



DERECHOS DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE EN LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Autor: Antonio Julián Ballesteros Matilla

Tutora: María Teresa Martín Meléndez

Grado en Derecho

Facultad de Derecho de Valladolid

Julio 2.014

RESUMEN: EN ESTE TRABAJO DE FIN DE GRADO, HAREMOS UN ANÁLISIS DE LA FIGURA DE LOS DERECHOS DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE (1406 Y 1407 CC), EXAMINANDO EL SENTIDO Y ALCANCE DE LOS MISMO, ASÍ COMO SU APLICACIÓN Y PROBLEMÁTICA, ADEMÁS DE ENCUADRARLOS EN EL MARCO EN EL QUE SE EJERCITAN, LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

RESUME: THIS MONOGRAPHY CONSISTS ON THE ANALYZE OF THE RIGHTS PREFERENTIAL ALLOTMENT (1406 AND 1407 CC), STUDYING THE SENSE, PRACTICAL PROBLEMS AND INTERPRETATION OF THEM. IN ADDITION, THIS MONOGRAPHY SET THIS RIGHTS INSIDE THE REGULATION OF MATRIMONIAL PROPERTY REGIME OF FAMILY ASSETS.

KEYWORDS: ATRIBUCIÓN, PREFERENTE, DERECHO, LIQUIDACIÓN, SOCIEDAD DE GANANCIALES.

1. ÍNDICE

2. INTRODUCCIÓN.....	6
3. DESARROLLO.....	7
3.1 RATIO LEGIS.....	7
3.2 NATURALEZA.....	8
3.2.1 Caracteres.....	10
3.3 SUJETOS.....	11
3.3.1 La determinación de los sujetos.....	12
3.3.2 Pluralidad de sujetos.....	14
3.4 EL ARTÍCULO 1406.....	15
3.4.1 Los bienes de uso personal no incluidos en el número 7 del artículo 1346...16	
3.4.1.2. El criterio económico como diferenciador entre lo privativo y ganancial.19	
3.4.2 La explotación económica que gestione efectivamente.....23	
3.4.1.1 La explotación económica.....24	
3.4.1.2 La gestión efectiva.....27	
3.4.1.3 La delimitación de la gestión.....27	
3.4.1.4 La explotación bajo régimen societario.....28	
3.4.3 El local donde hubiese venido ejerciendo su profesión.....30	

3.4.3.1	Concepto de local profesional.....	30
3.4.3.2	Ejercicio del derecho.....	34
3.4.3.3	Profesión.....	37
3.4.3.4	Habitualidad.....	38
3.4.3.5	Diferencia entre 1406.2 y .3.....	39
3.4.4	A causa de muerte, la vivienda habitual donde tuviese la residencia habitual.....	40
3.4.4.1	El ámbito de aplicación del artículo 1406.4. El carácter ganancial de la vivienda.....	40
3.4.4.2	La muerte del cónyuge.....	43
3.4.4.3	La vivienda y su habitualidad.....	43
3.4.4.4	El ejercicio del 1406.4.....	45
3.4.4.5	Concurrencia entre el 1406.3º y 1407.4º.....	46
3.4.5	El derecho de atribución preferente del artículo 78.4 LC.....	49
3.5	EL ARTÍCULO 1407 CC.....	53
3.6.1	La facultad de elección en uso, habitación o propiedad.....	54
3.6.2	El abono en metálico de la diferencia entre el valor del derecho atribuido, la cuota correspondiente y la interpretación del 1407 CC.....	55
3.6.3	El tratamiento fiscal del exceso de adjudicación.....	59
3.6	EL DERECHO DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE EN LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.....	60

3.8 LEGISLACIÓN COMPARADA	65
3.8.1 Foralidad Aragonesa.....	65
3.8.2 Francia.....	66
3.8.3 BELGICA.....	67
3.8.4 QUEBEC.....	68
4. CONCLUSIONES Y LEGE FERENDA.....	69
5. BIBLIOGRAFÍA.....	72

2. INTRODUCCIÓN

La Constitución española de 1978 requería una gran reforma del régimen económico del matrimonio, así como de la concepción del matrimonio, siendo necesario para respetar la realidad constitucional un matrimonio basado en la plena igualdad de los cónyuges.

Los Derechos de atribución preferente fueron introducidos mediante la reforma del Código Civil llevada a cabo por la Ley de 13 de mayo de 1981 de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, la cual, además de reformar la gran mayoría de las instituciones de Derecho de Familia, dio el contenido actual a los artículos 1406 y 1407, habiendo sido modificado el número 2 del primero de ellos por la Ley 7/2003 de sociedad limitada Nueva empresa, en los términos que más adelante comentaremos.

En este Trabajo de Fin de Grado, haremos un análisis de la figura de los derechos de atribución preferente (1406 y 1407 CC), examinando el sentido y alcance de los mismo, así como su aplicación y problemática, además de encuadrarlos en el marco en el que se ejercitan, la liquidación de la sociedad de gananciales.

Pues bien, conforme al artículo 1406.1 delimitaremos el objeto, distinguiéndolo del artículo 1346.7, explicando así cuándo los bienes tienen carácter ganancial o privativo. En el artículo 1406.2 nos ocuparemos de qué entendemos como explotación económica gestionada efectivamente, y de la problemática derivada de que la empresa está explotada mediante una persona jurídica. Siguiendo con el articulado, el artículo 1406.3 trataremos la cuestión de la extensión de los términos “local” y “profesional”. En el 1406.4 CC expondremos el ámbito de aplicación del artículo, atendiendo a la necesaria ganancialidad de la vivienda y de su carácter habitual al tiempo de la muerte del cónyuge.

Seguiremos este trabajo examinando el artículo 1407 del Código Civil, en el que trataremos la facultad de elección que viene dada en él, así como el abono en metálico del exceso de la adjudicación. Además, fuera del análisis estricto del artículo 1407, analizaremos una cuestión derivada de su ejercicio, el tratamiento fiscal del exceso de adjudicación.

Tras ello, realizaremos el encuadre de los derechos de atribución preferente dentro de la liquidación de la sociedad de gananciales, y examinaremos algunos aspectos accesorios que consideramos de importancia, tal como su relación con otras disciplinas del Derecho, como son los relativo al derecho especial de atribución preferente introducido por el artículo 78.4 de la Ley Concursal.

Por último, mediante unas breves conclusiones señalaremos algunos puntos que, en nuestra opinión, debería tener en cuenta al legislador en una hipotética reforma, con el fin último de solventar los problemas de aplicación e interpretación que iremos desgranando a lo largo del Trabajo de Fin de Grado.

3. DESARROLLO

3.1 La *Ratio legis*

La doctrina mayoritaria explica de manera acertada que esta figura sin antecedente alguno en nuestra legislación fue introducida por el legislador con el fin de tutelar situaciones de hecho de especial importancia, merecedoras de protección por encima del principio general de igualdad cualitativa de la partición de la sociedad de gananciales. En especial DÍEZ-PICAZO¹, la define como una “prerrogativa frente a la igualdad”, y entiende los Derechos de atribución preferente como una excepción al principio de la igualdad cualitativa de los lotes, como derecho del cónyuge a ver incluido dentro del haber que le corresponde en la liquidación de la sociedad de gananciales. Esta excepción tiene como razón la existencia de un interés considerado como superior por el legislador, reflejándose dichos intereses en el tenor literal del artículo 1406 (por ejemplo, la continuación del ejercicio de una profesión o de una empresa o el interés en que el cónyuge superviviente siga habitando la vivienda conyugal), complementándose este 1406 con las formas alternativas de ver satisfecho este derecho que recogen en el artículo 1407.

Otros autores, como GOMÁ SALCEDO² creen que la *ratio* de estos derechos es la de evitar la desvinculación física entre el bien de que se trata y el cónyuge beneficiario, siendo los elementos de vinculación para cada tipo de bien diferente en función de la naturaleza del mismo objeto del derecho.

1 DÍEZ-PICAZO, Luis. *Comentarios a las reformas de del derecho de familia: Ley 11/1981*. Madrid: Tecnos, 1984. Pp 271.

2 GOMÁ SALCEDO, José Enrique. *Instituciones de derecho civil común y foral*. Tomo III. Barcelona: Editorial Bosch, 2007. Pp 328 y ss.

3.2 Naturaleza

El profesor RAMS ALBESA³, entiende los derechos de atribución preferente como aquellos que protegen el interés familiar, el de impedir o paliar los efectos disolventes que, en el plano patrimonial, suponen las separaciones, divorcios y las disputas particionales entre herederos del cónyuge fallecido y el supérstite. Este derecho, de carácter especial y excepcional del principio de igualdad cualitativa de los lotes (artículo 1404 y 1061 CC, véase al respecto la STS de 28 de noviembre de 2008, RJ 2007/8652), ve su fundamentación en el interés superior antes mencionado.

Estos derechos de atribución preferente que contienen “la presencia de una potencia desigualación cualitativa, siempre finalista en la que el interés que se quiere proteger ha merecido el reconocimiento de la norma” deben ser interpretados de forma restrictiva debido a su especialidad y carácter excepcional, integrándose de tal manera en la regulación sistemática del régimen económico matrimonial de gananciales. Precisamente por el carácter protector del interés del cónyuge o familiar, es necesario que exista el nexo entre atributivo (posteriormente analizaremos quien puede ser) y objeto objeto del derecho. Este nexo, que va más allá de lo meramente patrimonial, requiere una vinculación con el sujeto prolongada en el tiempo, tanto en el momento de la partición como en el pasado, para completar los requisitos exigidos por cada supuesto del 1406 y 1407 y así tutelar el interés superior del individuo de forma efectiva.

3 Rams-Albesa, Joaquín José, 1985, “Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales (régimen y naturaleza)”, *Revista Crítica de derecho inmobiliario*, año nº61, nº568, pp. 727-835.

Matizando este sentido, encontramos a DE LOS MOZOS⁴, estos derechos deben ser diferenciados de cualquier tipo de derechos reales de adquisición preferente, puesto que tienen como principal finalidad el impedimento de la división (por ejemplo, el retracto de coherederos, comuneros, o el de colindantes). Según este autor, los Derechos de atribución preferente provocan la posibilidad de que un cónyuge incluya en la adjudicación de su cuota un bien concreto y determinado, siguiendo la descripción del 1406; es decir, entiende como el núcleo de estos Derechos, la adjudicación del bien determinado dentro de su cuota en la liquidación de la sociedad de gananciales. La misma opinión le merece a SÁNCHEZ GONZÁLEZ⁵, al entenderlos como un derecho a concretar en la cuota propia de uno de los cónyuges un bien del que ambos son cotitulares. Esto se ve corroborado por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (por ejemplo, STS de 3 de junio de 2004 RJ 2004/4416 y de 31 de enero de 1994 RJ 1997/7937), ya que en palabras del Tribunal Supremo en virtud del artículo 1068 del Código Civil “hasta que no se efectúe la partición por cualquiera de los modos admitidos en Derecho no adquieren los herederos la propiedad en exclusiva”, siendo aplicable tal doctrina a la liquidación de la sociedad de gananciales en virtud del artículo 1410 CC. Esta interpretación del Tribunal Supremo nos permite entender la naturaleza de los derechos de atribución preferente como aquellos derechos especiales en virtud de los cuales se permite incluir a un sujeto en su cuota del haber, un determinado bien o bienes en aras de un interés superior, digno de protección, tras cuyo ejercicio, y realización de la partición, adquiere la propiedad plena del mismo.

4 De Los Mozos y De Los Mozos, José Luis, 1984, “Comentarios al Código Civil y compilaciones forales”, dirigido por Manuel Albadalejo, *Revista de Derecho Privado*. Editorial Revista de Derecho Internacional Privado. Pp 498 y ss.

5 SÁNCHEZ GONZÁLEZ, José Carlos (entre otros). *Instituciones de Derecho Privado*. Coordinador general Juan Francisco Delgado De Miguel. Madrid: Civitas, 2001-2005. Pp 253 y ss.

3.2.1 Caracteres

En cuanto a los caracteres de los derechos de atribución preferente, seguiremos a los autores SÁNCHEZ GONZÁLEZ y GARRIDO DE PALMA⁶. Estos, al análisis del tenor literal de los artículos serían los siguientes:

– De origen legal, al estar recogidos en el Código Civil.

– Ejercitados mediante una declaración de voluntad unilateral y recepticia, que, en opinión del autor italiano FURGIUELE citado por GARRIDO DE PALMA, no modifica la eficacia del derecho, pues supone una simple notificación.

– Potestativos: A la vista de la contraposición de los artículos 1404 y 1406 el titular del haber puede escoger entre la división por mitad del bien (1404) o la inclusión del mismo con preferencia en su haber. A su vez, dentro de los propios 1406 y 1407, se establece en este último la posibilidad de elegir la atribución en su haber del bien designado en los números 3 y 4 del 1406 en propiedad, o mediante la constitución de uso o habitación.

– Personalísimos: Únicamente pueden ejercerse por el sujeto del derecho: uno de los cónyuges, o, en los términos que después veremos, los herederos del cónyuge fallecido. Este primer inciso del 1406 descarta así la posibilidad de ejercicio por algún acreedor del cónyuge a través de la acción subrogatoria (artículo IIII CC), al entenderse que dicho derecho es inherente a su persona.

– Renunciable: Además de la renuncia directa, al no ejercitar la opción de la atribución preferente, es posible su renuncia de forma indirecta, mediante la renuncia de la cuota del haber de la sociedad de gananciales. De esta manera, también se renuncia al derecho de atribución preferente, con el ejercicio de la facultad que otorga de forma general el artículo 6.2 Cc.

6 GARRIDO DE PALMA, Víctor M. *La disolución de la sociedad conyugal, estudio específico de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil*. Madrid: Reus, 1984-1985. Pp 14 y ss

3.3 Sujetos

En cuanto a los sujetos beneficiarios de estos derechos de atribución preferente podemos encontrar dos posiciones. Estas son:

– La de aquellos que entienden como posible sujeto, todo partícipante, siempre y cuando el supuesto de atribución preferente no tenga un carácter personalista (casos del número 1 y 4 del artículo 1406 Cc).

– Posición más restringida, en la que sólo serán beneficiarios sin excepción, los cónyuges.

3.3.1 La determinación de los sujetos

La primera posición a la que hemos hecho referencia, la que podríamos denominar la visión “finalista”, construye los sujetos del derecho de atribución preferente de acuerdo con el fin último del derecho, el de la protección interés familiar, el de impedir o paliar los efectos disolventes que en el plano patrimonial suponen las separaciones, divorcios y las disputas particionales. Es digna de mención dentro de esta corriente la opinión de RAMS ALBESA⁷, según el cual, salvo en los supuestos con carácter personalista, es decir el de los bienes de uso personal del primer supuesto y el especial del supérstite y el de la vivienda habitual del número cuarto del 1406, entiende que, en la operación de partición de la sociedad de gananciales, si alguno de los partícipantes está dentro de algún supuesto de atribución preferente se le otorgará este derecho. Dicho esto, serán sujetos de atribución preferente, además de los cónyuges, los herederos de uno de ellos cuando fallece, en los siguientes casos

7 Rams Albasa, Joaquín José, 1985, “Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales (régimen y naturaleza)”, *Revista Crítica de derecho inmobiliario*, año nº61, nº568, pp. 727-835.

del 1406 y 1407 CC:

1. Cuando el heredero colabora con el cónyuge fallecido en la explotación económica sin colaboración del supérstite.
2. Cuando ejercita junto con el fallecido un oficio u profesión en el local ganancial
3. Cuando de facto, que no jurídicamente, haya estado llevando la gestión y mando de una empresa de carácter ganancial, sin tener relación laboral como asalariado.

Sin embargo, a nuestro juicio de forma demasiado restrictiva, la segunda posición doctrinal interpreta como sujetos de los derechos de atribución preferente únicamente a los cónyuges. Así CASTÁN⁸ configura los derechos de adquisición preferente o de predetracción como “la facultad atribuida, bien sea a ambos cónyuges, bien sólo al sobreviviente en el caso del número 4º (del 1406), de que se incluyan en su haber o parte, y, en principio, hasta donde éste alcance, determinados bienes y derechos”. Esto en nuestra opinión puede llegar a producir situaciones totalmente injustas, puesto que el particionario, el heredero del cónyuge fallecido puede ser merecedor de la tutela del interés recogido por el derecho de atribución preferente y no ver cuidada su posición debido a su no condición de cónyuge, siendo esto una total incongruencia sistemática respecto a la liquidación de la sociedad de gananciales en general. Esta interpretación sistemática, es referida por el artículo 3.1 del Código Civil, al establecer que las normas se interpretarán “en relación al contexto”. La interpretación sistemática supone según poner en conjunción la norma aplicable con otra u otras con las que guarda relación, para, a la vista de éstas, determinar el significado, sentido y alcance que ha de atribuirse a lo que se trata de interpretar. Aplicando esto, y el sentido de tutela sin discriminación en función de la condición de cónyuge o descendiente del beneficiario que se

⁸ CASTÁN TOBEÑAS, José., actualizado por GARCÍA CANTERO y CASTAN VAZQUEZ. *Derecho Civil español, común y foral*. Tomo quinto. Madrid: Reus, 1983. Pp474 y ss.

desprende de la atribución preferente, en el caso que nos ocupa el heredero tiene la condición de partionario de igual manera que los cónyuges en caso de disolución de la sociedad de gananciales sin la muerte de ningún cónyuge.

3.3.2 Pluralidad de sujetos.

Una vez hechas las observaciones oportunas respecto de quién puede o no ostentar la condición de sujeto de atribución preferente, es debido analizar el supuesto de pluralidad de atribuyentes. Este problema, tendrá mayor o menor calado en función de por cuál de las posiciones doctrinales nos posicionemos.

Si optamos por una visión como la del profesor CASTÁN, en la que sólo pueden ser sujetos del derecho los cónyuges, obviamente no habrá problema de concurrencia de varios sujetos al derecho, puesto que los iguales se excluyen, al no haber la especial protección de dos sujetos en el caso de la existir dos derechos excluyentes merecedores de especial protección sobre el mismo bien.

En cambio, si optamos, como es nuestro caso, por la visión de RAMS ALBESA⁹ nos encontramos que, en el caso de que sea beneficiario de este derecho un heredero del cónyuge fallecido en los supuestos del 1406.2 y 1406.3 puede que concurren en los supuestos antes mencionados una pluralidad de sujetos, herederos, o del supérstite con herederos. Así, este autor distingue entre:

– Concurrencia excluyente: En el caso de concurrencia entre herederos y cónyuge,

9 Rams Albasa, Joaquín José, 1985, “Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales (régimen y naturaleza)”, *Revista Crítica de derecho inmobiliario*, año nº61, nº568, pp. 727-835.

parece más coherente y consecuente con la finalidad implícita de los derechos de atribución preferente, el preferir en ésta al cónyuge respecto del heredero, puesto se entiende que en esta situación es de mayor merecimiento la protección del cónyuge supérstite. En el caso de concurrencia entre coherederos, parece más pertinente aplicar analógicamente la misma solución que para la concurrencia de cónyuges, en la cual los iguales intereses excluyen la tutela de este derecho especial. En sentido contrario, el Código Civil francés, en su artículo 832-3¹⁰ otorga la competencia para decisión al órgano jurisdiccional, en función de la mayor capacidad para gestionar la explotación económica y mayor ejercicio a lo largo del tiempo.

– Petición conjunta: En el caso de petición conjunta, dos o más sujetos que incurren en la situación del 1406.2 y 1406.3 de forma no excluyente. Pese a que pueda parecer incoherente mantener tras una liquidación una situación de copropiedad, creemos que es posible sostener la tesis de la petición conjunta de un derecho de atribución preferente, siempre y cuando sea imprescindible para responder a la *ratio* de estos derechos, el interés familiar ante la liquidación de la situación de la comunidad de gananciales. Por ejemplo, pensemos en el caso de disolución de la sociedad de gananciales por muerte de uno de los cónyuges, los cuales tenían junto con uno de sus 3 hijos una carnicería. Así, entendemos posible el ejercicio conjunto del cónyuge viudo junto con el hijo que también regenta el negocio del derecho de atribución preferente sobre el local (vía del artículo 1406.3 CC) por ambos sujetos, incluyéndose con preferencia en su haber (repartiéndose el inmueble en cuotas) respecto del resto de sujetos, los demás descendientes del fallecido.

10 Artículo 832-3 del Código Civil Francés (traducido): “La asignación preferente se podrá solicitar conjuntamente por varios sucesores a mantener la totalidad indivisa. A falta de acuerdo amistoso, la demanda de atribución preferente es llevado ante el tribunal que decide, basándose en intereses. En caso de pluralidad de solicitudes, el tribunal tendrá en cuenta la capacidad de los diferentes candidatos para administrar la propiedad en cuestión y de mantener. Para la empresa, el tribunal tendrá en cuenta, en particular, la duración de la participación personal en la actividad.

3.4 El artículo 1406

El artículo 1406 del Código Civil, en su tenor literal, es el siguiente:

“Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance:

1. Los bienes de uso personal no incluidos en el número 7 del artículo 1346.
2. La explotación económica que gestione efectivamente.
3. El local donde hubiese venido ejerciendo su profesión.
4. En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual.”

Para su mejor explicación, procederemos a desmenuzar en diferentes subepígrafes la estructura de este artículo.

3.4.1 Los bienes de uso personal no incluidos en el número 7 del artículo 1346.

En cuanto al *iter* legislativo de este precepto, el apartado primero del artículo 1406 del Código Civil en el Proyecto aprobado inicialmente por el Consejo de Ministros hacía referencia de forma genérica y escueta a los “bienes de uso personal”. Esta redacción se vio modificada por la ponencia de la Cámara de los Diputados, al añadir del fin al apartado “no incluidos en el número 7 del artículo 1346”. Esto, en opinión de DÍEZ-PICAZO¹¹, no varió el sentido del precepto, al ser obvio que lo privativo de ninguna manera será ganancial, y, por

11 DÍEZ-PICAZO, Luis. *Comentarios a las reformas de del derecho de familia: Ley 11/1981*. Madrid: Tecnos, 1984. Pp 1800 y ss.

tanto, no podían ser objeto de una atribución preferente.

Este primer párrafo debe ser relacionado con el artículo 1321 del Código Civil, conforme al cual, en los casos de disolución por muerte o declaración de fallecimiento de uno de ellos (artículo 1392 CC) no formará parte del haber de la sociedad de gananciales el ajuar doméstico. Para interpretar a qué nos referimos con la expresión “ajuar doméstico” no es necesario ir más allá de la norma, incluyendo así las ropas, mobiliario y enseres básicos para la normal llevanza de un hogar, quedando excluidas del concepto todas aquellas alhajas, objetos artísticos, históricos o cualquiera, que si bien su utilización puede ser la de un objeto básico de la vivienda su valor es extraordinario. Por tanto, el ajuar doméstico entendido en el sentido del 1321, nunca formará objeto de un derecho de atribución preferente, puesto que ni formará parte del haber a repartir.

1. Delimitación entre el objeto del 1406.1 y los bienes 1346.7 Cc

Aclarando lo anterior, sigamos delimitando el objeto del derecho de atribución preferente del artículo 1406.1 Cc. Pues bien, este precepto se refiere a los bienes no incluidos en el artículo 1346.7 Cc, pues estos son privativos y por tanto tratamos de los que no son ropas y bienes de uso personal de escaso valor sea cual sea su origen. Cabe decir de la redacción del artículo, que ésta es en cierta medida defectuosa y de ardua interpretación, puesto la misma resulta de una doble negación, dificultando la extracción del ámbito de aplicación del mismo.

La principal cuestión, y discutida por la doctrina, es si existe equivalencia entre el término “objetos” del 1346.7 y “bienes” del 1406.1, o si bien el legislador del año 1981 hizo diferencia entre los términos con el fin de ampliar el radio de acción del 1406.1. La mayoría de

los autores (pareciendo lo más acertado según el tenor literal y la ratio legis del 1406) apuesta por esta segunda hipótesis, en función de la cual el derecho no se reduce a ropas y objetos de extraordinario valor (cara antagónica del 1346.7), sino también otros bienes muebles, ya que, si esa hubiera sido la intención y sentido del legislador a la hora de la redacción de dicho precepto manifestaría la misma de manera más clara.

Según SÁNCHEZ GONZÁLEZ¹², a nuestro juicio con una correcta interpretación del artículo, pero con escaso respaldo entre los autores¹³, el derecho de atribución preferente del 1406.1 también incluirá bienes inmuebles en el supuesto, poco común, de que un determinado lugar, entorno físico, sea básico para la satisfacción de necesidades personales. Pensemos por ejemplo en una disolución de sociedad de gananciales por separación judicial, en el que uno de los cónyuges tenía uno de los inmuebles del matrimonio destinado a lugar de meditación y oración de uno de los esposos; pues bien, siguiendo a este autor, también en este supuesto deberá darse el derecho de adquisición preferente ya que lo contrario quedaría excluido de forma injustificada del artículo 1406.1 CC, al no entenderse que ninguna disposición invalide esta posibilidad.

DÍEZ-PICAZO¹⁴ entiende que el 1406.1 recoge únicamente los bienes dedicados a atenciones estrictamente personales con cierta inherencia a la persona, cuya pérdida perjudica a las necesidades vitales que satisfacen. Esto se ve ampliado e integrado por RAMS

12 SÁNCHEZ GONZÁLEZ, José Carlos (entre otros). *Instituciones de Derecho Privado*.

Coordinador general Juan Francisco Delgado De Miguel. Madrid: Civitas, 2001-2005. Pp 253 y ss.

13 En clara negación del mismo REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis (entre otros). *Comentarios al Código Civil*, tomo VII. Dirigidos por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013. Pp. 9937 y ss.

14 DÍEZ-PICAZO, Luis. *Comentarios a las reformas de del derecho de familia: Ley 11/1981*. Madrid: Tecnos, 1984. Pp 1800 y ss.

ALBESA¹⁵, entendiendo como necesidad no sólo el concepto de subsistencia, también otros tales como ocio o desarrollo de la personalidad (pensemos por ejemplo, desde un instrumento musical, a un vehículo, una embarcación o una colección).

En contraposición, como muestra contraria a esta corriente de interpretación en la doctrina civilística, podemos encontrar a dos autores:

– YZQUIERDO TOLSADA¹⁶ entiende que el 1406.1 recoge aquellos bienes de uso personal de gran valor, es decir, opta por la tesis antagónica del 1346.7.

– En segundo lugar, a semejanza del autor anterior, VÁZQUEZ IRUZUBIETA¹⁷ entiende que en este 1406.1 se ve incluida únicamente aquella parte de ajuar con extraordinario valor.

De este análisis, se deduce que la piedra de apoyo del 1406.1 es el 1346.7, si bien, para entender todos los problemas que estamos analizando derivados de su interpretación, debe decirse que en un inicio esto no era así. En el inicial Proyecto del Consejo de Ministros el artículo 1346.7 hacía referencia en únicamente a las “ropas y vestidos de uso personal e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio”, siguiendo el sistema francés de *vêtements et linges*, siendo por tanto objeto de la atribución preferente los bienes personales no referenciados en el mismo y los instrumentos profesionales que no llegaban a ser imprescindibles. Sin embargo, esto, que a nuestro juicio sería más clarificador para el intérprete y para la realidad práctica, quedó determinado de manera muy diferente en los

15 Rams Albesa, Joaquín José, 1985, “Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales (régimen y naturaleza)”, *Revista Crítica de derecho inmobiliario*, año nº61, nº568, pp. 727-835.

16 YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Tratado de derecho de la familia Volumen III. Los regímenes económicos del matrimoniales (I)*. Pamplona: Aranzadi, 2011. Pp. 1398 y ss.

17 VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. *Administración y liquidación del régimen económico matrimonio*. Madrid: Dijusa, 2004. Pp 677 y ss.

términos del articulado actual, el aprobado tras los trámites parlamentarios en el Congreso de los Diputados y en el Senado.

2. El criterio económico como diferenciador entre lo privativo y ganancial.

Visto lo anterior; ¿Cómo establecemos la línea entre lo que no es de gran valor, no formando parte del haber al ser privativo, y lo que si lo es siendo objeto de posible derecho de atribución preferente? Para ello, debemos acudir al análisis de RAMS ALBESA¹⁸ sobre la doctrina italiana, en la cual existen dos teorías diferenciadas en referencia a la “frontera económica”:

1. La defendida por SCHLESINGER: en función de la misma esa frontera económica debe ser valorada de acuerdo con la “normalidad” de cada sociedad, para él la italiana, para nosotros la española. Este autor, cree que no es adecuado valorar los bienes de acuerdo a el caso de la sociedad conyugal particular a liquidar, o de aquellas cuya posición económica es semejante.

2. La argumentada por CORSI, según el cual estos supuestos deben tener una valoración netamente personal de los cónyuges, variando la frontera para cada caso.

Analizando la lógica sistemática de los derechos de adquisición preferente nos decantamos por la postura de CORSI, puesto que si el fin de estos es la especial protección de un interés superior en la liquidación de una sociedad de gananciales, no encontramos mejor forma de tutelar ese superior interés que excepciona la regla general de igualdad cualitativa, que la de tutelarlos partiendo de las circunstancias especiales de cada caso.

18 Rams Albesa, Joaquín José, 1985, “Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales (régimen y naturaleza)”, *Revista Crítica de derecho inmobiliario*, año nº61, nº568, pp. 727-835.

Uno de los problemas derivados de seguir el criterio de valoración económico es el relativo a los objetos que, si bien pueden ser objeto de un uso personal por uno de los cónyuges, no han sido adquiridos por la sociedad con dicho fin, sino con el de inversión, como forma de mantener el ahorro al margen de las depreciaciones monetarias que corren en nuestros tiempo. El ejemplo paradigmático de este caso lo expone RAMS ALVESA analizando a CARBONNIER, entendiendo como tales bienes de inversión las joyas, relojes y todo aquello que pueda llevar aparejado metales preciosos cuyo valor en los mercados no están tan expuestos a las fluctuaciones del mismo. En este supuesto, para la práctica judicial española será consecuente con la ratio del artículo 1406.1 que dicho bien no sea objeto de un derecho de atribución preferente, puesto que el fin principal en su esencia es el de forma de ahorro, no el de uso personal. Entendemos esto así, aún cuando dicho bien también sea utilizado por uno de los cónyuges para su propio uso personal, siempre y cuando de la naturaleza del bien se desprende que el mismo ha sido adquirido con la finalidad inversora.

Otra circunstancia de merecido análisis, consecuencia de este criterio, es la del momento de valoración del bien. En este sentido, ante el silencio del legislador en esta materia creemos ha de tenerse en mente el marco en el que estos derechos se ejercitan, cuales la liquidación de la sociedad de gananciales. Para esto, nos servimos de los artículos 1397 y 1398, en los cuales se establece que deben incluirse (respectivamente) en el activo y en el pasivo del inventario el importe actualizado del valor de los bienes y derechos de créditos (1397 nº 2 y 3, 1398 nº2 y 3). Debemos concluir que la valoración de los bienes objeto de un derecho de atribución preferente deberá realizarse en el momento de la liquidación.

Sin embargo, según RAMS ALBESA¹⁹ en la situación actual, una buena parte de los

19 Rams Albesa, Joaquín José, 1985, “Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de

bienes que consumimos sufren una vertiginosa depreciación (pensemos, por ejemplo, en cualquier aparato de electrónica o vehículo). Si el momento de valoración es situado en el momento de la disolución puede que, aquellos bienes comprados con recursos gananciales en un momento anterior tenga un valor mucho menos que el del día de su adquisición; esto podría considerarse, aisladamente, como injusto, puesto podríamos llegar a afirmar que con dicho sistema el cónyuge ejerciente del Derecho de atribución preferente financiaría y obtendría dichos bienes a un precio ridículo.

Lo mismo ocurrirá, siguiendo al mismo autor, si pensamos en el sentido contrario. Pensemos en un matrimonio en el cual, el marido tenía en los 90 la afición de comprar relojes de oro para su uso, y estos, debido a la fluctuación del valor del mismo (incremento del 375% desde 1998) han incrementado su valor. En el caso de la disolución de la sociedad, habiendo sido financiado con recursos gananciales el bien, si establecemos el momento de valoración a la disolución, el otro cónyuge verá aumentada su cuota de forma no justificada, al copar la cuota la adquisición preferente de los relojes del sujeto legitimado para ella mucho más de lo debido gastado por la sociedad de gananciales en ellos. Por tanto, en aras de lo que este autor cree justo y ecuánime, con razón en las situaciones que podría producir una eventual valoración de los bienes en el momento de la disolución de gananciales, tanto si hay depreciación como plusvalía, según este autor podría ser planteado que dicho momento de valoración económica tenga lugar en el momento de adquisición del bien.

Sin embargo, a nuestro juicio esta opinión no es del todo correcta. Siguiendo a MARTÍN MELÉNDEZ²⁰, en un principio el criterio de valoración puede ser cualquiera en el

gananciales (régimen y naturaleza)", *Revista Crítica de derecho inmobiliario*, año nº61, nº568, pp. 727-835

20 MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa. La liquidación de la sociedad de gananciales. Madrid:

que estén de acuerdo las partes. En virtud de los números 2 y 3 del artículo 1396 y también números 2 y 3 del artículo 1397 del Código Civil el momento será el de la liquidación. Esta es la posición Tribunal Suprem, el cual señala que esta fecha de valoración será según la Sentencia de 23 de diciembre de 1993 (RJ 1993/10113) “*la (fecha) de la liquidación será aquella en la que efectivamente se produzcan las operaciones (..), y será a esta fecha a la que habrá de realizar la valoración de los bienes*”.

3.4.2 La explotación económica que gestione efectivamente

Este número del artículo 1406 tiene, en opinión de GARRIDO DE PALMA²¹ y nuestra, una doble finalidad. Por un lado, la de facilitar la conservación de la unidad económica y, por otro lado, la de proteger la continuidad de la empresa ante la disolución de la sociedad de gananciales por cualesquier causa. Además, a esto podemos añadir el interés social o comunitario implícito en el mismo artículo, la conservación y la producción de la unidad económica, pues los factores económicos son aquellos que posibilitan el mantenimiento de los grandes estados del “bienestar” actuales, mediante el pago de tributos.

El artículo 1406.2 fue reformado por la Ley 7/2003 de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, que cambió la redacción de “*la explotación agrícola, comercial o industrial*” por la actual, con el fin de dar una adecuada perspectiva al interés protegido del mismo artículo, dejando atrás las dificultades interpretativas del carácter de la explotación o del término “*llevado con su trabajo*”, debido a la defectuosa redacción del precepto. A modo de ejemplo,

McGraw-Hill, 1995. Si bien tiene que ser un criterio uniforme (para todos los bienes y derechos a valorar) y objetivo (criterio por el que pueda seguirse cualquier individuo, ajeno a valoraciones personales), como por ejemplo es el criterio de precio de mercado.

21 GARRIDO DE PALMA, Víctor M. *La disolución de la sociedad conyugal, estudio específico de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil*. Madrid: Reus, 1984-1985. Pp 19 y ss,

con la anterior regulación era posible que algunos supuestos de explotaciones como, por ejemplo, pesquera o forestal no se vieran incluidas en el ámbito de actuación de este número, si bien finalmente se acabó por forzar la interpretación del tenor literal, argumentando que dichas explotaciones eran meros ejemplos, entrando en el artículo aquellas no reflejadas, en virtud de la *ratio legis* del artículo.

En lo relativo a la calificación como ganancial o no de la empresa o explotación, estas son tratadas como una unidad como el propio legislador:

– La explotación será ganancial cuando, en virtud del 1347.5º CC, sean fundadas durante la vigencia de la sociedad a costa de bienes gananciales. En el caso de que la explotación se forme con capital privativo y ganancial, será de aplicación el artículo 1354 CC, perteneciendo en proindiviso a la sociedad y el cónyuge dueño de la parte privativa en proporción a las aportaciones de cada uno, formando parte del haber a liquidar de la sociedad de gananciales, y posible objeto de un derecho de atribución preferente la parte proporcional de la sociedad de gananciales a favor del cónyuge que gestione efectivamente la explotación. En este supuesto, si este cónyuge que gestiona efectivamente la explotación tiene la parte privativa, se convertirá en el único titular. En el caso de que se de la atribución preferente al otro cónyuge de la cuota ganancial, al no ser quien tiene parte de la explotación como bien privativo y gestionarla el otro, el proindiviso continuará.

– La misma será a su vez privativa cuando en virtud del artículo 1346.1º la explotación ya existiera con anterioridad a la sociedad de gananciales, o se hubiera fundado, al ya estar vigente, a cuenta de bienes privativo del cónyuge.

Por último, también será ganancial la explotación cuando en virtud de un pacto entre

los cónyuges, estos otorguen carácter de ganancial a los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio.

1. La explotación económica

En cuanto a la explotación, en términos gramaticales, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua la define como el conjunto de elementos dedicados a una industria o granjería. El Código, en la redacción de este supuesto parece que con la expresión explotación económica pretende darle una acepción más amplia, entendiéndolo como cualquier actividad organizada dirigida a obtener lucro económico de una serie de determinados factores, asemejándose así a lo que coloquialmente conocemos como empresa. De hecho, del articulado del Código Civil se desprende el uso indistinto de ambos términos (explotación y empresa) por el legislador, asimilando tales como sinónimos, por ejemplo, en la propia regulación de la sociedad de gananciales (artículo 1360). A su vez, también asemeja en el artículo 1346.8º las acepciones de establecimiento o explotación. Además, en sede de regulación de algo radicalmente extraño a la sociedad de gananciales, la responsabilidad extracontractual (artículo 1902 y siguientes del Código Civil), trata también como sinónimos los términos empresa con establecimiento. Dado este uso indistinto, para definir qué entendemos como explotación, optamos como GARRIDO DE PALMA²² por el concepto económico de empresa, esto es, “el conjunto de elementos heterogéneos debidamente organizados por su titular, destinado a la producción o a la mediación de bienes o de servicios para obtener una ganancia ilimitada”. En conclusión, el legislador no hace diferencias entre los términos explotación, empresa y establecimiento, siendo para él semejantes, y por tanto, también para la aplicación del 1406.2 CC.

²² GARRIDO DE PALMA, Víctor M. *La disolución de la sociedad conyugal, estudio específico de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil*. Madrid: Reus, 1984-1985. Pp 19 y ss.

Conociendo ya, el uso como sinónimos de los 3 términos, es hora de analizar qué englobamos como “explotación”, “empresa” o “establecimiento”: sólo los inmuebles como tal, o también los muebles (como por ejemplo herramientas, instrumentos, vehículos, mobiliario). Para definirlo, es conveniente acudir a la legislación hipotecaria, e integrar ésta con el sentido actual del 1406.2. El artículo 8 del Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la Ley Hipotecaria, establece:

“ Se inscribirán como una sola finca bajo un mismo número: (...) Toda explotación agrícola, con o sin casa de labor, que forme una unidad orgánica, aunque esté constituida por predios no colindantes, y las explotaciones industriales que formen un cuerpo de bienes unidos o dependientes entre sí”

De esto concluimos que, a efectos del Registro de la Propiedad, se inscribirán unitariamente, entendiendo como unidad de explotación (en este caso agrícola o industrial), todos aquellos bienes afectos a la actividad económica. En los términos que nos interesan, y basándonos en esta corriente, incluirá la explotación todos aquellos bienes, muebles e inmuebles, susceptibles y afectos a la actividad económica, los cuales están a la disposición de organización del sujeto beneficiario de la atribución preferente.

Este uso indistinto de los vocablos produce grandes problemas a la hora de delimitar qué incluimos o no en este derecho de atribución preferente. Así, pensemos en una empresa (en el término coloquial, no jurídico de la palabra), que incluya varios establecimientos en diferentes enclaves. ¿Se atribuiría sólo aquel que gestione el cónyuge o también el otro? SÁNCHEZ GONZÁLEZ²³ argumenta que sólo englobaría a ambos establecimientos si, del

23 SÁNCHEZ GONZÁLEZ, José Carlos (entre otros). *Instituciones de Derecho Privado*.

Coordinador general Juan Francisco Delgado De Miguel. Madrid: Civitas, 2001-2005. Pp 255 y ss.

gestionado por el beneficiario depende el segundo enclave, es decir, cuando son una unidad económica. Si son independientes entre sí, estaremos hablando de explotaciones o empresas diferentes y se atribuirá sólo la que cumpla con todos los requisitos del artículo 1406.2.

2. La gestión efectiva

En lo referido a la gestión efectiva, entendemos el término en el sentido de la realización de las diligencias correspondientes para la correcta llevanza de una actividad económica de forma personal por algún sujeto del derecho de atribución preferente.

Con este inciso final del 1406.2 el legislador busca que la especialidad de la atribución preferente, y el objeto de proteger la continuidad y unión económica, se de a favor de quien, además de haber ejercido con anterioridad la actividad, realmente tenga la capacidad y aptitudes de organización de la explotación o empresa. Puesto que, sería contraproducente con la *ratio* del artículo una atribución preferente a favor del titular formal de la explotación, ya que esto puede diferir de quien en verdad mantenga y organice la actividad económica de la explotación, y, dándose la atribución al titular formal, no se consiguiese el objetivo buscado por el legislador, en detrimento del sujeto (ya sea cónyuge o heredero del fallecido como mencionamos antes) que efectivamente gestione la explotación.

La gestión efectiva, no puede verse en cambio confundida con términos que hagan pensar en requisitos jurídicos añadidos, como el término jurídico empresario. En la legislación no existe como tal una definición del término, por lo que debemos acudir a la doctrina, siendo este según SÁNCHEZ CALERO “la persona física o jurídica que profesionalmente y en nombre propio, directamente o mediante representantes, ejerce la actividad de organizar

los medios de producción o cambio de bienes o servicios para el mercado”. En ocasiones coincidirán, pero no es condición necesaria. A su vez, tampoco según REBOLLEDO VARELA²⁴ podemos asociar la gestión efectiva a la ocupación completa, puesto que se dedicará a la gestión el tiempo que el sujeto considere necesario.

En términos espaciales, en virtud de la STS de 28 de mayo de 1992 (RJ 1992/4391), el sujeto que pretenda ejercer este derecho de atribución preferente del 1406.2 deberá probar, en el caso de varios establecimientos bajo su gestión, que la misma sea efectiva en el momento actual y constituya una unidad económica con el resto de elementos que la conforman.

En términos temporales, de acuerdo a la Sentencia de 9 de mayo de 2008 del Tribunal Supremo (RJ 2008/2970), para el ejercicio de este derecho, si bien es conveniente probar por el sujeto que antes de la disolución era quien gestionaba la explotación, es capital cerciorar al Tribunal de la gestión de la explotación después de la disolución (que no liquidación), para justificar dicha protección, puesto que sin expectativas de futuro no hay nada que tutelar.

3. La delimitación de la gestión

Un problema doctrinal asociado al ejercicio de este derecho es el de la participación efectiva de los dos cónyuges en la explotación, dándose supuestos de complicada solución, GARRIDO DE PALMA²⁵, tales son :

- Uno de los sujetos es mero titular de la explotación mientras el otro es apoderado

24 REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis (entre otros). *Comentarios al Código Civil*, tomo VII. Dirigidos por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013. Pp 9937 y ss.

25 GARRIDO DE PALMA, Víctor M. *La disolución de la sociedad conyugal, estudio específico de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil*. Madrid: Reus, 1984-1985. Pp 30 y ss.

general, factor o gerente: ¿A quién corresponde el derecho de atribución preferente? En este caso, interpretando en sentido estricto el tenor literal del artículo 1406.2 CC creemos que el sujeto beneficiario de la atribución preferente será el que lleve aparejado los poderes de representación general en detrimento del otro, puesto que quien realiza la “gestión efectiva” de dicha explotación es éste y no el otro. Desde el punto de vista formal del Registro Mercantil, el empresario será el mero titular, quien tiene el poder originario, pero quien de facto dirige la explotación, aún sea con un poder derivado, es el factor. Como colofón a esta idea de atribución de la explotación al factor por encima del titular de la misma en el Registro Mercantil, una de las características básicas del estatuto del empresario es que él es quien asume el riesgo de la actividad en el tráfico, sin embargo, la gestión de la explotación, al tener el matiz de ganancial, también se pone en riesgo al otro cónyuge, es decir, el factor, al responder los bienes gananciales respecto de las posibles deudas derivadas de la actividad económica (vid. artículo 1365.2 Cc y artículos 6 y siguientes del Código de Comercio).

- Uno de los sujetos es titular de la explotación dirigiéndola él mismo efectivamente: Siguiendo en este caso a , parece que el titular, el empresario en este caso, cumple claramente con el requisito del 1406.2, gestiona efectivamente la explotación, por lo que será sujeto del derecho de atribución preferente.

- Ambos sujetos gestionan de forma efectiva la explotación: Como ya explicamos en el apartado referente de los sujetos, ante paridad de intereses a tutelar, ambos se ven excluidos del derecho especial de atribución preferente.

4. La explotación bajo régimen societario.

Otro problema derivado de este 1406.2 CC es cuando la explotación esté bajo el régimen de una sociedad o persona jurídica, es decir, englobada en una persona objeto de

derecho autónoma y desligada del ámbito patrimonial del cónyuge (ya sea con limitación de la responsabilidad o no). Por esto, nos estamos refiriendo, a una persona jurídica, formada por esa explotación/es o establecimiento/s.

En cuanto al objeto de atribución preferente, la explotación, formalmente no puede aceptarse la idea de atribuir según el 1406.2, ya que no forma parte del haber de la sociedad de gananciales a liquidar, sino de la persona jurídica, cualquiera sea su forma. Con carácter general, lo que será ganancial, en su caso, serán las correspondientes acciones o participaciones. Con el fin de un mejor análisis, vamos a analizar cada tipo de sociedad, y si dichas participaciones, acciones o condición de socio en general pueden ser objeto de atribución preferente en caso de ser ganancial.

- Sociedades *intuitu personae*: Tales como la sociedad regulada en el Código Civil (1665 CC y siguientes), la colectiva (artículos 125 y siguientes del Código de Comercio) y comanditaria (145 y siguientes del Código de Comercio). Son *intuitu personae* debido a su claro carácter personalista. Respecto la primera, tal carácter se desprende directamente del artículo 1670 del Código Civil (extinción de la sociedad a la muerte de un cónyuge), del carácter *intuitu personae* de las otras dos se hace eco toda la doctrina, como por ejemplo, PAZ-ARES²⁶. Por tanto, la atribución preferente, en el caso de que uno de los cónyuges sea socio de una sociedad *intuitu personae*, aún aportando patrimonio ganancial, dicha condición de socio no puede ser objeto de un derecho de atribución preferente, al no ser transmisible la condición (artículo 143 Código de Comercio) y ajeno a la persona jurídica la disolución de la sociedad de gananciales de uno de sus miembros (GARRIDO DE PALMA²⁷), debiendo en todo caso, tenerse en cuenta la valoración monetaria de dicha

26 PAZ-ARES, Cándido. *Lecciones de Derecho Mercantil, volumen I*. Dirigidos por Aurelio Menéndez y Ángel Rojo. Pamplona: Aranzadi, 2012. Pp 341 y ss.

27 GARRIDO DE PALMA, Víctor M. *La disolución de la sociedad conyugal, estudio específico de*

condición para añadirse al haber. En lo referido al socio comanditario en la sociedad comanditaria, tiene un carácter menos personalista, por lo que se podrá aplicar el régimen para sociedades *intuitu pecuniae*.

- Sociedades *intuitu pecuniae*: A diferencia de las anteriores, en este tipo de sociedades el perfil personal del socio es mucho más relativo, primando en palabras de IGLESIAS y GARCÍA DE ENTERRÍA²⁸, las aportaciones económicas que los socios hagan, en función de las cuales se determina el grado de participación en la sociedad. Por tanto, en el caso de que las acciones o participaciones de esta sociedad de capital sean gananciales, formarán parte del caudal a liquidar, pero en ningún caso éstas podrán ser objeto de una atribución preferente, puesto que creemos que es imposible asimilar el concepto inicial de “explotación” del 1406.2 a las acciones o participaciones de una sociedad de capital.

3.4.3 El local donde hubiese venido ejerciendo su profesión

El artículo 1406.3 del Código Civil es una clara manifestación por parte del legislador de la protección de un interés superior, tal como es el mantenimiento del estatuto profesional, con el fin de evitar que las vicisitudes de la sociedad de gananciales puedan repercutir en su vida profesional (tanto las perturbaciones por el traslado como la posible inherente pérdida de clientela por el traslado). Indirectamente, también se intenta proteger al conjunto de la sociedad, puesto que el ejercicio de la profesión por ese sujeto repercute en el buen sostenimiento del estado, mediante el pago de tributos derivados de la actividad. En opinión de DÍEZ-PICAZO²⁹ este número 3, a diferencia del 2, defiende sólo el inmueble, no la

los artículos 1406 y 1407 del Código Civil. Madrid: Reus, 1984-1985. Pp. 30 y ss.

28 IGLESIAS, Juan Luis y GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier. *Lecciones de Derecho Mercantil, volumen I*. Dirigidos por Aurelio Menéndez y Ángel Rojo. Pamplona: Aranzadi, 2012. Pp 397 y ss.

29 DÍEZ-PICAZO, Luis. *Comentarios a las reformas de del derecho de familia: Ley 11/1981*. Madrid: Tecnos, 1984. Pp. 1801 y ss.

empresa en su totalidad, es un supuesto más reducido y de menor importancia.

Para el mejor análisis de este precepto, pasaremos a descifrar los diferentes componentes del mismo, con el fin de conocer el objeto de este derecho de adquisición preferente.

1. Concepto de local profesional

Atendiendo a la legislación especial, al artículo 5 de la Ley 49/1960 de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, entendemos como local no sólo como el típico inmueble, situado a pie de calle destinado específicamente en su construcción para el ejercicio de la actividad profesional, sino también se incluirán los pisos. Para SÁNCHEZ GONZÁLEZ³⁰ el término local profesional consiste en el uso peculiar que se da a un determinado espacio cerrado para el desarrollo de la actividad de uno de los cónyuges, con el conocimiento o simple tolerancia del otro cónyuge en el uso para dicho fin del local ganancial. Como ejemplo típico de este supuesto, podemos entender el local en el que se ejerce una profesión (como un abogado) de forma abierta al público.

En el supuesto de que dicho espacio cerrado no esté abierto al público, pensemos por ejemplo un historiador en relación a su escritorio y biblioteca, o un programador informático podría pensarse que el derecho de atribución preferente no tendría razón alguna, puesto que el interés superior tutelado no causa gran disturbio en relación a términos de clientela. Sin embargo, debido a, según RAMS ALBESA³¹, la “parquedad del precepto” y la inexistencia de jurisprudencia al respecto, hace nacer también en estos casos el derecho de atribución

30 SÁNCHEZ GONZÁLEZ, José Carlos (entre otros). *Instituciones de Derecho Privado*.

Coordinador general Juan Francisco Delgado De Miguel. Madrid: Civitas, 2001-2005. Pp. 262 y ss.

31 Rams Albesa, Joaquín José, 1985, “Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales (régimen y naturaleza)”, *Revista Crítica de derecho inmobiliario*, año nº61, nº568, pp. 727-835.

preferente.

En cuanto a la extensión del término local cabe preguntarse si es referido únicamente al espacio, al inmueble, o si bien se incluyen los instrumentos que este alberga:

→ En primer lugar, con una interpretación restrictiva, encontramos a DÍEZ-PICAZO, en función de la cual sólo se verá incluido el inmueble.

→ En un sentido más amplio antes referido en la interpretación del término local se encuentra GARRIDO DE PALMA³². Hay que tener en cuenta el juego de este precepto con el 1346.8º, el cual establece el carácter de privativos para los instrumentos inherentes a la profesión del cónyuge. Para el deslinde del 1346.8ª y el 1406.3 es necesario diferenciar entre los términos “instrumentos” y “bienes”. La diferencia intrínseca de ambos conceptos es que como “instrumento” entendemos un objeto cuyo único uso posible es relacionado con la actividad profesional (ejemplo: bisturí del cirujano) y por tanto será privativo. El local ganancial al que hace referencia el derecho de adquisición preferente incluirá “bienes” que son esenciales en el desarrollo de la actividad profesional (escritorio, sillas, papelería) pero que también son susceptibles de otro uso; estos, al estar “afectos” a la actividad profesional, serán incluidos dentro de la atribución preferente, cabiendo denominarlos como “ajuar profesional”. En el caso de bienes cuyo uso sea circunstancial, tanto profesional como particular, para determinar si se incluye dentro de este supuesto o no, debe atenderse al acuerdo o consentimiento de los cónyuges, ya sea tanto expreso como tácito, sobre su uso principal. Esta problemática es resuelta de manera más clara en el derecho comparado, al entender algunos que todos los bienes con destino profesional (tanto los antes referidos “instrumentos” como los “bienes”) tienen el carácter de privativos del profesional, y, por

32 GARRIDO DE PALMA, Víctor M. *La disolución de la sociedad conyugal, estudio específico de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil*. Madrid: Reus, 1984-1985. Pp. 78 y ss.

tanto, no son objeto de adquisición preferente. Concluyendo, para RAMS, el bautizado “ajuar profesional” se ve limitado al ponerse en relación con el artículo 1321 del Código Civil, que en su párrafo segundo, establece la no inclusión en el ajuar de los objetos de gran valor. Para nosotros, esto debe aplicarse igual en el ejercicio de este 1406.3, no entrando en el ámbito de aplicación del mismo aquellos objetos, que si bien pueden ser considerados como parte del “ajuar profesional” antes mencionado, tienen un gran valor debido no a su utilización como tal, sino a su carácter filantrópico, histórico o de coleccionista.

¿Que postura entendemos más acertada? A nuestro juicio, resulta más adecuada la interpretación seguida por el profesor DÍEZ-PICAZO³³. Entiende más pertinente una interpretación restrictiva, al tratarse de un precepto excepcional que rompe la norma general de igualdad cualitativa del artículo 1404 CC. Además, y refutando a GARRIDO DE PALMA³⁴, entiende que no puede verse incluido el denominado como “ajuar profesional” en este derecho de atribución preferente, puesto que esos bienes afectos a la actividad profesional, si tan imprescindibles son para el ejercicio de la actividad profesional, se verán encuadrados dentro del 1346.8º, siendo así privativos. Por el contrario, si dichos bienes no tienen vital importancia como para permitir continuar con la actividad profesional de tal cónyuge, no serán privativos, y debido a esta poca importancia, no podrán provocar la excepción a la igualdad de lotes. Por último, desde el punto de vista del propio cónyuge ejerciente del derecho de atribución preferente, incluso puede ser contrario a sus intereses, dado que el núcleo de este punto tercero es el inmueble, y al ver incluido los bienes muebles que éste contiene puede hacer perjudicar sus intereses en la liquidación, puesto que reducirá el haber disponible para introducir en su cuota otros bienes gananciales.

33 DÍEZ-PICAZO, Luis. *Comentarios a las reformas de del derecho de familia: Ley 11/1981*. Madrid: Tecnos, 1984. Pp 1801 y ss.

34 GARRIDO DE PALMA, Víctor M. *La disolución de la sociedad conyugal, estudio específico de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil*. Madrid: Reus, 1984-1985. Pp 78 y ss.

Siguiendo con la temática del local, creemos conveniente el estudio de algunos casos para perfilar de mejor manera el término y derecho:

– En el supuesto de ejercicio en un mismo local por ambos cónyuges de una profesión no es de aplicación el derecho de atribución preferente, puesto que al existir ambos intereses profesionales no pueden ser discriminados atribuyendo la adquisición preferente a uno de los cónyuges. En estos mismos términos se pronuncia DÍEZ-PICAZO³⁵.

– Este último autor, también añade que la adquisición con preferencia a un cónyuge del inmueble no es excluida por el caso en el que el otro cónyuge, el no ejerciente de la actividad profesional, haya realizado durante la vigencia del régimen económico de gananciales en el inmueble cualquier otro tipo de actividad personal.

– Por último, en el derecho comparado, concretamente en el ordenamiento francés se suscita el supuesto de la concurrencia en un inmueble de la residencia familiar y ejercicio profesional. Cuando, en España, no sea posible la división del inmueble de acuerdo al artículo 401 CC, al resultar de la división inmuebles inservibles, para los franceses es recomendable ceder el ejercicio profesional en favor del uso de la vivienda, siempre y cuando este no pueda dividirse (artículo 831-3 Código Civil Francés). Sin embargo, en nuestra opinión, siguiendo en cierta medida a RAMS ALBESA³⁶, esta apreciación es errónea en el caso, no tan descabellado, de que tanto el sujeto beneficiario del derecho como el que no, dependan económicamente del desempeño de esa misma actividad (uno directamente, y el otro indirectamente por la correspondientes pensión compensatoria alimenticia), debiendo en estos casos dar prioridad

35 DÍEZ-PICAZO, Luis. *Comentarios a las reformas de del derecho de familia: Ley 11/1981*. Madrid: Tecnos, 1984. Pp 1801 y ss.

36 Rams Albesa, Joaquín José, 1985, “Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales (régimen y naturaleza)”, *Revista Crítica de derecho inmobiliario*, año nº61, nº568, pp. 727-835.

al ejercicio profesional, puesto que este es el sustento de los mencionados individuos.

2. Ejercicio del derecho

Una vez conocido el objeto material del derecho de atribución preferente debemos centrarnos en la posibilidad, o vía alternativa que establece en relación a este derecho el artículo 1407 CC, el cual establece la posibilidad a elección del beneficiario para el supuesto del 1406.3 de la atribución de un derecho de uso o habitación sobre el local profesional, a diferencia de lo establecido en el Code francés en su artículo 815, en función del cual los derechos de atribución preferente sólo tendrán como objeto la atribución de la propiedad. Este 1407 establece la posibilidad de la atribución preferente de diferentes de modos, dándose los respectivos casos siguiendo a GARRIDO DE PALMA³⁷:

– Local ganancial: Caso típico, no plantea ningún tipo de problema, se incluirá en su haber, ya sea en propiedad, en derecho de uso (ampliaremos estos términos al comentar el artículo 1407 CC) o, como caso excepcional, aún exceda su haber con contraprestación monetaria.

– Local objeto de contrato de *leasing*: El contrato mercantil de leasing, es, en breves términos, aquel contrato de carácter mixto (“*sui generis*” en palabras de la STS 10 de abril de 1981) en función del cual una sociedad de arrendamiento financiero adquiere un bien, siguiendo las especificaciones del usuario, para ceder su uso al mismo a cambio de un determinado número de cuotas periódicas, al final de las cuales el usuario tiene la opción de compra (pagando el denominado “valor residual”). Al ser a juicio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y al nuestro también, un contrato de carácter mixto, en aplicación bien

³⁷ GARRIDO DE PALMA, Víctor M. *La disolución de la sociedad conyugal, estudio específico de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil*. Madrid: Reus, 1984-1985. Pp 78 y ss.

del 1356 o 1357 CC, si el dinero desembolsado en la primera cuota fuese privativo, el bien será de carácter privativo, aunque el resto de cuotas hayan sido pagadas con recursos gananciales, y, lógicamente, no existirá derecho de adquisición preferente.

– Local arrendado: Como todo objeto de los derechos de atribución preferente del 1406 y 1407 el bien o derecho debe de ser ganancial, de acuerdo al artículo 1361 CC. Sólo entrará en la categoría de bienes privativos en caso de ser subsumible en los números 3º, 4º y 8º del 1346. En este sentido, ante el silencio de la legislación especial (LAU 29/1994 de 24 de noviembre), ante la falta de acuerdo de los cónyuges en la disolución de la sociedad inter vivos, se atribuirá respetando ejercicio al 1406.3º. En el caso de que el local donde se desarrolle la actividad profesional coincida con la vivienda familiar, siguiendo a MARTÍN MELÉNDEZ³⁸, este arrendamiento siempre será ganancial, al ser el sostenimiento de la familia (donde se incluye el pago de arrendamiento) cargo de la sociedad de gananciales de acuerdo al 1362.1 CC, y esto, puesto en común con el 1347.3º, arroja un claro carácter de ganancialidad, al entenderse como ganancial todo aquello sufragado con el caudal común, aún sea para satisfacer el interés privativo de uno de los cónyuges. En este supuesto, es debido tener en cuenta el supuesto recogido por la ley de Arrendamientos Urbanos, de 25 de noviembre de 1994, el cual establece en su artículo 32.1 que no será necesario el consentimiento del arrendador para subarrendar o transmitir la posición.

– Local en usufructo: Como primer requisito el derecho debe ser en primer lugar ganancial. Descartando así la problemática referido al usufructo adquirido por alguno de los cónyuges antes de la vigencia de la sociedad o a título gratuito aún cuando ésta esté vigente. Podemos, analizar los siguientes supuestos en relación al artículo 531 CC:

1. Usufructo adquirido a costa del caudal común por uno de los cónyuges: De marcado

38 Martín Meléndez, María Teresa, 1996. “Desistimiento y vencimiento del arrendamiento de vivienda en caso de matrimonio”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Año nº72. Nº634, pp 1037-1073.

carácter ganancial, en la disolución *mortis causa* será objeto de derecho de atribución preferente cuando no sea haya constituido a su vez en favor de otros sujetos y sea de aplicación por tanto el 521 CC al no haber fallecido todos los titulares. En la disolución *inter vivos* todo es aún más sencillo, pudiendo ser dicho derecho de usufructo objeto de adquisición preferente por parte del cónyuge profesional.

2. Usufructo a favor de ambos cónyuges adquirido durante la vigencia de la sociedad: En este supuesto, cuando la disolución sea *mortis causa*, será aplicado únicamente el 531, al mantener la vigencia para el cónyuge superviviente en este caso. En *inter vivos*, será de aplicación el derecho de atribución preferente a favor del cónyuge profesional, salvo cuando el Juez module el ejercicio del mismo en favor del superior interés del cónyuge más desfavorecido y/o hijos comunes, cuando coincida dicho local con el inmueble familiar.

3. Usufructo pactado por tiempo cierto a favor del no profesional: En el caso de que tenga el carácter ganancial, al haber sido adquirido a costa del caudal común, parece que en el caso de disolución de la sociedad de gananciales ya sea por causa de muerte o *inter vivos*, salvo cuando tenga lugar la modulación judicial antes referida que pueda excepcionarlo, se dará el derecho de atribución preferente en favor del cónyuge profesional.

– Local en uso: En el caso de que uno de estos sea ganancial de acuerdo con el carácter personal e intransferible de estos derechos (artículo 525 CC) será imposible el derecho de adquisición preferente de local cuando dicho derecho real esté a nombre del cónyuge no ejerciente del derecho. Hecha esta especialidad, conforme al artículo 528 CC, es de aplicación todo lo establecido para el usufructo.

– Precario: En análisis de esta figura, se distingue en función de si el inmueble es de titularidad de un tercero o bien del otro cónyuge. En el primer caso, debido a la naturaleza del precario, de mera situación de hecho, será el propietario quien decidirá el destino que se le

dará a la cosa tras la disolución de la sociedad de gananciales. En el supuesto de que el bien sea propiedad del otro cónyuge, a falta de solución en nuestro ordenamiento, deberíamos echar un vistazo a los ordenamientos comparados, según este autor la doctrina francesa da la solución de la constitución de un arrendamiento forzoso, debido a las expectativas creadas a los profesionales, merecedoras de protección. Esta solución, que solventa el problema, es en cierta manera mejorable, puesto que carece de lógica sistemática al generar un vínculo jurídico pleno como tal es el arrendamiento, de una mera situación de hecho o tolerancia, además de ser totalmente arbitrario, ya que en el precario de un inmueble cuyo propietario es un tercero ¿acaso no se crean también expectativas? Es obvio que sí, por lo que no encontramos ningún argumento lógico para impedir que dada esta vía también se constituyera el arrendamiento en caso de que el local sea propiedad de un tercero.

3. Profesión

En primer lugar es necesario dar una definición del término profesión, si difiere o es sinónimo de otras como la explotación económica, además de la inclusión en el término de profesión de la relativa a un arte, como el estudio de un pintor, o la de artesano, excluida del régimen del Código de Comercio. Nada mejor para definir el término profesional en interés del 1406 CC que el Diccionario de la Real Academia de la lengua Española³⁹. Este define, en su acepción tercera, la profesión como:

“Empleo, facultad o oficio que alguien ejerce y por el que percibe una retribución”

Dada esta definición, y al no dar ningún criterio el Código de lo que deba entenderse como profesión, este es el concepto de profesional. Debemos añadir que del Código se desprende un carácter de modalidad liberal, desligándose así el concepto de relación laboral

39 Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (DRAE), <> Edición número 22, 2001.
Consulta: 21 de marzo de 2014.

dependiente, de trabajo por cuenta ajena distraído del riesgo aparejado al ejercicio de la actividad. Además, de dicha definición se desprende también la necesidad de una cierta “*lex artis*” o conocimiento del ejercicio de una actividad, una formación, si bien entendemos que no tiene que ser ni académica ni estar certificada por una institución oficial. Por último, caracteriza esta definición la búsqueda de lucro con el ejercicio de la misma, fuera de todo reconocimiento de la actividad como mercantil por el Código Mercantil o legislación especial (por ejemplo un artesano).

En este concepto, dado la amplitud de la definición y de los criterios que se extraen del mismo, también sería de inclusión el local donde el cónyuge dedicado a alguna actividad artística desarrolle su actividad.

4. Habitualidad

La habitualidad en sentido estricto puede venirse entendiendo como la reiteración en el tiempo del ejercicio de la actividad profesional. Este carácter, discernido de la coletilla “hubiese venido ejerciendo” tiene a nuestro juicio el fin, por parte del legislador, de proteger situaciones profesionales que ya eran ejercidas durante la vigencia de la sociedad de gananciales. Guiándonos por el Tribunal Supremo, en su sentencia de 30 de diciembre de 1998 (RJ 1988/9763), este derecho de atribución preferente “se excluye para supuestos de ocupaciones accidentales, aunque se pretenda por propio interés convertirlas en definitivas y consolidarlas por medio de su atribución patrimonial, siendo esto lo que sucede en la cuestión que nos ocupa”. Es decir, se da la efectiva adjudicación preferencial en aquellas situaciones que el local sea habitual en el desarrollo de la actividad, no sobre aquellos inmuebles que durante su uso temporal (por ejemplo, como en un incendio en el caso de la casación) se produzca la disolución de la sociedad de gananciales y posterior liquidación.

Con la nota de habitualidad el legislador, como ya hemos explicado anteriormente, busca la tutela del interés del cónyuge profesional, evitando que la disolución de dicha sociedad interfiera en su ejercicio profesional. Así, queda fuera del núcleo de protección de los derechos de adquisición preferente, y su eventual ejercicio, la utilización del precepto para facilitar el comienzo de una nueva, y ajena hasta ese momento, actividad profesional, finalidad no merecedora de quebrar el principio de igualdad cualitativa y cuantitativa del caudal inventariado del artículo 1404 CC.

5. Diferencia entre 1406.2 y .3

Una última cuestión a tener en cuenta para el análisis del 1406.3 CC es la disparidad del mismo respecto del supuesto de la explotación efectivamente gestionada por el sujeto de la atribución preferente del 1406.2, para concretar este análisis es básico la diferencia entre los términos de empresa en abstracto (referido al 1406.2) y profesión para este 1406.3. Por ello, podríamos trazar la frontera entre el objeto del mismo: el 1406.2 engloba la explotación en su totalidad, el número tercero es referido, con marcado carácter subjetivo, al inmueble donde el cónyuge que corresponda ejercite su labor profesional, determinada esta en los términos ya mencionados.

La vital diferencia entre el .2 y el .3 es que el primero está basado en una estructura orgánica de explotación, la cual es organizada por un sujeto como actividad para obtener lucro, siendo esa explotación como unidad la que se atribuye preferentemente. En cambio, el 1406.3 hace referencia al profesional, cuyo beneficio económico lo obtiene a partir de una cualidad personal (por ejemplo, el abogado de su conocimiento jurídico, o el cirujano de su

destreza), no puede calificarse de bien, ni ganancial ni privativo. En el 1406.3 lo que si es objeto de atribución preferente es el inmueble, siempre y cuando sea ganancial, donde esa actividad personal y profesional del individuo se ve desarrollada.

3.4.4 A causa de muerte, la vivienda habitual donde tuviese la residencia habitual

El artículo 1406 es cerrado por el número cuarto del mismo en el cual se establece un derecho de atribución preferente únicamente para el caso de que la disolución del régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales a causa de la muerte de uno de los cónyuges. Con este número el legislador del año 1981, introduce el quebrantamiento del principio de igualdad cuantitativa de la cuota del caudal debido a esta norma materialmente orientada a tutelar la débil posición del cónyuge viudo ante la disolución del mismo régimen, dentro del cual puede verse incluido el domicilio conyugal. Esto es aún confirmado por el artículo 1407 CC, al ampliarse la posibilidad de atribución preferente de la misma vivienda sobre un derecho de uso o habitación.

Se hace necesario para acabar de perfilar el régimen legal del 1406.4 aludir a la reforma introducida por la ley 41/2003 en materia de protección patrimonial de discapacitados. Esta ley, la cual modifica el artículo 822 del Código Civil establece en su apartado primero la no inclusión en la cuota de las legítimas del derecho de uso atribuido a un discapacitado cuando el causante conviva con el mismo. En el segundo apartado, recoge el establecimiento por ministerio de la ley del mismo derecho de habitación cuando el sujeto propietario con el que éste conviva fallezca sin excluir expresamente este supuesto. Si conjugamos estos dos primeros apartados del artículo 822 con el 1406.4 podríamos llegar a conclusiones de limitación de los supuestos en los que entran en juego este especial derecho de atribución preferente, pero nada más lejos de la realidad, puesto que el legislador en el párrafo tercero de este mismo 822

establece la compatibilidad expresa de esta disposición con el 1406 y 1407. Así entendemos que coexistirán ambos derechos, teniendo el cónyuge viudo la carga del derecho de uso o habitación.

En palabras de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 11 de junio (RJ 1998/1297), este derecho del 1406.4, (excepción como el resto, al principio particional de igualdad culitativa del haber del artículo 1404, 1410 y 1061 del Código Civil), tiene un carácter personalísimo, no siendo este aplicable a los herederos del cónyuge. Estableciendo así los siguientes requisitos, que analizaremos en el desarrollo de este artículo:

1. La vivienda sea ganancial.
2. Residencia habitual de los cónyuges o familia, aunque no lo sea al momento de la liquidación.
3. Fallecimiento de un cónyuge con anterioridad, cualquiera que hubiera sido la causa de disolución.

1. El ámbito de aplicación del artículo 1406.4. El carácter ganancial de la vivienda.

Como primer requisito para la adquisición preferente del 1406.4 es el carácter ganancial. El artículo 1320 de Código Civil establece, consciente y en aras de la protección del hogar conyugal, el necesario consentimiento de ambos cónyuges o autorización judicial en su defecto para la disposición del hogar, aún cuando el inmueble sea propiedad únicamente de uno de ellos. Otro, que también superpone la propiedad exclusiva del inmueble por un cónyuge al interés del más desfavorecido, es el artículo 96 CC, más alejado del fundamento del 1406.4 CC.

Dicho lo cual, surge la pregunta: ¿Serán de objeto de atribución preferente también los bienes privativos de los cónyuges en virtud del 1406.4? Respondiendo a esta pregunta, GARRIDO DE PALMA⁴⁰ entiende, en un primer análisis que de los preceptos del 1320 y 1406.4 se desprende sin duda alguna la identidad de *ratio legis* a grandes rasgos de ambos preceptos, al intentar velar el legislador por la estabilidad del hogar conyugal, al ser éste sede de la vida conyugal. No obstante esto, no puede afirmarse que el derecho de atribución preferente pueda tener también como objeto un bien privativo del otro cónyuge, por un simple argumento de lógica sistemática. Pensemos, si un bien es privativo, quiere decir que, en el régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales, no forma parte del caudal común, es propiedad en exclusiva de un cónyuge, no están afectos a la liquidación de la sociedad y por tanto no puede “*ser incluido en el haber*” al que hace referencia el artículo 1406 en su introducción, puesto que simplemente no es ganancial. Por tanto, al entrar sólo en el ámbito de actuación de los derechos de atribución preferente aquellos que tienen la característica de ganancialidad, habrá que estar a la determinación como tal del inmueble para el eventual ejercicio del derecho, estando para ello a los artículos 1346 a 1361, ambos inclusive.

La necesidad del carácter ganancial de la vivienda es confirmado por la jurisprudencia. Así sentencias como la de 10 de enero de 2003 de la Audiencia Provincial de Asturias (RJ 2003/39899) o de la misma sala de 11 de junio de 1998 (RJ 1998/6138), lo consideran requisito esencial para que dicha vivienda sea objeto de un derecho de atribución preferente.

Una vez dicho esto, nos planteamos un caso más específico, el de la vivienda en parte privativa de un cónyuge y en parte ganancial. Para dilucidar esta cuestión, es recomendable

40 GARRIDO DE PALMA, Víctor M. *La disolución de la sociedad conyugal, estudio específico de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil*. Madrid: Reus, 1984-1985. Pp. 120 y ss.

acudir a la Jurisprudencia. La STS 354/2007 de 16 de marzo (RJ 2007/1861) descarta la aplicación del derecho de atribución preferente de este 1406.4 en caso de que la vivienda pertenezca a la sociedad de gananciales en una cantidad ridícula (en este caso, un 1%) mediante la aplicación del artículo 3 Cc y la interpretación debida en relación al contexto. Así, siguiendo a YZQUIERDO TOLSADA⁴¹, cabría aplicar a estos supuestos un criterio semejante al seguido en el artículo 821 CC para la reducción de legado de finca sin división posible respecto a los legitimarios, siendo posible la adjudicación al cónyuge viudo de la vivienda en aquellos casos en que la ganancialidad del inmueble sea del 50% o más cantidad.

2. La muerte del cónyuge.

Del tenor literal del artículo se deduce que el presupuesto básico para el ejercicio del derecho de atribución preferente es la muerte del cónyuge, con anterioridad a la liquidación, sea cual sea la causa de disolución. Así, le corresponde al superviviente la atribución preferente del hogar conyugal. Esta muerte debe tomarse en el sentido dado por el Código Civil, esto es, la muerte del artículo 32 CC, certificada por los pertinentes protocolos médicos, o la declaración de fallecimiento de los artículos 193 y ss del CC, con las particularidades de su régimen jurídico⁴².

3. La vivienda y su habitualidad.

Para determinar a qué se refiere este artículo con el término de vivienda, debemos

41 YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Tratado de derecho de la familia Volumen III. Los regímenes económicos del matrimoniales (I)*. Pamplona: Aranzadi, 2011. Pp. 1398 y ss.

42 Véase al respecto artículos 81 y ss de la Ley de 8 de junio de 1957 del Registro Civil y artículos 62 y ss de la Ley de 21 de julio de 2011 del Registro Civil. Además, también deben mencionar los artículos 273 y ss del Decreto de 14 de noviembre de 1958, relativo al Reglamento del Registro Civil.

entenderlo en el sentido de domicilio del artículo 40 del Código Civil en función del 1320. Es decir, aquel domicilio donde los cónyuges tengan su residencia habitual, del cual no puede disponer el cónyuge propietario (aún este inmueble sea privativo de uno de ellos) sin la autorización del otro.

Siendo esta vivienda el objeto de la atribución preferente, pueden suscitarse casos que se separan de la inmensa mayoría, como por ejemplo aquel en el que un matrimonio utiliza dos viviendas indistintamente como residencia. Pensemos, por ejemplo, en el caso de dos jubilados que reparten su estancia durante el año natural 6 meses en la ciudad y los otros 6 en su residencia veraniega o villa de origen. En este caso, en congruencia con lo argumentado en el supuesto del 1406.3, el derecho de atribución preferente como excepción del principio de igualdad cualitativa de lotes, debe ser interpretado de una forma restrictiva, cabiendo sólo para uno de los inmuebles. El legislador introdujo esta figura con la finalidad de la protección del cónyuge supérstite, para evitar la posible situación de desamparo del mismo por la muerte del otro al liquidarse la sociedad de gananciales con los herederos del ya fallecido, intentando que la pérdida personal y vital del cónyuge sea el único trauma en esta circunstancia, y no añadir a la circunstancia la pérdida de la vivienda.

En cuanto a los bienes que contiene dicho inmueble, mismo argumento lógico debemos seguir. No sería correcto, ni adecuado a la naturaleza especial del precepto que como “vivienda”, al igual que anteriormente con el término “local”, añadamos todos aquellos bienes que son más o menos utilizados por el cónyuge en su vida normal, puesto que desnaturalizaríamos el precepto. El legislador busca evitar el desamparo del cónyuge, no copar su cuota con todos los utensilios que tengan su lugar en una vivienda (por ejemplo, los cuadros de la vivienda, el escritorio de caoba etcétera). Esta interpretación se ve reforzada en cierta manera por el artículo 1321 CC, en función del cual, todos aquellos bienes imprescindibles para la llevanza del hogar y que no sean de extraordinario valor, esto es, el

ajuar doméstico, ni siquiera se incluyen en el haber, siendo entregados al cónyuge sin tenerlo en cuenta en su cuota. Por tanto, y a modo de conclusión de esta idea, el objeto de este derecho de atribución preferente será única y estrictamente la vivienda habitual, el inmueble, y, pudiendo calificarse varias como tal, una de ellas.

Otro de los términos a los que hace referencia el artículo es la habitualidad, con esta nota característica el legislador pretende cerciorar la *ratio* con la que se promulga este artículo. De esta manera, el legislador pretende tutelar la situación de hecho mencionada, y no que sea aprovechada esta vía para que el cónyuge sobreviviente incluya en su haber una vivienda la cual no es usada o no ha sido usada durante la vigencia del régimen económico de gananciales para la residencia con habitualidad. Esto no es tutelado y, obviamente, no forma parte del objeto de este derecho de atribución preferente, al no causar ningún tipo de situación de desamparo del superviviente la inclusión de la vivienda no habitual en el haber de los herederos del fallecido.

4. El ejercicio del 1406.4.

En lo referido al ejercicio del derecho de atribución preferente del 1406.4 CC, veamos, siguiendo a GARRIDO DE PALMA⁴³ los supuestos de titularidad peculiares de la vivienda habitual:

1. Vivienda arrendada: Imaginemos que un matrimonio tiene como vivienda habitual un piso en arrendamiento bajo el régimen legal de la Ley 29/1994 de Arrendamientos Urbanos, falleciendo el cónyuge titular del arrendamiento. Para este supuesto, debemos acudir a artículo 16 de esta misma Ley, el cual establece en el punto 1.a) la posibilidad por parte del cónyuge superviviente de subrogarse en el mismo contrato, si en el plazo de 3 meses

⁴³ GARRIDO DE PALMA, Víctor M. *La disolución de la sociedad conyugal, estudio específico de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil*. Madrid: Reus, 1984-1985. Pp. 120 y ss.

desde la muerte del arrendatario se notifica al arrendador el fallecimiento con la notificación registral del fallecimiento y la identificación del nuevo arrendador (artículo 16.3 LAU). En este caso, dado que a falta de acuerdo, el cónyuge es el primero en el orden de prelación para subrogarse en el contrato, y que es dispuesto por la LAU, sin ninguna especificación sobre la ganancialidad del arrendamiento o no, creemos que no será necesario la atribución preferente, pues ya la ley se lo otorga, tenga el carácter que tenga, siempre y cuando conviva con el fallecido. Sin embargo, la determinación del carácter ganancial o privativo del arrendamiento es importante a la hora de incluir o no en el lote de bienes gananciales del viudo y valorarlo como corresponda.

2. Vivienda en usufructo: Difiere el supuesto en función si, pese a ser ganancial, es adquirido en favor de ambos cónyuges o a favor de uno sólo. En el primer supuesto, de acuerdo al 521 CC, el usufructo continuará vigente con el supérstite. En cambio, en el segundo, de acuerdo con el artículo 513.1º el derecho real se verá extinguido, tanto si es vitalicio como temporal.

3. Vivienda habitual en precario por los cónyuges: De la mera situación de hecho que es el precario, resulta imposible el ejercicio sobre él de un derecho de atribución preferente, puesto que el uso del inmueble como vivienda conyugal depende en todo momento de la benevolencia del tercero dueño de la misma, al no ser un vínculo jurídico, sino de hecho.

5. Concurrencia entre el 1406.3º y 1407.4º.

Por último, y siguiendo de nuevo a RAMS ALBESA⁴⁴, es debido analizar desde el

44 Rams Albesa, Joaquín José, 1985, “Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales (régimen y naturaleza)”, *Revista Crítica de derecho inmobiliario*, año nº61, nº568, pp. 727-835.

punto de vista del artículo 1406.4º el caso de concurrencia en un mismo inmueble de la vivienda habitual conyugal con el lugar donde se realiza la actividad profesional del cónyuge que fallece. En este tipo de casos, siguiendo al citado autor, siempre y cuando estén bien diferenciados los espacios (ejemplo, tienen en propiedad una casa en la cual hay un local aislado y el resto es el inmueble donde residen), o bien sea posible la división de acuerdo al 400 y 401 CC (mientras no se haga inservible alguno de ellos y cumpla los requisitos del 396 CC), definitivamente, este derecho de atribución preferente del 1406.4 CC sólo alcanzará hasta donde efectivamente desarrolle la actividad familiar el matrimonio.

3.5 El derecho de atribución preferente del artículo 78.4 LC

En hilo a la liquidación de la sociedad de gananciales, y los derechos de atribución preferente que nos ocupan en esta monografía, debe dedicarse un epígrafe a la relación de estos con la Ley 1181/2003 sobre la materia Concursal. Para el desarrollo de este epígrafe, seguiremos a la doctrina que ha tratado en monografías la relación de ambas disciplinas, tales como CUENA CASAS⁴⁵.

El supuesto que nos ocupa en relación a la legislación concursal es aquel relativo al concurso de persona física, aquel producido cuando un individuo se encuentra en situación de insolvencia, entendiendo tal insolvencia de una forma utilitarista, es decir, tal y como la define el artículo 5.2 de la Ley Concursal (en adelante, LC): “Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”. Una vez se compruebe por el Juzgado de lo Mercantil competente, el estado de insolvencia de

45 Cuenca Casas, Matilde, 2010. “La coordinación de la liquidación de la sociedad de gananciales con el convenio o la liquidación del concurso”. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. Nº12. Editorial la Ley. <>. Consultado: 28 de marzo de 2014.

dicho individuo y promulgue, mediante auto, el concurso voluntario o necesario (en función de la propia solicitud del deudor o por los acreedores respectivamente), la legislación concursal da la facultad al cónyuge de aquel declarado como concursado la petición de disolución de la sociedad de gananciales en virtud del artículo 1393.1 Cc, así establecido desde la reforma de 1981, repitiéndose en la regulación de esta facultad el legislador en el artículo 77.2 LC. Pese a esta facultad, el mismo artículo 77 en su punto 1 establece que en la masa activa del concurso se incluirán “los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de sus obligaciones del concursado” (vid artículo 1365 Cc y artículo 6 y ss del Código de Comercio). Esto, en relación con el artículo 1373 del CC, añadirá a la masa activa, siempre que el concursado posea un vínculo matrimonial regido por la sociedad de gananciales, los bienes comunes de la misma, o al menos la parte que le corresponde al cónyuge insolvente.

Esta facultad de disolución de la sociedad de gananciales por parte del cónyuge que no esté en situación de insolvencia, tiene su *ratio* en la necesidad de proteger al cónyuge de la grave situación del concursado, con el fin de que, si bien los bienes comunes a ambos si serán afectados por la declaración de concurso en tanto en cuanto tenga cuota el insolvente, que esta situación no afecte a su futuro inmediato del no concursado, protegiéndole así del principio de responsabilidad patrimonial universal (artículo 1911 CC) debido a la restringida e inusual aplicación del 178.2 LC para la remisión de deuda del concursado persona física.

En cuanto al momento para la aplicación de esta facultad, el artículo 21.7 LC establece que el auto de declaración de concurso podrá contener, en su caso, la pieza separada relativa a la facultad de disolución del artículo 1393.1 Cc. Esto produce una incongruencia, puesto que el artículo 77.2 LC, tanto como el 1393.1 desprenden en su tenor literal “el cónyuge del concursado...” o “haya sido declarado en concurso” la ya declaración del concurso para poder

ejercitar esta facultad, por lo que difícilmente se podrá pedir la misma antes del auto de concurso, y a consecuencia, complicado será que el mismo auto se pronuncie sobre ella. Por tanto, y siguiendo la *ratio* del artículo, con el fin de no vaciarla de virtualidad práctica, esta pieza se producirá, según nuestra interpretación, tras la declaración de concurso.

En el caso de que el cónyuge del concursado ejercite la facultad de la disolución de la sociedad de gananciales a raíz de la declaración, podrán concurrir en un mismo momento la liquidación de dicha sociedad de gananciales y el convenio y/o liquidación con el que se salde el procedimiento concursal. En este caso, estamos ante un difícil conflicto de intereses jurídicos, por una parte el del cónyuge del concursado, y por otro lado el de los acreedores de este. Debe mantenerse un equilibrio entre ambos intereses, puesto no es posible perjudicar al cónyuge por la situación de insolvencia ni perjudicar los intereses de los acreedores por el mero hecho del matrimonio del deudor bajo el régimen de gananciales. Esta disyuntiva es manejada por la Ley Concursal, la cual, pese a contradecirse en algunos preceptos, parece favorable, siguiendo al proyector original, por la liquidación de la sociedad de gananciales con anterioridad a la misma del procedimiento concursal, siguiendo así al ya mencionado 21.7 o al 78.4 LC, el cual establece un derecho de atribución preferente de específica aplicación.

Este artículo 78.4 LC dice en su tenor literal:

“Cuando la vivienda habitual del matrimonio tuviese carácter ganancial o les perteneciese en comunidad conyugal y procediere la liquidación de la sociedad de gananciales o la disolución de la comunidad, el cónyuge del concursado tendrá derecho a que aquella se incluya con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance o abonando el exceso”.

Este artículo 78.4 LC, es una manifestación más de la ratio a que hacíamos alusión para el artículo 77.2 LC, articulando así un derecho de atribución preferente en favor del cónyuge del sujeto concursado. Este derecho, con cierta semejanza al del 1406.4 CC (cambiando la muerte del cónyuge por la declaración del concurso) debe ser interpretado en términos semejantes a los que ya expusimos con el análisis del mismo.

Este derecho de atribución preferente recogido por la Ley Concursal, tiene como razón la de evitar que la declaración de concurso por parte de uno de los cónyuges afecte a algo tan esencial como la vivienda habitual del matrimonio o familia. Así se intenta salvar la misma con la opción del cónyuge de incluir la vivienda en su haber (aún cuando exceda esta la cuota correspondiente en la liquidación, abonando en metálico la diferencia). A similitud del 1407 CC. Por esta vía, el cónyuge no concursado adquirirá así la propiedad en la posterior partición (artículo 1068 CC) y salvaguardará la sede del matrimonio o familia de las consecuencias que puede acarrear el procedimiento concursal.

Sin embargo, esta liquidación, con el fin de no contravenir el artículo 1373 CC, deberá ser una liquidación formal y contable, que no material. Esta tiene como fin que el procedimiento concursal, y la incursión de los bienes gananciales en la masa activa 77.2 LC no haga perjudicar los derechos del acreedor respecto a su cuota en la liquidación, respetando así lo establecido en el 1373 CC, y, tras la oportuna liquidación/convenio, se otorgue materialmente la cuota (siguiendo así el criterio del 1404 CC). Esta necesidad de liquidación contable de la sociedad para conocer en su totalidad el patrimonio que corresponde a cada cónyuge y por tanto responde de sus deudas privativas, es una particular naturaleza de la sociedad de gananciales como comunidad germánica en la que no existen cuotas.

Toda lógica sistemática de ambos cuerpos legislativos nos lleva a esta conclusión, de no ser esto así, e incluirse en la masa activa todos los bienes gananciales se vería vulnerado los derechos del no insolvente, puesto se podría liquidar por parte de los acreedores del cónyuge insolvente a causa de sus deudas privativas todos los bienes gananciales. De esta manera resultaría un crédito del cónyuge contra el concursado que tendría la calificación de crédito subordinado de acuerdo al 92.5º LC al ser persona especialmente relacionada con el deudor persona física (artículo 93.1 LC), resultando así el cobro efectivo casi imposible.

3.6 El artículo 1407.

El 1407 del Código Civil es el segundo de los artículos que recoge derechos de adquisición preferente, siendo este su tenor literal:

“En los casos de los números 3 y 4 del artículo anterior podrá el cónyuge pedir, a su elección, que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos a su favor un derecho de uso o habitación. Si el valor de los bienes o el derecho superara al del haber del cónyuge adjudicatario, deberá éste abonar la diferencia en dinero”

El artículo 1407 del Código Civil tiene como *ratio* de su existencia el interés, por parte del legislador, de dar una protección aún mayor al cónyuge en el caso de que dentro del haber existan determinados bienes subsumibles dentro de los tipos del “local donde ejerciese su profesión” (1406.3) o “en caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual”(1406.4). La mayor tutela del legislador en estos casos, reforzando la atribución preferente de los bienes de los supuestos .3 y .4 en su cuota correspondiente de la sociedad de gananciales o incluso exceder el valor de la misma, tiene las siguientes características que iremos desarrollando en los siguientes subepígrafes: 1. La facultad de

elección en uso, habitación o propiedad 2. El abono en metálico de la diferencia entre el valor del derecho atribuido, la cuota correspondiente y la interpretación del 1407 CC 3. El tratamiento fiscal del exceso de adjudicación.

1. La facultad de elección en uso, habitación o propiedad.

En cuanto a la facultad de elección por parte del sujeto beneficiario de la atribución preferente (cónyuge y herederos del cónyuge fallecido en el caso del 1406.3 y únicamente cónyuge en el caso del 1406.4), el legislador deja a su arbitrio, como forma de la ya mencionada protección añadida, la posibilidad de incluir en la parte correspondiente de la sociedad de gananciales la propiedad, el uso o habitación sobre los bienes o determinados bienes de los supuestos englobados por el 1407 CC.

En cuanto a la atribución de tales bienes en propiedad, es obvio decir que esta posibilidad sólo será posible en aquellos supuestos en los que el bien pertenezca en propiedad al caudal común.

Por lo que respecta a la atribución de los bienes en habitación, es necesario el análisis del concepto de los propios derechos reales, y cuándo estos son posibles. Esto es necesario, ya que en virtud de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (así la de 20 de mayo de 1993 RJ 1993/3807), las características y vicisitudes del derecho de habitación serán las reflejadas en el Código Civil en los artículos 523 y siguientes.

Así, pasamos a analizarlo, el derecho de habitación, siendo este el adecuado para la

vivienda, no así como el de uso, preferible para supuestos como el del local profesional. El derecho de habitación es entendido por el mismo artículo 524 del Código Civil como “la facultad de ocupar en casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia”. Dada la naturaleza expuesta de este derecho, es debido decir que no cabrá la petición por parte del sujeto beneficiario del derecho de atribución preferente del derecho de habitación en el caso del local profesional, puesto el derecho de habitación no está ideado para supuestos como este.

Por el aspecto temporal, la duración del derecho, en el caso de la propiedad es obvio, pero en el de uso y habitación el artículo 529 establece que se extinguirán por las mismas causas que el derecho de usufructo, además de por abuso grave de la cosa objeto del derecho de uso y de la habitación. Por tanto, nos remite al artículo 513 CC, y a falta de otra disposición, entendemos que dicho derecho de uso o habitación existirá hasta la muerte del sujeto beneficiario de la atribución preferente.

En cuanto a su transmisibilidad, es inherente a la propia naturaleza de la propiedad la facultad de disposición sobre el bien objeto de la misma. En los derechos de uso y habitación el tratamiento será diferente, al establecer el artículo 525 CC que los mismos no pueden arrendarse ni traspasar por ninguna clase de título.

2. El abono en metálico de la diferencia entre el valor del derecho atribuido, la cuota correspondiente y la interpretación del 1407 CC.

En opinión y siguiendo en lo que se refiere en este precepto a GARRIDO DE PALMA, el 1407 CC es una norma de esencial cobertura económica, facilitando en algunos

casos la atribución preferente, concretamente, permitiendo optar por el uso o habitación en los supuestos de 1406.3 y 1406.4, y, posibilitando el mismo, en otros cuando, en el mismo supuesto, aquellos bienes superen el haber de la cuota correspondiente al sujeto en la liquidación de la sociedad de gananciales, a cambio del abono en metálico en cuanto exceda el valor del bien o derecho atribuido a la cuota que le corresponde.

Conociendo en que consiste ese abono en metálico de la diferencia, es necesario conocer en qué supuestos se aplica esta regla del 1407. El artículo 1406, en su primer inciso alude a que cada cónyuge podrá incluir en su cuota los bienes que cumplan los supuestos de los números siguientes hasta donde esta alcance. Sin embargo, como sabemos, el 1407 excepciona esto, a renglón seguido de la facultad de elección para incluir en su haber bien en propiedad, en uso o en habitación los supuestos del .3 y .4, y establece la posibilidad de exceder con la atribución preferente la cuota correspondiente, siempre y cuando se abone al diferencia en metálico. Ante esto, la doctrina se hace las siguientes preguntas: ¿Esta posibilidad de exceder la cuota es para todos los supuestos del 1406 o sólo para los dos últimos? ¿La misma posibilidad se entiende para la atribución en todo concepto o sólo para el uso o habitación? ¿Es posible el abono de esa diferencia a cambio de otro bien o sólo en dinero? ¿En qué plazo se pagará?

En respuesta a la primera de las preguntas, referida al ámbito de aplicación de la posibilidad de exceder la cuota correspondiente de la sociedad de gananciales, una interpretación integradora del tenor de ambos preceptos, 1406 y 1407, nos hace llegar a afirmar que dicha facultad otorgada por el legislador en el 1407 sólo será posible para los supuestos que el mismo hace referencia, esto es, el 1406.3 y 1406.4. Una interpretación contraria, entendiendo que se aplicaría esta posibilidad a los cuatro supuestos del 1406, dejaría vacío de contenido y causaría una gran contradicción con el inciso del mismo artículo:

“incluya con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance”. Del tenor de los artículos, queda claro que el legislador sólo quería dar esa especial protección a los supuestos mencionados, pero esto desde luego causa una gran controversia, ya que si el legislador quiere proteger el ejercicio de la actividad profesional del sujeto dándole la posibilidad de atribuirse el local donde ejercer la misma excediendo la cuota que le corresponde, ¿por qué no posibilita también la misma figura para el caso de la explotación del 1406.2? La *ratio* es exactamente la misma. En el mismo sentido tenemos la protección especial del 1406.4 relativo a la atribución personalísima al cónyuge superviviente, como proyección de la estabilidad e intimidad del cónyuge ante la disolución de la sociedad de gananciales, ¿por qué tampoco se proyecta esta protección hacia el supuesto de los bienes de uso personal del 1406.1? ¿Acaso no podríamos seguir también el mismo razonamiento? Desde luego, existen numerosas razones para la crítica de la técnica legislativa de este supuesto, e incluso se desprenden las contradicciones resultantes de un análisis de la motivación del mismo, pero, lo que se deriva de una recta e integradora interpretación que debemos realizar como juristas, es que del precepto de la especial protección del 1407 CC sólo tendrá lugar para los supuestos del 1406.3 y 1406.4, y no para el resto.

Dicho lo cual en la práctica, y siguiendo a GARRIDO DE PALMA⁴⁶, si bien no cabe la aplicación directa del artículo 1407 CC para los dos primeros supuestos del 1406, si se podrá gozar de sus consecuencias de forma indirecta. Para la correcta explicación, nada mejor que poner un ejemplo:

Pensemos en un matrimonio, formado por A y B, que deciden acordar en capitulaciones matrimoniales llegado un determinado momento, que desde el otorgamiento de la escritura pública la economía de su matrimonio deja de regirse por el régimen de gananciales, pasando

⁴⁶ GARRIDO DE PALMA, Víctor M. *La disolución de la sociedad conyugal, estudio específico de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil*. Madrid: Reus, 1984-1985. Pp 120 y ss.

así al régimen de participación. Esto, en virtud del artículo 1392,4º CC es una de las causas de pleno derecho de disolución de la sociedad de gananciales, procediendo a continuación, de acuerdo al 1396 CC, la liquidación del mismo. Tras el correspondiente inventario y avalúo, pago de deudas a terceros, reintegros y reembolsos e indemnizaciones a los cónyuges, resulta un remanente valorado en 1000 unidades monetarias (en adelante um), resultando, en virtud del 1404 CC una cuota para cada cónyuge de 500 um. Estos bienes, son supuestos claros de aplicación del 1406.1, 1406.2 y 1406.3, dando lugar, por tanto, a derechos de adquisición preferente, siendo solo merecedor de especial protección, según el legislador, el caso del local donde tiene su estudio de talla, pero los dos anteriores pueden verse beneficiados por ésta en función del orden en los que las mismas atribuciones preferenciales se ejerciten:

– Primer supuesto: Si A ejerce la atribución preferente en primer lugar con el estudio valorado en 300 um, siguiéndose el mismo por el violín valorado en 150 um, no podrá ejercer la misma respecto de la explotación forestal valorada en 250 um, puesto que la inclusión del supuesto comprendido en el ámbito del 1406.2 haría sobrepasar el importe de la cuota que le corresponde del haber, esto es, de 450 um con las dos primeras, pasando a un total de 700 um con la explotación, sobrepasando claramente las 500 um que le corresponde en la liquidación.

– Segundo caso: En cambio, en el supuesto de ejercer la atribución preferente en primer lugar el violín de 150 um, tras él la explotación forestal valorada en 250 um (estando por debajo del límite de la cuota correspondiente de 500 um para estos dos supuestos), podrá ejercer la atribución respecto del estudio donde desarrolla la actividad de talla valorado en 300 um, al estar bajo la protección del 1407 CC, permite superar la cuota correspondiente siempre y cuando abone la diferencia en la que se excede, en este caso, 200 um.

En respuesta a la segunda de las preguntas, si la posibilidad de exceder la cuota correspondiente en la liquidación de la sociedad de gananciales tanto en la atribución de los supuestos del 1406.3 y 1406.4 en propiedad y uso o habitación, o en única manera para la misma en uso o habitación. Si bien, estos preceptos se consideran especiales, y deben ser interpretados de una forma restringida, nada nos hace llegar a la conclusión de interpretar este precepto de forma tan restringida, al no desprenderse tal sentido del tenor literal del propio artículo.

Por último, respondiendo a las dos últimas preguntas, cuando el legislador hace mención al abono de la diferencia en dinero, excluye claramente la posibilidad del pago mediante la entrega de otros bienes al cónyuge no sujeto de la atribución preferente, no quiere incluir nuevos bienes en el caudal a liquidar, sino una compensación en un bien fungible (siendo el ejemplo paradigmático, el dinero) ya que, debido a la protección especial del 1407 CC podrían verse perjudicados los derechos liquidatorios del cónyuge no beneficiario de la atribución preferente, recuperando de forma inmediata (al no establecerse disposición en contrario), mediante esta indemnización la igualdad cuantitativa del 1404 y 1061 del Código Civil, ya que, en palabras de RAMS ALBESA⁴⁷, a diferencia de otras legislaciones como la de Quebec (artículo, “el legislador ha querido evitar las situaciones de crédito personal”).

3. El tratamiento fiscal del exceso de adjudicación.

Con carácter general, la disolución de la sociedad de gananciales bien incurre en casos de no sujeción o de exención. Con carácter particular, los tributos que podrían suponer un tipo

⁴⁷ Rams Albesa, Joaquín José, 1985, “Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales (régimen y naturaleza)”, Revista Crítica de derecho inmobiliario, año nº62, nº569, pp. 927-1070.

impositivo a la liquidación de la sociedad de gananciales son el IRPF y el ITPO. En el primer caso la Ley 35/2006 sobre el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, artículo 33.2.b considera que no existe alteración patrimonial en la disolución de la sociedad de gananciales y por tanto no queda sujeto al tributo. En el supuesto del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales onerosas el artículo 45.I.B.3 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Acto Jurídicos Documentados deja exento este supuesto.

Sin embargo, diferente es el tratamiento fiscal que se da a los excesos de adjudicación que puede producir la especial protección del artículo 1407 CC respecto de la cuota correspondiente a la liquidación de la sociedad de gananciales, a la que corresponde al beneficiario indemnizar al otro cónyuge por la misma. La legislación tributaria, sin movernos del Texto Refundido del ITPAJD, considera transmisión patrimonial, siempre que sea *inter vivos*, el exceso de adjudicación, y así lo recoge dentro de su hecho imponible en virtud del artículo 7.2.b del mismo cuerpo legal. En cuanto al Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, en virtud del artículo ya citado anteriormente, incurrirá también en un supuesto de no sujeción.

3.7 El derecho de atribución preferente en la liquidación de la sociedad de gananciales

Los derechos de atribución preferente de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil se encuentran englobados dentro de la sección V (“de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales”) del capítulo IV (“de la sociedad de gananciales”) del título III (“Del régimen económico matrimonial”). Por ello, creemos necesario hacer un breve recorrido dentro de la

misma sede de regulación hasta el ejercicio de la atribución preferente.

En primer lugar, es necesario la existencia de un vínculo matrimonial que reúna los requisitos establecidos por el Código en los artículos 44 y siguientes. El matrimonio deberá regir su economía mediante el régimen de la sociedad de gananciales, el cual será fijado bien por capitulaciones matrimoniales (artículo 1315 CC) en escritura pública (requisito de forma del artículo 1280.3º CC), o bien cuando no sea establecido nada o habiéndose establecido un régimen distinto, éste sea ineficaz (artículo 1316 CC).

Una vez exista el vínculo matrimonial, rigiendo su economía por el de la sociedad de gananciales, será necesario la disolución judicial o conclusión del mismo, por las causas del 1392 de pleno derecho y 1393 a petición de uno de los cónyuges, tales son:

– 1392 CC: 1º Disolución del vínculo matrimonial 2º Nulidad del mismo 3º Separación judicial 4º Los cónyuges capitulen otro régimen distinto

– 1393 CC: 1º Haber sido el otro cónyuge declarado judicialmente incapaz, pródigo, ausente, en concurso de acreedores o condenado por abandono de familia. 2º Por la realización del otro cónyuge de actos de disposición o gestión patrimonial que entrañen peligro para la sociedad de gananciales. 3º Separación de hecho por más de un año. 4º Por incumplimiento de forma grave y reiterada el deber de información al cónyuge (el que solicita la disolución) sobre los rendimientos y marcha de las actividades económicas.

Dada la disolución judicial del régimen económico de gananciales, en virtud del artículo 1396 CC procederá la liquidación del mismo. Esta liquidación (salvando la especialidad del 1395 CC, en la que por la disolución de pleno derecho por nulidad estando uno de los

cónyuges de mala fe, podrá optar el otro cónyuge por la liquidación del régimen de participación), comenzará con el inventario del activo de la sociedad. Este inventario, definido por MARTÍN MELÉNDEZ⁴⁸ en general como “el acto de relacionar un conjunto de bienes cuya titularidad viene atribuida a una persona o a varias, con aplicación a muy diversos campos del Derecho” y en particular para la liquidación de la sociedad de gananciales “operación preliquidatoria, preparticional e imprescindible (...) relación de bienes, derechos y obligaciones detalladamente descritos, que constituyen el activo y pasivo de la masa ganancial en el momento mismo de la disolución o tomando ésta como punto de partida”. Ese activo y pasivo estará formado por:

– Activo, según el artículo 1397 CC: 1º Los bienes gananciales al momento de la disolución 2º Importe actualizado del valor que tenían los bienes (gananciales) al ser enajenados por negocio ilegal o fraudulento si no hubieran sido recuperados. 3º Importe actualizado de las cantidades pagadas por la sociedad por deudas a cargo de sólo uno de los cónyuges, y en general las deudas de los cónyuges respecto de la sociedad.

– Pasivo, según el artículo 1398 CC: 1º Deudas pendientes a cargo de la sociedad. 2º Importe actualizado de los bienes privativos cuando deban reintegrarse en metálico por haber sido gastados en interés de la sociedad. 3º Importe actualizado de las cantidades pagadas a cuenta del patrimonio privativo de uno de los cónyuges fueran a cargo de la sociedad, y en general las deudas que constituyan créditos de los cónyuges contra la sociedad.

Junto con el inventario, es necesario realizar la también actividad anterior a la liquidación y partición que es el avalúo, consistente en, según la ya citada MARTÍN MELÉNDEZ⁴⁹, asignar a cada uno de los elementos constitutivos del inventario un valor de

48 MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa. *La liquidación de la sociedad de gananciales*. Madrid: McGraw-Hill, 1995.

49 MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa. *La liquidación de la sociedad de gananciales*. Madrid:

expresión cifrada. En cuanto al momento de este avalúo, como ya explicamos con motivo del 1406.1 CC, deberá realizarse, en virtud de los artículo 1396,1397 y 1398 CC⁵⁰.

Una vez tratado el inventario y el avalúo, el Código establece la necesidad del pago de las deudas de la sociedad (sigue la máxima “antes pagar que partir o heredar”), comenzando según el artículo 1399 por las alimenticias, las cuales tendrán preferencia respecto al resto. La liquidación de la sociedad de gananciales, sigue la tónica del pago en primer lugar a terceros acreedores de la sociedad de gananciales, tras el cual será procedente el abono de indemnizaciones y reintegros respecto de la sociedad hacia cada cónyuge, compensándose cuando las posiciones estén invertidas, así se deduce del artículo 1403 CC.

¿Cuáles son estas deudas de las que responde la sociedad de gananciales? El Código Civil regla en los artículo 1362 a 1372 Cc los supuestos de cargas y obligaciones en los que responde la sociedad de gananciales. En caso de no contar la sociedad de gananciales con metálico suficiente para el pago a terceros, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 1400 Cc, adjudicándose bienes gananciales a los terceros si tanto estos como los cónyuges y/o herederos no pidan su enajenación para pago en metálico de las deudas. En éste supuesto se ha de diferenciar si se tiene conocimiento de la deuda ganancial antes o tras la partición:

1. En el supuesto de que la deuda sea conocida con anterioridad a la partición el artículo

McGraw-Hill, 1995.

50 El valor de mercado (como criterio objetivo por definición y uniforme para todos) al mismo momento de la liquidación. Este momento de valoración es compartido por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, como en su sentencia de 23 de diciembre de 1993 (RJ 1993/10113), la cual en sus términos establece “como establece autorizada doctrina civilística la valoración se hace, en la práctica, dado que no hay norma específica, al día de la liquidación, ya que hasta referido día, el patrimonio continúa siendo común y los incrementos (...) y desventajas que los bienes hayan podido experimentar son de riesgo y ventaja de todos”.

1369 Cc establece la responsabilidad solidaria del cónyuge que la contrae con sus bienes privativos, no respondiendo así con carácter general el otro cónyuge con sus bienes privativos, salvo que sean deudas de los supuestos del 1318 o 1319 del Cc.

2. En caso de que tampoco sea suficiente ni con el metálico existente ni con los bienes gananciales y la deuda sea conocida tras la efectiva partición, el artículo 1401 CC establece la responsabilidad del cónyuge deudor respecto dichos créditos respecto de los bienes que le hayan sido adjudicados, teniendo derecho a repercutir lo que haya pagado en exceso de lo que le fuera imputable al otro cónyuge.

Pagadas las deudas a terceros, los reintegros e indemnizaciones debidos a cada cónyuge, procederá, en el caso de que quede caudal remanente a dividirlo entre los cónyuges o sus respectivos herederos según los principios de igualdad y cuantitativa deducibles del artículo 1404 CC y 1061 CC por la vía del 1410 CC. Llegados a este punto, es donde entran en juego los derechos que ocupan la temática de esta monografía, los derechos de atribución preferente como excepción a dicho principio de igualdad cualitativa de las cuotas resultantes del haber de la sociedad de gananciales, entendiéndose éstos como la potestad otorgada a los cónyuges o herederos de alguno de éstos (salvo en los que desprenden un matiz personalísimo como el 1406.1 y 1406.4) de incluir con preferencia en su haber los bienes y derechos, que, enumerados en el 1406 y 1407 y en aras de un interés superior, adquieren dicho bien a la efectiva partición, según el artículo 1068 CC, así como el resto de bienes y derechos que incluya su cuota.

3.8 Legislación comparada

3.8.1 Foralidad aragonesa

En el ámbito nacional, la foralidad aragonesa fue la primera en ámbito nacional en recoger los derechos de atribución preferente. Estos derechos se encontraban recogidos bajo la denominación de “aventajas” en el artículo 57 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, aprobado por la ley 15/1967 de 8 de abril.

En la actualidad, se encuentran regulados mediante el Decreto Legislativo 1/2011 de 22 de marzo del Gobierno de Aragón fue aprobado el Código de Derecho Foral de Aragón. Este cuerpo legislativo, recoge en su artículo 267.2 una serie de derechos de atribución preferente, que rompe así con el principio general del 267.1 de igualdad de lotes entre los cónyuges o respectivos herederos. Tales derechos de atribución preferente son:

- Sobre los bienes comunes que hubieran pertenecido a la familia de alguno de los cónyuges durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la suya.
- Bienes de uso personal o profesional que no sean ventajas (entiéndase como ventajas aquel derecho regulado en el artículo 266 del mismo Código consistente en la detracción de bienes comunes sin ser computados en el lote).
- Empresa o explotación económica que dirigiera el cónyuge.
- Acciones, participaciones o parte de sociedad adquiridas a nombre de uno de los cónyuges, si hay limitaciones legadas o pactadas para su transmisión.
- Local donde ejerciere su profesión.
- Bienes aportados a la masa conyugal.
- En caso de muerte, sobre la vivienda conyugal.

Como primera carácter de estos derechos de atribución preferente en el Derecho Foral de Aragón, es la de la restricción de ejercicio de estos derechos únicamente hacia los cónyuges, no haciendo mención a los herederos en su tenor literal el 267.2. Una segunda característica de estos derechos de atribución preferente es la de poder exceder la cuota correspondiente del haber, siempre y cuando exista contraprestación entre las partes.

3.8.2 Francia

El origen de la figura de los derechos de atribución preferente se encuentran en Francia en 1938 mediante un Decreto-Ley. Esta figura se introdujo en el ordenamiento francés para posibilitar la unidad del patrimonio agrícola, y, por tanto, la continuación de la explotación agrícola familiar siempre y cuando esta fuese aparejada a la vivienda familiar.

En la actualidad, el Code Civile francés, en el libro III, capítulo VIII, parágrafo 3, en los artículos 831 a 834 establece los derechos de atribución preferente. Los derechos de atribución preferente establecidos en estos artículos no son muy diferentes de los contenidos por la regulación española. Estos derechos, que denotan su claro origen de protección de la unidad del patrimonio agrícola comenzando por el artículo 831. Este artículo establece derechos de atribución preferente, excediendo la cuota correspondiente por el atributario (siempre y cuando haga pago compensatorio a la masa) respecto a cualquier empresa, parte de explotación agrícola, comercial, industrial, artesanal o profesional. Incluyen también la posibilidad de atribución preferencial del local o vivienda en propiedad o arrendamiento que se ha utilizado como vivienda, más los muebles que el mismo contiene (artículo 831-2.1º). Sin embargo, este derecho de atribución preferente del espacio y mobiliario puede verse

modulado por lo establecido en el artículo 831-3, al regular dicho artículo que dicho espacio será el adecuado para el cónyuge supérstite. El artículo 831-2.2º también establece la misma posibilidad, respecto de la propiedad o arrendamiento, del local comercial y los muebles necesario para el desarrollo de la actividad. Si

En cuanto a los sujetos beneficiarios del derecho de atribución preferente en virtud de la regulación del ordenamiento jurídico francés, de lo establecido por el artículo 831-2 entendemos que los derechos de atribución preferente pueden ser ejercitados tanto por el cónyuge supérstite (si lo hubiese) o cualesquiera de los herederos. Si bien, en la regulación imperativa se desprende un carácter mas estricto, en Francia se deja mas margen de actuación al órgano jurisdiccional, pudiendo éste en aras de la equidad y el interés del caso particular (artículo 832-3).

Por último, la regulación francesa, deja de manifiesto el interés del legislador en la especial protección de las situaciones delimitadas en los artículo 831-3 y 832 (respectivamente la vivienda y muebles para el cónyuge supérstite y respecto explotación agrícola), al establecer el 832-4 la posibilidad del pago del exceso de adjudicación correspondiente en un periodo no mayor a 10 años, siempre y cuando el montante total sea más del 50% del valor de la adjudicación preferente.

3.8.3 Bélgica

El ordenamiento jurídico belga, con clara influencia del francés, también recoge la figura de los derechos de atribución preferente en los artículo 1446 y 1447 de su Código Civil, restringiendo el ámbito de aplicación de estos sujetos únicamente respecto al cónyuge, ya sea

la causa de disolución la muerte de uno de los mismos o el divorcio.

El primero de los artículos se centra en el caso de disolución del régimen matrimonial de gananciales por causa de muerte de uno de los cónyuges, dando la posibilidad al supérstite de atribuirse preferentemente, superando el haber de su cuota, la vivienda familiar con los muebles necesario para su habitación y todos los bienes utilizados para el ejercicio de su profesión.

En segundo lugar, el artículo 1447 se encarga de regular la atribución preferencial por causa de divorcio, estableciendo la posibilidad de que cualquiera de los cónyuges solicite al tribunal la aplicación del beneficio de las disposiciones del artículo 1446, quedando bajo potestad del órgano jurisdiccional su aplicación o no, salvo que existan determinados ilícitos penales o causas criminales entre las partes.

3.8.4 Québec

La región canadiense de Québec, de clara influencia cultura y lingüística francófona, así como jurídica, también incluye en su ordenamiento jurídico los derechos de atribución preferente, guardando la sede de su regulación de los artículos 855 a 864 del Código Civil de Québec.

En sede de esta regulación, el artículo 856 del Código Civil de Québec establece la posibilidad para el cónyuge supérstite de atribuir en su haber la propiedad o el derecho de uso de la vivienda conyugal, aún cuando el valor de este exceda el haber, cabiendo compensación monetaria. El artículo 858, en cierta semejanza a nuestro 1406.2CC establece la posibilidad de

la atribución preferente respecto a la cuota sociedad o empresa llevada en común por los cónyuges al tiempo de la muerte de uno de ellos.

Para acabar con esta regulación, es debido la mención a la posibilidad de esta atribución preferente por encima de la cuota del haber correspondiente, dando la potestad al órgano jurisdiccional de establecer las condiciones de pago y garantías de éste (artículo 86o Código Civil Québec).

4. Conclusión y Lege Ferenda

Una vez analizado el contenido y sentido de los derechos de atribución y preferente, es debido un análisis en conjunto de los mismos en nuestro Código Civil. En nuestra opinión, estos derechos de atribución preferente son de necesaria existencia. Los intereses enumerados en el artículo 1406 del Código Civil (bienes de uso personal no privativos, la explotación económica que gestiona efectivamente, el local donde desarrolle su actividad profesional y la vivienda común a tiempo de la muerte de uno de los cónyuges) pueden ser de vital trascendencia para un individuo, pudiendo perjudicar gravemente a su situación personal o patrimonial la adjudicación a iguales por la disolución de la sociedad de gananciales, sea cual sea la causa de disolución de la misma.

Es por esto, por lo que el legislador establece la prerrogativa frente a la igualdad de lotes, los derechos de atribución preferente. En nuestra opinión, esta figura es de tal importancia que de no existir, debiera inventarse, puesto existen situaciones, como las que incluye nuestra regulación, que son merecedoras de una especial protección. Estos derechos en general posibilitan la adjudicación en preferencia para un cónyuge y/o heredero de un determinado

bien, dando el 1407 CC la posibilidad de exceder incluso la cuota correspondiente del haber, en los casos del local y vivienda conyugal.

De lege ferenda, cabe reflexionar en primer lugar sobre la, posible refundición de los números .2 y .3 de este 1406, englobando en su sede la protección genérica de la actividad económica del cónyuge titular del derecho de atribución preferente. Esta dificultad interpretativa que se desprende de la redacción actual, pudiera ser resultado de los trámites parlamentarios en las cámaras legislativas. No sería descartable pensar en un origen del 1406.2 un supuesto específico para las explotaciones agrarias, a imagen y semejanza del derecho francés.

Como segunda y última propuesta de reforma de de los derechos de atribución preferente es, en nuestra opinión, en la falta de motivación del artículo 1407, al no resultar del todo explicable por que distingue el legislador entre supuestos en que puede excederse la cuota correspondiente de otros de los que no (tales como el 1406.3 y 1406.4 respecto del 1406.1 y 1406.2). Por esto, y debido a la incongruencia que puede dar el ejercicio de este derecho (véase el ejemplo anteriormente explicado respecto al orden de petición de los derechos y el exceder o no la cuota del haber), es por lo que en nuestra opinión, y dada la importancia de todos los intereses reflejados en el artículo 1406, la posibilidad de adjudicación por encima de la cuota correspondiente debería darse en todos los supuestos del 1406. Para acabar de perfilar la figura, sería también recomendable, debido al volumen del montante que puede suponer los bienes adjudicados preferentemente, la potestad por parte del órgano jurisdiccional de establecer condiciones de pago y garantía del exceso adjudicado, tal y como se puede regular en el Código Civil de Québec (artículo 860) o Francia (artículo 832-4, a falta de acuerdo). Así se posibilita el real ejercicio del derecho por parte del beneficiario, y debido a

la dilación en el tiempo del pago, se establecerían garantías de pago si estas fuesen necesarias.

BIBLIOGRAFÍA.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Comentarios a las reformas de del derecho de familia: Ley 11/1981*. Madrid: Tecnos, 1984.

GOMÁ SALCEDO, José Enrique. *Instituciones de derecho civil común y foral*. Tomo III. Barcelona: Editorial Bosch, 2007.

Rams-Albesa, Joaquín José, 1985, “Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales (régimen y naturaleza)”, *Revista Crítica de derecho inmobiliario*, año nº61, nº568, pp. 727-835.

De Los Mozos y De Los Mozos, José Luis, 1984, “Comentarios al Código Civil y compilaciones forales”, dirigido por Manuel Albadalejo, *Revista de Derecho Privado*. Editorial Revista de Derecho Internacional Privado.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, José Carlos (entre otros). *Instituciones de Derecho Privado*. Coordinador general Juan Francisco Delgado De Miguel. Madrid: Civitas, 2001-2005.

GARRIDO DE PALMA, Víctor M. *La disolución de la sociedad conyugal, estudio específico de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil*. Madrid: Reus, 1984-1985.

CASTÁN TOBEÑAS, José., actualizado por GARCÍA CANTERO y CASTAN VAZQUEZ. *Derecho Civil español, común y foral*. Tomo quinto. Madrid: Reus, 1983.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Tratado de derecho de la familia Volumen III. Los regímenes económicos del matrimoniales (I)*. Pamplona: Aranzadi, 2011.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. *Administración y liquidación del régimen económico matrimonio*. Madrid: Dijusa, 2004.

PAZ-ARES, Cándido. *Lecciones de Derecho Mercantil, volumen I*. Dirigidos por Aurelio Menéndez y Ángel Rojo. Pamplona: Aranzadi, 2012

IGLESIAS, Juan Luis y GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier. *Lecciones de Derecho Mercantil, volumen I*. Dirigidos por Aurelio Menéndez y Ángel Rojo. Pamplona: Aranzadi, 2012.

Martín Meléndez, María Teresa, 1996. “Desistimiento y vencimiento del arrendamiento de vivienda en caso de matrimonio”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Año nº72. Nº634, pp 1037-1073.

Cuena Casas, Matilde, 2010. “La coordinación de la liquidación de la sociedad de gananciales con el convenio o la liquidación del concurso”. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. Nº12. Editorial la Ley. <>. Consultado: 28 de marzo de 2014.

MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa. *La liquidación de la sociedad de gananciales*. Madrid: McGraw-Hill, 1995.