



Universidad de Valladolid

ATRIBUCIÓN LEGAL DE PRIVATIVIDAD EN EL RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA SOCIEDAD DE GANANCIAS.

Autora: Marcelina Victoria GONZÁLEZ XICOLA.

Tutor: Fernando CRESPO ALLUÉ.

Grado en Derecho.

Resumen en español e inglés (*Abstract*):

En este trabajo haremos un análisis de los bienes y derechos a los que el artículo 1346 del Código Civil atribuye carácter privativo, así como los supuestos de los artículos 1356, 1357, 1350 y 1360 del Código Civil. También abordaremos la aplicación de dichos artículos, así como la evolución jurisprudencial y doctrinal de las premisas reguladas en dichos preceptos.

In this work we will analyze the assets and rights to which article 1346 of the Civil Code attributes exclusive character, as well as the suppositions of articles 1356, 1357, 1350 and 1360 of the Civil Code. We will also address the application of these articles, as well as the jurisprudential and doctrinal evolution of the assumptions regulated in these precepts.

Palabras clave (*Key Words*):

Sociedad de gananciales, bienes privativos, atribución, derecho, cónyuges.

Community of property, private property, attribution, right, spouses.

Índice.

1.	Introducción.....	4
2.	Régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales.....	5
2.1.	Masas patrimoniales.....	6
3.	Bienes privativos. Atribución legal de privatividad.....	8
3.1.	Los bienes y derechos que le pertenecieran al comenzar la sociedad.....	9
3.1.1.	<i>Carácter privativo o ganancial del stock de un negocio privativo.....</i>	<i>11</i>
3.1.2.	<i>El derecho de arrendamiento de un local de negocio constante matrimonio para ampliar una empresa privativa.....</i>	<i>13</i>
3.2.	Los que adquieran después por título gratuito.....	13
3.2.1.	<i>Herencia o legado recibida con obligación de compensar en metálico a los restantes herederos o legitimarios</i>	<i>16</i>
3.2.2.	<i>La privatividad de los seguros de vida.....</i>	<i>17</i>
3.3.	Los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos.....	18
3.3.1.	<i>La empresa creada con fondos privativos.....</i>	<i>20</i>
3.3.2.	<i>Derecho de arrendamiento en que la renta se paga con fondos privativos.....</i>	<i>21</i>
3.3.2.1.	<i>Arrendamiento de la vivienda familiar.....</i>	<i>22</i>
3.3.3.	<i>Cobro de crédito privativo constante matrimonio.....</i>	<i>26</i>
3.3.4.	<i>Premios derivados del juego.....</i>	<i>26</i>
3.4.	Los adquiridos por derecho de retracto pertenecientes a uno solo de los cónyuges.....	27
3.4.1.	<i>Bien comprado antes del inicio del régimen de gananciales y adquirido después de su entrada en vigor.....</i>	<i>30</i>
3.5.	Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles inter vivos.....	31
3.5.1.	<i>Bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona.....</i>	<i>32</i>
3.5.1.1.	<i>Ejercicio profesional.....</i>	<i>32</i>
3.5.1.2.	<i>Derecho moral del autor.....</i>	<i>34</i>
3.5.2.	<i>Bienes y derechos no transmisibles inter vivos.....</i>	<i>35</i>
3.6.	El resarcimiento por daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos.....	36

3.6.1.	<i>Carácter privativo o ganancial de la indemnización por despido.....</i>	37
3.6.2.	<i>Indemnización por invalidez.....</i>	40
3.6.3.	<i>Pensiones de jubilación.....</i>	41
3.6.4.	<i>Planes de pensiones.....</i>	43
3.7.	Las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor.....	45
3.8.	Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando estos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común.....	46
3.9.	Mejoras efectuadas en los bienes privativos.....	48
3.9.1.	<i>Inversión de fondos o actividades de otras personas.....</i>	51
3.9.2.	<i>Incrementos patrimoniales incorporados a una explotación, establecimiento mercantil u otro género de empresa de carácter privado.....</i>	52
3.10.	Bienes comprados a plazos.....	53
3.10.1.	<i>Adquiridos constante matrimonio.....</i>	54
3.10.2.	<i>Adquiridos con anterioridad a la celebración del matrimonio.....</i>	55
3.10.3.	<i>Excepción de la vivienda familiar y el ajuar, artículo 1357.II CC.....</i>	57
4.	Conclusiones.....	60
5.	Bibliografía.....	63

1. Introducción.

El matrimonio es una de las instituciones más antiguas de la sociedad, la unión de dos personas para crear algo común y estable.

Partiendo de esa idea es lógico pensar que el régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales resulta el más conveniente, pues cuando decides compartir tu vida con otra persona impera el mantra “lo mío es tuyo y lo tuyo es mío”. Ahora bien, mientras el matrimonio es fuerte esta idea prevalece, y poco importa si los bienes son comunes o lo que es de cada uno; pero llegado el fin de la relación conyugal, esto cambia y cada cónyuge quiere conservar lo que por ley le pertenece en exclusiva (herencias, bienes personales, etc.).

Por esta razón el Código Civil destina determinados preceptos a declarar la privatividad de ciertos bienes y derechos, principalmente en el artículo 1346 CC que contiene un elenco de bienes y derechos a los que se les atribuye legamente privatividad por sus especiales características.

Así, empezaremos a desarrollar este trabajo con una exposición global en torno a las ideas principales de la sociedad de gananciales y sus masas patrimoniales, para a continuación centrarnos en el núcleo del trabajo, es decir, la atribución legal de privatividad.

Es en torno al artículo 1346 CC que versará el contenido del trabajo, principalmente se centrará en los ocho apartados que constituyen este precepto, con sus particularidades y los supuestos jurisprudenciales más relevantes; también abordaremos supuestos en los que la evolución jurisprudencial ha supuesto gran debate dentro de la doctrina, como pueda ser, por ejemplo, el caso de las indemnizaciones por despido; obviamente analizaremos las distintas posiciones doctrinales acerca de los preceptos analizados; y la relación de este artículo 1346 CC con otros, como pueda ser el 1350, el 1354, etc.

En último lugar analizar otros preceptos que atribuyen la condición privativa a otros bienes, como es el caso del artículo 1359 y 1360 CC referente a la mejora en los bienes privativos, o los artículos 1356 y 1357 CC en cuanto a la adquisición a plazos de bienes.

Para terminar con un análisis global de la materia tratada y su situación actual, así como una exposición de las conclusiones a la que he llegado a través del estudio llevado a cabo para la realización del trabajo.

2. Régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales.

El régimen económico matrimonial sociedad de gananciales se describe someramente en el artículo 1344 CC al que “mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella.”

La sociedad de gananciales se caracteriza por la existencia de tres patrimonios diferentes, dos privativos y uno ganancial o común, el cual llegado el momento de disolver la sociedad debe repartirse por mitad; existiendo un activo a repartir y un pasivo para el caso de deudas de la sociedad para con los cónyuges y viceversa.

El régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales puede constituirse mediante capitulaciones matrimoniales o bien que su aplicación resulte con carácter supletorio, es decir, en defecto de pacto. Así, el artículo 1316 CC recoge el carácter supletorio del régimen de sociedad de gananciales para los matrimonios celebrados en territorio español donde se aplica el derecho común.

En los ordenamientos forales el régimen económico matrimonial supletorio es diverso. Si bien algunos derechos forales recogen regímenes económicos próximos a la sociedad de gananciales como son, por ejemplo, el derecho foral de Aragón donde rige como supletorio el consorcio conyugal (artículos 193.2º y 210-270 del Código de Derecho Foral de Aragón) y en Navarra, donde sería régimen supletorio la sociedad conyugal de conquistas (Leyes 82 a 91). Además, el artículo 171 de la Ley 2/2006 de 14 de julio, del Derecho Civil de Galicia, dispone la sociedad de gananciales como régimen supletorio.

Los ordenamientos forales que se apartan de esta idea del régimen de sociedad de gananciales como régimen supletorio, son los de Cataluña (artículos 231.10, 2 CC Cataluña), Valencia (artículo 6 Ley 10/2007, de marzo de régimen económico matrimonial valenciano) y Baleares (artículos 3, 65 y 67 de la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears); aquí el régimen que regirá el matrimonio en defecto de pacto será el de separación de bienes.

La sociedad de gananciales se regula en el Código Civil en el Libro IV, Título III del Régimen económico matrimonial, Capítulo IV, artículos 1344 – 1410, siendo la distribución de la materia regulada en este capítulo la siguiente:

- Sección 1º, Disposiciones generales, artículos 1344 a 1345.
- Sección 2º, De los bienes privativos y comunes, artículos 1346 a 1361.
- Sección 3º, De las cargas y obligaciones de la Sociedad de gananciales, artículos 1362 a 1374.
- Sección 4º, De la administración de la Sociedad de gananciales, artículos 1375 a 1391.
- Sección 5º, De la disolución y liquidación de la Sociedad de gananciales, artículos 1392 a 1410.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, ha sido una cuestión extremadamente debatida por la doctrina. Las dos tesis principales son:

- a) La aproximación del régimen de sociedad de gananciales al contrato de sociedad.
- b) La tesis que aproxima la sociedad de gananciales, en sus rasgos esenciales, con la comunidad germánica. Actualmente esta es la tesis mayoritaria.

La aproximación de la sociedad de gananciales a la comunidad germánica, permite destacar algunas notas de la comunidad de gananciales:

- “No existen cuotas sobre los bienes y derechos que integran el patrimonio conyugal.
- Los cónyuges tienen la titularidad conjunta sobre el patrimonio conyugal. Ninguno de los cónyuges puede disponer a título individual de la mitad de cada bien ganancial.
- Cada uno de los cónyuges no puede a su arbitrio imponer la división de las cosas comunes.
- La administración y gestión conjunta del patrimonio común.
- La sociedad de gananciales no constituye una persona jurídica.
- Se trata de una comunidad germánica en la que predomina el aspecto personal”¹.

Como ya hemos dicho la principal peculiaridad de la sociedad de gananciales es la existencia de tres masas patrimoniales, que abordaremos a continuación.

¹ LINACERO DE LA FUENTE, María. *Tratado de derecho de familia. Aspectos sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016, pp 235.

2.1. Masas patrimoniales.

El matrimonio regido por la sociedad de gananciales se configura a partir de tres masas patrimoniales, constituidas por bienes y derechos, con titularidades diversas, según ante que masa nos encontremos. La principal sería la masa ganancial, compuesta por bienes que pertenecen a ambos cónyuges, los cuales deberán soportar las cargas familiares. A los bienes gananciales se refiere especialmente el artículo 1347 CC, que atribuye legalmente ganancialidad a una serie de bienes, como, por ejemplo, a los obtenidos por el trabajo de cualquiera de los cónyuges o los frutos que produzcan los bienes privativos de cada uno; así como las empresas y establecimiento fundados siendo vigente la sociedad, etc.

Los bienes que integren la masa ganancial llegado el momento de liquidar la sociedad de gananciales pertenecerán por mitad a cada cónyuge. Pero hasta el momento de disolverse la sociedad ambos son cotitulares de todos estos bienes, como ya hemos dicho, sin existencia de un derecho sobre la mitad del bien, sino sobre todo él.

Existen otras dos masas patrimoniales, estas son las constituidas por los bienes que pertenecen en exclusiva a cada cónyuge, es decir, sus bienes privativos, y es en estos en los que ahondaremos a lo largo de todo el trabajo.

Estos bienes privativos tienen la particularidad de que se excluyen de la masa común, es decir, siempre van a quedar bajo la titularidad de alguno de los cónyuges. Se caracterizan porque si son utilizados para sufragar las cargas familiares se crea un derecho de reintegro a cargo del caudal común al patrimonio privativo del cónyuge titular, al momento de liquidar la sociedad de gananciales.

Estos bienes en un principio no dan mayor problema, mientras el matrimonio es sólido. Ahora bien, llegado el momento de disolver el matrimonio acontecen las trifulcas y lo que parecía que nunca necesitaríamos, como, por ejemplo, haber realizado un inventario prenupcial, llegado ese momento resultaría de lo más beneficioso. Pues llegado el momento del fin, en multitud de ocasiones mas que un divorcio nos encontramos en una guerra por ver quien puede hacer mas daño y quedarse con más.

El artículo que principalmente atribuye privatividad a los bienes y derechos exclusivos de cada cónyuge es el artículo 1346 CC, en el cual nos centraremos.

3. Bienes privativos. Atribución legal de privatividad.

Bienes que pertenecen exclusivamente a uno de los cónyuges, es decir, que no son gananciales.

El precepto fundamental es el artículo 1346 del CC el cual ofrece un listado de los bienes privativos que tienen este carácter por atribución legal, no obstante, podemos encontrar supuestos y matizaciones en artículos posteriores.

En materia de gestión y disposición, es importante mencionar el artículo 1320 CC que se refiere a la disposición de derecho sobre la vivienda habitual y los inmuebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, requiriéndose el consentimiento de ambos o autorización judicial para disponer de los derechos sobre ésta.

El artículo 1381 CC alude al hecho de que cada cónyuge es administrador de su patrimonio privativo, esta será la regla general con alguna excepción como la del artículo 1320 CC.

Según indica el artículo 1911 CC los bienes privativos del cónyuge deudor pueden ser atacados directamente por el acreedor para el cumplimiento de las deudas que éste contraiga. Incluso pueden ser agredidos subsidiariamente en el supuesto de deuda doméstica contraída por el otro cónyuge, como dispone el artículo 1319.II CC².

Una de las cuestiones más relevantes acerca de esta tipología de bienes es el hecho de que en cuanto a la liquidación y partición de la sociedad de gananciales, estos bienes privativos no tienen papel alguno puesto que se ven excluidos del activo partible.

² “sólo podrá sustituirse con otra persona alguna de las concurrentes al otorgamiento del primitivo contrato, o se podrá prescindir de su concurso, cuando por causa de muerte u otra legal, al tiempo de otorgarse la nueva estipulación o la modificación de la precedente, sea imposible la comparecencia, o no fuese necesaria conforme a la Ley”.

3.1. Los bienes y derechos que le pertenecieran al comenzar la sociedad.

Dentro del elenco de bienes con carácter privativo, atribuido directamente por el precepto 1346 CC, encontramos en su apartado primero, que son bienes privativos de cada uno de los cónyuges “los bienes y derechos que le pertenecieran al comenzar la sociedad” (art. 1346.1º CC).

Esta atribución hace referencia a todo tipo de bienes, ya sean bienes materiales o derechos de crédito; adquiridos a título gratuito u oneroso; mediante un desembolso único o a través de varios.

Ahora bien, existe una excepción y es el caso del inmueble comprado a plazos por una o dos personas antes de contraer matrimonio entre sí, el cual posteriormente sea destinado a la vivienda habitual tras contraerse el matrimonio, cuando una parte del precio aplazado se abona con dinero ganancial. Pertenecerá el inmueble en proindiviso al cónyuge o ambos cónyuges compradores y a la sociedad de gananciales, esto así, *ex arts.* 1354 y 1357.II CC.

En atención a la vivienda habitual, cuando esta ha sido adquirida por uno de los cónyuges en momento anterior a la constitución del matrimonio regido por la sociedad de gananciales, pero la elevación a escritura pública de la compraventa de la misma se realiza en momento posterior a la celebración del matrimonio, el Tribunal Supremo (en adelante TS) en sentencia de 17 abril 2002 (RJ 2002/2698) determinó el carácter privativo de la vivienda adquirida por la cónyuge, dado que el desembolso se produjo cuando ésta aún era soltera, aunque la elevación a escritura pública del documento de compraventa del inmueble no se hiciese hasta después de haber contraído matrimonio; en tanto, que “la escritura no desvirtúa el hecho básico de tratarse de unos bienes privativos”.

Ahora bien, la vivienda adquirida con anterioridad a la contracción del matrimonio, en proindiviso por los futuros cónyuges destinada a la vivienda familiar tendrá carácter privativo de ambos cónyuges igualmente en proindiviso, pese a que haya sido adquirida mediante el pago íntegro por uno de los dos futuros cónyuges. Esto así, pues, aunque en esos momentos no rija el régimen económico matrimonial de gananciales por ser un acto anterior a la celebración del matrimonio siempre tendrá carácter privativo, y al determinarse la compraventa en proindiviso, no podrá el excónyuge con cuyos fondos privativos se adquirió la vivienda, reclamar el carácter exclusivo de la misma con posterioridad, dado que actuaría en contra de sus propios actos. La SAP de Cádiz de 27 de junio (AC 2017/1124) se reafirma en estas declaraciones desestimando el recurso de apelación donde el exmarido pretendía que se declarase el carácter exclusivamente privativo de la vivienda familiar por haber sido

adquirido a expensas de su patrimonio privativo con anterioridad a la celebración del matrimonio; más como reitera la jurisprudencia del TS, “se puede colegir la voluntad de los convivientes de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la convivencia siempre que pueda deducirse una voluntad inequívoca en este sentido”, lo que confirma el hecho de que esa vivienda se adquirió en proindiviso por ambos cónyuges, en ese momento convivientes, aunque el pago se haga mediante dinero de uno solo de ellos.

Entre los bienes de carácter privativo que se pueden englobar en este artículo 1346.1º CC podemos enumerar una serie de casos concretos de bienes que se adquirieron en un momento anterior a la contracción del matrimonio:

En primer lugar, podemos referirnos a los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de la sociedad de gananciales. Estos bienes van a tener carácter privativo incluso cuando parte del precio aplazado o la totalidad del mismo sean satisfechos con dinero ganancial, exceptuando como ya hemos visto la vivienda familiar, y el ajuar familiar, que van a pertenecer proindiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones que respectivamente hayan realizado, *ex* artículo 1357 CC³.

En segundo lugar, siguiendo con la compraventa a plazos, en el supuesto en que ambos cónyuges hubieran comprado a plazos y pagado completamente el bien antes de comenzar la sociedad, pertenecerá en pro indiviso con carácter privativo a los mismos, con indiferencia del destino que se le dé a ese bien en un futuro venidero, es decir, aunque posteriormente sea destinado a la vivienda familiar o se trate de una empresa o establecimiento.

La STS de 27 marzo 2000 (RJ 2000/2487), declaró el carácter privativo de la oficina farmacéutica adquirida por ambos cónyuges antes de comenzar la sociedad de gananciales, así pues, ésta pertenecía en proindiviso a ambos, y no era pues un bien ganancial como alegaba la excónyuge demandada.

En tercer lugar, encontramos el caso particular de los regalos de bodas realizados antes de contraer nupcias. Estos, se entiende, que constituyen donaciones por razón de ese matrimonio que se va a celebrar, *ex* artículo 1336 CC, son donaciones que al realizarse antes de celebrarse el matrimonio nunca podrán ser calificados de bienes gananciales. Estos bienes, por tanto, si son un regalo para ambos cónyuges pertenecerán a ambos en proindiviso,

³ Este supuesto de los bienes aplazados adquiridos con anterioridad a la celebración del matrimonio, privativos *ex* artículo 1357.I CC tendrá un desarrollo más en profundidad en un epígrafe posterior (3.10.2. *Adquiridos con anterioridad a la celebración del matrimonio*. Pp. 55 - 57).

mientras que si la donación se ha hecho hacia uno solo de los futuros cónyuges será un bien privativo exclusivamente de éste. Así resolvió el TS en STS 30 enero 2004 (RJ 2004/438) donde entendió que las pruebas presentadas verificaban que los regalos de boda que la exesposa reclamaba como privativos suyos, habían sido entregados exclusivamente a ella y no a ambos cónyuges.

En cuarto lugar, también serán bienes privativos aquellos que fueron pagados íntegramente por uno o ambos prometidos antes de celebrarse el matrimonio. En estos casos efectivamente si ningún pago se realiza con dinero ganancial, el bien adquirido será bien privativo en exclusiva por el cónyuge que realizó el pago del mismo, o si fue adquirido por ambos cónyuges en el momento de estar prometidos el bien pertenecerá en proindiviso a ambos cónyuges, pero no podrá atribuírsele carácter ganancial. Incluyéndose en estos casos como ya se ha dicho anteriormente, la vivienda familiar, cuando fue adquirida por uno o ambos cónyuges, antes de contraer matrimonio, siempre la vivienda fuese pagada en su totalidad antes de contraer matrimonio, con dinero privativo de los cónyuges.

Como última referencia, podemos afirmar que serán privativas las cantidades ingresadas en una cuenta bancaria, es decir, el saldo, existente el día anterior a la celebración del matrimonio. El modo de demostrar que estas cantidades son privativas será aportando un extracto bancario o saldo en una libreta a fecha del día anterior a la celebración del matrimonio. En lo que exceda el saldo de ese dinero privativo en la cuenta, una vez esté vigente el régimen de sociedad de gananciales será dinero ganancial, por aplicación analógica del artículo 1350 CC.

3.1.1. Carácter privativo o ganancial del stock de un negocio privativo.

Cuando nos encontramos ante un negocio constituido con anterioridad a la celebración del matrimonio por uno de los futuros cónyuges, este tendrá carácter privativo. Este negocio al dar comienzo va a contar con determinados productos o enseres, igualmente de carácter privativo, con los que se vendrá desarrollando la actividad, los cuales van a tener un valor económico determinado o determinable.

Si acudimos al artículo 1350 CC, se dice que el exceso de cabezas de ganando cuando se disuelve la sociedad de gananciales se reputarán gananciales, es decir, que tendrán carácter

privativo las cabezas de ganando existentes al constituirse la sociedad y cuando esta llegue a su fin solo el número que exceda de estas tendrá la condición de ganancial.

Partiendo de este precepto, podría aplicarse analógicamente al resto de supuestos en que, un negocio de carácter privativo y sus existencias, tengan carácter privativo en lo que se pueda demostrar que constaba en momentos anteriores a la celebración del matrimonio (pese a la dificultad de probarlo), y en lo que excedan esos productos que cuenten con la condición de bienes comunes integrantes de la masa ganancial.

Ahora bien, el TS normalmente no lo ve así y más aún cuando estamos ante oficinas farmacéuticas. En distintas sentencias ha declarado la ganancialidad del valor del stock del negocio farmacéutico existente a fecha de la disolución, sin tener en cuenta los productos ya existentes antes de iniciarse la sociedad de gananciales. Por ejemplo, en STS 30 de enero 2004 (RJ 2004/438), el TS estimó que el importe correspondiente al valor del stock destinado a la venta, que se encontraba en la oficina a fecha de disolución de la sociedad debía reintegrarse a la sociedad incluyéndose en el haber ganancial que posteriormente se liquidaría.

El hecho de atribuir la condición de ganancial a todo el elenco de existencias de un negocio privativo, puede vulnerar de modo flagrante el artículo 1346.1º CC, puesto que, si el negocio es privativo por haberse iniciado con anterioridad a la sociedad de gananciales, los bienes que lo integraban en ese momento han de ser considerados de igual modo bienes de carácter privativo.

Si estas existencias habían sido sustituidas por otras, resulta lógico que estas nuevas existencias sean igualmente de carácter privativo, ya que los bienes adquiridos en sustitución de otros bienes privativos serán privativos del cónyuge dueño, *ex* artículo 1346.3º CC.

Así, autores como RAGEL SÁNCHEZ⁴, entienden que el valor de las existencias que pueda demostrarse que comprendían el valor del stock a fecha anterior a la constitución de la sociedad de gananciales, deben tener esa consideración inclusive a fecha de disolución de esta. Siendo el excedente de ese valor de carácter ganancial, por encontrarnos en supuestos semejantes a los regulados en el artículo 1350 CC.

⁴ RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. “La sociedad de gananciales (2). El activo de la sociedad”. *Tratado de derecho de la familia, volumen III*, Aranzadi, Navarra, 2017, pp 850.

3.1.2. *El derecho de arrendamiento de un local de negocio constante matrimonio para ampliar una empresa privativa.*

Cuando estamos ante una empresa constituida constante matrimonio y para ello se arrienda un local de negocios, ambas tienen la condición de ganancial, *ex* artículo 1347.3º CC.

Ahora bien, se puede dar el caso en que una empresa privativa de uno de los cónyuges, vigente la sociedad de gananciales, traspase el mismo a un local arrendado, cuya renta se paga con los rendimientos de la empresa, los cuales tienen carácter ganancial, *ex* artículo 1347.1º CC. La cuestión es si este derecho de arrendamiento será privativo, al igual que la empresa constituida antes del matrimonio, o será ganancial por haber sido sufragado con dinero común.

Si atendemos al tenor literal del artículo 1347.3º CC, que dice “son bienes gananciales: [...] 3º. Los adquiridos a título onerosos a costa del caudal común, [...]”, este derecho arrendaticio debería ser considerado como un derecho ganancial, dado que el pago de la renta se ha realizado con bienes gananciales.

Puede entenderse desde otro punto de vista, como una mejora o ampliación del negocio privativo, siendo este derecho de arrendamiento entonces un derecho privativo del cónyuge, *ex* artículo 1359.I CC.

En tanto a este segundo modo de entender el arrendamiento como una mejora o ampliación, lo que se va a aplicar son las reglas de accesoriedad de los artículos 1359 u 1360 CC para calificar como un bien privativo al derecho de arrendamiento referido al local de negocio que compone la sede física de la empresa de carácter privativo, siendo el pago de las rentas de cargo de la sociedad de gananciales, *ex* artículo 1362.4º CC, sin que proceda el reintegro de estas.

3.2. Los que adquieran después por título gratuito.

Tienen atribuida privatividad los bienes de cada cónyuge “adquiridos después por título gratuito”, *ex* artículo 1346.2º CC. Esto supone que, todo bien adquirido constante matrimonio mediante donación, herencia, legado o cualquier otro título gratuito, entrará a formar parte del patrimonio privativo del cónyuge adquirente.

No toda adquisición a título gratuito es a su vez una adquisición a título voluntario, es decir, no significan lo mismo. Si bien una adquisición por donación es un acto que nace de la

voluntad del donante y a su vez, se caracteriza por la gratuidad del acto en sí, cuando estamos ante una herencia, en calidad de legítima o en virtud de sucesión intestada, estos actos derivan de la ley y no de la voluntad del causante, pero aun así esta atribución es a título gratuito y, por ende, se le atribuye legalmente carácter privativo.

Adquisición a título gratuito de bienes o derechos, será aquella en que no exista una contraprestación onerosa para proceder a dicha adquisición. Por tanto, la razón de este carácter privativo sería que la causa por la que se atribuye privatividad a estos bienes o derechos radica en el hecho de que “no ha concurrido la conducta participativa del otro cónyuge, sino la exclusiva contemplación de la persona del atribuido en la voluntad del atribuyente”; STS 25 julio 2002 (RJ 2002/6938).

El uso de estos bienes adquiridos por título gratuito, véase una herencia, para hacer frente a las cargas familiares crea un derecho de reintegro al llegar a su fin la relación conyugal. En este momento será muy importante poder determinar el carácter privativo de esos bienes adquiridos a título gratuito, pues no es raro el supuesto en que uno de los excónyuges intente apropiarse de la mitad de una herencia de su excónyuge, sobre todo si esta ha sido utilizada para hacer frente a las cargas familiares, como así sucedió en sentencia de la AP de Zaragoza de 9 de mayo de 2018 (JUR 2018/189667), donde el ex marido reclamaba la inclusión en el activo de la sociedad de unas cantidades monetarias, que eran propias de su ex mujer, por nacer del pago de ciertas cargas a expensas del dinero obtenido mediante herencia materna y el resultante del cobro del seguro de vida de la madre fallecida, todo ello constanding en escritura de adjudicación de bienes y aceptación de la herencia.

La cuestión de las herencias y su uso posterior para hacer frente a las cargas familiares, así como su posterior reclamación al llegar el momento de la ruptura sigue siendo hoy objeto de numerosos litigios, así podemos citar distintas sentencias como:

SAP Madrid (ROJ 9211/2018) de 30 de mayo de 2018, en esta ocasión el excónyuge reclama la exclusión del pasivo del inventario de una cantidad de dinero procedente de la venta de un bien heredado por su exmujer, el cual se utilizó para hacer frente a las necesidades de la sociedad en ese momento, con condición expresa de que ese dinero le fuese devuelto, pues en esos momentos el marido no podía contribuir a sufragar las necesidades de la sociedad de gananciales. Así pues, la Audiencia Provincial de Madrid falló desestimando el recurso y confirmando la privatividad de ese dinero, y por tanto su inclusión en el pasivo, pues estaríamos en primer lugar ante un bien privativo por su carácter ganancial, que se transforma

en otro privativo por ser adquirido en sustitución de un bien privativo, *ex* artículos 1346.2º y 3º CC.

Distinto fue el caso de la SAP de Madrid (ROJ 13503/2018) de 17 de octubre de 2018, en este supuesto la sala entiende que estamos ante una situación subsumible en el artículo 1355 CC, se presume en este caso que se ha atribuido ganancialidad al dinero adquirido mediante la venta de una bien heredado por uno de los cónyuges, el cual fue destinado a la cuenta bancaria común, la cual se utilizaba para sufragar gastos familiares y sin hacerse en ningún momento mención expresa por parte del cónyuge del cual sería privativo el dinero, que esa cantidad quería que continuase con ese carácter, sino que fueron pasando años y años y no fue hasta el momento en que su matrimonio entro en crisis y decidieron divorciarse cuando reclamo esa cantidad. Así pues, la sala entiende que por encontrarnos en un momento de crisis no podemos ir en contra de nuestros propios actos, dictando en su fallo que esa cantidad monetaria tiene carácter ganancial y entraría en el activo del inventario de liquidación de la sociedad de gananciales.

Caso particular podemos ver en la SAP de Valladolid (ROJ 872/2018) de 17 de julio de 2018, aquí nos encontramos ante un recurso de apelación que solicita la exclusión del activo del inventario de liquidación de la sociedad de gananciales del valor de venta negocio del marido, un negocio de lotería, en este caso dicho negocio fue heredado por el cónyuge con anterioridad a la celebración del matrimonio. Por tanto, únicamente debía incluirse en el inventario un derecho de crédito de la sociedad respecto del gasto efectivo que se haya invertido en dicho negocio, pero el negocio en sí tendrá y es declara como bien privativo del exmarido, en tanto es un bien adquirido a título de herencia y por tanto subsumible en el apartado del artículo 1346 CC que estamos tratando (el segundo).

Son igualmente privativas las subvenciones a fondo perdido recibidas por uno de los cónyuges, ya que, dentro de sus características principales se encuentra la gratuidad de este tipo de financiación, es decir, es una financiación gratuita, sin coste alguno para el beneficiario, y la cual no requiere devolución. Por tanto, dado que no existe contraprestación alguna para ser beneficiario de este tipo de subvención, esta ha de tener carácter privativo, *ex* artículo 1346.2º y con amparo en resoluciones del TS como, por ejemplo, la STS 26 septiembre 2002 (RJ 20002/8485), que declara que “se otorga personalmente al beneficiario o causante, y su estado de casado en régimen ganancial, no empece a que al no haber existido contraprestación alguna para esa recepción, sino que, se recibe por y para la persona así subvencionada, ha de seguir el curso de privatividad de su acervo patrimonial”.

Caso llamativo es el de las remuneraciones extraordinaria por trabajos realizados puntualmente; el 2006 el TS consideró en sentencia de 29 de noviembre (RJ 2006/10030), que la remuneración especial por los trabajos realizados en relación con la reestructuración de una sociedad no se trataba de un sueldo, sino que se consideraba un acto a título gratuito, más parecido a una donación remuneratoria. Así entendiendo que se trata de un acto gratuito, más por gratitud que por el desempeño de ese trabajo, debe aplicarse lo establecido en el artículo 1346.2º CC, declarando la privatividad de este dinero.

Hay ocasiones en que se adquiere un derecho de opción constante matrimonio sin pagar una prima, esto porque la intención del concedente es impulsar la celebración del contrato adquisitivo posterior. Aquí no podemos hablar de un derecho adquirido a título gratuito, sino de un primer paso para adquirir un bien; por tanto, será privativo o ganancial en función del carácter de los fondos con los que se pague el precio.

3.2.1. Herencia o legado recibida con obligación de compensar en metálico a los restantes herederos o legitimarios.

En ocasiones nos encontramos ante una adjudicación de bienes a título de herencia a un heredero voluntario o legitimario por un valor que excede de lo que le correspondería; o bien para el supuesto en que se adjudica a un legatario una finca que no puede dividirse, en estos casos surge un deber por parte de la persona adquirente de abonar en metálico lo que correspondería bien al resto de herederos; bien a los legitimario para que estos no vieses perjudicado su derecho, como se regula en los artículos 830, 841 y 102 CC.

En lo que a nosotros interesa el problema surge cuando ese heredero o legatario está casado en régimen de gananciales y el dinero en metálico que debe abonar, será pagado en multitud de casos con dinero ganancial. Así pues, habrá que determinar si el bien adjudicado al cónyuge adquirente será íntegramente privativo o si será privativo solo en la proporción que derivase de su derecho hereditario estrictamente y en tanto al valor que se ha pagado con dinero ganancial perteneciese a la masa común.

La Dirección General de los Registradores y del Notariado (DGRN) atendió a este supuesto particular en resolución de 14 de abril de 2005, declarando la privatividad de la finca adquirida a título de herencia por la cónyuge, entendiéndose que esta adquisición era a título gratuito subsumible en el artículo 1346.2º CC, pese a que exista ese deber de pagar el exceso al resto de coherederos y que esta obligación se saldase a costa de bienes gananciales, lo que surge es un deber de reintegro para con la sociedad, por el importe actualizado de dichas cantidades al momento de liquidar la sociedad de gananciales, *ex* artículo 1358 CC.

3.2.2. *La privatividad de los seguros de vida.*

En el supuesto en que uno de los cónyuges resulte beneficiario de un seguro de vida, tras el fallecimiento de una persona distinta de su cónyuge, esta indemnización tendrá la condición de bien privativo. Si estuviésemos ante una indemnización derivada del fallecimiento de uno de los consortes, no podríamos incluirlo en este tipo de supuesto, ya que no habría necesidad de declarar al privatividad o ganancialidad de la indemnización, puesto que el fallecimiento de uno de los cónyuges es causa de disolución del matrimonio y lógicamente del régimen económico matrimonial.

Esta indemnización no forma parte de la herencia de la persona fallecida, sino que el beneficiario podría a mayores acumular los derechos sucesorios que pudiese tener bien por aparecer en testamento válido del difunto, o bien si acudiendo a la sucesión intestada, si este cónyuge, beneficiario de la indemnización de seguros, resultase llamado a heredar.

“Los beneficiarios que sean herederos conservarán dicha condición, aunque renuncien a la herencia.”, *ex* artículo 85 de la Ley de Contrato de Seguros (LCS); por tanto, el cónyuge que resulte beneficiario de la indemnización derivada del seguro de vida, tendrá derecho a recibirla incluso si llamado a heredar repudiase la herencia ofrecida.

La Ley de Contrato de Seguros faculta en su artículo 88 a los herederos legitimarios y a los acreedores del tomador del seguro a exigir al beneficiario el reembolso del importe de las primas abonadas por el contratante en fraude de sus derechos.

En el Derecho Foral de Navarra encontramos mención expresa de la privatividad de este tipo de indemnizaciones dimanantes de contratos de seguros de vida. En la Ley 1/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad, artículo 30.1.d) establece que

las cantidades percibidas por un cónyuge como beneficiario de un seguro de vida tienen carácter privativo.⁵

Esta regla también es común en otros países de nuestro entorno que han regulado de forma expresa el tema, países como Francia, donde el artículo 132-16 del Código de seguros francés determina “El beneficio del seguro contratado por un esposo, en régimen de comunidad de bienes, en favor de su cónyuge, constituirá un bien propio de éste. [...]”.

Ciertamente esta atribución expresa de privatividad a las indemnizaciones por seguros de vida resulta muy beneficioso para el cónyuge receptor de la indemnización derivada de un seguro de vida.

3.3. Los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos.

Según el art. 1346.3º CC, son bienes privativos de cada cónyuge “los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos”. Es decir, los que se subrogan en los bienes privativos de uno de los cónyuges.

Según PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: “la expresión adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos tiene la finalidad de enunciar del modo más completo el principio de subrogación real. No solo funciona en las adquisiciones fundadas en un contrato oneroso (compraventa, permuta, adquisición del derecho de socio, etc.), sino también en todo supuesto en que por ley, un bien entra en el patrimonio en sustitución de otro, lo que, fuera del campo de los contratos traslativos, puede ocurrir en diferentes hipótesis: indemnizaciones de daños (por culpa contractual o extracontractual), indemnizaciones por seguro, indemnizaciones pagadas por el favorecido por causa de accesión; por saneamiento en la compraventa; por cesación de arrendamiento; en caso de expropiación forzosa, concentración parcelaria; compensación en metálicos en las particiones de bienes; dinero que sustituya al bien en caso de purga de cargas causadas por la ejecución de un derecho preferente o por ejercicio de opción, comisión, resolución o revocación con efectos reales [...]”⁶

⁵ “1. Son también privativos: [...] d) Las cantidades percibidas como capital o como pensión por uno de los cónyuges en concepto de beneficiario de seguros sobre la vida.”

⁶ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. *Derecho de Familia*. Madrid: Universidad de Madrid. Facultad de derecho. Sección de publicaciones, 1989, pp 224.

El supuesto teóricamente más sencillo, sería cuando estemos ante una permuta, puesto que en un primer momento no debería plantear ningún problema, dado que del título resulta que un bien se cambia por otro. Ahora bien, esto que puede sonar tan sencillo e ideal encuentra sus trabas en la práctica. Si estamos ante el supuesto perfecto de un bien privativo que se ve sustituido por otro de igual valor, no habría ningún problema; ahora bien, cuando un bien se cambia por otro y el valor no es el mismo podemos encontrarnos con la problemática de que el cónyuge para permutar el bien entregado a mayores entregue una cantidad en metálico a modo de compensación por el exceso de valor del nuevo bien adquirido. ¿Qué pasa entonces con ese nuevo bien adquirido si el dinero utilizado para la compensación económica es dinero ganancial? La doctrina entiende este supuesto de dos maneras, en primer lugar, si el suplemento pagado es una cuantía pequeña, entonces el bien adquirido por subrogación real perfecta será privativo completamente. El problema real será, en caso, de que el suplemento sea de tal envergadura que pueda parecer que la obligación principal esté en esa compensación monetaria y no en el objeto transmitido en sustitución del bien, entonces habrá que estar al caso y descubrir si se trata realmente de una permuta o de una venta encubierta, que determinaría el carácter ganancial del bien adquirido constante matrimonio. Para este supuesto se ha de distinguir entre si el suplemento es grande o es considerado obligación principal. Si el suplemento es de gran cuantía será el bien adquirido privativo hasta el valor del bien entregado en permuta y ganancial en el valor del suplemento. Si estamos ante obligación principal el bien será ganancial por completo.

Gran problema se da cuando estos bienes y derechos adquiridos a través de contratos traslativos onerosos con fondos privativos (comprados, arrendados, recibidos en pago de una deuda, etc.) se han llevado a cabo con dinero privativo que se encontrase depositado en un cuenta bancaria donde se hallasen fondos tanto privativos como gananciales, y estos contratos se hubiesen celebrado constante matrimonio, ya que va a ser muy difícil probar la privatividad de ese dinero, y entraría en juego la presunción de ganancialidad del artículo 1361 CC, esos bienes o derechos adquiridos a costa de dinero privativo, en supuesto de crisis matrimonial podrían entrar al activo de la sociedad, viéndose privado de un bien o derecho exclusivo del cónyuge perjudicado, si éste no fuese capaz de demostrar ese carácter privativo del dinero utilizado para adquirir el bien o derecho, que por ley le es privativo también.

3.3.1. *La empresa creada con fondos privativos.*

A diferencia del artículo 1347.5° CC, donde encontramos expresa referencia a la creación de empresas a partir de bienes comunes vigente la sociedad de gananciales, si acudimos al artículo 1346 CC en esa misma búsqueda, vemos que no existe una mención expresa para este supuesto. Ahora bien, el ya citado artículo 1347.5° CC nos dice que “las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes”; su interpretación *a contrario sensu* supondrá que si una empresa es constituida constante matrimonio a costa de bienes privativos de uno de los cónyuges esta empresa tendrá la misma condición.

Incluso si atendemos al apartado segundo del artículo 1347.5° CC, que dice que “si a la formación de la Empresa o establecimiento concurren capital privativo y capital común, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1.354”, es decir, que, si la empresa se constituye en parte con dinero ganancial, y en parte con dinero privativo, esta corresponderá en proindiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge. Por tanto, si al pagar una parte con dinero privativo la proporción equivalente al valor de lo pagado será privativo del cónyuge constituyente, si la empresa se crea exclusivamente con fondos privativos de uno de los cónyuges la empresa será exclusivamente suya.

Una empresa podrá ser, por tanto, privativa si se ha constituido por uno de los cónyuges o por ambos, bien antes de que dé comienzo la sociedad de gananciales; bien constante matrimonio a expensas de los bienes privativos de uno o de ambos.

Si la empresa se constituye antes de celebrarse el matrimonio, esta tendrá carácter privativo ya se haya adquirido por pago al contado con los bienes privativos del cónyuge empresario; ya se haya adquirido a plazos con dinero privativo o con dinero ganancial, siempre que el primer pago se haya realizado antes de contraer nupcias, *ex* artículos 1356 y 1357 CC; adquiriendo la sociedad un derecho de reintegro del dinero utilizado para crear la empresa al momento de la liquidación de la sociedad, siendo esta cantidad actualizada al tiempo de dicha liquidación, *ex* artículo 1358 CC.

Así pues, si entendemos que el carácter privativo de una empresa creada constante matrimonio deriva de la condición privativa del dinero invertido para su constitución, podemos declarar que estamos ante una regla clara de subrogación real en la que a costa de

bienes privativos (dinero) se adquiere un bien de la misma condición (la empresa), subsumible pues en el apartado tercero del artículo 1346 CC.

Según RAGEL SÁNCHEZ el problema nace cuando se producen cambios importantes en la empresa, los cuales se sufragan con bienes gananciales, surge la duda de si esta empresa privativa continúa siéndolo o bien se ha transformado en una empresa de carácter ganancial. Habría que acudir al artículo 1359.I CC que determina que las mejoras tendrán el carácter del bien al que afecten, por ello, los cambios producidos en una empresa privativa, serán mejoras de la misma, con la misma condición privativa, por lo cual la empresa seguiría siendo de carácter privativo del cónyuge empresario. Ello “sin perjuicio de la obligación de reintegrar a la sociedad el importe de los fondos gananciales empleados o el valor que se dé a la actividad de cualquiera de los cónyuges para la realización de obras de mejora”⁷.

Excepcionalmente se le puede atribuir carácter ganancial a la empresa creada con fondos privativos, ya que, *ex artículo. 1355.I CC*, “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”.

3.3.2. Derecho de arrendamiento en que la renta se paga con fondos privativos.

El derecho de arrendamiento concertado constante matrimonio por un cónyuge el cual paga la renta del arrendamiento exclusivamente con sus fondos privativos sería un derecho de carácter privativo.

Estos casos se pueden dar en supuestos tales como la riqueza desmesurada de uno de los cónyuges, que utiliza para pagar las rentas del arrendamiento, aunque el bien arrendado sea para uso de ambos. También se incluye, el supuesto bastante típico, de que un familiar de uno de los cónyuges se haga cargo de del pago de las rentas, proporcionando el dinero al familiar para que pague el alquiler.

⁷ RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. Ob. Cit., pp 858.

“En la práctica, esa calificación siempre sería modificable pues puede suceder perfectamente que se agote el dinero privativo y haya que satisfacer la renta con fondos gananciales. Como no se trata de un bien adquirido a plazos, no se aplicaría la regla del primer desembolso establecida en el art. 1356 CC.”⁸

3.3.2.1. *Arrendamiento de la vivienda familiar.*

El arrendamiento de la vivienda es un supuesto realmente discutido, existiendo una gran evolución jurisprudencial, hasta el punto de entenderse antiguamente el derecho arrendaticio de la vivienda familiar como un derecho ganancial y en la actualidad se declare la condición del mismo como privativo. Esto sin tener en cuenta la condición del caudal con el que se pagan las rentas.

La doctrina mayoritaria, entre los que se encuentran autores como GARRIDO DE PALMAS⁹ o RAGEL SANCHÉZ, entiende que estaremos ante un derecho de carácter ganancial en tanto las rentas se paguen con fondos comunes, tal como se desprende del artículo 1347.3º CC, que establece que los bienes adquiridos a costa del caudal común son bienes gananciales.

Otra parte de la doctrina estima que debe considerarse como un derecho privativo del cónyuge contratante, no siendo posible la integración de este derecho de arrendamiento en la sociedad de gananciales; esto a consecuencia de una interpretación integradora del Código Civil y la Ley de Arrendamiento Urbano (LAU), siendo un claro ejemplo, el artículo 16 LAU

⁸ RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. Ob. Cit., pp 857.

⁹ GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel. *La disolución de la sociedad conyugal: Estudio específico de los artículos 1.406 y 1.407 del Código civil*, Madrid, Reus, 1985, pp. 99-100, expresa que en tanto a la catalogación jurídica que ha de otorgarse al arrendamiento concertado por uno solo de los esposos constante matrimonio, sin que se manifieste ni consienta el otro cónyuge, será lógico que sea de aplicación el principio de presunción de ganancialidad, salvo que el inquilinato pudiera calificarse como derecho de uso personal, o como instrumento necesario para el ejercicio de la profesión.

regulador de la subrogación del contrato de arrendamiento en caso de fallecimiento del cónyuge arrendatario, que abordaremos a lo largo de este apartado.

Estos autores entienden que “esta apreciación tiene un doble fundamento: por una parte, que la participación del cónyuge no titular en el arrendamiento se realiza mediante una cesión *inter vivos* o *mortis causa*, porque no se trata de un supuesto de atribución derivado del régimen económico matrimonial; y por otra parte, que el respecto al principio de relatividad contractual exige que el cónyuge no titular del contrato no sea considerado como parte de este”¹⁰.

Como ya hemos dicho la opinión del TS ha dado un giro de ciento ochenta grados. El planteamiento inicial del TS era favorable a considerar la titularidad arrendaticia como un bien ganancial; pero no ha venido sosteniendo una doctrina unívoca, puesto que consideraba que en determinados supuestos la naturaleza de la titularidad arrendaticia se debía limitar.

El TS ha resuelto a favor de la ganancialidad en los siguientes casos:

- Cuando la finalidad era excluir la naturaleza de precario de la posesión del cónyuge supérstite. STS de 3 de noviembre de 1960 (RJ 1960/3454).
- En el caso de reconocer la parte del cónyuge supérstite en los derechos hereditarios sobre el bien arrendado. STS de 26 de febrero de 1979 (RJ 1979/525).
- En el caso de que se quieran reconocer los derechos de los herederos del cónyuge no titular frente a los actos de disposición realizados unilateralmente por el cónyuge titular del arrendamiento. STS de 26 de febrero de 1981 (RJ 1981/611).

ARGELICH COMELLES hace referencia a una serie de casos en que no se reconoce la ganancialidad del arrendamiento:

- “Cuando los beneficiarios de la subrogación fuesen determinados familiares del cónyuge no titular.
- En caso de que el heredero del cónyuge no titular del arrendamiento haya adquirido derechos hereditarios del cónyuge no titular
- Cuando se alega falta de poder de disposición del cónyuge titular sobre el bien ganancial para negar la buena fe de un tercer adquirente.”¹¹

¹⁰ ARGELICH COMELLES, Cristina. *La naturaleza ganancial o privativa del arrendamiento de la vivienda familiar*. Revista de Derecho Civil, 2016, pp 128.

¹¹ ARGELICH COMELLES, Cristina. *Ob. Cit.*, pp 139-140.

Es con la STS 3 abril 2009 (RJ 2009/2806) con la cual se consagra el cambio de la doctrina jurisprudencial, en este caso se instaba la resolución de un contrato de arrendamiento de vivienda, al haber transcurrido seis meses desde que había fallecido el firmante del contrato sin que su viuda, la cual ocupaba la casa, hubiera instando la subrogación. Es aquí donde el TS cambia de rumbo y declara que “el contrato de arrendamiento concluido por uno de los cónyuges constante matrimonio no forma parte de los bienes gananciales y se rige por lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos en los relativo a la subrogación por causa de muerte del cónyuge titular del arrendamiento”.

Sostuvo el TS en esta sentencia que la subrogación en la posición del arrendatario forma parte del contenido del contrato de arrendamiento y que no tiene relación con el régimen económico matrimonial que viniese rigiendo el matrimonio. Las razones que dio el TS fueron:

- “Los contratos producen efectos entre las partes contratantes y sus herederos y por ello, las posiciones contractuales de cada uno de los cónyuges en los contratos de arrendamiento que hayan concluido no forman parte de la sociedad de gananciales, porque, además, se trata de derechos personales.
- El derecho de subrogación por causa de muerte forma parte del contenido del contrato de arrendamiento, que es independiente del régimen de bienes que ostente el titular de la posición de arrendatario.
- La persona que tiene derecho a subrogarse de acuerdo en la posición del arrendatario es la que está determinada en la Legislación especial reguladora de este tipo de contrato, por lo que debe cumplir los requisitos establecidos en el artículo 16 LAU, aplicable en este caso en virtud de los dispuesto en la disposición transitoria 2.B) LAU.”

Vemos pues, que la subrogación en el contrato de arrendamiento en caso de fallecimiento del arrendatario tiene una regulación expresa en el artículo 16 LAU, fijándose en su apartado primero el orden de prelación de la personas con derecho a subrogarse en dicho contrato en caso de que no se llegue a acuerdo, siendo el cónyuge supérstite que conviviese con el arrendatario al tiempo de la defunción el primero en derecho, *ex* artículo 16.1º apartado a) LAU; aquí encontramos el primer requisito para que el cónyuge supérstite pueda subrogarse en esa posición, que es la convivencia al tiempo del fallecimiento, por lo que si ya comenzamos con requisitos a mayores del hecho de estar casados, denota que no nos encontramos ante un bien ganancial, pues el cónyuge que desea continuar en el puesto del arrendatario fallecido va a tener que cumplir una serie de requisitos que se recogen en los siguientes apartados de este artículo 16 LAU, como es la notificación por escrito al

arrendador en el plazo de tres meses del hecho del fallecimiento, con certificado registral de defunción, y la identidad del subrogado, indicando su parentesco con el fallecido y ofreciendo un principio de prueba de que cumple los requisitos legales para subrogarse, *ex* artículo 16.3º LAU.

Como ya hemos visto en la STS del 2009 antes citada el TS falló determinando la resolución del contrato de arrendamiento puesto que no se habían cumplido los requisitos que la LAU determina para poder subrogarse en la posición del arrendatario fallecido; ahora bien, estos requisitos no tienen porque ser causa de extinción inmediata del contrato de arrendamiento si no se dan expresamente, pues habrá que estar al caso concreto. Así pues, la AP de Albacete en sentencia de 15 de febrero de 2001 (JUR 49/2001) viene a decir que la literalidad de este precepto no puede llevar sin mas al automatismo de la extinción, sino que habrá que examinar la exigencia de su inobservancia y la causa que la genera, pues nada impide que las partes hubiesen pactado otra cosa, indica este tribunal que: “este Tribunal comparte [...], que es ratificada por el reconocimiento del propio actor, que pone de manifiesto que éste conoció el fallecimiento, que ha seguido cobrando la renta durante más de un año y que quien continúa en el arriendo es la viuda del inquilino.” Por tanto, pese a no haberse producido esa notificación expresa por escrito se entiende que la viuda se ha subrogado en el contrato de arrendamiento.

En contra de esta tendencia jurisprudencial se esgrimen distintos argumentos, que recalcan una serie de consecuencias gravísimas derivadas de esta. Tales como, que si el titular del derecho arrendaticio hiciera uso de los derechos de tanteo y retracto que el concede el artículo 25 LAU adquiriría la vivienda con carácter privativo, aunque se utilizasen fondos gananciales para esta adquisición, pues se aplicaría el artículo 1346.4º CC.

Igualmente serían privativas las indemnizaciones que se recibiesen en caso de expropiación forzosa del derecho arrendaticio.

Defienden, además, que un cónyuge puede adquirir para la sociedad de gananciales actuando solo. Así pues, el hecho de que solo uno de los cónyuges sea parte contractual no impediría que el derecho o bien adquirido tuviese carácter ganancial.

Según RAGEL SÁNCHEZ “no deja de ser chocante, que se admita que puede ser ganancial el derecho arrendaticio sobre el local comercial, que normalmente es utilizado únicamente por el

cónyuge comerciante, y se rechace que sea ganancial el derecho arrendaticio sobre la vivienda, que es usada por ambos consortes”¹².

3.3.3. Cobro de créditos privativos constante matrimonio.

Cuando uno de los cónyuges posea un derecho de crédito privativo, bien por haber sido adquirido con anterioridad al inicio de la sociedad de gananciales, bien por cualquier otra de las circunstancias que se recogen en el artículo 1346 CC, véase un crédito adjudicado en la partición de una herencia, habremos de ir a otro precepto para conocer el carácter de las sumas cobradas por ese crédito, constante matrimonio, hemos de acudir pues al artículo 1348 CC que dispone, que “Siempre que pertenezca privativamente a uno de los cónyuges una cantidad o crédito pagadero en cierto número de años, no serán gananciales las sumas que se cobren en los plazos vencidos durante el matrimonio, sino que se estimarán capital de uno u otro cónyuge, según a quien pertenezca el crédito”. Este precepto responde al principio de subrogación real de igual manera que el artículo 1346.3º CC.

Hay que diferenciar aquí las cantidades que se perciben en concepto de intereses y cuáles serán en concepto de capital del crédito privativo del cónyuge. Así las cantidades percibidas como capital tendrán la condición de privativas, mientras que los intereses serán gananciales, *ex* artículo 1347.2º CC.

3.3.4. Premios derivados del juego.

Como hemos ido viendo los bienes que se adquieren mediante el pago con dinero privativo de uno de los cónyuges, pasan a integrar su patrimonio exclusivo, es decir, tienen igual carácter privativo que el dinero utilizado para su adquisición.

Ahora bien, encontramos la particularidad de los billetes de lotería premiados, y más concretamente, el premio. Ante el supuesto en que uno de los cónyuges haciendo uso de su capital privativo adquiriese un billete de lotería constante matrimonio y este resultase ganador el premio sería ganancial, *ex* artículo 1351 del Código Civil, que consagra la ganancialidad de estos bienes. Así ha sido defendido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, incluso en

¹² RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. Ob. Cit., pp 825.

los casos como ya hemos citado en que la adquisición del boleto premiado deviene de una suma privativa.

Ante esto surgen los problemas del boleto adquirido antes de contraer matrimonio y resulta premiado constante matrimonio; o, que es adquirido constante matrimonio y resulta premiado una vez se ha disuelto la sociedad de gananciales.

Resulta pues muy característico, la exclusión del carácter privativo que tendrían estos premios atendiendo al artículo 1346.3 del Código Civil (entendiendo que este nace de la adquisición de un bien, el billete de lotería costa dinero privativo), por alusión expresa de otro precepto civil, como el ya citado artículo 1351 CC.

3.4. Los adquiridos por derecho de retracto pertenecientes a uno solo de los cónyuges.

Son bienes privativos de cada uno de los cónyuges “los adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges” (artículo 1346.4º CC). Por tanto, el ejercicio de este derecho preferente privativo sobre un determinado bien supone que ese bien adquirido también será privativo.

Si acudimos al derecho foral de Navarra y Aragón, encontramos una regulación de esta materia en la que se amplía el ámbito de aplicación a otros derechos de adquisición preferente:

- Código de Derecho Foral de Aragón, artículo 211 f) “los recobrados en virtud de carta de gracia, así como los adquiridos por derecho de retracto, opción, suscripción preferente o cualquier otro de adquisición preferente o de acceso a la propiedad que pertenezca con carácter privativo a uno de los cónyuges”.
- Compilación de Navarra, Ley 83:6) “Los adquiridos por derecho de retracto convencional o legal, opción, acceso a la propiedad, suscripción preferente u otro cualquier derecho de adquisición pertenecientes a uno de los cónyuges”.

Ahora bien, se incluye dentro de los retractos a los que hace referencia este artículo 1346.4º CC, los retractos legales y voluntarios, los que se ejercitan judicial y extrajudicialmente, y los derechos de tanteo, que solo difiere del retracto en que se debe ejercitar antes de que se lleve a cabo el acto dispositivo, sustituyendo a quien iba a ser el adquirente. Esto así, pues no se

hace distinción ninguna en el precepto en pos de alguna tipología concreta del derecho de retracto, ni por ende exclusión de ninguno de los tipos enumerados.

El criterio de la doctrina mayoritaria entiende que cuando los bienes son comprados en momentos posteriores al nacimiento de la sociedad de gananciales, en virtud de un derecho anterior a la misma, el patrimonio que se ve favorecido por la adquisición del bien sería el mismo al que perteneciere la relación jurídica de la que dimanase el derecho de adquisición, de retracto, de opción de compra, etc. Así, si el derecho era privativo el bien adquirido siendo vigente la sociedad de gananciales, tendrá carácter privativo también, *ex* artículo 1346.4º CC.

Podemos hacer referencia aquí a la usucapión consumada siendo vigente el régimen de gananciales en caso de que la posesión a título de dueño se iniciase por uno o ambos cónyuges con anterioridad al nacimiento de la sociedad, por tanto, esta conferiría carácter privativo al bien usucapido, que formaría parte del patrimonio exclusivo del cónyuge usucapiente o bien de ambos, si ambos fuesen poseedores a título de dueño antes de celebrar el matrimonio, en proindiviso.

Lo mismo ocurrirá para el caso del tesoro oculto, que pertenecerá al dueño del terreno donde este fuese hallado, es decir, que, si el terreno es un bien privativo del dueño de este, el tesoro encontrado entraría a formar parte de su patrimonio privativo, mientras que, si este terreno fuese de carácter ganancial, el descubrimiento determinaría la ganancialidad del tesoro, que formaría parte del patrimonio común de ambos cónyuges.

Debemos hacer alusión en relación con este párrafo 4º del artículo 1346 CC al derecho de suscripción preferente de acciones, regulado en el artículo 1352 CC, el cual declara la privatividad de las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros igualmente privativos. Con este precepto el legislador “dota al derecho de suscripción preferente de una consideración que supera a la de los dividendos caracterizados como frutos o beneficios, e incardinables como bien ganancial, con independencia de la titularidad del bien generador, atendida la idea de preservar el derecho del socio dentro de una sociedad de no sufrir detrimento en su posición de poder”¹³.

¹³ BERNAL MARSALLÁ, Lorenzo. *Bienes privativos por razones singulares en la sociedad de gananciales (análisis y comentarios de resoluciones judiciales)*. Pp 5. <http://valcarceabogados.com/privatividadensocgananciales.pdf> (12/03/2019).

Caso llamativo fue resuelto por la AP de Madrid en sentencia de 17 de diciembre de 2013 (JUR 2014/63764), donde la cónyuge del fallecido impugna la liquidación de la sociedad de gananciales, que se llevó a cabo tras modificar el régimen económico matrimonial al de separación de bienes, puesto que no se habían incluido en el activo el resultado de los beneficios contabilizados como reservas sociales imputable al cónyuge fallecido.

Hemos de tener en cuenta que el régimen legal aplicable a los beneficios de las sociedades de cuyas acciones o participaciones son titulares privativos uno de los cónyuges y que se contabilizan como reservas sociales, no repartiéndose por tanto dividendo ni ampliándose capital social con cargo a dichas reservas.

El dividendo repartido por la sociedad con cargo a beneficios por las acciones o participaciones de que uno de los cónyuges sea titular privativo, son claramente gananciales de acuerdo con el artículo 1347.2 CC, como frutos producidos por bienes privativos.

Dispone el párrafo segundo del artículo 1352 CC que cuando para el pago de la suscripción se utilizasen fondos comunes o se emitiesen las acciones con cargo a los beneficios, se reembolsará el valor satisfecho.

¿Entonces qué sucede si los beneficios no se reparten como dividendos ni se emiten como acciones con cargo a los mismos o con cargo a las reservas en que se hubieran transformado contablemente, quedando contabilizado socialmente como reservas?

En primer lugar, debemos recordar que el beneficio social imputado a reservas no es patrimonio de la sociedad de gananciales.

En segundo lugar, referirnos al hecho de que, las sociedades mercantiles tienen una personalidad jurídica propia, y que los beneficios sociales no repartidos como dividendos no pertenecen a los socios o partícipes sino a la propia sociedad, pero también es cierto que sus beneficios computados como reservas podrían distribuirse como dividendos o dar lugar a una ampliación de capital con cargo a los mismo una vez disuelta la sociedad de gananciales.

Para el usufructo de acciones o participaciones sociales una posibilidad es aplicar análogamente la solución legal del usufructo de acciones o participaciones sociales y estimar que los beneficios sociales de explotación integrados en las reservas expresas y que no hayan dado lugar a reparto de dividendo o a ampliación de capital generen igualmente un crédito de la sociedad de gananciales frente al cónyuge titular de las acciones o participaciones.

“No deja de ser un poco llamativo que de ser uno de los cónyuges solo usufructuario de un paquete de acciones o participaciones sociales el beneficio de explotación de la sociedad integrado durante el usufructo en las reservas expresas del balance que como crédito le corresponde frente al nudo propietario vaya a ser un bien ganancial, conforme al art. 1349 CC en relación con el art. 128.1 LSC, y sin embargo de ser el cónyuge propietario pleno de acciones o participaciones sociales los beneficios sociales imputados o reservas no vayan a dar ninguna compensación económica a favor de la sociedad de gananciales”¹⁴.

3.4.1. Bien comprado antes del inicio del régimen de gananciales y adquirido después de su entrada en vigor.

Podemos encontrar el caso en que uno de los cónyuges compre un bien antes de contraer matrimonio, pero que no se produzca la entrega al momento de la adquisición, sino que la entrega del bien se realice en un momento posterior, en el cual ya esté casado siendo vigente la sociedad de gananciales, debemos plantearnos si el bien tendrá la condición de ganancial o privativo.

Para el caso en que la propiedad se adquiere mediante escritura pública constante matrimonio, habrá que estar a lo que diga el cónyuge adquirente, si declara que adquiere para la sociedad de gananciales estaríamos ante una confesión de ganancialidad. La confesión de ganancialidad del cónyuge adquirente sobre el bien adquirido produce la vinculación del confesante, lo que supondrá que en el caso de que en un futuro se arrepintiese y decidiese retraerse acudiendo a la declaración judicial de privatividad del bien, la confesión de ganancialidad actuaría como impedimento, pues estaría actuando en contra de sus propios actos.

Si el cónyuge comprador no declara que adquiere para la sociedad de gananciales en la escritura pública y el objeto de compra en un bien inmueble este se inscribirá en el Registro de la Propiedad como un bien presuntivamente ganancial, *ex* artículo 94.1 Reglamento Hipotecario (RH). Ahora bien, en un momento posterior podrá solicitar que se declare

¹⁴ SAP de Madrid 17 diciembre 2013 (JUR 2014/63764), pp 11.

judicialmente la condición privativa del bien adquirido, aquí no existe vinculación ninguna, ni tampoco iría en contra de sus propios actos, pues el cónyuge adquirente simplemente omitió declarar el carácter del bien, sin afirmar en ningún momento que se adquiriese para la sociedad de gananciales.

Según RAGEL SÁNCHEZ “Cuando un cónyuge ha comprado un bien antes del matrimonio, adquirió en ese momento un derecho de crédito privativo frente al vendedor, el haz de facultades que tiene todo comprador, entre ellas la de recibir la entrega y la consiguiente adquisición de la propiedad. Adquirido el derecho real después de celebrado el matrimonio, seguirá la condición privativa que tenía el derecho de crédito del que procede”¹⁵.

Así pues, todo bien comprado antes de comenzar la sociedad de gananciales y entregado en momento posterior, sin importar la forma de pago (al contado o a plazos), tendrán la condición de privativo, con una excepción recogida en el artículo 1357.II CC, la vivienda familiar y el ajuar doméstico comprados a plazos antes de dar inicio la sociedad de gananciales, y que fueron pagados en parte con dinero ganancial, los cuales seguirán el devenir del artículo 1354 CC, según el cual corresponderá en proindiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge en proporción al valor de las aportaciones respectivas.

3.5. Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles *inter vivos*.

El artículo 1346.5º CC atribuye carácter privativo a “los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles *inter vivos*”. Este precepto regula dos supuestos distintos relativos a los denominados «bienes y derechos personalísimos», con contenido económico. Estos, dado su carácter sólo son ejercitables por el cónyuge titular es por ello que se excluyen de la masa común, aunque como veremos los frutos y rentas derivados de estos bienes y derechos serán gananciales, *ex* artículo 1347.2º CC.

¹⁵ RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. Ob. Cit., pp 863.

3.5.1. Bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona.

Este primer supuesto hace referencia a bienes y derechos que se reservan a su titular por su carácter personalísimo. Quedan excluidos de este ámbito los derechos de la personalidad, que son indisponibles, ya que su titular no puede renunciar a ellos ni transmitirlos a otra persona. Por tanto, estos derechos de la personalidad no van a formar parte de ningún patrimonio, es decir, no son ni gananciales ni privativos.

Sin embargo, en supuestos tasados por ley se prevé que algunos derechos de la personalidad admitan una disponibilidad parcial, eventual y concreta, podrán cederse en favor de personas concretas, durante un tiempo pactado y para una finalidad determinada. Una vez finalice el plazo el titular recuperaría la plenitud de sus derechos de la personalidad.

Esto sucede en los casos por ejemplo de cesión de imagen, cuando el titular permite la explotación comercial de su imagen, su voz o su nombre; también se puede incluir aquí los supuestos en que el titular permite la intromisión en sus derechos al honor, intimidad y propia imagen; una vez finaliza el plazo acordado para la explotación o bien ya se ha realizado la entrevista o el reportaje y han sido divulgados, todos sus derechos vuelven a corresponder íntegramente al titular de los mismos.

Los rendimientos obtenidos por la cesión parcial, eventual y concretas de sus derechos de la personalidad serán gananciales, pues son obtenidos mediante el trabajo, *ex* artículo 1347.1º CC.

3.5.1.1. Ejercicio profesional.

Como venimos señalando el artículo 1346.5º del Código Civil considera privativos los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles inter vivos, se incluirían también los derivados del ejercicio profesional.

Ahora bien, no han sido escasos los litigios derivados de la discusión acerca si clínicas dentales, ópticas, farmacias, etc. Tienen carácter ganancial si se crean constante matrimonio, entendiendo estas como empresas o establecimientos de carácter ganancial del artículo

1347.5° CC, o bien estaríamos ante bienes privativos del cónyuge titular, dado que de sus aptitudes y titulaciones específicas nace el poder y derecho de crear estos negocios y llevar a cabo estos oficios.

En defensa de la concepción de estos negocios como bienes privativos encontramos interpretaciones como la de la Audiencia Provincial de La Coruña, en sentencia de 13 de febrero de 2015 (JUR 2015/81848), entiende que si una persona que ha obtenido una titulación, por sus méritos y esfuerzos, se dedica a trabajar en aquello para lo que su título le habilita, aunque lo haga con medios materiales mobiliarios, inmobiliarios e instrumentales de origen privativo o ganancial, y con personal colaborador o auxiliar, debemos de entender que en principio se trata de un ejercicio profesional personal y no de una empresa o negocio en funcionamiento, salvo circunstancias especiales que demuestren que no es esa su dedicación fundamental sino que se trate de una verdadera actividad empresarial.

Para poder distinguir la actividad empresarial del ejercicio profesional se ha de valorar la mayor o menor semejanza que presenta la actividad profesional con la empresarial y la mayor o menor dedicación de la persona a la actividad; se entiende que en la actividad empresarial lo que va a primar es la organización, la unidad patrimonial, mientras que cuando estamos ante el ejercicio de una actividad profesional lo que prevalece aquí es el aspecto personal, subjetivo, pues se realiza al amparo de una titulación intransferible conseguida mediante el esfuerzo y el estudio.

Ahora bien, pese a que el ejercicio profesional es un derecho inherente a la persona que lo realiza, no se entiende privativo el negocio en sí, cuando en este concurren una serie de circunstancias o requisitos que ha determinado el Tribunal Supremo que le confieren un valor cierto y determinado, lo que convertiría este negocio, en un bien privativo o ganancial sería el hecho de haber sido creado antes de constituirse la sociedad de gananciales o constante matrimonio.

Así en STS de 10 noviembre (RJ 2017/5129) declara la ganancialidad de una clínica dental, en la que trabajaba el marido, creada constante matrimonio con dinero ganancial, quien reclama la privatividad de la misma por ser un oficio inherente a su persona, mientras que la mujer concluía que la clínica tenía un valor cierto distinto del que tenían los locales donde se ejercía la profesión y el equipamiento, adjuntando incluso pruebas periciales que determinaban el valor en el mercado del traspaso de la clínica.

Entre los requisitos que podremos encontrar, para entender estas clínicas, ópticas, asesorías, etc., como un negocio subsumible en el apartado 5º del artículo 1347, estarían:

- Que la fundación, creación o inicio de la actividad comience vigente la sociedad de gananciales.
- Que exista un derecho de traspaso sobre la misma, por ejemplo, en el caso de la clínica dental o la farmacia que ésta pueda traspasarse a otra persona la cual podrá adquirirla por un precio cierto y determinado y continuar con la actividad que se venía desarrollando.
- Que exista una clientela, la cual podrá continuar acudiendo al local donde se realiza la actividad, aunque este negocio sea traspasado a otra persona.

Por tanto, podemos concluir que, pese a ser el ejercicio de una profesión un derecho inherente a la persona pues no es transmisible a terceros, la creación de una clínica dental, una óptica, una asesoría, una farmacia, etc., para ejercer estas actividades profesionales dan lugar a bienes con características propias que pueden alcanzar el carácter de negocio y por tanto el carácter privativo o ganancial del mismo dependerá de factores distintos al ejercicio de la profesión como un derecho inherente del cónyuge.

3.5.1.2. *Derecho moral del autor.*

El derecho a la propiedad intelectual es un derecho privativo del cónyuge autor, puesto que se trata de un derecho inherente a su persona. Ahora bien, se discute acerca de si el derecho moral del autor debe incluirse en esta tipología de derechos inherentes a la persona o si bien, solo la explotación comercial del derecho del autor entraría en este ámbito.

Defienden autores como RAGEL SANCHEZ¹⁶, que el derecho moral del autor en un bien privativo, por tratarse de un derecho patrimonial inherente a la persona.

Ahora bien, ¿qué es el derecho moral del autor? El derecho moral del autor consiste en el conjunto de facultades irrenunciables e inalienables que se incluyen en el artículo 14 TRLPI: derecho de divulgación y su manifestación, derecho de paternidad sobre la obra, derecho de

¹⁶ RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. Ob. Cit., pp 870.

integridad, derecho de modificación, derecho de retirada del comercio y derecho de acceso al ejemplar único o raro.

Puede diferenciarse entre la obra intelectual y el soporte material al que aquella se incorpora. Así, el soporte material sería un bien privativo del cónyuge creador, mientras que la obra, como pueda ser el contenido de un libro, sería propiedad intelectual de este cónyuge.

Los manuscritos, las partituras y los ficheros donde se conservan las obras intelectuales son bienes que integran el derecho moral del autor, ya que son los vehículos de la forma de expresión en que reside la obra intelectual.

Los rendimientos o frutos derivados del derecho moral del autor tendrán la condición de gananciales, *ex* artículo 1347.2º CC.

3.5.2. *Bienes y derechos no transmisibles inter vivos.*

“Tendrán la condición de bienes y derechos patrimoniales intransmisibles inter vivos aquellos a los que la ley haya vedado la transmisibilidad, como sucede con el derecho real de uso y habitación concedido a un cónyuge (art. 525 CC), las servidumbres y los usufructos legales, salvo el concedido por la ley al cónyuge viudo (art. 10 LH).”¹⁷

Quedan excluidos del ámbito del artículo 1346.5º CC los bienes o derechos cuya transmisión solo está limitada por ley o por la voluntad de su titular, como puede suceder con la cesión o subarrendamiento de la finca arrendada o la transmisión de acciones o participaciones sociales. En tales casos, el bien será ganancial cuando haya sido adquirido con fondos gananciales.

La doctrina entiende que tampoco se refiere el artículo 1346.5º CC al bien que está afectado por una prohibición de disponer voluntariamente aceptada por su titular a una compra a plazos, puesto que no se trata de una prohibición legal.

¹⁷ RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. Ob. Cit., pp 874.

3.6. El resarcimiento por daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos.

Primeramente, habrá que referirnos a la tipología de daños cuyo resarcimiento será objeto de estudio por el carácter privativo del mismo; así entendemos que estos daños pueden ser de origen contractual o extracontractual, siendo el hecho relevante que se haya producido ese daño, bien en la persona de uno de los cónyuges o en sus bienes privativos.

Se incluyen en el ámbito del artículo 1346.6° CC las indemnizaciones percibidas por un cónyuge a consecuencia de un accidente. La STS 26 diciembre 2005 (RJ 2006/1213) declaró que la indemnización percibida por el marido a raíz de un accidente de circulación era un bien privativo del mismo.

Si el importe, de estas indemnizaciones de carácter privativo, es ingresado en una cuenta bancaria donde se encuentren depositados fondos gananciales, el cónyuge que ingreso la cantidad privativa tiene derecho a que le sea reintegrado el valor de la misma a costa del patrimonio común. Siempre que lo que se produce es una confusión entre patrimonios (común y privativos) es necesario el reintegro a costa de la masa común llegado el momento de liquidar la sociedad. Ahora bien, si estos bienes privativos (la indemnización privativa) se hubiesen destinado a la adquisición de un bien común, este nuevo bien tendría carácter ganancial, *ex* artículo 1355 CC. Así lo defiende el TS en sentencia de 14 enero 2003 (RJ 2003/49) para el caso de deuda de la sociedad para con la excónyuge por la cantidad derivada de una indemnización, entre otras cantidades privativas, ingresadas en una cuenta bancaria con fondos comunes, “constituyen bienes privativos de la esposa, según lo dispuesto en los números segundo y sexto del artículo 1.346. Consecuentemente, al no haberse probado que la referida suma se destinara a la adquisición de bienes determinados, sino que, simplemente, -confundida con el dinero ganancial- se dedicó al sostenimiento de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales, procede que, por aplicación del artículo 1.364 del código civil se reconozca su derecho a ser reintegrada de su valor a costa del patrimonio común”.

Como ya hemos visto en el apartado anterior las facultades patrimoniales de algunos derechos de la personalidad o el derecho del autor son privativos, pues se trata de derechos patrimoniales inherentes a la persona, por tanto, las indemnizaciones obtenidas a consecuencia de los daños que se causen a estos derechos privativos deberán tener ese mismo carácter de privatividad. Se comprenden aquí las indemnizaciones percibidas como consecuencia de intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen (artículo 9 LO 1/1982), por los daños y lesiones producidos como consecuencia del

tratamiento de datos carácter personal (artículo 19 LOPD) y de los daños y perjuicios ocasionados al derecho moral del autor (artículo 140 TRLPI).

De igual modo se constata la privatividad derivada del artículo 1346.6º CC, cuando la indemnización nace del resarcimiento por daños ocasionados al consumidor por bienes o servicios, ex artículo 128 TRLCU, “daños personales y los daños materiales, siempre que éstos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado” (artículo 129 TRLCU).

Cuando estamos ante el resarcimiento por daños producidos en los bienes privativos de uno de los cónyuges, dado que estamos ante bienes adquiridos en sustitución de otros bienes privativos dañados, se producirá el efecto de subrogación real, de esta indemnización o sustitución del bien por otro, siendo esto del mismo carácter privativo que el bien dañado.

3.6.1. Carácter privativo o ganancial de la indemnización por despido.

Cuestión controvertida nace de la indemnización por despido improcedente, mientras que para una parte de la doctrina estaríamos ante un resarcimiento de carácter privativo; para otra gran parte, entre las cuales se haya la jurisprudencia actual del TS se trataría de una indemnización de carácter ganancial. Para entender el porqué de esta discusión debemos atender a los argumentos dados por ambas partes.

Las primeras manifestaciones del iter jurisprudencial actual, se encuentran en los años 2005 y 2007, siendo en este último, en sentencia de 26 de junio (RJ 2007/3448) donde se determina que “a la vista de que la indemnización por despido se calcula sobre la base del número de años trabajados, no deberían tener naturaleza ganancial las cantidades correspondientes a los años en que no existía la sociedad de gananciales”¹⁸. Pero sí consideró, que la parte que proporcionalmente correspondiere a los años de vigencia de la sociedad de gananciales, debería ser considerado como bien común o ganancial. Desde este momento el Tribunal Supremo ha venido considerando las indemnizaciones por despido como un bien que puede ser en parte ganancial y en parte privativo, y no de carácter exclusivamente privativo.

¹⁸ NAVARRO GONZALEZ, Carolina. <http://www.domingomonforte.com/la-indemnizacion-por-despido-naturaleza-privativa-o-ganancial/>. Párrafo 8º (31/01/2019).

El TS para declarar la ganancialidad de la indemnización por despido, exceptuando el tanto proporcional al momento en que no estaba vigente la sociedad de gananciales, se basa en la afirmación de que el derecho al trabajo cuando al cónyuge es privado de su puesto laboral permanece intacto, puesto que éste sigue en el mercado laboral y puede contratar nuevamente adquiriendo un nuevo puesto laboral, y por ende, la indemnización constituiría una indemnización por incumplimiento del contrato la cual tendría la misma consideración que el resto de ganancias que han venido derivando del mismo contrato, las cuales siendo vigente el régimen de gananciales han sido de carácter común, integrándose en la masa ganancial. Así se dispone en las SSTS 18 marzo (RJ 2008/3256) y 28 mayo (RJ 2008/3109), ambas de 2008.

El resumen de la doctrina imperante en el TS para determinar el carácter de este tipo de indemnizaciones concluye, que existen dos elementos cuya concurrencia permite declarar si este tipo de resarcimiento o indemnización tendrá naturaleza de bien ganancial o, por el contrario, quedará excluida de la sociedad de gananciales y formará parte de los bienes privativos de quien la percibió. Estos dos elementos son:

- a) La fecha de percepción de estas remuneraciones adicionales o emolumentos: si se adquirieron siendo vigente la sociedad de gananciales, tendrán esta consideración de bienes comunes, mientras que, si se adquieren una vez disuelta la sociedad, deben tener la consideración de bienes privativos de quien los ha percibido.
- b) Ha de distinguirse entre el derecho a cobrar estas prestaciones que debe ser considerado como un componente de los derechos de la personalidad y por lo que, no son bienes gananciales al ser derechos intransmisibles, mientras que los rendimientos de estos bienes devengados durante la vigencia de la sociedad de gananciales, tendrán este carácter.

Esta conclusión del TS viene avalada también por las regulaciones en sistemas de derecho foral, como ocurre en el artículo 28.2 de la Ley de Régimen económico matrimonial y Viudedad de Aragón, de 12 de febrero de 2003, que establece que ingresan en el patrimonio común durante el consorcio “las indemnizaciones concedidas a uno de los cónyuges por despido o cese de actividad profesional”. Si este tipo de disposiciones las encontrásemos en el Código civil español, no sería posible esta disparidad de pensamiento entre la doctrina, puesto que sería la propia ley la que *stricto sensu* determinaría el carácter ganancial de las indemnizaciones, pero en el Derecho común a tenor literal del artículo 1346.6º CC, puede

entenderse que estamos ante una bien que debería integrarse en la masa privativa del cónyuge privado de su puesto de trabajo, como veremos.

A modo de concluir la posición a favor de la ganancialidad de la indemnización por despido, es necesario hacer referencia a la manifestación más reciente de esta atribución de ganancialidad a las indemnizaciones por despido la encontramos en la STS 5 octubre en 2016 (RJ 596/2016), la cual determinó que la indemnización siendo percibida constante matrimonio, debería ser ganancial en relación a los años de trabajo en los cuales regía la sociedad de gananciales, siendo parte privativa, la proporcional a los años de trabajo en que el cónyuge bien estaba soltero o en su matrimonio no rigiese la sociedad de gananciales o bien, una vez disuelta la sociedad de gananciales. Entendiendo puesto que se sigue esta línea desde hace años y no hay atisbos de que vaya a cambiar de rumbo.

Ahora bien, parte de la doctrina discrepa con la línea que encamina el Tribunal Supremo a la hora de declarar el carácter de estas indemnizaciones. En opinión de autores como RAGEL SÁNCHEZ¹⁹ se trata de un bien de carácter privativo del cónyuge despedido, dado que se trata de un resarcimiento por los daños inferidos en sus bienes privativos, como consecuencia de una privación injusta de su puesto de trabajo. Entiende pues que la indemnización por la pérdida de un derecho privativo, como es la relación laboral del cónyuge, debería tener ese mismo carácter privativo.

Estos autores entienden que nos encontramos ante un caso subsumible en el artículo 1346.6º CC, dado que consideran que el derecho al trabajo es un derecho privativo inherente a la persona (determinación que sigue la doctrina mayoritaria) y se trataría pues, de un resarcimiento por daños inferidos en un bien privativo de uno de los cónyuges. Así, este derecho diferirá de las ganancias o beneficios, que tiene el carácter por atribución legal de ganancialidad, *ex* artículo 1347.1º CC.

Ahora bien, quienes abiertamente critican esta forma de proceder entienden que lo que realmente se vulnera es el derecho a un puesto de trabajo concreto, y por tanto, no queda este incólume, como viene defendiendo la jurisprudencia del Supremo, siendo esta relación laboral la que queda menoscabada, y cuyo carácter es privativo del cónyuge despedido,

¹⁹ RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. Ob. Cit., pp 803. Interpreta que “el despido lesiona un bien privativo y la indemnización por despido sigue la misma condición que el bien lesionado porque trata de compensar el quebranto sufrido por la pérdida de ese derecho a un puesto de trabajo concreto”.

deberá pues seguir la indemnización la misma condición que el bien lesionado, es decir, la indemnización deberá tener carácter privativo en todo caso, puesto que lo que se ha vulnerado ha sido un derecho privativo de uno de los cónyuges y que por aplicación del artículo 1346.6º CC, debería considerarse un resarcimiento por el mismo y correr la misma suerte que este.

Vista la resolución de esta controversia por el TS, y analizada la crítica que rige de la misma, es importante añadir que aun siendo la indemnización por despido improcedente en principio un bien ganancial, con las excepciones ya mencionadas; para el caso de que el despido se produzca una vez disuelta y liquidada la sociedad de gananciales, esta indemnización ya no tendrá carácter ganancial sino privativo propio del cónyuge despedido, así se desprende de sentencias como la STS 21 junio 2005 (RJ 2005/4023) “la indemnización es un bien adquirido tras la extinción de la comunidad de gananciales y no pertenece, retroactivamente, a ésta, sino que es un bien propio de la persona que lo adquiere”²⁰, o la STS 18 junio 2008 (RJ 2008/2902), donde se reclamaba la indemnización percibida ocho años después de la disolución de la sociedad de gananciales por separación matrimonial.

3.6.2. *Indemnización por invalidez.*

Este tipo de indemnizaciones según se recoge en la STS 25 marzo 1988 (RJ 1988/2430), se basan en ser una consecuencia del derecho al trabajo del cónyuge beneficiario. Por ello, el TS consideró que era ganancial la indemnización percibida por un seguro de invalidez del que era beneficiario un cónyuge a raíz de su relación laboral, debido a que se trataba de un rendimiento económico del trabajo, una consecuencia económica y pecuniaria del mismo, subsumible en el artículo 1347.1º CC. Así, pues entiende esta sentencia el TS que no importa la naturaleza pública o privada de la prestación, esta debe ingresar en el patrimonio ganancial y, en caso de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, ésta debe repartirse entre los cónyuges.

²⁰ PARDILLO HERNANDEZ, Agustín. *El Derecho de familia en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017.

En igual sentido se pronunció la Audiencia Provincial de Valladolid, en sentencia 2 de mayo 2003 (JUR 2003/171414).

“Algunos autores han intentado matizar el tema. Así, [...] entienden que serán privativas siempre que se trate con la indemnización de resarcir la pérdida de la capacidad laboral, mientras que será ganancial si se pretende sustituir al salario.”²¹

Otro autores como RAGEL SÁNCHEZ entienden de igual modo que se referían a las indemnizaciones por despido, que estas deben ser privativas del cónyuge trabajador, puesto que es un resarcimiento por haberse extinguido la relación laboral, que es privativa de este cónyuge, y por tanto deben correr la misma suerte que el derecho privativo por el cual nace esta indemnización; así pues, entienden que estamos ante una sustitución de un bien privativo cuyo carácter ha de ser igualmente privativo, *ex* artículo 1346.3º y 6 CC.

3.6.3. Pensiones de jubilación.

Abordaremos la cuestión relativa al carácter de las pensiones de jubilación desde una perspectiva similar a las indemnizaciones por despido improcedente, es decir, distinguiendo entre el derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación, el cual ocuparía el mismo lugar que el derecho al puesto de trabajo desempeñado y por tanto sería un bien privativo, y el derecho a percibir las cantidades periódicas que derivan de este derecho al reconocimiento de la pensión, estos ocuparían el mismo lugar que los salarios percibidos durante la relación laboral y serían bienes gananciales en tanto sea vigente la sociedad de gananciales.

La pensión de jubilación encaja en el artículo 1349 CC, que cita “El derecho de usufructo o de pensión, perteneciente a uno de los cónyuges, formará parte de sus bienes propios; pero los frutos, pensiones o intereses devengados durante el matrimonio serán gananciales”.

²¹THOMSON REUTERS ARANZADI INSTITUCIONES. *Prácticum. Prácticum Familia 2016. Activo de la sociedad ganancial: bienes privativos. Aranzadi* S.A.U. <<http://aranzadi.aranzadidigital.es.ponton.uva.es/maf/app/document?docguid=I941439f088e511e5b89901000000000&srguid=i0ad82d9b000001644080e65b30980aa4&src=withinResuts&spos=2&epos=2&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=>>>

A diferencia del salario, la pensión por jubilación es un derecho que puede no llegar a nacer, puesto que deben darse determinadas vicisitudes personales para que llegue a percibirse el fruto de este derecho, pudiendo este derecho nunca ver la luz, por causas como el fallecimiento prematuro del trabajador antes de llegar a la edad necesaria para poder acceder a la jubilación. Así pues, este derecho a percibir una pensión por jubilación nace de la actividad laboral desempeñada por el cónyuge pensionista y por la concurrencia de una serie de vicisitudes personales (un mínimo de años trabajados, una edad determinada, etc.), y por todo ello se debe atribuir ese carácter privativo al derecho a la percepción de la pensión por jubilación, aunque como ya se ha dicho el carácter de las pensiones periódicas dependerán de si en ese momento está en vigor o no la sociedad de gananciales.

El TS en sentencia de 20 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 61) declaró el carácter exclusivamente ganancial de las pensiones percibidas por el marido constante matrimonio; ahora bien, en cuanto a la reclamación realizada por su ex cónyuge, quien pretendía la declaración de ganancialidad de toda pensión que hubiese percibido y percibiese en un futuro su ex cónyuge, al interpretarlo como una consecuencia del trabajo de su ex marido y a costa del caudal común, fue desestimada por remisión al artículo 1362 CC que establece que “serán a cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por alguna de las siguientes causas: 1º) el sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia”, es decir, siendo vigente el matrimonio el dinero que cobraba el esposo se encontraba sometido a la obligación de soportar el sostenimiento de la familia, pero una vez disuelto no puede entenderse que subsiste dicha obligación y por ende tampoco se puede seguir considerando ganancial la pensión del marido, pues esta se trata de un derecho personal del mismo.

Hay que tener en cuenta, que el hecho de que las cotizaciones a la Seguridad Social o a la Mutuality de Funcionarios sea de cargo a la sociedad de gananciales, lo cual podemos interpretar a partir del artículo 1362.1º CC, no significa que el cónyuge que adquiere el derecho a la pensión de jubilación tenga que reintegrar el importe de dichas cotizaciones porque no se establece dicha obligación en precepto alguno.

Tampoco se puede aplicar por analogía la obligación de reintegro de las primas a cargo del beneficiario del seguro de vida (artículo 88 LCS²²), ni se le ha de considerar como una mejora

²² “La prestación del asegurador deberá ser entregada al beneficiario, en cumplimiento del contrato, aun contra las reclamaciones de los herederos legítimos y acreedores de cualquier clase del tomador del seguro. Unos y

realizada en bienes privativos (artículo 1359.II CC) dado que estamos hablando de obligaciones legales, de naturaleza tributaria, las cuales el trabajador no puede eludir y cuya contrapartida solo reverte en parte en su beneficio con la pensión de jubilación.

El trabajador se encuentra en una situación similar al titular de bienes privativos, como un empresario o un profesional, que tampoco deben reintegrar los fondos gananciales que se destinaron a la administración ordinaria de los bienes privativos, a la explotación regular de los negocios privativos o al desempeño de la profesión, arte u oficio (artículo 1

362, apartado 4º: “Serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por alguna de las siguientes causas: [...] 4.ª La explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge.”)²³.

Así años más tarde en STS de 18 de junio de 2008 (RJ 2008/3224) el Tribunal Supremo se reafirmó en esta idea al determinar que en cuanto a “las pensiones de jubilación, es doctrina consolidada que las generadas después de la disolución de la sociedad de gananciales son un bien de naturaleza privativa”.

3.6.4. *Planes de pensiones.*

Los planes de pensiones definen el derecho de las personas a cuyo favor se constituyen a percibir rentas o capitales por jubilación, supervivencia, viudedad, orfandad o invalidez. El fundamento de estos es el de proveer, mediante el actual ahorro o inversión, a la cobertura de las necesidades futuras de su beneficiario, en cualquiera de las coyunturas antedichas, pudiendo establecerse ya en favor del propio partícipe del plan ya en pro de un tercero. (Artículo 1 Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre).

Debemos distinguir dos supuestos, atendiendo a si el plan de pensiones está conectado o no con el trabajo realizado por el cónyuge.

Si el plan de pensiones perteneciere al sistema de empleo, estará conectado con el puesto de trabajo de modo semejante a lo que sucede con las pensiones públicas de jubilación, siendo

otros podrán, sin embargo, exigir al beneficiario el reembolso del importe de las primas abonadas por el contratante en fraude de sus derechos.”

²³RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. Ob. Cit., pp 808.

el régimen jurídico aplicable el mismo, es decir, la concepción de esta como un derecho privativo cuyas rentas tendrían carácter ganancial. Hemos de tener en cuenta, que, a diferencia de las cotizaciones a la Seguridad Social, el trabajador no está obligado a suscribirse a un plan de pensiones, es necesario pues, una declaración expresa de incorporación a dichos planes de pensiones.

Cuando el suscriptor se adhiere a un plan de pensiones y las cuotas se ven satisfechas mediante fondos gananciales, estaríamos ante un supuesto de atenciones de previsión, al que se aplicaría el artículo 1362.1º CC y sería un gasto a cargo de la sociedad de gananciales, sin obligación de reintegrar las sumas invertidas. Ahora bien, puede suceder que estos desembolsos sean excesivos en relación con los usos y las circunstancias de la familia, en estos casos se aplicaría lo dispuesto en el artículo 1390 CC estando el beneficiario obligado a reintegrar a la sociedad as aportaciones que excedan de lo módico.

En 2007 el TS en sentencia de 27 de febrero (RJ 2007/1632) equiparó a la pensión de jubilación un plan de pensiones constituido constante matrimonio y perteneciendo éste al sistema de empleo, con la intención de complementar la futura pensión del cónyuge trabajador, en la cual los partícipes no habían aportado ninguna cantidad, ya que “si bien se trata de una prestación económica a favor del trabajador, no produce un incremento de su patrimonio, sino que pasan a formar parte de un Fondo de Pensiones que será gestionado por un tercero, de manera que los partícipes no tienen ningún control sobre las cantidades integradas en el correspondiente Fondo”. Por tanto, al ser la función de este plan de pensiones completar la pensión de jubilación debe entenderse que tiene de igual modo naturaleza privativa.

La Audiencia provincial de Madrid en sentencia de 7 de abril de 2017 (JUR 2017/165610) también diferencia entre los planes de pensiones suscritos por cada cónyuge de manera voluntaria y ajena al empleo de estos, y los planes de pensiones cuyas cuotas son satisfechas no por los esposos sino directamente por el promotor de estas, para el complemento de la pensión de jubilación, como es el supuesto que hemos visto en sentencia de 2007. Entiende que en los primeros casos la titularidad del plan de pensiones tiene carácter privativo, pero en cuanto a los fondos gananciales utilizados para sufragar el coste de las cuotas dará lugar a un derecho de reembolso; ahora bien, continuando en la línea del TS si el plan de pensiones está conectado con el trabajo del cónyuge será un bien privativo cuyas cuotas no darán lugar a derecho de reembolso alguno, puesto que no existe un incremento patrimonial.

Por tanto, cuando el plan de pensiones no está conectado con el trabajo realizado por el cónyuge beneficiario y uno de los cónyuges se suscriba de manera voluntaria, las cantidades que se perciban encajarán en lo dispuesto en el artículo 1349 CC, que considera como privativo el derecho de pensión y como gananciales las pensiones devengada.

3.7. Las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor.

A tenor del artículo 1346.7º CC son privativos de cada cónyuge “las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor”.

Objetos de uso personal serán, en primer lugar y lo que cualquier persona interpretaría, sin tener nociones de derecho, la ropa, zapatos, complementos (véase sombreros, gafas, etc.), joyas; y todos aquellos bienes que sean utilizados únicamente por uno de los cónyuges, como, “libros jurídicos de un cónyuge licenciado en derecho y que no ejerce la profesión liberal, es decir, el supuesto en que sus ingresos no dependan de la tenencia de esos objetos, como es el caso de un profesor universitario o de un funcionario”²⁴

Si estos bienes de uso personal fuesen de extraordinario valor perderían su carácter privativo, creando, por tanto, una obligación de reintegro a la masa ganancial.

Así pues, si estamos ante un objeto adquirido con fondos gananciales a menos que acreditemos el uso exclusivo por parte de uno de los cónyuges, para su uso particular y personal, este bien tendría carácter común. Supone una excepción a la regla de la subrogación real.

Así, según DE LA CÁMARA sería privativo “el derecho de arrendamiento de una vivienda para el cónyuge que abandona la familia y se desentiende de ella, o el concertado por el cónyuge que alquila un apartamento para verse secretamente con su amante.”²⁵, esto así, dado que el uso sería exclusivo bien del cónyuge abandonado o bien del cónyuge infiel.

Como ya hemos dicho, estamos ante un supuesto de excepción a la regla de la subrogación real y se debe interpretar de forma estricta. No se puede entender que el consentimiento de

²⁴ RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. Ob. Cit., pp 876

²⁵ DE LA CAMARA ÁLVAREZ, Manuel. *La sociedad de gananciales y el Registro de la propiedad*. Anuario de Derecho Civil, 1986., pp 425.

un cónyuge hacia el otro para el uso de determinados bienes equivale a que este cónyuge adquiere el título de dueño; se debe poder demostrar que existen actos a partir de los cuales se puede concluir que nos encontramos ante el poseedor dueño y no un mero tenedor. Defiende esta postura el TS en sentencia de 17 julio 2006 (RJ 2006/4959), para el caso estimó que una motocicleta y una embarcación de recreo adquiridas constante matrimonio, que eran utilizadas exclusivamente por el marido con el consentimiento de la mujer eran bienes gananciales y no privativos como el marido defendía.

Además, en estos casos los bienes están en coposesión, lo cual no prohíbe que se acuerde sobre ellos lo que los comuneros estimen para su uso y disfrute, *ex* artículo 938 CC.

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

Son bienes privativos, “Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando éstos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común”, *ex* artículo 1346.8º CC.

Para que los instrumentos sean bienes privativos, es necesario que se incorporen al ejercicio profesional de un solo cónyuge ya que serán gananciales cuando se incorporen a un establecimiento o explotación de carácter común.

Hay autores que ven aquí una completa injusticia, ya que los bienes de uso exclusivo son de cada cónyuge privativamente, sin que se genere deber de reintegro a la sociedad de gananciales, pero en cambio, sí se de esta obligación por la adquisición de instrumentos necesarios para el ejercicio de un profesión, arte u oficio, los cuales son un medio para incorporar fondos a la sociedad, puesto que los rendimientos son de carácter ganancial.

Para evitar tal injusticia, una buena opción sería poner el artículo 1346.8º CC en relación con el 1362.4º CC, que expresa la regla contraria, al poner a cargo de la sociedad de gananciales los gastos originados por el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge, entre los que deben incluirse la adquisición de los instrumentos necesarios para ejercerlos.

Se debería reintegrar únicamente el importe invertido en los bienes que continúen estando incorporados al ejercicio profesional llegado el momento de disolución del régimen económico de gananciales. Dicho importe deberá de estar actualizado, pero habría que deducir las correspondientes amortizaciones por el uso y desgaste.

Los instrumentos obsoletos que fueron desechados y sustituidos por otros no producirían ese deber de reintegro a la sociedad dado que ya rindieron suficiente provecho en su momento a la sociedad de gananciales.

Según RAGEL SÁNCHEZ²⁶, los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión son bienes muebles que sirven exclusivamente al ejercicio de la profesión que el cónyuge desempeñe y que están incorporados a su ejercicio en el momento de la disolución de la sociedad de gananciales; entiende pues que estos instrumentos van a seguir siendo explotados por el cónyuge profesional aun cuando ya no exista la sociedad y el ejercicio de su profesión comience a reportarle ingresos privativos.

Hemos de excluir de este supuesto a los instrumentos necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial, ya que el mismo artículo 1346.8º CC excluye tácitamente estos instrumentos destinados al ejercicio de actividades empresariales, al referirse únicamente al ejercicio de una profesión u oficio.

Resulta en ocasiones difícil determinar cuándo nos encontramos ante una actividad profesional o empresarial. Un sector de la doctrina resuelve esta cuestión al considerar en palabras de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS que “hay mero ejercicio de la profesión, arte u oficio, en tanto al conjunto de bienes adscritos al oficio o profesión no haya alcanzado la categoría de unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente de serlo de meras formalidades administrativas; es decir, en tanto no haya alcanzado la categoría en sí de un bien patrimonial complejo”²⁷.

²⁶ RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. Ob. Cit., pp 878. “Los instrumentos necesarios son bienes muebles por naturaleza que sirven exclusivamente al ejercicio de una profesión y están incorporados a su ejercicio en el momento de la disolución del régimen de gananciales; por tanto, seguirán siendo explotadas por el cónyuge profesional cuando ya no exista el régimen de gananciales y los ingresos que obtenga sean privativos. Esa es la razón por la que debe efectuar el reintegro en los términos que hemos indicado anteriormente”.

²⁷ PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel. *Comentario del Código Civil. Vol. II.* 2º edición. Ministerio de Justicia, Madrid, 1993. pp 644.

Así pues, podemos remarcar que la referencia a establecimiento y explotación no incluye, a la actividad mercantil, dado que, cuando el legislador quiere incluir a ese tipo de actividad, emplea términos claros como empresa, mercantil, negocio o comerciante.

Hemos de tener en consideración, además, que para considerar que un cónyuge ejerce una profesión, arte u oficio no es necesario que este posea un título universitario; de igual modo la falta del mismo no determinara que su actividad sea empresarial. No existe vinculación entre el ejercicio profesional y el título universitario.

3.9. Mejoras efectuadas en los bienes privativos.

Cita el artículo 1359 CC que “las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras, mejoras que se realicen en los bienes gananciales y en los privativos tendrán el carácter correspondiente a los bienes a que afecten, sin perjuicio de reembolso del valor satisfecho.

No obstante, si la mejora hecha en bienes privativos fuese debida a la inversión de fondos comunes o a la actividad de cualquiera de los cónyuges, la sociedad será acreedora del aumento de valor que los bienes tengan como consecuencia de la mejora, al tiempo de la disolución de la sociedad o de la enajenación del bien mejorado”.

Así pues, entendemos que las mejoras efectuadas en bienes privativos, serán igualmente de carácter privativo, pese a que puedan haber sido sufragadas con fondos comunes; si bien, nacerá un crédito a favor de la sociedad de gananciales.

Este artículo 1359 CC constituye una manifestación de la regla general de accesión que se recoge en el artículo 358 CC²⁸, que sustituye a la regla de accesión invertida regulada anteriormente en el antiguo precepto 1404.2 CC, el cual establecía una excepción al principio *superficie solo cedit*, de manera que el bien incorporado a otro privativo se convertía en ganancial, debiendo abonarse al cónyuge que hasta ese momento era dueño el valor del suelo.

Ahora bien, hay que determinar cuál será el importe que se debe reembolsar a la masa común, si el incremento del valor del bien, como se desprende del artículo 1359.II CC, o bien si habrá

²⁸ “Lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes.”

que reintegrar la cantidad que se ha empleado para realizar dicha mejora, la cual puede ser inferior al incremento del valor del bien.

LACRUZ BERDEJO²⁹ considera que el Código civil ofrece a la sociedad de gananciales la opción entre reclamar la cantidad empleada en la mejora o el incremento del valor del bien mejorado.

Un sector de la doctrina entiende, que esta misma solución, de elección, la ofrece otro precepto del Código civil, el artículo 453.II a los supuestos en que el poseedor de buena fe haya sido vencido en su posesión en cuanto a los gastos útiles, determinando que “Los gastos útiles se abonan al poseedor de buena fe con el mismo derecho de retención, pudiendo optar el que le hubiese vencido en su posesión por satisfacer el importe de los gastos o por abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa.”

Otros autores discrepan acerca de la consideración de este sector doctrinal, pues entienden que el artículo 453.II CC no contempla la misma situación que el artículo 1359.II, dado que el primero ofrece la opción al vencedor en la posesión, que es el deudor; mientras que el artículo 1359.II CC es la sociedad acreedora la que puede reclamar el incremento del valor de la cosa mejorada. Estos autores como RAGEL SÁNCHEZ consideran que el artículo 1359.II CC “es una regla especial y solo permite a la sociedad de gananciales acreedora la reclamación del incremento del valor”³⁰.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS³¹ entiende que no sería justa la opción para el cónyuge dueño del bien privativo, dado que, si la sociedad puede elegir entre ambos valores podría dar lugar a resultados injustos o abusivos.

A la hora de calcular el incremento del valor del bien hay que estimar al momento de la reclamación o del pago del precio del bien mejorado, el precio que éste tendría si no se hubiese producido esa mejora.

²⁹ LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho civil IV Familia*. 4ª edición. Dickinson, Madrid, 2010. Pp 180. Considera, que el artículo 1359.II CC “no significa que se deba siempre solo el aumento de valor experimentado por la finca merced de la mejora: al contrario, se debe siempre el valor de la cantidad invertida, pero se puede pretender cobrar, [...], el valor añadido por la mejora, [...]”

³⁰ RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. *Ob. Cit.*, pp 866.

³¹ PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel. *Ob. Cit.*, pp 678. “La mejora [...] puede no subsistir apenas al tiempo de la disolución de la sociedad”.

A tenor del artículo 1359.II CC, para que la mejora realizada en los bienes privativos de un cónyuge origine un derecho de reintegro, a favor de la sociedad de gananciales, ésta se tiene que deber a la inversión de fondos comunes o a la actividad de cualquiera de los cónyuges, incluyéndose al propietario de los bienes privativos.

Ciertamente, resulta lógico que un cónyuge se encargue debidamente de atender a sus bienes privativos, por lo que a pesar del tenor literal del artículo 1359.II CC se tiende a excluir la actividad realizada por este cónyuge propietario y solo se tiene en cuenta la actividad del cónyuge que no es propietario, siempre que estas actividades reporten un incremento en el valor de esos bienes privativos.

Así, vemos como en ocasiones el TS defiende esta posición por la cual se considera que estos artículos 1359 y 1360 CC solo entran en juego cuando la actividad proviene del otro cónyuge, no titular del bien mejorado; como es el caso enjuiciado por la STS 30 enero 2004 (RJ 2004/438), donde la esposa alegaba que la sociedad de gananciales tenía derecho al reintegro por el aumento de valor de la farmacia experimentado por la actividad del cónyuge farmacéutico, a lo que el TS respondió que “es unánime la doctrina científica en considerar que no debe de tenerse en cuenta la dedicación habitual del cónyuge propietario, ya que tal dedicación responde a la buena administración que todo cónyuge procura hacer de sus bienes propios y porque la sociedad de gananciales se benefician con el producto de la actividad del cónyuge propietario, incluso teniendo una cualificación profesional específica. En consecuencia, no puede, en este caso, tomar en cuenta el posible incremento de valor del negocio de farmacia debido a la dedicación habitual de su propietario privativo; no estando acreditado que la ahora recurrente haya colaborado con su actividad a la explotación del negocio”.

No obstante, se puede decir, que tampoco resulta esclarecedora la posición de la jurisprudencia en este punto, en relación, en concreto, con la valoración que han de tener los incrementos patrimoniales en relación con los negocios como el de Farmacia, dado que en STS 16 junio 2006 (RJ 2006/3377), donde se planteó un supuesto parecido al del caso tratado en la STS de 2004 y en el que refiriéndose específicamente a la actividad del cónyuge propietario de la farmacia como generadora de la clientela obtenida durante la vigencia de la sociedad de gananciales, consideró que tal clientela tiene el carácter de ganancial.

Ahora bien, para determinar que la actividad realiza por el otro cónyuge sobre bienes privativos cree un derecho de reintegro a la sociedad de gananciales, esta actividad debe suponer un aumento del valor del bien privativo del otro cónyuge. Así, según la ya mencionada ST 30 enero 2004 (RJ 2004/438), “el artículo 1359.II CC contiene una excepción a

la regla sobre reintegro o reembolso del valor satisfecho por mejoras en los bienes privativos, lo que exige que, por quien se alega la aplicación de ese párrafo segundo, se pruebe que los bienes privativos objeto de la inversión han experimentado, a consecuencia de esta, un aumento de valor, incremento de valor que, en este caso, no resulta acreditado, por lo que el motivo se desestima”.

Se estimó la existencia de este derecho de reintegro en la STS de 23 de octubre 2003 (RJ 2003/7762) entendiéndose que la esposa había colaborado de manera decisiva en el negocio privativo de su marido, por lo que este progresó de manera importante durante su matrimonio, y por ende resultaba de aplicación el párrafo segundo del artículo 1359 CC.

3.9.1. Inversión de fondos o actividades de otras personas.

Cuando la mejora se deba a la inversión de fondos privativos del cónyuge propietario o bien a la aportación dineraria o de esfuerzos por parte de un tercero, no se deberá reintegrar a la sociedad de gananciales; ahora bien, sí tiene un derecho de reintegro ese tercero.

Si para realizar la mejora se aportan fondos gananciales y los esfuerzos de cualquiera de los cónyuges, pero también se entregan fondos de otras procedencias, el derecho de reintegro a favor de la sociedad de gananciales consistente en el aumento de valor del bien mejorado en proporción a la aportación ganancial en relación con el valor del incremento total.

Las mejoras realizadas siendo vigente la sociedad de gananciales, se presumen sufragadas con fondos gananciales, ya que se aplica el artículo 1361 CC, que consagra la presunción de ganancialidad activa, desplazando la presunción *iuris tantum* del artículo 359 CC, por el cual las obras siembras y plantaciones se presumen hechas por el propietario. Ahora bien, la presunción de ganancialidad se puede destruir demostrando que las mejoras han sido sufragadas con fondos privativos del cónyuge propietario.

Cuando los fondos destinados a realizar las mejoras se obtienen mediante un préstamo concedido por un tercero, se considera que este dinero obtenido tiene carácter privativo del cónyuge propietario. La STS 26 septiembre 2002 (RJ 2002/8485) consideró que eran privativos los fondos recibidos del Iryda en concepto de préstamo y que fueron empleados para la plantación de olivos en unas fincas privativas del marido prestatario. Para el TS, el

crédito obtenido era el contrapunto de la deuda privativa contraída por el marido por lo que, el correlativo incremento de valor de esos bienes será privativo.

3.9.2. *Incrementos patrimoniales incorporados a una explotación, establecimiento mercantil u otro género de empresa de carácter privativo.*

El artículo 1360 CC aplica las mismas reglas previstas en el artículo 1359 a las empresas privativas al establecer que “las mismas reglas del artículo anterior se aplicarán a los incrementos patrimoniales incorporados a una explotación, establecimiento mercantil u otro género de empresa”.

Cabe plantearse si estos preceptos son aplicables a los casos en que lo incrementos patrimoniales se incorporen a una sociedad mercantil, con personalidad jurídica, cuyo capital social pertenezca total o parcialmente a uno de los cónyuges.

El artículo 1360 CC hace referencia a explotaciones, establecimientos mercantiles u otro género de empresas, aludiendo a empresas individuales, pero no a los incrementos incorporados a una sociedad de la que uno de los cónyuges es socio. Esta es la concepción de la doctrina mayoritaria, que se sostiene sobre la base de la STS 18 septiembre 1999 (RJ 1999/1149) la cual declara que “[...] no se refiere sino a la creación de empresas individuales con fondos comunes, o con fondos privativos y comunes, no a la de sociedades con personalidad jurídica propia distinta de la de los socios. En este último supuesto, la aportación dará derecho a obtener las acciones o participaciones correspondientes, que tendrán naturaleza privativa o ganancial en función del carácter de la aportación, pero la sociedad creada no será en sí misma ni ganancial ni privativa”.

Hay autores como PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, que se apartan de esta idea y sostienen que los artículo 1359 y 1360, son de igual aplicación cuando el bien no es la propiedad sino otro derecho, así pues, tratándose de empresas, tiene aplicación estos preceptos cuando el bien consiste en acciones o participaciones sociales, por tanto, “si estas son privativas la sociedad de gananciales tiene derecho a los incrementos de valor experimentados

por las acciones o participaciones, que correspondan a los beneficios de la explotación integrados en ésta durante la sociedad de gananciales”³².

3.10. Bienes comprados a plazos.

Cuando estamos ante una adquisición de bienes a plazos para determinar el patrimonio al que corresponde dicho bien hemos de acudir en primer lugar a dos artículos, con los que llevamos trabajando en todo momento. El artículo 1346.3º CC que determina el carácter privativo de un bien que se adquiere a costa del caudal privativo de uno de los cónyuges. En segundo lugar, el artículo 1347.3º CC, donde ubicamos igualmente la regla de la subrogación real, por lo cual, si el bien se adquiere mediante pago con dinero común, ese bien tendrá la condición de ganancial.

Si estamos ante una adquisición hecha en parte con dinero común y en parte con dinero privativo de uno o de ambos cónyuges, tendremos que acudir al artículo 1354 CC que declara que el bien adquirido pertenecerá en proindiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectiva.

Supuesto particular es el de la adquisición a plazos de un bien; este se regula específicamente en otros dos preceptos del Código Civil, los artículos 1356 y 1357 CC.

Ahora bien, ¿por qué este supuesto necesita de una regulación a parte? Hay que tener en cuenta que al fraccionarse y diferenciarse en el tiempo el pago del precio del bien, no es posible conocer el carácter del mismo, ya que cabe la posibilidad de que uno de los plazos se pague con dinero de un caudal distinto a los anteriores, y hasta el momento en que se pague el último plazo no sería posible determinar la proporción del bien que ha sido pagada con dinero privativo o ganancial. Además de la dificultad de demostrar la proporción que ha sido pagada con dinero privativo, sin olvidar que la presunción de ganancialidad del artículo 1361

³² PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel. *Ob. Cit.*, pp 679.

CC, determinaría el carácter ganancial del bien en su totalidad si el cónyuge que ha aportado caudal privativo no es capaz de demostrar su aportación a la adquisición.

Ahora bien, hemos de atender a distintos supuestos, que analizaremos a continuación.

3.10.1. *Adquiridos contante matrimonio.*

A la adquisición de bienes a plazos realizada vigente la sociedad de gananciales se refiere el artículo 1356 CC “Los bienes adquiridos por uno de los cónyuges, constante la sociedad por precio aplazado, tendrán naturaleza ganancial si el primer desembolso tuviera tal carácter, aunque los plazos restantes se satisfagan con dinero privativo. Si el primer desembolso tuviere carácter privativo, el bien será de esta naturaleza”.

Del contenido de este precepto existe una valoración crítica por parte de la doctrina muy dispar, con opiniones tanto críticas como favorables.

La doctrina que se muestra favorable a la redacción de este precepto defiende que, en palabras del autor RAGEL SÁNCHEZ “el precepto tiene una clara vocación de simplificar las reglas del tráfico y eliminar la incertidumbre que durante un tiempo se produciría en caso de aplicarse la regla de la proporcionalidad”³³.

ATAZ LÓPEZ también se posiciona favorablemente, entendiéndolo de manera muy similar a la de RAGEL que “al hacer depender el carácter del bien adquirido a plazos, no de la procedencia del precio total, sino del carácter del primer plazo, consigue evitar problemas de determinación del carácter del dinero utilizado en el pago de los distintos plazos, lo que, evidentemente, redundará en una mayor seguridad jurídica y certeza del contenido patrimonial en las relaciones conyugales”³⁴.

Siempre va a quedar a salvo el otro patrimonio que contribuyó a la adquisición del bien, mediante el derecho de reembolso, del artículo 1358 CC, por lo cual, si el bien resulta privativo por haberse pagado la primera cuota con dinero privativo, pero el resto se abonará

³³ RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. Ob. Cit., pp 863.

³⁴ ATAZ LÓPEZ, Joaquín. *Bienes adquiridos a plazos en la sociedad de gananciales*. Pp. 15. <http://www.fundacionmarianoruizfunes.com/ver_articulo.php?articulo=23>

con caudal común, la sociedad de gananciales adeudara esa cuantía hasta el momento de la liquidación de la sociedad.

En cuanto a la opinión crítica del contenido del artículo 1356 CC se posiciona GARCÍA CANTERO, quien opina que la norma ha de tener valor dispositivo, pues el carácter privativo o ganancial del primer desembolso poco importa en relación al valor total, entiende que no se puede eliminar la aportación mayoritaria de dinero ganancial o privativo para calificar la condición del bien adquirido. Él mismo, llega a preguntarse, si es “que una iliquidez meramente circunstancial al tiempo del primer desembolso va a condicionar la naturaleza del bien³⁵”.

Ahora bien, del tenor literal del artículo no parece que se pueda considerar que este precepto es dispositivo; aun así, siempre se puede acudir a la atribución de ganancialidad del artículo 1355 CC para determinar el carácter común del bien, pese a que el primer desembolso fuese privativo.

Hemos de tener en cuenta que el artículo 1356 CC se refiere a bienes adquiridos por uno de los cónyuges; por tanto, en el caso de que el bien se adquiriera a plazos conjuntamente por ambos cónyuges, resultaría preferible la aplicación del artículo 1355 CC, así los cónyuges podrán atribuir la condición de ganancial al bien adquirido; y en caso de no hacerlo se presumirá esa intención de atribuir carácter común al bien. A menos, que expresamente declaren que el primer desembolso se realiza con dinero privativo de cada cónyuge, enviándonos al artículo 1354 CC, correspondiendo el bien en proindiviso a ambos cónyuges, en proporción al valor de las aportaciones respectivas.

3.10.2. *Adquiridos con anterioridad a la celebración del matrimonio.*

Si el momento en que se adquirió el bien a plazos data de una fecha anterior al inicio de la sociedad de gananciales, el artículo que se ha de aplicar es el 1357.I CC el cual dispone una solución distinta a la antes vista del artículo 1356 CC. Estos bienes tendrán siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se pague con dinero ganancial. Con la excepción de la vivienda y el ajuar doméstico, que analizaremos más adelante.

³⁵ GARCÍA CANTERIO, Gabriel. “Régimen de comunidad. La sociedad de gananciales”. *Derecho Civil español, común y foral. T. V, Vol. I. 12ª Edición*. REUS, S.A. Madrid, 1994, pp 443.

Este artículo que a primera vista podría resultar similar al artículo 1356 CC se desvincula del mismo, cuando suscribe que siempre serán privativos, aunque sean satisfechos en su totalidad con dinero ganancial. Se aparta, por tanto, de la importancia de la condición del dinero invertido en la adquisición, y aquí lo que resultaría relevante sería el momento de la adquisición.

Este artículo 1357 parece que intenta dar apoyo al artículo 1346.1º CC, que declara la privatividad de los bienes adquiridos antes de contraer matrimonio, por tanto, en caso de conflicto entre el artículo 1354 y el 1346.1º prevalecería el segundo.

Ahora bien, si el bien adquirido a plazos antes del inicio de la sociedad fuese un bien mueble, hay autores como TORRALBA³⁶ que han entendido que no podría aplicarse el artículo 1.357CC, puesto que el artículo 9 de la Ley 50/1965 de 17 julio sobre venta de bienes muebles a plazos, declara que “la venta de bienes muebles corporales a plazos regulada en esta Ley, sólo quedará perfeccionada cuando el comprador satisfaga, en el momento de la entrega o puesta a disposición del objeto vendido, el desembolso inicial”; por tanto si el primer plazo se paga con dinero ganancial, el bien podría considerarse ganancial en virtud el artículo 1.356 CC. Así pues, no se trataría de un bien adquirido antes del inicio de la sociedad, sino que fue adquirido en el momento en que se pagó el primer plazo.

En contra de esta interpretación sostienen autores como LACRUZ³⁷ que el precepto declara expresamente, que son siempre privativos los bienes comprados a plazos por uno solo de los cónyuges antes del inicio de la sociedad conyugal, con independencia de que la totalidad del precio se satisfaga con dinero ganancial. Es decir, no se hace distinción, ni exclusión alguna

³⁶ TORRALBA SORIANO, Vicente. “Título. III. Del régimen económico matrimonial. Capítulo cuarto: de la sociedad de gananciales. Artículos 1344 – 1374”. *Comentarios a las reformas del derecho de familia. Ley 11/81, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, y Ley 30/81, de 7 de julio, por lo que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Volumen II.* Madrid, TECNOS, 1984, pp 1641.

³⁷ LACRUZ BERDEJO José Luis. “*Elementos de derecho civil. IV familia*”. Cuarta edición, Dykinson, Madrid, 2010, pp 176. Declara que “son privativos de cada uno de los cónyuges [...] los bienes y derechos que le pertenecieran al comenzar la sociedad. No importa que estos bienes se hayan comprado con precio aplazado a satisfacer constante matrimonio (art. 1375)”

de los bienes muebles, es más, si excluyésemos a estos del ámbito de aplicación a los bienes muebles, poca aplicación posible le quedaría a este apartado primero del artículo 1357 CC.

3.10.3. Excepción de la vivienda familiar y el ajuar, artículo 1357.II CC.

El artículo 1357.II CC declara que respecto de la vivienda familiar y el ajuar se aplicará lo dispuesto en el artículo 1354 CC, siempre que parte del precio aplazado se haya satisfecho con dinero ganancial, aun cuando se hubiesen adquirido por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad.

Ahora bien, ¿Cuál podría ser a razón de ser de esta excepción? La mayoría de la doctrina considera que nace de la necesidad de proteger al cónyuge que no es propietario. Esto sería así, puesto que estamos ante elementos importantísimos de la vida familiar, y el hecho de que el bien fuese privativo de uno de los cónyuges porque haber sido adquirido antes del matrimonio, cuando en su mayoría el mismo será lógicamente satisfecho a expensas del patrimonio común; daría lugar a una desigualdad entre los cónyuges tanto formal como material.

Los principales problemas que derivan de este segundo párrafo del artículo 1357 CC serán de aplicación y efectos.

En cuanto a la aplicación, este precepto resulta aplicable a dos supuestos: la vivienda familiar y el ajuar doméstico. Respecto a qué es una vivienda familiar resulta bastante sencillo, puesto que se caracteriza por las notas de habitualidad y residencia en ella por la familia. Pero el concepto de ajuar ya es más problemático, la definición que proporciona la Real Academia española sería que el ajuar consiste en “el conjunto de muebles, enseres y ropas de uso común en la casa”. El artículo 1320 CC se refiere al ajuar como “los muebles de uso ordinario de la familia”, y el artículo 1321 CC cita “las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda común de los esposos”; todas estas menciones nos llevan a la nota común del uso ordinario o común en la familia. Aun así, resulta complicado determinar que forma parte del ajuar, puesto que no contamos con un listado específico de objetos que formarían parte de este, y en muchos casos resultara complicado determinar si un bien es de uso común (por tanto, parte del ajuar) o por el contrario se trata de un bien de uso personal, privativo *ex* artículo 1346.7º CC. Es más, no todo lo que es ajuar doméstico podría quedar bajo el resguardo del artículo

1357.II CC ya que se refiere al ajuar adquirido antes del matrimonio por uno de los cónyuges, y lógicamente la mayoría del ajuar domestico se adquiere bien constante matrimonio, bien como regalo de bodas; sería solo de aplicación esta excepción entonces a los bienes adquiridos a plazos antes de comenzar la sociedad de gananciales que se utilicen para el uso común.

Un problema mucho mayor que el de aplicación, resulta del supuesto de cambio de destino, porque tanto los bienes componentes del ajuar como la vivienda familiar constituyen conceptos que están en función de un determinado uso. Por tanto, si se diese un cambio de destino y el inmueble dejase de ser vivienda habitual o bienes destinados al uso común dejaran de estarlo; estaríamos haciendo depender de un dato de puro hecho, variable, la naturaleza privativa o ganancial de la vivienda y de los componentes de ajuar. Resultaría esto muy perjudicial sobretudo en relación con la vivienda familiar, la cual mientras tenga esta condición de familiar, no podrá saberse si es ganancial o no, o en qué proporción lo es.

Por ello se ha dicho que esta norma es de liquidación, y habrá que estar a la que sea vivienda familiar en el momento de la liquidación de la sociedad; y sólo a ella se aplicará. “Entretanto la vivienda adquirida por uno solo de los cónyuges se consideraría privativa. Y en este mismo sentido se manifestó el Colegio Nacional de Registradores al considerar, en la circular de 5 de junio de 1981 que la ganancialidad parcial de la vivienda familiar es una norma de liquidación, y no para el tráfico”³⁸. Esta posición es defendida por autores como GIMÉNEZ DUART³⁹, quien entiende que “es mucho más lógico interpretar el precepto a la manera de la Circular del Colegio Nacional de Registradores de 5 de junio de 1981 considerando que la ganancialidad parcial de la vivienda familiar es una norma de liquidación y no una norma para el tráfico. [...] de otra manera, chocaría frontalmente con el espíritu que se trasluce de las normas concordante del Código”⁴⁰.

Ciertos autores como TORRALBA⁴¹ mantiene que no estamos ante una norma liquidatoria, sino que la vivienda familiar adquiere el carácter ganancial en parte desde el momento en que

³⁸ ATAZ LÓPEZ, Joaquín. *Bienes adquiridos a plazos en la sociedad de gananciales*, pp 22. http://www.fundacionmarianoruizfunes.com/ver_articulo.php?articulo=23

³⁹ GIMÉNEZ DUART, Tomás. *Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981*. Revista crítica de derecho inmobiliario, 1982, pp 117 – 146.

⁴⁰ GIMÉNEZ DUART, Tomás. Ob. Cit., PP 141.

⁴¹ TORRALBA SORIANO, Vicente. “Título. III. Del régimen económico matrimonial. Capítulo cuarto: de la sociedad de gananciales. Artículos 1344 – 1374”. *Comentarios a las reformas del derecho de familia. Ley 11/81, de 13 de mayo, d modificación del Código civil en materia filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, y Ley 30/81,*

uno de los plazos fuese pagado con fondos comunes; y que, “la inicial adscripción de un bien a un fin concreto marca su naturaleza durante el tiempo de permanencia del mismo en el matrimonio, con independencia de que cambie el destino del bien de que se trate”⁴². Estas afirmaciones se mantienen en base al artículo 91. 2º del Reglamento Hipotecario, que cita, “el posterior destino a vivienda familiar de la comprada a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad no alterará la inscripción a favor de éste, si bien, en las notas marginales en las que se hagan constar⁰⁶⁶ con posterioridad, los pagos a cuenta del precio aplazado se especificará el carácter ganancial o privativo del dinero entregado.”

Quienes defienden que estamos ante una norma liquidatoria no ven porqué el artículo 91 RH podría servir para afirmar que la norma del artículo 1357 CC no es liquidatoria. Esto así, puesto que el Registro es un órgano de publicidad de derechos reales sobre bienes inmuebles y debe contener el mayor número de datos posibles para determinar la ganancialidad o la privatividad del bien registrado. “En realidad el artículo 91 del Reglamento Hipotecario tan sólo dice que en los casos en que acaso pudiera ser de aplicación el artículo 1.357 habrá de hacerse constar el carácter ganancial o privativo del dinero empleado para satisfacer los plazos”. Por tanto, lo que se pretende es que, cuando una vivienda se pruebe que es familiar, quede constancia de los porcentajes abonados con dinero privativo y los satisfechos con caudal común, a efectos del artículo 1357 CC.

de 7 de julio, por lo que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Volumen II. Madrid, TECNOS, 1984. Pp 1642

⁴² ATAZ LÓPEZ, Joaquín. *Ob. cit.*, pp 23.
http://www.fundacionmarianoruizfunes.com/ver_articulo.php?articulo=23

4. Conclusiones.

Concluido el estudio de los preceptos más relevante que atribuyen privatividad dentro del régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales. En mi opinión, estamos ante una regulación de necesaria existencia, dado que no es raro que dentro de la pareja se decida de mutuo acuerdo modificar el régimen a uno que crean más favorable, y sin olvidar de que nos encontramos en un momento en que el divorcio esta a la orden del día; ahora bien resulta alarmante la ignorancia que existe acerca de la privatividad de estos bienes y derechos entre la gente de a pie, con conocimientos legos en derecho, más aun siendo el régimen económico que mas matrimonios rige en la actualidad.

Si bien, aunque necesaria su regulación es a mi juicio en muchas ocasiones escasa y abstracta, dejándose un margen tan grande a la interpretación que puede resultar hasta perjudicial, ya hemos visto, por ejemplo, como el caso del derecho de arrendamiento sobre la vivienda familiar podría llevar a consecuencias sumamente desfavorables para alguno de los cónyuges, llegando a crear situaciones de desigualdad y desamparo.

Del estudio del primer supuesto de atribución de privatividad sito en el apartado primero del artículo 1346 CC, es a mi entender necesaria ya no la conveniencia de realizar un inventario antes de celebrarse el matrimonio, sino que resultaría altamente recomendable regular la obligatoriedad de realizar el mismo.

A mi juicio, los dos apartados siguientes referidos a los bienes adquiridos a título gratuito y por sustitución de bienes privativos, son de los más necesarios. En cuanto al primero, los bienes adquiridos mediante herencia, legado, donación o cualquier otro título gratuito, en la mayoría de las ocasiones son desconocidos para la sociedad, y no es hasta el momento de liquidar la sociedad cuando comprenden que estos bienes y derechos son exclusivamente de cada uno. Aunque al pensarlo, y más al estudiarlo, puede resultar un pensamiento obvio, que un bien dejado por un pariente, como una herencia materna o una donación, sean de la persona titular del derecho de adquisición; más aún cuando las relaciones maritales tienden a ser tan efímeras hoy en día, no tendría mucha lógica que tu expareja se quedase con la mitad de la casa de tus padres.

Los bienes adquiridos por derecho de retracto privativo, sería altamente conveniente una regulación más extensa, con un elenco de todos los derechos que se derivan de este apartado,

incluyendo el de tanteo, opción, suscripción preferente, etc. Como el Derecho Foral navarro y aragonés.

Del análisis acerca de la privatividad de las indemnizaciones por daños inferidos a los bienes y derechos privativos, vemos que plantea multitud de problemas de interpretación, sobre todo en relación con las indemnizaciones derivadas del fin de una relación laboral, bien sea por despido o invalidez. Aunque si hemos de realizar una interpretación literal del artículo, es más comprensible la interpretación que hacen los autores contrarios a la jurisprudencia actual, en tanto, que, si el derecho del trabajo es inherente a la persona del trabajador, verse privado de su puesto laboral, supondría un daño en ese derecho cuyo resarcimiento sería la indemnización, la cual por tanto debería correr su misma suerte, y ser privativa del cónyuge despedido. Pese a ello, hemos de comprender que en un matrimonio los que soportan los tiempos de bonanza y de crisis son ambos, y más cuando nos encontramos ante la situación de que sea uno solo de los cónyuges quien aporta un sueldo a la casa; por ello y puesto que con esa indemnización se vendrían sufragando las cargas familiares hasta que el cónyuge despedido encontrase un nuevo trabajo, comprendo y comparto la tendencia jurisprudencial de resolver que se trata de resarcimiento por el daño inferido al sueldo.

Los derechos inherentes a la persona y los no transmisibles inter vivos resultan lógicamente privativos, puesto que son parte de los derechos personalísimos de la persona y sería ilógico que el otro cónyuge pudiese disponer de ellos, sería prácticamente un atentado hacia su propia *psique*, ahora bien, resulta igual de lógico que las ganancias derivadas de la explotación comercial sean gananciales, puesto que al fin y al cabo es una remuneración por un trabajo realizado por el cónyuge. Resultaría conveniente una regulación más extensa y específica acerca de estos bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona, así como los no trasmisibles *inter vivos*, pues como ya hemos podido ver se dan supuestos discutidos y discutibles, como el derecho moral del autor, que con una regulación más específica y profunda podrían subsanarse.

En cuanto a los bienes personales y a los instrumentos necesarios para el ejercicio profesional, probablemente sean los apartados más abiertos a la libre interpretación y los más difíciles de probar; ahora bien, a mi entender también resultan especialmente importantes para los cónyuges titulares, al fin y al cabo forman parte no solo de su patrimonio, sino que es muy probable que nos encontrásemos con sus objetos más preciados, los que usan con habitualidad; los instrumentos que les hacen ser lo que son, pues qué sería un pintor sin sus pinturas. Por ello sería muy conveniente una regulación expresa que pautase los requisitos

que han de darse para considerar estos bienes como objetos personales o como instrumentos destinados al ejercicio de una profesión.

Los preceptos que regulan las mejoras en los bienes y los bienes comprados a plazos, pese a estar fuera del artículo 1346 CC, resulta tan necesario, que si no existiesen deberían inventarlos, puesto que con la atribución de la condición de privatividad de estos supuestos se soluciona supuesto realmente conflictivos, sobre todo en tanto al supuesto de los bienes adquiridos a plazos, puesto que dejar hasta el momento, en que se realice el último desembolso, el conocimiento de la condición del bien podría suponer, que una persona que ha adquirido un bien a plazos mediante caudal privativo y ganancial pudiese perder su derecho de reintegro, de sus bienes privativos, dada la presunción de ganancialidad. De este modo con la atribución de ganancialidad o privatividad vinculada a la condición del primer pago, supone una protección hacia el cónyuge que adquiere con carácter privativo.

A modo de conclusión, la determinación legal de los bienes y derechos que son exclusivos de cada cónyuge es primordial para mantener un matrimonio saludable, conocer de antemano aquello que es legalmente tuyo y lo seguirá siendo sin importar que te halles en un matrimonio regido por la sociedad de gananciales, contribuirá a que ese enlace sea más fuerte y sano; esto ya que una liquidación de la sociedad, ya sea por cambio de régimen económico matrimonial o bien por separación o divorcio, puede hacer mella en los cónyuges hasta el punto de convertirse en una guerra de poder en vez de un acuerdo. Por ello, a mi entender resultaría muy beneficiosa una regulación más exhaustiva de este régimen, dejando las menores lagunas posibles en una materia que puede llegar a resultar tan delicada.

5. Bibliografía.

JURISPRUDENCIA.

- STS 3 noviembre 1960 (RJ 1960/3454) – Aranzadi.
- STS 26 febrero 1979 (RJ 1979/525) – Aranzadi.
- STS 26 febrero 1981 (RJ 1981/611) – Aranzadi.
- STS 25 marzo 1988 (RJ 1988/2430) – Aranzadi.
- STS 18 septiembre 1999 (RJ 1999/1149) – Aranzadi.
- STS de 27 marzo 2000 (RJ 2000/2487) – Aranzadi.
- STS 17 abril 2002 (RJ 2002/2698) – Aranzadi.
- STS 25 julio 2002 (RJ 2002/6938) – Aranzadi.
- STS 26 septiembre 2002 (RJ 2002/8485) – Aranzadi.
- STS 14 enero 2003 (RJ 2003/49) – Aranzadi.
- STS 23 octubre 2003 (RJ 2003/7762) – Aranzadi.
- STS 30 enero 2004 (RJ 2004/438) – Aranzadi.
- STS 20 diciembre de 2004 (RJ 2005/61) – Aranzadi.
- STS 21 junio 2005 (RJ 2005/4023) – Aranzadi.
- STS 26 diciembre 2005 (RJ 2006/1213) – Aranzadi.
- STS 16 junio 2006 (RJ 2006/3377) – Aranzadi.
- STS 17 julio 2006 (RJ 2006/4959) – Aranzadi.
- STS 29 noviembre 2006 (RJ 2006/10030) – Aranzadi.
- STS 26 de junio 2007 (RJ 2007/3448) – Aranzadi.
- STS 18 de junio 2008 (RJ 2008/3224) – Aranzadi.
- STS 18 junio 2008 (RJ 2008/2902) – Aranzadi.
- STS 18 marzo 2008 (RJ 2008/3256) – Aranzadi.
- STS 28 mayo 2008 (RJ 2008/3109) – Aranzadi.
- STS 3 abril 2009 (RJ 2009/2806) – Aranzadi.
- STS 5 octubre en 2016 (RJ 596/2016) – Aranzadi.
- STS 10 noviembre 2017 (RJ 2017/5129) – Aranzadi.

- SAP de Albacete 15 febrero 2001 (JUR 49/2001) – Aranzadi.
- SAP de Cádiz 27 junio 2017 (AC 2017/1124) – Aranzadi.
- SAP de La Coruña 13 febrero 2015 (JUR2015/81848) – Aranzadi.
- SAP Madrid 7 abril 2017 (JUR 2017/165610) – Aranzadi.
- SAP Madrid 30 de mayo 2018 (ROJ 9211/2018) – CENDOJ.
- SAP de Madrid 17 octubre 2018 (ROJ 13503/2018) – CENDOJ.
- SAP de Valladolid 2 de mayo 2003 (JUR 2003/171414) – Aranzadi.
- SAP de Valladolid 17 julio 2018 (ROJ 872/2018) – CENDOJ.
- SAP de Zaragoza 9 de mayo 2018 (JUR 2018/189667) – Aranzadi.

LIBROS.

AMORÓS GUARDIOLA, Manuel. *Comentarios a las reformas del derecho de familia. Ley 11/81, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, y Ley 30/81, de 7 de julio, por lo que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Volumen II.* Madrid, TECNOS, 1984.

CAÑIZARES LASO Ana. *Código Civil comentado. Vol. III, Libro IV. De las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (artículos 1088 a 1444).* Civitas-Thomson Reuters, Navarra 2016.

CASTAN TOBEÑAS, José:

- *Derecho Civil español, común y foral. T. V, Vol. I.* 12º edición. REUS, S.A. Madrid, 1956.
- *Civil español, común y foral. T. V, Vol. I.* 12º Edición. REUS, S.A. Madrid, 1994.
Revisado y puesta al día por Gabriel García Cantero y José M.^a Castán Vázquez.

FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *LAU: Comentario articulado.* 3º edición, COMARES editorial, Granada, 2004.

GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel. *La disolución de la sociedad conyugal: Estudio específico de los artículos 1.406 y 1.407 del Código civil.* Reus, Madrid, 1985.

GONZÁLEZ POVEDA, Pedro. *Tratado Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales. Adaptado a las Leyes 13/2005 y 15/2005.* SEPIN editorial jurídica, Madrid, 2005.

LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho civil IV Familia*. 4ª edición. Dikinson, Madrid, 2010.

LINACERO DE LA FUENTE, María. *Tratado de derecho de familia. Aspectos sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios*. Tirant Lo Blanch, Valencia 2016.

MARTINEZ SANCHIZ, José Ángel. *Régimen económico matrimonial y comunicación de bienes*. Colegios notariales de España, Madrid, 2003.

PARDILLO HERNANDEZ, Agustín. *El Derecho de familia en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel:

- *Comentario del Código Civil. Vol. II*. 2º edición. Ministerio de Justicia, Madrid, 1993. Pp 644 – 679.
- *Derecho de familia*. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, sección de publicaciones, Madrid, 1989.

RAGEL SANCHEZ, Luis Felipe. *Tratado de derecho de la familia, volumen III*, Aranzadi, Navarra, 2º Edición, 2017. Pp 803 – 878.

ARTÍCULOS.

ARGELICH COMELLES, Cristina. *La naturaleza ganancial o privativa del arrendamiento de la vivienda familiar*. Revista de Derecho Civil, 2016. Pp 125 -150.

ATAZ LÓPEZ, Joaquín. *Bienes adquiridos a plazos en la sociedad de gananciales*. Revista jurídica de la Región de Murcia. N°6,1987, pp 13 – 27.

BERNAL MARSALLÁ, Lorenzo. *Bienes privativos por razones singulares en la sociedad de gananciales (análisis y comentarios de resoluciones judiciales)*. Pp 1 -26.

DE LA CAMARA ÁLVAREZ, Manuel. *La sociedad de gananciales y el Registro de la propiedad*. Anuario de Derecho Civil, 1986, pp 339 – 535.

GIMÉNEZ DUART, Tomás. *Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981*. Revista crítica de derecho inmobiliario, 1982, pp 117 – 146.

GORDILLO CAÑAS, Antonio. *Sentencia de 27 de febrero de 2007: Carácter ganancial o privativo de un plan de pensiones de empresa. Momento de extinción de la sociedad de gananciales en un proceso de separación. Valoración del deterioro de los bienes privativos*. Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, 2007. Pp 1393 – 1412.

MARÍN PADILLA, María Luisa. *Estudio y aplicación de la subrogación real en el Derecho de Familia*. Revista crítica de derecho inmobiliario, 1978. Pp 716 -773.

MARTÍN OSANTE, Luis Carlos. *El seguro de vida en el marco del régimen económico del matrimonio en Aragón. Breve referencia a planes de pensiones y figuras afines en el consorcio conyugal aragonés*. Revista de Derecho Civil aragonés, 2008. Pp 9 -60

MILLAN SALAS, Francisco. *La empresa y la sociedad de gananciales*. Cuadernos de estudios empresariales. N° 4, 1994. Pp 235 – 249.