial por haberse disuelto, salvo que esta ganancialidad en esa copropiedad viniera acompañada de la adjudicación a de la sociedad de la deuda por las cuotas pendientes de pago. Ahora bien, esto último será difícil que tenga lugar partiendo de que: ante el vendedor acreedor del precio el deudor será el cónyuge comprador y no la sociedad; que ésta carece de personalidad jurídica y, además, se encuentra en proceso de disolución; que la asunción de deuda será difícil que prospere por esos mismos motivos; y que, hipotéticamente concretada como deuda de la sociedad y asumida por ambos cónyuges, el cónyuge no deudor carece de incentivos para pagar la deuda, máxime si la ruptura matrimonial fue conflictiva y teniendo en cuenta que el acreedor realmente solo podrá ejercitar la reclamación contra el cónyuge comprador, pues solo éste es su deudor.

- b) La otra opción es considerar que el resto de plazos pendientes de pago se computarían como parte de propiedad privativa en el proindiviso a favor del cónyuge comprador, además titular registral (artículo 93 RH). En principio esta solución es más acorde con la situación que surgiría tras la disolución de la sociedad ganancial y con el reflejo registral de titularidades existente. Esta es la solución mayoritariamente apoyada por la doctrina.

Pero resulta interesante otra opción, apuntada por MORENO MOZO (con referencia a REBOLLEDO VARELA⁵⁹), que consiste en determinar las partes del proindiviso de esa vivienda atendidos únicamente los plazos abonados antes de la disolución de la sociedad de gananciales; fijados esos porcentajes de ganancialidad y privatividad, después se trasladaría esa misma proporción a la calificación de la deuda como ganancial y privativa por los plazos pendientes de pago, aunque esto será solo con efectos entre cónyuges por la liquidación de la sociedad y sin que afecte al tercero acreedor (vendedor). Por esto último, debe destacarse la posición de desventaja que tendría el cónyuge comprador (y único deudor del vendedor) frente al no comprador, en los mismos términos que se señaló en esa primera opción apuntada antes.

V.3. FUNDAMENTO: INSUFICIENTE

Frente a la regla general de privatividad para los bienes adquiridos antes del matrimonio (o de inicio de la sociedad de gananciales) derivada de los artículos 1346 y 1357.1.º del Código Civil, el segundo párrafo de este último precepto acoge una regla especial para atribuir el carácter privativo o ganancial a la vivienda familiar (así como el ajuar) adquirida a plazos habiéndose celebrado el contrato de compraventa antes del inicio de la sociedad de gananciales. Y lo hace remitiéndose a un precepto como es el artículo 1354 del Código Civil que realmente está previsto para un supuesto totalmente distinto, cual es la adquisición de bienes constante la sociedad y con pago del precio al contado; y adoptando con ello una solución bajo una figura como la comunidad en proindiviso que tradicionalmente no ha sido deseada ni deseable en nuestro ordenamiento jurídico por los problemas operativos que plantea en el tráfico jurídico.

Frente a la certidumbre que, como regla general, se acoge en el resto de preceptos que prevén los criterios de determinación del carácter privativo o ganancial de los bienes del matrimonio, que permiten concretar desde el inicio, desde el momento de la adquisición del bien, quién es su propietario, generando así seguridad en el tráfico jurídico, nuestro legislador optó por la incertidumbre y la inseguridad respecto a la vivienda familiar adquirida a plazos antes de la sociedad de gananciales: y solo para ese caso.

A priori dado el objeto de la excepción, la “vivienda familiar”, el fundamento de esta regla excepcional en el que primero se piensa es precisamente ese carácter familiar del bien y, por tanto, la protección de la familia; y por entender que el hecho de que uno de los cónyuges adquiriera el bien con anterioridad al matrimonio y considerarlo único propietario podría suponer un peligro para la situación del otro cónyuge y/o los hijos y llevar a un riesgo de desprotección por las decisiones que adopte ese cónyuge propietario sobre la vivienda.

Sin embargo, ese mismo fundamento protector podría argüirse respecto de otros bienes con los que se sustentase la economía de la familia y, por lo tanto, sus necesidades de alimentación, salud y subsistencia vital (por ejemplo, inmuebles de una explotación económica o inmuebles arrendados); pero estos no se verán cubiertos por esa excepción del artículo 1357.2.º del Código Civil aunque fueran adquiridos a plazos antes de la sociedad y pagados total o parcialmente constante la sociedad con fondos gananciales; respecto de ellos la norma aplicable es el artículo 1357.1.º CC, que dispone que serán privativos del cónyuge comprador, sin perjuicio de los correspondientes derechos de reembolso (artículo 1358 CC).

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que realmente no existe tal desprotección familiar en este ámbito: las facultades de disposición del cónyuge propietario vienen limitadas por las previsiones del artículo 1320 del Código Civil; y las necesidades de habitación y protección de los hijos menores y del cónyuge no propietario (en su caso progenitor custodio) en los supuestos de separación, nulidad o divorcio quedarían protegidas por la decisión judicial relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar conforme prevé el artículo 96 del Código Civil y que no se verá vinculada por la efectiva titularidad del dominio de esa vivienda; atribución de uso que hoy en día en la práctica se sujeta por los tribunales a distintos límites temporales y condiciones, cada vez más estrictas, por ajustarse a la realidad del contexto social actual muy diferente a la de 1981 en que se previeron y reformaron estos artículos de la sociedad de gananciales además del referido artículo 96 del Código Civil⁶⁰.

Por tanto, la protección familiar a mi juicio realmente resulta ser una justificación poco fundamentada y excesiva para una regla como ésta excepcional que implica para el cónyuge comprador una pérdida (en mayor o menor medida) de la propiedad del bien comprado y el sometimiento a unas reglas de comunidad en proindiviso no deseables por lo general⁶¹.

Por otro lado, la posible fundamentación basada en evitar el fraude del cónyuge comprador que adquiere la vivienda para sí con la intención de aprovecharse y dejar el pago después a cargo de la sociedad de gananciales no es más que una generalización poco fundamentada, que ni siquiera se ha tenido en cuenta en supuestos previstos por otros preceptos, como el artículo 1356 del Código Civil⁶².

A este respecto cabe tener en cuenta que en muchos casos la adquisición de la vivienda con anterioridad al matrimonio o a la vigencia de la sociedad de gananciales se hizo con mucha antelación a éstos y ni siquiera con vistas a ese futuro matrimonio; de hecho, ni siquiera se exige en ningún caso que la compra o adquisición se haya hecho para destinarla a vivienda familiar (STS de 7 de junio de 1996). De ahí que la eventual justificación de esta excepción contenida en el párrafo 2.º del artículo 1357 del Código Civil de evitar posibles fraudes del cónyuge adquirente no tiene un sustento claro porque atiende a una mera posibilidad de algún supuesto que tenga lugar por tal motivo y que no tiene que ser la regla general, y frente al cual, en todo caso, ya existe la posibilidad de luchar a través del artículo 6.4 del Código Civil. Ahora bien, resulta complicado sostener la existencia de un fraude de ley en el hecho de desarrollar el supuesto previsto en la propia norma, esto es, el artículo 1357.1.º del Código Civil, que aparecería entonces como norma defraudada y norma de cobertura a la vez. Además, en el marco de posibles fraudes o actos dañosos entre consortes, cabría atender a lo previsto en los artículos 1390 y 1391 del Código Civil que acogen ya mecanismos suficientes para proteger al otro cónyuge y a la sociedad de gananciales y cubrir los daños que se les pudiera infligir⁶³.

De modo que, en los casos de compra con mucha antelación al matrimonio y sin atender o pensar en él como futuro, y en las situaciones de pago de cantidades de escasa entidad por parte de la sociedad de gananciales por el precio de la vivienda, esa solución de proindivisión se torna excesiva y perjudicial para el adquirente.

Pero, por otra parte, para adquisiciones cercanas al matrimonio con vistas a su celebración, cabe pensar en que precisamente la voluntad de los futuros cónyuges no era tener ese bien como común ni estar en proindivisión. Los tiempos actuales en los que ambos cónyuges tienen las mismas posibilidades y capacidad para formarse y obtener una educación similar, trabajar fuera de casa, obtener ingresos propios y tomar decisiones sobre la celebración de negocios y contratos jurídicos con los que obligarse, administrar los bienes y conocer el alcance de los actos que realizan o en los que intervienen, entre ellos los relacionados con la vivienda familiar, llevan a pensar en la impertinencia y falta de necesidad de una norma como ésta recogida en el artículo 1357.2.º del Código Civil que tantos problemas plantea; y ello por cuanto cabría presumir que si quisieran tener esa vivienda en común sería adquirida ya por ambos antes del matrimonio; y si no fuera así, entonces debiera respetarse el principio general de privatividad acogido en los artículos 1346.1.º y 1357.1.º del Código Civil, con los derechos de reembolso necesarios *ex* artículo 1358 del Código Civil, la protección del uso por la vía de los artículos 1320 y 96 de ese mismo cuerpo legal y la resolución de eventuales conflictos por la vía de los artículos 1390 y 1391 del Código Civil⁶⁴.

Y es que, en cualquier caso, cabe advertir que para equilibrar las situaciones ya se prevén las compensaciones entre patrimonios privativos y ganancial a través de los derechos de reembolso *ex* artículo 1358 del Código Civil, con importes actualizados al tiempo de la liquidación.

En relación con esto, MARTÍN MELÉNDEZ⁶⁵ aboga por acoger un fundamento económico basado en entender que con este párrafo segundo del artículo 1357 del Código Civil se introduce una medida para favorecer a la sociedad de gananciales, dado que realiza aportaciones con sus fondos comunes a la adquisición del bien, estando justificado por ello la adquisición de la propiedad proporcionalmente a esa contribución.

Sin embargo, en mi opinión, tampoco es suficiente para justificar el artículo 1357.2.º del Código Civil esa idea de compensación por la aportación de fondos gananciales por la vía de atribuir parte de la propiedad del bien. Si así fuera, ¿por qué preverlo solo para la vivienda familiar y no para otros bienes? La necesidad de compensar económicamente sería la misma en todo caso. Por otro lado, ya existe un sistema de compensación basado en los derechos de reembolso previstos en el artículo 1358 del Código Civil, aplicable con respecto a todos los bienes adquiridos a plazos con anterioridad a la sociedad de gananciales o vigente ésta (artículos 1357 y 1356 del Código Civil) y con respecto a las cantidades abonadas con fondos comunes o gananciales, acompañada de la oportuna actualización al tiempo de la liquidación de la sociedad. Unos derechos de reembolso que estimo suficientes, como mecanismos oportunos para equilibrar las situaciones patrimoniales concurrentes como una solución justa y justificada que, a diferencia de esta excepción del artículo 1357.2.º del Código Civil (que se pretende justificar bajo criterios de equilibrio y compensación económica), no afecta a la certidumbre y seguridad jurídica de las titularidades del bien, pues quién y cómo es propietario (en su caso bajo qué cuotas) viene concretado desde el principio, desde el momento de la adquisición.

Se puede argumentar que esa compensación económica por la vía del derecho de reembolso de las cantidades aportadas con cargo al patrimonio de la sociedad de gananciales, pese a la actualización prevista de esos importes a reembolsar al tiempo de la liquidación de la sociedad ganancial, no es suficiente porque cabe entender que la vivienda se revaloriza más o que es un activo cuyo valor se incrementa más que el propio dinero⁶⁶. Pero no siempre será así. Habrá ocasiones que, incluso, esa atribución de la propiedad en proindiviso sea más perjudicial para el cónyuge no adquirente a título privativo que el reconocimiento de la parte correspondiente al derecho de reembolso de la sociedad de gananciales por las aportaciones realizadas: si la vivienda adquirida perdió valor después de los años, el valor de lo atribuido como ganancial por esa propiedad será menor realmente que el importe de lo pagado por la sociedad que en virtud

de un derecho de reembolso debiera computarse en su haber en el momento de la disolución y liquidación de la sociedad, máxime si, como se indica en el artículo 1358 del Código Civil, se deberá devolver el importe íntegro satisfecho “actualizado al tiempo de la liquidación”. Ciertamente es que si se revalorizase el valor de la vivienda, la comparativa sería al contrario, pero de ningún modo quedaría desprotegido el otro cónyuge porque también se actualiza el importe a reembolsar y, además, cabría considerar justo que quien asumió el riesgo y decidió desembolsar inicialmente su dinero privativo para la compra de la vivienda (artículos 1356 y 1357.1.º CC), posteriormente asuma también el riesgo de la revalorización o no del bien adquirido a plazos, pero manteniéndose a favor de la sociedad de gananciales (y del otro cónyuge) una actualización de los importes a reembolsar en todo caso, incluso ante la desvalorización del bien (cuyo riesgo no se asume por la sociedad). Y a todo ello hay que añadir que acudir simplemente al sistema de derechos de reembolso supondría evitar una situación controvertida como es la proindivisión entre sujetos, que en los procesos de crisis matrimonial ya de por sí suelen estar inmersos en suficientes tensiones y que supondría una controversia más en la liquidación de la sociedad de gananciales y en la vida posterior a ésta mientras se mantenga esa situación de comunidad en el bien.

V. 4. PROPUESTA DE REFORMA: SUPRESIÓN DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1357 DEL CÓDIGO CIVIL Y DEL RÉGIMEN PARTICULAR DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN ESTE ÁMBITO

Atendidos los problemas que plantea y ya indicados *ut supra* y atendido el análisis hecho sobre posibles fundamentos que avalen esta excepción al régimen general de privatividad de los bienes adquiridos a plazos con anterioridad a la sociedad de gananciales acogida en el párrafo 2.º del artículo 1357 del Código Civil, estimo que no puede hallarse ninguna fundamentación suficiente a ese régimen excepcional para la vivienda familiar y, por ello, propongo su supresión en una futura reforma del Código Civil⁶⁷. Esta es la solución que considero más oportuna para acotar y evitar los problemas que esta excepción plantea y que se han señalado, manteniendo así un régimen más uniforme y no dispar entre la adquisición de la vivienda familiar antes y durante la vigencia de la sociedad, y evitando tensiones y conflictividad innecesarias entre los cónyuges o excónyuges.

Subsidiariamente, cabría plantearse alguna solución intermedia con una redacción más casuística del artículo 1357 del Código Civil y su excepcional segundo párrafo sobre la vivienda familiar atendiendo a supuestos más cercanos a una adquisición conjunta de los cónyuges, como prever la remisión al artículo 1354 del Código Civil y a esa proindivisión: para las adquisiciones a plazos he-

chas un año antes del matrimonio y con vistas a éste (si bien, sigo considerando que en esos casos realmente cabe presumir que, si no la adquirieron conjuntamente, entonces la voluntad de ambos futuros cónyuges es contraria a la proindivisión y debiera respetarse); o para adquisiciones con pago aplazado quedando pendiente de pago al inicio de la sociedad de gananciales al menos el 75 % del precio total; o casos similares a estos⁶⁸.

Aun con todo con estas últimas propuestas seguirían produciéndose los mismos efectos y problemas antes detallados derivados de esa remisión al artículo 1354 del Código Civil, por lo que tampoco existiría fundamento alguno para esa situación excepcional para la vivienda familiar como ya se ha indicado anteriormente y, además, podría añadir mayor tensión a la pareja de cara a la futura boda.

Por todo ello, finalmente entiendo que la propuesta más oportuna sería la de eliminar este segundo párrafo del artículo 1357 del Código Civil y que toda compra a plazos anterior al matrimonio efectuada por uno de los cónyuges, sin excepción, fuera privativa del adquirente, sin perjuicio de los derechos de reembolso que correspondan por la aplicación de fondos gananciales al pago del precio (tal y como ahora se acoge en el párrafo primero de ese precepto).

Una vía de hecho práctica para conseguir actualmente el mismo efecto de esa supresión normativa sería superar la doctrina jurisprudencial que equipara el pago aplazado del precio con la amortización de las cuotas del préstamo con el que se pagó el precio y que se comentó *ut supra*. Actualmente en la mayoría de los supuestos de compraventa de vivienda ese acto viene acompañado de un préstamo con el que se abona la totalidad del precio. De modo que, si se atiende a la diferente realidad de cada uno de los actos y a la inexistencia de identidad de razón entre la compraventa con pago del precio a plazos y la amortización de un préstamo, ello llevaría a rechazar la equiparación de supuestos y, como se indicó anteriormente, a que se aplique la regla general de adquisición privativa antes de la sociedad de gananciales con pago total del precio en ese momento y, por ello, a la privatividad del bien en favor del cónyuge adquirente (o en su caso ambos cónyuges en proindiviso privativo) conforme al artículo 1346 del Código Civil; sin perjuicio del derecho de reembolso de la sociedad de gananciales por el pago, en su caso, del préstamo privativo de ese cónyuge.

Y con ello se superarían ya, en la mayoría de los supuestos existentes en la práctica actualmente, esos problemas aducidos por la aplicación de una regla excepcional, como es la del párrafo 2.º del artículo 1357 del Código Civil, únicamente a un bien como la vivienda familiar sin contar con un fundamento suficiente para esa excepción, tal y como se ha indicado anteriormente en este trabajo.

VI. ADQUISICIÓN ONEROSA DE LA VIVIENDA ESTANDO VIGENTE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

VI.1. ADQUISICIÓN ONEROSA CONSTANTE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES CON PAGO DEL PRECIO EN UN SOLO ACTO O AL CONTADO

En estos casos la vivienda familiar tendrá carácter privativo o ganancial (o incluso mixto) en función de cuál sea la procedencia del dinero o fondos con los que se pagó esa adquisición (principio de subrogación real), entrando en juego a este respecto la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil.

Al margen de posibles actos voluntarios de los cónyuges que, al amparo de los artículos 1323, 1324 y 1355 del Código Civil, pudieran alterar los criterios legales de calificación de los bienes del matrimonio vigente la sociedad de gananciales y romper la presunción de ganancialidad, como ya advertí anteriormente en el planteamiento de este trabajo me centraré en las previsiones concretas que acogen los criterios legales conforme a los cuales se determinaría el carácter privativo o ganancial de esta vivienda familiar adquirida onerosamente constante la sociedad y en un pago único del precio.

En primer lugar, el artículo 1346.3.º del Código Civil advierte del carácter privativo de aquellos bienes adquiridos “a costa o en sustitución de bienes privativos”, entendiéndose que se refiere a una adquisición tras el matrimonio estando vigente la sociedad de gananciales, pues, de ser una adquisición anterior, el apartado primero de este precepto ya lo regula indicando su carácter privativo (resultando entonces reiterativo); además, la alusión directa a “bienes privativos” ya alude a un concepto propio del ámbito de la sociedad de gananciales y a su vigencia. El hecho de que se adquiriera onerosamente la vivienda familiar con dinero o fondos privativos implica, por tanto, que se ha adquirido “a costa” de un bien privativo; lo mismo sucedería en caso de permuta con un bien privativo.

Por su parte, el artículo 1347.3.º del Código Civil advierte del carácter ganancial de los bienes “adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos”.

Pero es posible también otro supuesto: que ese bien se haya pagado con dinero tanto privativo como ganancial. En este caso habría que atender entonces a lo previsto en el artículo 1354 del Código Civil que determina que la vivienda se adquirirá en proindiviso entre el cónyuge o los cónyuges que aportaron sus fondos privativos y la sociedad de gananciales, en proporción a sus respectivas aportaciones⁶⁹.

Ahora bien, junto con estos preceptos habrá que tener en cuenta también, como he indicado, la presunción *iuris tantum* de ganancialidad que actúa sobre los bienes existentes en el matrimonio (artículo 1361 CC), entre los que se en-

contraría el dinero o fondos (caudal) con los que se haya pagado el precio de ese bien (en este caso que nos ocupa, la vivienda familiar).

Por tanto, cabe concluir que, salvo que se demuestre que el dinero con el que se pagó esa vivienda lo fue íntegramente con dinero privativo de uno de los cónyuges (o incluso de ambos cónyuges), se entenderá que la vivienda familiar es ganancial por haberse adquirido constante el matrimonio y vigente la sociedad de gananciales y pagado íntegramente con caudal común o ganancial. Pero si se acreditase suficientemente la procedencia privativa de los fondos (por ejemplo, porque se demuestre que tienen su origen en una herencia recibida por ese cónyuge, ya sea dinero heredado ya dinero que sustituye a un bien heredado, y que, como tal, en ambos casos sería dinero privativo, conforme al artículo 1346 CC, apartados 2.º y 3.º), entonces se desvirtuaría la presunción de ganancialidad y esa vivienda familiar tendrá carácter privativo (STS de 27 de mayo de 2019)⁷⁰. A este respecto, en atención a lo indicado por el artículo 95 del Reglamento Hipotecario, efectivamente se inscribirá esa vivienda como privativa si así corresponde según las distintas previsiones de ese precepto y los criterios del Código Civil.

Y, en orden a esa prueba desvirtuadora de la presunción del artículo 1361 del Código Civil, debe advertirse que la declaración que al respecto hayan hecho los cónyuges en el momento de la compraventa en la escritura pública solo tendrá a su vez valor presuntivo, pudiendo ser contrarrestada por prueba en contrario: *vid.*, entre otras, la SAP de Málaga (sec. 6.ª) de 21 de junio de 2019 y las SSTs de 10 de octubre de 1988, de 12 de febrero de 1991, de 18 de julio de 1999, de 25 de septiembre de 2001, de 27 de mayo de 2019 y de 28 de febrero de 2023; esta última sentencia advierte además que, si, pese a constar la voluntad de ambos cónyuges de que ese bien tenga carácter ganancial, después se prueba que se usaron fondos privativos, el cónyuge titular de ese dinero privativo tendrá derecho de reintegro de ese importe actualizado aunque no hubiera hecho “reserva sobre la procedencia del dinero ni sobre su derecho de reembolso”.

En el ámbito registral cabe atender a lo indicado en los artículos 93 a 95 del Reglamento Hipotecario y a este respecto⁷¹:

- a) Se inscribirá a nombre de ambos cónyuges con carácter ganancial la vivienda adquirida a título oneroso por los dos esposos: i) y a costa del caudal común para la comunidad; ii) o atribuyéndole de común acuerdo ambos cónyuges tal condición de ganancial (cfr. artículo 1355 CC); iii) o, en caso de adquirirla en forma conjunta, si lo hacen sin atribución de cuotas (artículo 93.1 RH), y ello por cuanto, como señala el artículo 1355 del Código Civil, en ese caso se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes.
- b) La vivienda adquirida a título oneroso por uno solo de los cónyuges para la sociedad de gananciales se inscribirá con esta indicación y a nombre

del cónyuge adquirente (artículo 93.4 RH) sin ser necesario hacer constar realmente la procedencia de los fondos; ahora bien, esa mera declaración del cónyuge adquirente no será suficiente para determinar el carácter ganancial de ese bien, de modo que, si acreditase que los fondos con los que se abonó el precio fueron privativos, la vivienda tendrá ese carácter privativo (*vid.* STS de 27 de mayo de 2019).

- c) Si se hubiera adquirido la vivienda a título oneroso por uno solo de los cónyuges, sin expresar que adquiere para la sociedad de gananciales, se inscribirá a nombre del cónyuge adquirente con carácter presuntivamente ganancial (artículo 94.1 RH): cfr. STS de 27 de mayo de 2019, que advierte de esa mera presunción pudiendo desvirtuarse acreditando la procedencia privativa de los fondos con los que adquirió ese bien con el fin de que se declare privativo.
- d) En cuanto a la vivienda que, en estos casos, conforme a las previsiones antes indicadas del Código Civil, deba considerarse como privativa, su inscripción será bajo tal condición en favor del cónyuge adquirente: artículo 95 del Reglamento Hipotecario.

VI.2. ADQUISICIÓN ONEROSA CONSTANTE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES CON PAGO DEL PRECIO APLAZADO: ¿EXTENSIÓN DE LA EXCEPCIÓN DEL ARTÍCULO 1357.2.º DEL CÓDIGO CIVIL PARA LA VIVIENDA FAMILIAR?

Si un bien se adquiere a título oneroso por uno de los cónyuges estando ya vigente la sociedad de gananciales y se aplaza el pago del precio, la norma a tener en cuenta es el artículo 1356 del Código Civil que atribuye el carácter privativo o ganancial al bien así adquirido según el origen de los fondos con los que se hizo el primer desembolso (pago del primer plazo): si éste se pagó con dinero privativo de uno de los cónyuges (o de ambos cónyuges en proindiviso privativo), el bien sería entonces igualmente privativo; pero si ese primer desembolso fue con caudal común o ganancial, entonces el bien también tendrá ese mismo carácter, con independencia de cuál sea la procedencia del dinero con que se abonen el resto de los plazos. Es lo que se ha venido denominando como principio de accesión económica⁷². Y, además de ello, habrá que tener en cuenta la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil.

Por otro lado, a efectos registrales entiendo que deberá atenderse a las mismas reglas indicadas en el apartado anterior y a los artículos 93 a 95 del Reglamento Hipotecario en atención a ese primer desembolso.

Ahora bien, para equilibrar y compensar la situación ante ese pago del resto de los plazos con cargo a un patrimonio que, por no ser el que abonó el primer

desembolso, no tiene la propiedad del bien, este patrimonio ostentará un derecho de reembolso *ex* artículo 1358 del Código Civil contra el patrimonio del propietario del inmueble.

Pero ¿y si el primer desembolso tuvo lugar con fondos tanto privativos como gananciales? Este supuesto concreto no cuenta con previsión expresa en el artículo 1356 del Código Civil. En mi opinión, la solución vendría dada por el mismo criterio que se asume sin problemas para el caso de que se tratase de un desembolso abonado por los dos cónyuges con sus respectivos fondos privativos: generar una situación de proindivisión entre ellos. En este caso en el que el elemento definidor del carácter privativo o ganancial del bien es, según el artículo 1356 del Código Civil, el primer desembolso del precio aplazado, si ese primer desembolso se hizo desde dos patrimonios distintos, entonces se generará una proindivisión. Vendría a ser como una aplicación analógica o extensiva del artículo 1354 del Código Civil porque producirá los mismos efectos que éste, aunque este último precepto, en principio, está previsto solo para las adquisiciones constante la sociedad de gananciales pero al contado (no a plazos, pues para esos casos está el artículo 1356 CC) utilizando fondos privativos y gananciales. Dado que el artículo 1356 del Código Civil, pese a referirse a adquisiciones a plazos, pone el foco de atención únicamente en un pago (el primero), cabe entender que la solución de proindivisión es la más oportuna también para esa situación indicada de primer desembolso hecho con fondos privativos y gananciales⁷³. Pero, eso sí, sería una proindivisión con cuotas fijas ya desde el principio, no variables ni elásticas, sino concretadas *ab initio* en función de la proporción del primer desembolso que se haya efectuado con cargo a cada patrimonio privativo o ganancial; y, por supuesto, sin perjuicio de los derechos de reembolso que correspondan en su caso.

En todos estos casos cabe poner de relieve que, pese a tratarse de una adquisición a plazos, existe certeza *ab initio* sobre el carácter de ese bien en el marco del matrimonio vigente la sociedad de gananciales; los fondos con que se abone el primer desembolso determinarán desde el principio cuál será el carácter privativo o ganancial (o mixto en su caso según el último caso expuesto), con independencia de cómo se abonen el resto de los plazos y con cargo a qué fondos, sin perjuicio de los correspondientes derechos de reembolso.

Y, a mi juicio, este debe ser el mismo criterio que se acoja para el caso de que el bien adquirido sea la vivienda familiar en estos casos de adquisición constante la sociedad de gananciales. Varios autores⁷⁴ afirman que, dado que en el artículo 1356 del Código Civil no se alude expresamente a la vivienda familiar, lo oportuno sería atender a la misma excepción prevista en el artículo 1357.2.º del Código Civil con remisión al artículo 1354 de ese mismo cuerpo normativo y extenderla a los supuestos de adquisiciones a plazos constante la sociedad de gananciales, lo que llevaría de nuevo en estos casos de vivienda familiar a un indeseable

resultado de proindivisión bajo cuotas variables, elásticas e indefinidas hasta el final del pago del precio.

Lógicamente, si en este trabajo defiende la falta de justificación y oportunidad de la excepción contemplada en el segundo párrafo del artículo 1357 del Código Civil, no resultaría coherente defender una excepción similar ahora en estos casos del artículo 1356 del Código Civil.

Pero es que, aun con la existencia efectiva, real y actual de esa excepción en el artículo 1357.2.º del Código Civil, entiendo que no procede esa aplicación extensiva o analógica de la misma a los supuestos previstos en el artículo 1356 del Código Civil. No existe laguna legal para una analogía y no existe justificación necesaria para una interpretación extensiva.

Las excepciones se deben interpretar restrictivamente.

En ninguno de los preceptos que se acogen en el Código Civil para determinar el carácter de los bienes existentes en el matrimonio se alude a la vivienda familiar, salvo en uno: el artículo 1357 del Código Civil en su segundo párrafo. Pero la vivienda familiar no solo se adquiere bajo los términos previstos en esta norma; también hay casos de vivienda familiar a los que les sería aplicable el criterio del artículo 1346, o el del artículo 1347, o el del artículo 1354 con adquisición al contado constante el matrimonio, y también por el artículo 1356, todos ellos del Código Civil. En ninguno de estos preceptos se alude a un régimen especial para la vivienda familiar; por ello cabe plantearse ¿por qué querer hacer la extensión de esa excepción solo al artículo 1356 del Código Civil y no a los demás que tampoco aluden a la vivienda familiar? No tiene sentido en ninguno de ellos, pues, el que no se indique expresamente en su tenor literal referencia a la vivienda familiar, no implica que no sea un supuesto ya acogido por la norma y perfectamente aplicable a ella. Y lo mismo podría haberse dicho del artículo 1357 del Código Civil si solo se hubiera contemplado lo señalado en el párrafo primero. Pero el legislador decidió excepcionar ese artículo 1357.1.º del Código Civil, y solo este (ningún otro precepto), dotando a la vivienda familiar en ese caso de adquisición a plazos previa a la vigencia de la sociedad de gananciales de un régimen especial distinto a todos los demás casos; pero solo lo hizo para ese supuesto. De haber querido hacer una excepción con el artículo 1356 del Código Civil para la vivienda familiar lo hubiera previsto así; o podía haber establecido un régimen especial general para la vivienda familiar distinto a todos los criterios anteriores; pero no lo hizo⁷⁵.

Y es que incluso resulta más positivo que no se introduzca la excepción ni se extienda lo previsto en el artículo 1357.2.º del Código Civil a estos otros casos pues, de lo contrario, se atraerían los mismos problemas ya indicados *ut supra* al analizar los efectos de esta excepción del segundo párrafo del artículo 1357 del Código Civil, así como la falta de justificación y fundamento suficiente para ello.

A diferencia de esta última norma, aplicando a la vivienda familiar lo ya previsto en el artículo 1356 del Código Civil se dota de mayor certidumbre a la situación, pues desde el momento del primer desembolso ya vendría concretado el carácter de ese bien en el matrimonio, sin perjuicio de los derechos de reembolso que correspondan.

A mayor abundamiento: imaginemos el caso de que se adquiriese una vivienda constante el matrimonio con precio aplazado⁷⁶ y con un primer desembolso de carácter privativo de uno de los cónyuges, pero que esa no era inicialmente la vivienda familiar, sino que la atribución de tal cualidad fue posterior. En este caso ¿qué carácter tendrá la vivienda? A mi juicio la que se le adjudicó desde el principio, con total certidumbre: carácter privativo por ser ese el carácter del primer desembolso tal y como se prevé en el artículo 1356 del Código Civil, sin excepción; y si hubiera sido ganancial ese primer desembolso pues entonces la vivienda sería también íntegramente ganancial; y ello sin perjuicio de los derechos de reembolso por el pago de los plazos posteriores que pudieran surgir a favor de la sociedad o de uno de los cónyuges (artículo 1358 CC). Es decir, que la atribución del carácter familiar a esa vivienda con posterioridad a su adquisición no alterará su situación y el carácter privativo o ganancial determinado desde el principio. Pero si se aceptase la extensión a estos casos de la excepción sobre vivienda familiar del artículo 1357.2.º del Código Civil, entonces se estaría alterando la situación y cambiando la certeza por la incertidumbre, generando innecesariamente problemas posteriores no previstos ni deseados.

Del mismo modo, si esa vivienda familiar adquirida a plazos constante la sociedad de gananciales posteriormente perdiera esa condición, con el régimen previsto en el artículo 1356 del Código Civil el carácter del bien dentro del matrimonio y esa sociedad no se vería alterado, porque seguiría siendo el mismo. Tampoco existirá ninguna alteración si se disolviera la sociedad de gananciales antes de abonarse todos los plazos del precio, pues el carácter del bien vendría ya determinado desde el principio. Sin embargo, ya se señalaron *ut supra* los problemas derivados de la pérdida del carácter familiar de la vivienda así como respecto a la disolución de la sociedad antes del abono de todos los plazos de aplicarse el régimen excepcional del artículo 1357.2.º del Código Civil; lo cual apoyaría una postura contraria a esa extensión excepcional.

En definitiva, como acabo de exponer, no creo que esté justificado ni sea necesario ni oportuno hacer una interpretación o aplicación extensiva de la excepción sobre vivienda familiar acogida para las adquisiciones a plazos anteriores a la sociedad de gananciales a los supuestos en que tal adquisición a plazos lo sea constante la sociedad.

VII. CONCLUSIONES

I. La atribución del carácter privativo o ganancial de la vivienda familiar viene determinada fundamentalmente por el tipo de adquisición, el momento en el que se realiza y, en su caso, la procedencia de los fondos con los que se ha abonado el precio. A este respecto, el Código Civil acoge en sus artículos 1346, 1347, 1354, 1356 y 1357 los criterios a tener en cuenta para ello según los casos, tal y como se ha expuesto en este trabajo. Y todo ello acompañado de un sistema de compensación para lograr el reequilibrio entre las masas patrimoniales privativas y ganancial sustentado en los derechos de reembolso previstos en el artículo 1358 del Código Civil.

II. Con carácter general, estos criterios legales determinan ya desde el momento de la adquisición con total certeza, incluso en los casos de adquisición con precio aplazado, cuál es el carácter privativo o ganancial del bien. Pero en un único caso se prescinde por el legislador de esta certidumbre y seguridad jurídica: cuando la vivienda familiar se ha comprado a plazos por un cónyuge antes de la vigencia de la sociedad de gananciales, abonándose alguno o todos los plazos con fondos gananciales (artículo 1357.2.º CC).

III. A este respecto, considero que, en contra de lo que la jurisprudencia ha venido entendiendo, no debe equipararse esa compra con pago del precio aplazado con la amortización de cuotas del préstamo obtenido para pagar el precio de adquisición de la vivienda familiar.

IV. Estimo, asimismo, que la excepción prevista en el artículo 1357.2.º del Código Civil no tiene una fundamentación suficiente ni resulta justificada ni oportuna, generando incertidumbre y conflictividad innecesarias. Por lo que, tras el análisis crítico del supuesto de hecho así como de su régimen jurídico y efectos, propongo la supresión de esa excepción legal en una futura reforma del Código Civil.

V. Por último, entiendo que este régimen excepcional previsto para la vivienda familiar no debe extenderse a los supuestos del artículo 1356 del Código Civil sobre adquisiciones a plazos de bienes por un cónyuge constante la sociedad de gananciales.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- RDGRN de 25 de septiembre de 1990.
- RDGRN de 21 de mayo de 1998.
- RDGRN de 16 de octubre de 1998.
- RDGRN de 13 de febrero de 1999.
- RDGRN de 17 de abril de 2002.

- RDGRN de 10 de octubre de 2005.
- RDGRN de 27 de octubre de 2007.
- RDGRN de 8 de mayo de 2008.
- RDGRN de 5 de diciembre de 2009.
- RDGRN de 29 de marzo de 2010.
- RDGRN de 31 de marzo de 2010.
- RDGRN de 4 de octubre de 2010.
- RDGRN de 4 de junio de 2012.
- RDGRN de 8 de junio de 2012.
- RDGRN de 29 de diciembre de 2012.
- RDGRN de 8 de mayo de 2014.
- RDGRN de 27 de julio de 2015.
- RDGRN de 24 de noviembre de 2015.
- RDGRN de 2 de marzo de 2016.
- RDGRN de 15 de marzo de 2017.
- RDGRN de 7 de noviembre de 2018.
- RDGSJyFP de 12 de junio de 2020.
- RDGSJyFP de 15 de enero de 2021.
- RDGSJyFP de 11 de abril de 2022.
- RDGSJyFP de 30 de mayo de 2022.
- RRDGSJyFP de 4 de julio de 2022.
- RDGSJyFP de 2 de marzo de 2023.
- RDGSJyFP de 8 de marzo de 2023.
- SAP de Almería (sec. 1.^a) de 19 de febrero de 2003.
- SAP de Las Palmas (sec. 5.^a) de 17 de noviembre de 2005.
- SAP de Cáceres (sec. 1.^a) de 13 de abril de 2011.
- SAP de Madrid (sec. 22.^a) de 22 de junio de 2012.
- SAP de Cádiz (sec. 5.^a) de 9 de febrero de 2015.
- SAP de Málaga (sec. 6.^a) de 21 de junio de 2019.
- SAP de Valencia (sec. 10.^a) de 11 de septiembre de 2019.
- SAP de Alicante (sec. 9.^a) de 17 de junio de 2022.
- SAP de Córdoba (sec. 1.^a) de 1 de marzo de 2024.
- SAP de Álava (sec. 1.^a) de 19 de junio de 2024.
- SAP de Granada (sec. 5.^a) de 7 de marzo de 2024.
- SAP de Orense (sec. 1.^a) de 8 de noviembre de 2024.
- SAP de Málaga (sec. 6.^a) de 18 de noviembre de 2024.
- SAP de Cádiz (sec. 5.^a) de 18 de marzo de 2025.
- SAP de Madrid (sec. 24.^a) de 5 de mayo de 2025.
- SAP de Granada (sec. 5.^a) de 16 de mayo de 2025.
- SAP de Vizcaya (sec. 4.^a) de 20 de mayo de 2025.

- SAP de Cádiz (sec. 5.^a) de 30 de junio de 2025.
- SAP de Cantabria (sec. 2.^a) de 17 de julio de 2025.
- STC de 31 de octubre de 1986.
- STS de 8 de junio de 1983.
- STS de 10 de octubre de 1988.
- STS de 31 de octubre de 1989.
- STS de 12 de febrero de 1991.
- STS de 23 de marzo de 1992.
- STS de 31 de diciembre de 1994.
- STS de 7 de junio de 1996.
- STS de 24 de julio de 1996.
- STS de 26 de diciembre de 1996.
- STS de 9 de marzo de 1998.
- STS de 10 de marzo de 1998.
- STS de 24 de septiembre de 1998.
- STS de 18 de julio de 1999.
- STS de 24 de febrero de 2000.
- STS de 27 de marzo de 2000.
- STS de 3 de abril de 2000.
- STS de 20 de noviembre de 2000.
- STS de 18 de diciembre de 2000.
- STS de 25 de septiembre de 2001.
- STS de 17 de abril de 2002.
- STS de 25 de julio de 2002.
- STS de 26 de septiembre de 2002.
- STS de 4 de diciembre de 2002.
- STS de 14 de enero de 2003.
- STS de 10 de febrero de 2003.
- STS de 22 de diciembre de 2003.
- STS de 30 de junio de 2005.
- STS de 19 de junio de 2006.
- STS de 3 de noviembre de 2006.
- STS de 29 de noviembre de 2006.
- STS de 16 de marzo de 2007.
- STS de 27 de noviembre de 2007.
- STS de 18 de junio de 2008.
- STS de 31 de mayo de 2012.
- STS de 18 de junio de 2012.
- STS de 15 de febrero de 2013.
- STS de 19 de noviembre de 2013.

- STS de 6 de abril de 2016.
- STS de 7 de julio de 2016.
- STS de 19 de enero de 2017.
- STS de 23 de enero de 2017.
- STS de 13 de septiembre de 2017.
- STS de 22 de septiembre de 2017.
- STS de 28 de septiembre de 2018.
- STS de 19 de mayo de 2019.
- STS de 27 de mayo de 2019.
- STS de 11 de diciembre de 2019.
- STS de 15 de enero de 2020.
- STS de 6 de febrero de 2020.
- STS de 2 de marzo de 2020.
- STS de 11 de noviembre de 2020.
- STS de 24 de marzo de 2021.
- STS de 24 de mayo de 2021.
- STS de 28 de junio de 2021.
- STS de 28 de febrero de 2023.
- STS de 3 de octubre de 2023.
- STS de 8 de mayo de 2024.
- STS de 8 de noviembre de 2024.
- STSJ de Navarra de 13 de octubre de 2021.

BIBLIOGRAFÍA

- BERROCAL LANZAROT, A. I. (2023). La confesión de privatividad y la presunción de ganancialidad: su operatividad frente a los acreedores y herederos ante el pacto de atribución de la privatividad (i) y (ii). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núms. 798 (pp. 2275–2337) y 799 (pp. 2875–2913).
- BLANDINO GARRIDO, M. A. (2023). La adquisición de la vivienda familiar en el régimen de gananciales. *Actualidad Jurídica Iberoamericana* [En línea], núm. 19, pp. 70-103, disponible en https://revista-aji.com/articulos/2023/19/AJI19_3.pdf.
- CERVILLA GARZÓN, M. D. (2022). Una propuesta de reforma del artículo 96 del CC: el derecho a usar la vivienda familiar en el siglo XXI. En: S. Calaza, A. Donado y F. Yáñez (dirs.). *La vivienda familiar ante los retos de la crisis*. Madrid: Dykinson (pp. 115-133).
- FERNÁNDEZ CANALES, C. (2013). *Sociedad de gananciales y vivienda conyugal*. Madrid: ed. Reus.
- GARCÍA MAYO, M. (2019). *Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico*. Madrid: ed. Reus.

- GETE-ALONSO Y CALERA, M. C. (2025). La vivienda familiar: concepto, datos de identificación. En: J. Solé y M. C. Gete-Alonso (coords.). *La vivienda familiar*. Barcelona: Atelier (pp. 21-43).
- GIL MEMBRADO, C. (2013). *La vivienda familiar*. Madrid: ed. Reus.
- GIMÉNEZ DUART, T. (1982). Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 48, pp. 117-146.
- JUÁREZ TORREJÓN, Á. (2024). La atribución del carácter ganancial y privativo de inmuebles “*causa matrimonii*” a la luz del sistema (causalista) español. Análisis crítico de la doctrina de la DGRN/DGSJyFP. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 804, pp. 2231-2250.
- LUQUE JIMÉNEZ, M. C. (2012). *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*. Madrid: Colegio de Registradores.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2002). *Compra financiada de vivienda familiar y sociedad de gananciales: artículo 1.357, párrafo 2, del Código civil*. Madrid: Civitas.
- MORALEJO IMBERNÓN, N. (2021). Comentarios a los artículos 1344 a 1361 del Código Civil. En: R. Bercovitz (coord.), *Comentarios al Código Civil* (5.ª ed.). Cizur menor: Aranzadi (pp. 1755-1756).
- MORENO MOZO, F. (2023). La titularidad de la vivienda familiar adquirida a plazos y el régimen de gananciales. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 117, pp. 111-174.
- ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*. Madrid: Bosch-Wolters Kluwer.
- PALAZÓN GARRIDO, M. L. (2025). Atribución y extinción del uso de la vivienda familiar en la crisis matrimonial. Régimen del Código Civil español. En: J. Solé y M. C. Gete-Alonso (coords.). *La vivienda familiar*. Barcelona: Atelier (pp. 161-189).
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). *El régimen de gananciales*. Cizur Menor: Aranzadi.
- RAMS ALBESA, J. J. (1992). *La sociedad de gananciales*. Madrid: Tecnos.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2025). Vivienda habitual y crédito inmobiliario. Otras formas de garantía. En: M. Cuena y J. Tejedor (dirs.). *Tratado de Derecho de la vivienda*, volumen I. [En línea]. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (pp. 925-952), disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-PB-2025-382&tipo=L&modo=2
- SÁNCHEZ JORDÁN, M. E. (2025). Vivienda familiar y Registro de la propiedad. En: J. Solé y M. C. Gete-Alonso (coords.). *La vivienda familiar*. Barcelona: Atelier (pp. 67-101).
- TOFIÑO PADRINO, A. (2023). La vivienda familiar: precisiones terminológicas. *Boletín del Ministerio de Justicia* [En línea], núm. 2262, disponible en <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/BMJ/article/view/9916>

NOTAS

¹ Comunidad que no atiende a la existencia de cuotas indivisas o en proindiviso como caracteriza a la comunidad romana. *Vid.*, entre otros, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2002). *Compra financiada de vivienda familiar y sociedad de gananciales: artículo 1.357, párrafo 2, del Código civil*. Madrid: Civitas, pp. 105-106.

² Relacionado con ello existe el debate en torno a la calificación de los preceptos que acogen los criterios de atribución del carácter ganancial o privativo de los bienes existentes durante el matrimonio bajo el régimen de sociedad de gananciales, particularmente el artículo 1357 del Código Civil, como una norma de tráfico o una norma de liquidación: entre otros, cfr. GIMÉNEZ DUART, T. (1982). Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 48, p. 141; BLANDINO GARRIDO, M. A. (2023). La adquisición de la vivienda familiar en el régimen de gananciales. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 19, p. 87; y MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2002). *Compra financiada...*, *op. cit.*, pp. 91 y ss.

³ *Vid.*, entre otros, BLANDINO GARRIDO, M. A. (2023). La adquisición..., *op. cit.*, pp. 91 y ss.; JUÁREZ TORREJÓN, Á. (2024). La atribución del carácter ganancial y privativo de inmuebles “*causa matrimonii*” a la luz del sistema (causalista) español. Análisis crítico de la doctrina de la DGRN/DGSJyFP. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 804, pp. 2237 y ss.; y BERROCAL LANZAROT, A. I. (2023). La confesión de privatividad y la presunción de ganancialidad: su operatividad frente a los acreedores y herederos ante el pacto de atribución de la privatividad (i) y (ii). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núms. 798 (pp. 2277 y ss.) y 799 (pp. 2877 y ss.).

⁴ *Vid.* entre otros, GETE-ALONSO Y CALERA, M. C. (2025). La vivienda familiar: concepto, datos de identificación. En: J. Solé y M. C. Gete-Alonso (coords.). *La vivienda familiar*. Barcelona: Atelier, pp. 29-31; GIL MEMBRADO, C. (2013). *La vivienda familiar*. Madrid: ed. Reus., pp. 16 y ss.; GARCÍA MAYO, M. (2019). *Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico*. Madrid: ed. Reus, pp. 37 y ss.; y TOFIÑO PADRINO, A. (2023). La vivienda familiar: precisiones terminológicas. *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2262, pp. 9 y ss. Asimismo, entre otras, *vid.* la STC de 31 de octubre de 1986; las SSTs de 31 de diciembre de 1994, de 26 de diciembre de 1996, de 10 de marzo de 1998, de 31 de mayo de 2012, de 19 de noviembre de 2013, de 19 de enero de 2017; y las SSAP de Las Palmas (sec. 5.^a) de 17 de noviembre de 2005, de Cáceres (sec. 1.^a) de 13 de abril de 2011, de Madrid (sec. 22.^a) de 22 de junio de 2012 y de Cádiz (sec. 5.^a) de 9 de febrero de 2015.

⁵ *Vid.*, entre otros, GETE-ALONSO Y CALERA, M. C. (2025). La vivienda..., *op. cit.*, pp. 31-40; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2002). *Compra financiada...*, *op. cit.*, p. 48; GARCÍA MAYO, M. (2019). *Vivienda familiar...*, *op. cit.*, pp. 37 y ss.; y MORENO MOZO, F. (2023). La titularidad de la vivienda familiar adquirida a plazos y el régimen de gananciales. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 117, pp. 161 y ss.

⁶ Aunque los bienes inmuebles son los principales objetos, en principio no habría que descartar bajo ese concepto de “vivienda” si se cumplen el resto de características principales, los bienes muebles como los vehículos, particularmente caravanas. Tampoco cabría prescindir de los casos de los barcos. *Vid.*, entre otros, TOFIÑO PADRINO, A. (2023). La vivienda..., *op. cit.*, pp. 40-41.

⁷ *Vid.* RDGSJyFP de 2 de marzo de 2023.

⁸ La STS de 31 de mayo de 2012, en el marco de un proceso de ruptura matrimonial y de la atribución del uso de la vivienda familiar ex artículo 96 del Código Civil, advirtió de la falta

de definición legal de esta en el Código Civil y que se ha venido interpretando jurisprudencialmente vinculada a lo previsto en el artículo 70 del Código Civil sobre el domicilio conyugal; por ello, se refiere a la vivienda familiar bajo las características de lugar que constituya “la residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia”. Cfr. STS de 19 de noviembre de 2013.

⁹ Una discusión que también se vincula con la caracterización de los artículos 1354, 1356 y 1357 del Código Civil como normas de tráfico o de liquidación. Entre otros *vid.* GIMÉNEZ DUART, T. (1982). Los bienes..., *op. cit.*, p. 141; MORENO MOZO, F. (2023). La titularidad..., *op. cit.*, pp. 163 y ss.; BLANDINO GARRIDO, M. A. (2023). La adquisición..., *op. cit.*, pp. 87-88; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2002). *Compra financiada...*, *op. cit.*, pp. 49-52, 91-102 y 120 y ss.; y RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). *El régimen de gananciales*. Cizur Menor: Aranzadi, pp. 258-259; así como la STSJ de Navarra de 13 de octubre de 2021 y las SSAP de Valencia (sec. 10.ª) de 11 de septiembre de 2019 y de Alicante (sec. 9.ª) de 17 de junio de 2022. A este respecto, en el marco de procesos por crisis matrimoniales, el Tribunal Supremo advirtió que debe considerarse como vivienda familiar la que se identifica como tal y reúne los requisitos propios de tal condición y lo fue hasta el momento justo de producirse la crisis y extinguirse la unión conyugal: entre otras, SSTs de 6 de abril de 2016, de 23 de enero de 2017, de 22 de septiembre de 2017 y de 24 de mayo de 2021.

¹⁰ Sobre la atribución del uso de la vivienda familiar y las previsiones del artículo 96 del Código Civil hay abundante doctrina académica y jurisprudencial. Entre la primera cabe citar, entre otros, LUQUE JIMÉNEZ, M. C. (2012). *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*. Madrid: Colegio de Registradores; ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*. Madrid: Bosch-Wolters Kluwer; GARCÍA MAYO, M. (2019). *Vivienda familiar...*, *op. cit.*; PALAZÓN GARRIDO, M. L. (2025). Atribución y extinción del uso de la vivienda familiar en la crisis matrimonial. Régimen del Código Civil español. En: J. Solé y M. C. Gete-Alonso (coords.). *La vivienda familiar*. Barcelona: Atelier, pp. 161 y ss.; y CERVILLA GARZÓN, M. D. (2022). Una propuesta de reforma del artículo 96 del CC: el derecho a usar la vivienda familiar en el siglo XXI. En: S. Calaza, A. Donado y F. Yáñez (dirs.). *La vivienda familiar ante los retos de la crisis*. Madrid: Dykinson, pp. 115 y ss.

¹¹ Con anterioridad a esta Ley de 13 de mayo de 1981 todos los bienes adquiridos antes del matrimonio y aportados a éste por uno de los cónyuges eran privativos de modo definitivo, aunque el precio se aplazara total o parcialmente y con independencia de posibles pagos efectuados con fondos gananciales (artículo 1396 CC antes de la referida reforma; que acogía así la regla general ahora prevista en los artículos 1346.1.º y 1357.1.º CC); también para el caso de la vivienda familiar pues no había previsión especial al respecto. *Vid.*, entre otras, SSTs de 8 de junio de 1983, de 4 de diciembre de 2002, de 22 de diciembre de 2003 y de 3 de noviembre de 2006.

¹² Entre otros, *vid.*, RAMS ALBESA, J. J. (1992). *La sociedad de gananciales*. Madrid: Tecnos, pp. 64-65; GIMÉNEZ DUART, T. (1982). Los bienes..., *op. cit.*, pp. 140-141; MORENO MOZO, F. (2023). La titularidad..., *op. cit.*, pp. 121-122; y FERNÁNDEZ CANALES, C. (2013). *Sociedad de gananciales y vivienda conyugal*. Madrid: ed. Reus, pp. 155 y ss., quien, además, propone de *lege ferenda* una interesante y fundada nueva redacción de los artículos 1354, 1356 y 1357 del Código Civil, incluyendo la supresión del segundo párrafo de este nuevo precepto (propuesta que comparto): pp. 233-243 de la obra citada.

¹³ A este respecto, *vid.* nota 3 del presente trabajo.

¹⁴ Según advierte el artículo 1355 del Código Civil: “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. Si la adquisición se hiciere en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes”.

Se reconoce, por tanto, la posibilidad de que las partes de común acuerdo decidan atribuir el carácter ganancial a la vivienda adquirida constante la sociedad, con independencia del origen de los fondos con que se abone el precio (que, por tanto, podrían ser exclusivamente privativos de uno de los cónyuges o incluso de ambos de forma privativa; o podría ser también de carácter mixto, parte ganancial y parte privativa), tal y como les permite el artículo 1355 del Código Civil, por voluntad expresa o presunta (párrafo 2.º del citado precepto) de ambos cónyuges emitida en el momento de la adquisición, no con posterioridad (*vid.*, entre otras, STS de 27 de mayo de 2019 y RRDGRN de 25 de septiembre de 1990 y de 16 de octubre de 1998), y sin perjuicio del derecho de reembolso a favor del patrimonio privativo de donde hubieran surgido los fondos, incluso aunque no se hubiera hecho reserva alguna en el momento de la adquisición (entre otras, SSTs de 27 de mayo de 2019, de 6 de febrero de 2020, de 2 de marzo de 2020 y de 11 de noviembre de 2020): entre otros, *vid.* BLANDINO GARRIDO, M. A. (2023). La adquisición..., *op. cit.*, p. 92; y MORALES IMBERNÓN, N. (2021). Comentarios a los artículos 1344 a 1361 del Código Civil. En: R. Bercovitz (coord.), *Comentarios al Código Civil* (5.ª ed.). Cizur menor: Aranzadi, pp. 1755-1756.

¹⁵ Aunque expresamente no aluda el artículo 1355 del Código Civil a ello, cabe entender, al amparo de la amplia libertad de pactos y contratos entre cónyuges reconocida en el artículo 1323 CC, que por acuerdo de las partes igualmente puede atribuirse carácter privativo a la vivienda adquirida onerosamente constante la sociedad de gananciales con independencia de la procedencia de los fondos con los que se pagó el precio (y, particularmente, aun en el caso de que fueran gananciales). Así lo entiende también MORALES IMBERNÓN, N. (2021). Comentarios..., *op. cit.*, p. 1755; y BLANDINO GARRIDO, M. A. (2023). La adquisición..., *op. cit.*, p. 100; así como las RRDGSJyFP de 12 de junio de 2020, de 15 de enero de 2021 y de 4 de julio de 2022, entre otras. Una posibilidad esta que no cabe confundir con la confesión de privatividad del bien (en nuestro caso la vivienda familiar) por el cónyuge no titular, declarando y reconociendo que el otro cónyuge es su propietario (artículo 1324 CC): *vid.*, entre otras, SSTs de 29 de noviembre de 2006, de 18 de junio de 2012 y de 15 de enero de 2020, así como las RRDGRN de 4 de junio de 2012, de 29 de diciembre de 2012 y de 7 de noviembre de 2018 y las RRDGSJyFP de 12 de junio de 2020, de 15 de enero de 2021 y de 11 de abril de 2022. Sobre la confesión de privatividad *vid.*, entre otros, BLANDINO GARRIDO, M. A. (2023). La adquisición..., *op. cit.*, p. 91; y BERROCAL LANZAROT, A. I. (2023). La confesión..., *op. cit.*

¹⁶ MORALES IMBERNÓN, N. (2021). Comentarios..., *op. cit.*, p. 1761.

¹⁷ MORALES IMBERNÓN, N. (2021). Comentarios..., *op. cit.*, p. 1761.

¹⁸ Entre otros, *vid.* BLANDINO GARRIDO, M. A. (2023). La adquisición..., *op. cit.*, pp. 79-81; MORENO MOZO, F. (2023). La titularidad..., *op. cit.*, pp. 124-125; RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). *El régimen...*, *op. cit.*, pp. 208 y 237 y ss.; y MORALES IMBERNÓN, N. (2021). Comentarios..., *op. cit.*, pp. 1761-1762.

¹⁹ Según indica esta STS de 28 de febrero de 2023: “los depósitos indistintos no presuponen comunidad de dominio sobre los objetos depositados, por lo que habrá de estarse a las relaciones internas entre los titulares y, más concretamente, a la originaria procedencia del dinero que nutre la cuenta, todo ello con la finalidad de catalogar el carácter dominical de los fondos”.

²⁰ *Vid.*, entre otros, RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). *El régimen...*, *op. cit.*, pp. 206 y ss.; y SSTs de 25 de julio de 2002, de 26 de septiembre de 2002, de 19 de junio de 2006 y de 29 de noviembre de 2006, entre otras.

²¹ Así lo entiende también BLANDINO GARRIDO, M. A. (2023). *La adquisición...*, *op. cit.*, p. 79.

²² Entre otras, *vid.* SSTs de 24 de septiembre de 1998, de 27 de marzo de 2000 y de 18 de junio de 2008.

²³ Más habitual es el caso de donación de dinero de padres a un hijo para que pueda comprar la vivienda: en estos casos ese dinero también será privativo del hijo y si con él abona la totalidad del precio de la vivienda antes del matrimonio, el bien será igualmente privativo (artículo 1346 CC).

²⁴ *Vid.*, entre otros, MORENO MOZO, F. (2023). *La titularidad...*, *op. cit.*, pp. 115 y ss.

²⁵ Adviértase que esta situación de comunidad ordinaria (en proindiviso) con respecto a la vivienda, debe diferenciarse totalmente de los casos de vivienda ganancial, en los que no hay una atribución de cuotas en proindiviso a cada cónyuge sino que la vivienda pertenece a la sociedad, la cual está integrada por ambos cónyuges, que deberán actuar sobre los bienes a ella pertenecientes de forma conjunta bajo reglas de gestión distintas a las de la comunidad romana ordinaria (mientras esta se rige por los artículos 392 y ss. CC, la sociedad de gananciales se sometería a las reglas de gestión y administración recogidas en los artículos 1375 y ss. CC).

²⁶ *Vid.*, entre otros, MORENO MOZO, F. (2023). *La titularidad...*, *op. cit.*, pp. 117-118.

²⁷ En esta STS de 16 de marzo de 2007 se aplicó esa excepción del artículo 1357.2.º del Código Civil por tratarse de una vivienda familiar a pesar de que la adquisición de la vivienda por el hombre tuvo lugar mucho tiempo antes de contraer matrimonio y, por tanto, de haberse destinado la vivienda a hogar familiar y también a pesar de que el matrimonio solo se mantuvo por poco más de cuatro meses al extinguirse por fallecimiento del esposo y, además, únicamente se abonó constante la sociedad de gananciales uno solo de los plazos del precio y por una cantidad exigua del total de éste.

²⁸ RAGEL SÁNCHEZ, por su parte, afirma que esta excepción no tendrá lugar ni producirá efectos si se ha producido una confesión de ganancialidad por parte del comprador o una confesión de privatividad por el otro cónyuge no comprador: *vid.* RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). *El régimen...*, *op. cit.*, p. 256; asimismo, *vid.*, entre otras, STS de 30 de junio de 2005. Cfr. a este respecto MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2002). *Compra financiada...*, *op. cit.*, pp. 109 y ss.

²⁹ Así lo advirtió también nuestro Alto Tribunal en su STS de 16 de marzo de 2007, criticando el modo en que el legislador ha regulado esta cuestión, pero advirtiendo que no por ello podía prescindirse del precepto.

³⁰ Entre otros, *vid.* BLANDINO GARRIDO, M. A. (2023). *La adquisición...*, *op. cit.*, pp. 83-86; y MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2002). *Compra financiada...*, *op. cit.*, pp. 47 y ss.

³¹ *Vid.*, entre otras, SSTs de 27 de marzo de 2000 y de 20 de noviembre de 2000 y RRD-GRN de 29 de marzo y de 31 de marzo de 2010.

³² *Vid.*, entre otros, MORENO MOZO, F. (2023). *La titularidad...*, *op. cit.*, pp. 133-144; y RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). *El régimen...*, *op. cit.*, pp. 219-221.

³³ RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). *El régimen...*, *op. cit.*, pp. 219-220. Cfr. MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2002). *Compra financiada...*, *op. cit.*, p. 22 nota 9.

³⁴ A este respecto *vid.*, entre otros, MORENO MOZO, F. (2023). *La titularidad...*, *op. cit.*, pp. 123-124.

³⁵ En sentido similar, entre otros, MORENO MOZO, F. (2023). La titularidad..., *op. cit.*, p. 138; y MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2002). *Compra financiada...*, *op. cit.*, pp. 89-90. En contra, FERNÁNDEZ CANALES, C. (2013). *Sociedad...*, *op. cit.*, pp. 177-178.

³⁶ A este respecto, *vid.*, SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2025). Vivienda habitual y crédito inmobiliario. Otras formas de garantía. En: M. Cuena y J. Tejedor (dirs.). *Tratado de Derecho de la vivienda*, volumen I. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, pp. 927 y ss.

³⁷ Entre otros, *vid.* MORENO MOZO, F. (2023). La titularidad..., *op. cit.*, p. 131; y MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2002). *Compra financiada...*, *op. cit.*, pp. 169 y ss., quien critica el fundamento o argumento de equidad en esta doctrina del Tribunal Supremo, así como ese argumento sobre el fraude de ley, pero comparte la conclusión equiparativa de los supuestos de pago del precio a plazos y amortización de las cuotas del préstamo, si bien no por razones de equidad sino bajo la aplicación analógica del artículo 1357.2.º del Código Civil.

³⁸ Así sucedía con anterioridad a la reforma de 1981 como se pone de manifiesto en las SSTs de 4 de diciembre de 2002 y de 3 de noviembre de 2006.

³⁹ A favor de la aplicación analógica del artículo 1357.2.º del Código Civil a la amortización del préstamo se muestra MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2002). *Compra financiada...*, *op. cit.*, pp. 182 y ss. y 201. Sin embargo, compartiendo las apreciaciones antes indicadas contrarias a esa aplicación analógica y a esa equiparación a los préstamos, cabe citar a FERNÁNDEZ CANALES, C. (2013). *Sociedad...*, *op. cit.*, pp. 277 y ss., quien afirma que “considerar la vivienda totalmente privativa del cónyuge-comprador es una solución técnicamente más precisa, patrimonialmente más clara, no necesariamente menos justa (dependerá de las circunstancias presentes en cada caso), y que no obsta a la protección del interés familiar”, que se obtendría por aplicación del artículo 1320 del Código Civil, e incluso, añadido a lo indicado por esta autora, por lo previsto en los artículos 1390 y 1391 del Código Civil: FERNÁNDEZ CANALES, C. (2013). *Sociedad...*, *op. cit.*, p. 288.

⁴⁰ *Vid.*, entre otros, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2002). *Compra financiada...*, *op. cit.*, pp. 198-200.

⁴¹ RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). *El régimen...*, *op. cit.*, pp. 254-255.

⁴² MORENO MOZO, F. (2023). La titularidad..., *op. cit.*, pp. 128-129.

⁴³ Cfr., entre otros, MORENO MOZO, F. (2023). La titularidad..., *op. cit.*, pp. 128-130; y BLANDINO GARRIDO, M. A. (2023). La adquisición..., *op. cit.*, p. 85.

⁴⁴ Entre otros, *vid.* GIMÉNEZ DUART, T. (1982). Los bienes..., *op. cit.*, pp. 140-141; y MORENO MOZO, F. (2023). La titularidad..., *op. cit.*, pp. 122 y ss.

⁴⁵ Entre otros, *vid.* MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2002). *Compra financiada...*, *op. cit.*, p. 50 (nota 51) y pp. 51-52; ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución...*, *op. cit.*, pp. 84-85; y TOFIÑO PADRINO, A. (2023). La vivienda..., *op. cit.*, pp. 64 y ss.

⁴⁶ Lo habitual será que en lugar de precio aplazado se esté pagando un préstamo con el que se obtuvo el dinero para pagar el precio total, pero sobre ello me remito a lo indicado *ut supra*.

⁴⁷ A este respecto, cfr., entre otros, FERNÁNDEZ CANALES, C. (2013). *Sociedad...*, *op. cit.*, pp. 157 y ss. y 233 y ss.; BLANDINO GARRIDO, M. A. (2023). La adquisición..., *op. cit.*, pp. 83 y ss.; MORENO MOZO, F. (2023). La titularidad..., *op. cit.*, pp. 122 y ss.; RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). *El régimen...*, *op. cit.*, pp. 178 y 261-262; y MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2002). *Compra financiada...*, *op. cit.*, pp. 43-46, 89-92 y 117 y ss.

⁴⁸ O ambos cónyuges si es que la compra se efectúa por ambos, lo que daría lugar a una proindivisión específica entre ellos (con porcentajes fijos ya determinados en ese momento de

adquisición) sobre la cuota privativa surgida con la sociedad de gananciales en virtud del artículo 1354 del Código Civil por remisión del artículo 1357.2.º de ese mismo cuerpo normativo: cfr., entre otros, MORENO MOZO, F. (2023). La titularidad..., *op. cit.*, pp. 125-126; y BLANDINO GARRIDO, M. A. (2023). La adquisición..., *op. cit.*, pp. 86-87.

⁴⁹ Sobre el cálculo de las cuotas ganancial y privativa *vid.*, entre otros, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2002). *Compra financiada...*, *op. cit.*, pp. 117 y ss.

⁵⁰ Entre otros, *vid.* GIMÉNEZ DUART, T. (1982). Los bienes..., *op. cit.*, pp. 140-141; MORENO MOZO, F. (2023). La titularidad..., *op. cit.*, pp. 122 y ss.; BLANDINO GARRIDO, M. A. (2023). La adquisición..., *op. cit.*, pp. 83 y ss.; y RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). *El régimen...*, *op. cit.*, p. 178.

⁵¹ Y aunque, como luego se señalará en los casos de adquisición a plazos constante la sociedad (que principalmente se regirán por el artículo 1356 del Código Civil atribuyendo el carácter ganancial o privativo de todo el bien en atención al patrimonio a cuyo cargo se abonó el primer desembolso del precio), afirmo que para el supuesto de que ese primer desembolso fuera abonado con dinero procedente tanto de fondos gananciales como privativos existiría una proindivisión como la del artículo 1354 del Código Civil en proporción a esas aportaciones hechas en ese primer desembolso, lo cierto es que no hay indeterminación en las cuotas privativa y ganancial partícipes de esa proindivisión, pues desde el principio quedarán ya fijadas en atención a ese primer desembolso sin tener que esperar al final del pago de todo el precio con el último plazo.

⁵² Sobre la importancia de la constancia registral de la vivienda familiar *vid.*, entre otros, SÁNCHEZ JORDÁN, M. E. (2025). Vivienda familiar y Registro de la propiedad. En: J. Solé y M. C. Gete-Alonso (coords.). *La vivienda familiar*. Barcelona: Atelier, pp. 89 y ss.

⁵³ Esta norma vendría a abundar en la calificación de este artículo 1357.2.º del Código Civil como norma de liquidación y no de tráfico, pues es en el momento de liquidación de la sociedad cuando se tiene en cuenta esa proindivisión generada por dicho precepto.

⁵⁴ RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). *El régimen...*, *op. cit.*, p. 127.

⁵⁵ Sobre la eficacia y extensión de estas notas marginales previstas en los apartados 2 y 3 del artículo 91 del Reglamento Hipotecario, *vid.* MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2002). *Compra financiada...*, *op. cit.*, pp. 128 y ss.

⁵⁶ Entre otros, *vid.* RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). *El régimen...*, *op. cit.*, pp. 258-259 (defensor de que es una norma de liquidación); MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2002). *Compra financiada...*, *op. cit.*, pp. 49-52, 91-102 y 120 y ss. (partidaria de considerarla como norma de tráfico); y, asimismo, *vid.* GIMÉNEZ DUART, T. (1982). Los bienes..., *op. cit.*, p. 141; MORENO MOZO, F. (2023). La titularidad..., *op. cit.*, pp. 165-166; y BLANDINO GARRIDO, M. A. (2023). La adquisición..., *op. cit.*, pp. 87-88.

⁵⁷ *Vid.*, entre otros, RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). *El régimen...*, *op. cit.*, pp. 257-258; MORENO MOZO, F. (2023). La titularidad..., *op. cit.*, pp. 140-144; y BLANDINO GARRIDO, M. A. (2023). La adquisición..., *op. cit.*, p. 90.

⁵⁸ Si al tiempo de la disolución de la sociedad de gananciales no se hubiera abonado ningún plazo con cargo a fondos comunes no existirá ninguna proindivisión ni aplicación del régimen previsto en el artículo 1354 del Código Civil por remisión del párrafo 2.º del artículo 1357 de ese mismo cuerpo legal; en estos casos la vivienda será privativa del cónyuge o cónyuges que hubieran comprado la vivienda, existiendo además respecto de este comprador, en su caso, la constancia de la titularidad registral a su favor. A este respecto *vid.* MORENO MOZO, F. (2023). La titularidad..., *op. cit.*, p. 141.

⁵⁹ MORENO MOZO, F. (2023). La titularidad..., *op. cit.*, p. 142.

⁶⁰ Al respecto *vid.*, entre otros, ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución...*, *op. cit.*; GARCÍA MAYO, M. (2019). *Vivienda familiar...*, *op. cit.*; CERVILLA GARZÓN, M. D. (2022). Una propuesta..., *op. cit.*; PALAZÓN GARRIDO, M. L. (2025). Atribución..., *op. cit.*; y LUQUE JIMÉNEZ, M. C. (2012). *La atribución...*, *op. cit.*

⁶¹ En similar sentido, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2002). *Compra financiada...*, *op. cit.*, pp. 27 y ss.

⁶² De hecho, cabría hacer la misma apreciación de riesgo de posible fraude en relación con lo previsto en el artículo 1356 del Código Civil, en cuanto a la adquisición a plazos de la vivienda constante la sociedad de gananciales, abonándose el primer desembolso con fondos privativos, dejando el resto de plazos a cargo de la sociedad; en este caso, este último precepto determina el carácter privativo de esa vivienda pese a todo y, sin embargo, nuestro legislador no contempló ante ello una excepción a dicha regla por tratarse de vivienda familiar como sí lo hizo en el artículo 1357.2.º del Código Civil. Cabe entender igualmente que el fraude deberá probarse y que, en todo caso, los artículos 1320, 1390 y 1391 del Código Civil, aparte del artículo 96 de ese mismo cuerpo normativo, contienen elementos suficientes para proteger a la vivienda, al cónyuge no adquirente, a los hijos y, en general, al interés familiar. A este respecto *vid.* apartado posterior en este trabajo donde se analiza críticamente una pretendida extensión de la aplicación de la excepción del artículo 1357.2.º del Código Civil sobre vivienda familiar al supuesto de hecho del artículo 1356 de ese mismo cuerpo legal.

⁶³ Conforme indica el artículo 1390 del Código Civil: “Si como consecuencia de un acto de administración o de disposición llevado a cabo por uno solo de los cónyuges hubiere éste obtenido un beneficio o lucro exclusivo para él u ocasionado dolosamente un daño a la sociedad, será deudor a la misma por su importe, aunque el otro cónyuge no impugne cuando proceda la eficacia del acto”.

Por su parte, el artículo 1391 del Código Civil señala: “Cuando el cónyuge hubiere realizado un acto en fraude de los derechos de su consorte será, en todo caso, de aplicación lo dispuesto en el artículo anterior y, además, si el adquirente hubiere procedido de mala fe, el acto será rescindible”.

⁶⁴ *Id.*, entre otros, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2002). *Compra financiada...*, *op. cit.*, pp. 43-45.

⁶⁵ MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2002). *Compra financiada...*, *op. cit.*, pp. 36 y ss.

⁶⁶ Esta idea de la vivienda como activo de alto valor y expectativas de revalorización es la que probablemente tenía el legislador de 1981.

⁶⁷ Supresión que también es la solución propuesta por FERNÁNDEZ CANALES, C. (2013). *Sociedad...*, *op. cit.*, pp. 241-242.

⁶⁸ Cfr. MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2002). *Compra financiada...*, *op. cit.*, p. 46.

⁶⁹ Entre otros, *vid.* RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). *El régimen...*, *op. cit.*, pp. 252-253.

⁷⁰ Sobre la prueba de privatividad y cómo desvirtuar la presunción de ganancialidad *vid.* apartado II de este trabajo referido a estas cuestiones.

⁷¹ *Id.*, entre otros, BLANDINO GARRIDO, M. A. (2023). La adquisición..., *op. cit.*, pp. 74-75.

⁷² Así, entre otros, BLANDINO GARRIDO, M. A. (2023). La adquisición..., *op. cit.*, pp. 88-89.

⁷³ A este respecto *vid.*, asimismo, entre otros, MORENO MOZO, F. (2023). La titularidad..., *op. cit.*, pp. 148-150; GIMÉNEZ DUART, T. (1982). Los bienes..., *op. cit.*, pp. 136-137; y RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). *El régimen...*, *op. cit.*, pp. 218-219.

⁷⁴ Cfr., entre otros, RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2017). *El régimen...*, *op. cit.*, pp. 218-219; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (2002). *Compra financiada...*, *op. cit.*, pp. 70 y ss.; BLANDINO GARRIDO, M. A. (2023). La adquisición..., *op. cit.*, p. 89; y MORENO MOZO, F. (2023). La titularidad..., *op. cit.*, pp. 144-146 y 150 y ss.

⁷⁵ En este mismo sentido *vid.*, entre otras, SAP de Almería (sec. 1.ª) de 19 de febrero de 2003.

⁷⁶ Si se tratase de una adquisición al contado, se deberá estar a lo dispuesto en los artículos 1346.3.º, 1347.3.º ó 1354 del Código Civil, según corresponda.

