



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Derecho de atribución preferente en la partición de la sociedad legal de gananciales

Autor: M^a Cristina Lechuga Blanco

Tutor: D^a. M^a Teresa Martín Meléndez

Valladolid, 5 de julio de 2017

RESUMEN: El presente Trabajo de Fin de Grado sobre el “Derecho de atribución preferente en la partición de la sociedad legal de gananciales” ha pretendido hacer un estudio del contenido de la figura jurídica de los Derechos de Atribución Preferente, encuadrados en los artículos 1406 y 1407 del Código Civil, tanto desde un punto de vista doctrinal, examinando el tenor literal, contenido, extensión e interpretación de los diferentes autores, de estos derechos, como desde el punto de vista judicial, con reseña de las sentencias más significativas dictadas tanto por la Jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales, como la dictada por el Tribunal Supremo, sobre cada una de las materias.

A la vista de que los temas estudiados tienen repercusión directa en el ámbito personal, económico y social de las familias en un momento especialmente delicado, se ha completado el estudio con Anexos en los que los gráficos muestran la estadística o evolución de algunas de las problemáticas más candentes y que han sido abordadas a lo largo del trabajo.

PALABRAS CLAVE: Derechos de atribución preferente/Régimen económico matrimonial/Capitulaciones/Sociedad de gananciales/Explotación económica/Vivienda.

ABSTRACT: The present Final Degree Project about “Right of preferential allocation in the partition of legal partnership” intends to make a content analysis of this legal concept present in the articles 1406 and 1407 of Civil Code, from doctrinal point of view examining the literality, contents, extension and interpretation by different stakeholders of these rights. Afterwards, every postulation is examined in its judicial environment with a review of the most significant verdicts coming from both, minor jurisprudence in Provincial Hearings and the issued by the Supreme Court about every one of the subjects.

Since these subjects directly affect the personal, economic and social environment of the families in a critical moment of its existence, the analysis has been completed with Annexes that graphically show the statistics or evolution of some of the most important problems analyzed along this work.

KEY WORDS: Rights of preferential allocation/Marital economic system/Prenuptial agreement/Legal partnership/Financial exploitation/Housing.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	- 7 -
2. LA SOCIEDAD LEGAL DE GANANCIALES EN CONTRAPOSICIÓN A LA SEPARACIÓN DE BIENES	- 10 -
3. LOS DERECHOS DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE EN EL MARCO DE LA LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES	- 17 -
3.1 LOS DERECHOS DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE Y LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD LEGAL DE GANANCIALES.....	- 17 -
3.2 EL ITER LEGISLATIVO DE LOS DERECHOS DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE	- 21 -
3.3 LA NATURALEZA JURÍDICA Y FUNDAMENTO DE LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE.....	- 22 -
3.4 TITULARES DE LOS DERECHOS DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE	- 24 -
4. LOS DERECHOS DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE REGULADOS EN EL ARTÍCULO 1406 DEL CÓDIGO CIVIL	- 25 -
4.1 LOS BIENES DE USO PERSONAL NO INCLUIDOS EN EL NÚMERO 7 DEL ARTÍCULO 1346 DEL CÓDIGO CIVIL.....	- 26 -
4.2 LA EXPLOTACIÓN ECONÓMICA QUE GESTIONE EFECTIVAMENTE	- 30 -
4.2.1° <i>La explotación económica</i>	- 31 -
4.2.2° <i>Gestión efectiva</i>	- 35 -
4.2.3° <i>La Empresa Familiar</i>	- 37 -
4.3 EL LOCAL DONDE HUBIESE VENIDO EJERCIENDO SU PROFESIÓN	- 41 -
4.3.1° <i>El local profesional y la habitualidad</i>	- 42 -
4.3.2° <i>Titularidad del local profesional</i>	- 45 -
4.4 EN CASO DE MUERTE DEL OTRO CÓNYUGE, LA VIVIENDA DONDE TUVIESE LA RESIDENCIA HABITUAL.....	- 50 -
4.4.1° <i>La muerte del cónyuge</i>	- 51 -
4.4.2° <i>El carácter ganancial de la vivienda</i>	- 52 -
4.4.3° <i>Carácter habitual de la vivienda</i>	- 52 -

5. EL DERECHO DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE RECOGIDO POR LA LEY CONCURSAL 22/2003 DE 9 DE JULIO, ARTÍCULO 78.4.....	- 56 -
6. EL EJERCICIO DEL DERECHO DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE.....	- 62 -
7. EL ARTÍCULO 1407 DEL CÓDIGO CIVIL.....	- 64 -
7.1 INTRODUCCIÓN	- 64 -
7.2 EL DERECHO DE OPTAR ENTRE EL DERECHO DE PROPIEDAD Y EL DERECHO DE USO Y HABITACIÓN	- 65 -
7.3 EL ABONO DE LA DIFERENCIA EN METÁLICO.....	- 68 -
8. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LAS ATRIBUCIONES PREFERENTES...	- 71 -
8.1 EL DERECHO FRANCÉS.....	- 71 -
8.2 EL DERECHO ITALIANO.....	- 74 -
8.3 EL DERECHO BELGA.....	- 75 -
8.4 LA REGULACIÓN DE LAS ATRIBUCIONES PREFERENTES EN ESPAÑA.....	- 76 -
8.4.1° <i>La Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967</i>	- 76 -
8.4.2° <i>La primera Ley de Reforma del derecho de Familia de 13 de mayo de 1981</i>	- 77 -
8.4.3° <i>La regulación de las atribuciones preferentes en el Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Agricultores Jóvenes de 24 de diciembre de 1981, derogado por la Ley 19/1995 de 4 de julio de Modernización de las Explotaciones Agrarias</i>	- 77 -
9. CONCLUSIÓN.....	- 78 -
10. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	- 81 -
11. RELACIÓN DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS.....	- 84 -
12. ANEXOS.....	- 86 -

ABREVIATURAS

AN	Audiencia Nacional
Art(s)	Artículo(s)
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CCom	Código de Comercio
CE	Constitución Española
Coord.	Coordinador
DGRN	Dirección General de los Registros y el Notariado
FJ	Fundamento Jurídico
INE	Instituto Nacional de Estadística
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos
LC	Ley Concursal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LH	Ley Hipotecaria
LJV	Ley de Jurisdicción Voluntaria
LO	Ley Orgánica
Op. cit.	Obra ya citada
P.	Página
Pp.	Páginas
RD	Real Decreto

RDGRN	Resolución de Dirección General de los Registros y el Notariado
RH	Reglamento Hipotecario
P.e.	Por ejemplo
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
Ss.	Siguientes
STC (SSTC)	Sentencia(s) del Tribunal Constitucional
STS (SSTS)	Sentencia(s) del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TRLSC	Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital
TS	Tribunal Supremo
Vid.	Véase

1. INTRODUCCIÓN

La sociedad legal de gananciales ha adquirido especial relevancia en nuestra sociedad, estando especialmente cuestionada su elección como régimen económico a la hora de contraer matrimonio por un amplio sector de la población, motivo por el que en los últimos años se opta cada vez más por un régimen de separación de bienes. En el año 2015, según el Centro de Información Estadística del Notariado (CIEN), 40.000 parejas, tanto ya casadas, como pendientes de contraer matrimonio, realizaron capitulaciones matrimoniales, optando la casi totalidad de las mismas por el régimen de separación de bienes.

Los sociólogos y Notarios creen que el régimen de separación de bienes va en alza porque los matrimonios ya no se conciben para toda la vida y ambos cónyuges quieren gestionar su propio patrimonio, todo ello unido a la complejidad que conlleva en nuestro ordenamiento jurídico la disolución y liquidación de la sociedad legal de gananciales y los consiguientes costes económicos en los casos de crisis matrimoniales. Todo ello hace de la sociedad legal de gananciales, un régimen a evitar, especialmente entre la población juvenil que tiene asimilada la necesidad del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales para fijar el régimen de separación de bienes, que en todo caso evitará futuros procedimientos judiciales largos y costosos.

Todo ello aparece corroborado por el Instituto Nacional de Estadística (INE) que realiza la estadística de nulidades, separaciones y divorcios de forma anual y dirigida al estudio de estos procesos que se plantean en el ámbito judicial, y se elabora a partir de la información sobre sentencias, proporcionada por los propios órganos judiciales competentes en la materia, y que pone de manifiesto como por ejemplo durante el año 2014 se produjeron un total de 105.893 sentencias de nulidades, separaciones y divorcios, lo que supuso una tasa de 2,3 por cada 1.000 habitantes. El total de sentencias en 2014 experimentó un aumento del 5,4% respecto al año anterior. Es significativo el dato publicado acerca de la duración de los matrimonios que hasta esa fecha fue de 15,8 años. Es decir el matrimonio para toda la vida ha pasado a la historia, tal y como se desprende del gráfico que aparece en el Anexo 1 donde se ve la evolución de los divorcios en España en el período 2006-2015, y en el Anexo 2 que pone de manifiesto las variaciones interanuales desde el año 2005 hasta 2015 en los diferentes procedimientos de separación, nulidad y divorcio.

Esta situación que parece novedosa en nuestra sociedad, sin embargo viene desde las civilizaciones antiguas, así ANDRÉS SANTOS¹ señala como ya en el derecho romano se reguló el divorcio, sin que “al matrimonio romano les fueran ajenas las situaciones de crisis matrimoniales”, sin embargo se trataba más de un acto social que jurídico, dado que bastaba con la desaparición de la *affectio maritalis*, y se decretaba con una simple declaración de voluntad de uno de los cónyuges o de los dos. Sin embargo las consecuencias económico-patrimoniales del divorcio divergían desde el punto de vista jurídico-formal, con lo que realmente ocurría en la realidad y que se deduce de indicios fidedignos en las fuentes. Así desde un plano jurídico, los bienes dotales seguían tras el divorcio, en manos del marido como compensación tras incluir un nuevo miembro a su familia, sin embargo la realidad era otra, puesto que de las fuentes se deduce que la esposa recupera la dote tras la disolución, dado que se “debían mantener los equilibrios económicos entre los grupos familiares potentados.”

La regulación posterior de esta figura desde la era romana, hasta llegar a la moderna, a mi entender ha sido excesivamente lenta, poniéndose de manifiesto cómo la regulación de los regímenes económicos matrimoniales, especialmente en nuestro ordenamiento, en una etapa demasiado reciente, ha supuesto por extraño que parezca, un avance importante, al colocar a los cónyuges del matrimonio en una relación de igualdad, y especialmente a la mujer y por consiguiente posicionar nuestro sistema jurídico al nivel de ordenamientos jurídicos de países más desarrollados que el nuestro.

Es importante, sin embargo, no perder de vista el origen y la antigua regulación de un régimen económico que ha tenido tanta importancia en nuestro ordenamiento jurídico y que ha sido objeto de estudios doctrinales y de interpretación jurisprudencial.

Tal y como refleja GOMÁ SALCEDO² “la actual sociedad legal de gananciales es probablemente el último vestigio de lo que fue en tiempos remotos la Comunidad Germánica, aunque reduciendo su ámbito, cuando la familia extensa ha de ceder el paso a la familia nuclear centrada en el matrimonio. Es por tanto patente su ascendencia

¹ ANDRÉS SANTOS, Francisco J. “Capítulo 8. Efectos patrimoniales de la crisis matrimonial en la experiencia histórica: el caso romano” en *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina (Coord.). Valladolid: Lex Nova, 2009/ pp. 201 y ss.

² GOMÁ SALCEDO, José Enrique. *Instituciones de derecho civil común y foral Tomo III Familia y sucesiones*. Barcelona: Bosch, 2007/ pp. 216 y ss.

germánica, muy lejos del concepto romano de la separación de bienes ajeno a toda comunidad.”

Sin embargo existen otras opiniones que no pueden perderse de vista como la de DE LOS MOZOS³, que sostiene que la sociedad legal de gananciales resulta de una evolución del derecho romano, influido por la idea cristiana de la unidad moral del matrimonio, y en armonía con ella ha de seguirse la unidad económica. También VALLET DE GOYTISOLO acepta esta idea.

Sea cuál sea su evolución, dispar y discrepante a los ojos de los diferentes sectores doctrinales, es claro que los conflictos y la problemática que se deriva de la liquidación de dicha sociedad ha adquirido una gran relevancia jurídica y social, encuadrándose los derechos de atribución preferente dentro de dicha liquidación y por ello inmersos en la problemática que surge a la hora de liquidar el régimen económico vigente durante el matrimonio. La figura jurídica de los derechos de atribución preferente regulados y recogidos en los artículos 1406 y 1407 del Código Civil tienen como punto de partida en nuestro ordenamiento jurídico la *Ley 11/198, de 13 de mayo, de Modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial*. Ambos preceptos quedan encuadrados dentro del procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales, habiendo sido reformado recientemente el apartado 2º del artículo 1406, redactado por el apartado tercero de la Disposición Final primera de la *Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa* por la que se modifica la *Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada*.

El objetivo del presente trabajo tiene como finalidad el estudio de los derechos de atribución preferente en el marco de la liquidación de la sociedad legal de gananciales, destacando previamente la naturaleza y características de dicho régimen y su diferencia con la separación de bienes, estudiando los preceptos que los regulan desde dos perspectivas diferentes: por un lado, ir desgranando su contenido y naturaleza que me parece especialmente atractiva dado el fin último de alguno de sus apartados, así como el iter legislativo, aportando para ello referentes teóricos, doctrinales y sustantivos de los preceptos, sin perder de vista su encuadre dentro de la sociedad legal de gananciales; y por otro lado un estudio de tipo práctico relacionado con la jurisprudencia más reciente sobre algunos de los apartados de los preceptos, haciendo especial hincapié en la importancia

³ DE LOS MOZOS, José Luis. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales Volumen II Artículos 1344 a 1410 del Código civil*. Madrid: Editoriales De Derecho Reunidas, 1984/ p. 7.

adquirida por alguna de las materias que regulan, como consecuencia de la publicación de la nueva Ley Concursal, así como la nueva ley de Sociedades.

2. LA SOCIEDAD LEGAL DE GANANCIALES EN CONTRAPOSICIÓN A LA SEPARACIÓN DE BIENES

El artículo 1345 del Código Civil señala que “La sociedad legal de gananciales empezará en el momento de la celebración del matrimonio o posteriormente, al tiempo de pactarse en capitulaciones”. Tal y como señala GOMÁ SALCEDO⁴ “no es posible la sociedad legal de gananciales sin matrimonio”. Por tanto el matrimonio genera relaciones personales y de parentesco, así como de carácter patrimonial entre los cónyuges y entre ellos y terceras personas.

En nuestro ordenamiento, como señala VÁZQUEZ IRUZUBIETA⁵, la libertad de forma y contenido del pacto matrimonial es ilimitado ya que los contrayentes pueden elegir cualquiera de los regímenes que regula el Código o combinarlos entre sí o, incluso, crear uno nuevo siempre que se respeten las normas imperativas del régimen económico; sin embargo, a falta de capitulaciones matrimoniales regirá la presunción de ganancialidad. Por otra parte, la reforma introducida en el Código Civil por la Ley 11/1981 de 13 de mayo en materia de régimen económico matrimonial constituye un avance histórico en esta materia, al atribuir protagonismo en el mismo a la mujer casada conforme a los principios constitucionales, con lo que alcanzó una situación de igualdad y gestión a la que disfrutaba el varón, superando la casi plena disponibilidad que la legislación atribuía al marido con anterioridad, ya que hasta entonces era monopolizador de los bienes gananciales, como jefe de la familia. De ahí que la Jurisprudencia tuvo que adaptarse a la nueva regulación superando conceptos como “actuar en interés de la familia” para justificar por ejemplo disposiciones que realizaba el marido que a la postre comprometían los bienes gananciales. Así a título ejemplificativo existen sentencias recientes que siguen confirmando la línea que fue definida con esta reforma como la STS, n° 572/2015 de 19 de Octubre de 2015 señala: “El artículo 1323 proclama el principio de libre contratación entre cónyuges, con una mayor amplitud tras la reforma que en derecho de familia supuso la Ley de 13 mayo 1981.

⁴ GOMÁ SALCEDO, José Enrique. *Instituciones de derecho civil...* op. cit / p. 233.

⁵ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. *Administración y liquidación del régimen económico del matrimonio*. Madrid: Dijusa, 2004/ pp. 54, 55 y 56.

Así lo ha venido reconociendo la Sala que en sentencia, entre otras, de 19 de diciembre 1997 afirma que "los propios interesados podrán transmitirse cualquier tipo de bienes, celebrando toda clase de contratos y esta transmisión no sólo operará sobre bienes de la exclusiva pertenencia de uno de ellos...".

Con arreglo a este régimen económico se establece en el artículo 1344 del Código Civil: "en la sociedad legal de gananciales se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidas por mitad al disolverse aquélla". Cobra en este sentido especial interés la naturaleza jurídica de esta sociedad, tan arraigada en nuestro sistema, puesto que por defecto en la mayoría de las Comunidades Autónomas, de no optar los cónyuges por otro régimen económico alguno, se ven compelidos a regirse por el de sociedad de gananciales. Así, GUILARTE GUTIÉRREZ⁶ ya lo ponía de manifiesto al abordar la naturaleza jurídica de dicha sociedad señalando "que desde hace más de quinientos años los estudiosos hispanos del derecho familiar, ya se hacían preguntas sobre materias como qué es la comunidad de gananciales, en qué consistía y cuál era su esencia, y si bien llegaron a entender en qué consistió la causa de los contratos e incluso el fenómeno posesorio, sin embargo, no consiguieron plasmar un sedimento dogmático del que pudieran participar la mayoría de los autores".

Otros autores como, ROCA SASTRE⁷ o CASTÁN TOBEÑAS⁸, siguen sin embargo la teoría de la comunidad germánica caracterizada por la titularidad conjunta y la ausencia de cuotas por lo que los cónyuges individualmente no tienen una cuota concreta que puedan reclamar o enajenar, pero los dos juntos representan la titularidad plena y pueden disponer sin limitación alguna.

La Jurisprudencia en esta materia es rica en sentencias en las que el Tribunal Supremo siguiendo la doctrina mayoritaria considera que se trata de una comunidad germánica donde los titulares no ostentan cuota alguna. Así en la STS, nº 2513/1997 de 22

⁶ GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente. *La naturaleza jurídica de la actual sociedad de gananciales/* p. 875. Recogido en GOMÁ SALCEDO, José Enrique. *Instituciones de Derecho Civil...* op. cit/ p. 220.

⁷ ROCA SASTRE, Ramón María. *Derecho Hipotecario*. Barcelona: Bosch, 1997/ pp. 197 y ss.

⁸ CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español, común y foral Tomo V Derecho de familia*. Madrid: Reus, 1994/ p. 369.

de Junio de 2002 se señala “...Al menos desde un punto de vista tributario no parece lógico rechazar la necesidad de una doble liquidación con fundamento en que no lo permite la naturaleza germánica de la sociedad de gananciales y prescindir del mandato hoy contenido en el artículo 1379 del Código Civil...Y es que cualquiera que sea la naturaleza que pueda atribuirse a la sociedad de gananciales, inclusive aceptando la preponderancia de su naturaleza asimilable a una comunidad germánica o en mano común que a una de corte romano, alguna significación tendrá que concederse al hecho de que tanto el legislador de 1889 como de 1981, con plena conciencia de que obviamente el testamento despliega sus efectos cuando se produce la muerte del causante, haya mantenido una previsión de disponibilidad sobre gananciales tan claro y tajantemente establecida..” .

La SAP de Granada, nº 154/2013 de 12 de Julio de 2013 en su fundamento de derecho segundo señala “la doctrina reiterada de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, en la que durante el matrimonio, la Sociedad de gananciales, que regulan los arts. 1344 a 1410 CC, en su redacción vigente, no da nacimiento a una forma de copropiedad de las contempladas en los arts. 392 y ss. CC, al faltar en esta regulación la idea de parte alícuota, característica de la comunidad de tipo romano (STS de 2-10-85, 26-9-86, 25-2-97 ,1-9-00 entre otras).

La Jurisprudencia, por tanto, recoge la teoría predominante dejando a un lado al sector que entiende, como GUILARTE GUTIÉRREZ⁹, que en la sociedad legal de gananciales estamos ante una comunidad ordinaria debiendo de ser aplicadas como supletorias las reglas contenidas en los artículos 392 y ss. del Código Civil.

Actualmente y dados los problemas que genera este régimen, especialmente en casos de crisis matrimoniales, existe una corriente dirigida a constituir el régimen de separación de bienes como régimen legal supletorio de primer grado debido a las ventajas que conlleva, tanto en la fase de liquidación, como durante su vigencia en los casos en que los ingresos económicos de los cónyuges son muy diferentes o en aquellos supuestos en los que uno de los cónyuges constituye una empresa o forma parte de una estructura societaria empresarial.

⁹ GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente. *La naturaleza jurídica de la actual sociedad de gananciales/* p. 875. Recogido en GOMÁ SALCEDO, José Enrique. *Instituciones de Derecho Civil...* op. cit/ p. 220.

Así, en el Código Civil, se regula la separación de bienes en los artículos 1435 a 1444, siendo la nota característica del mismo la autonomía e independencia entre los patrimonios de los cónyuges, idea recogida en el artículo 1437 CC, cuando señala: “En el régimen de separación pertenecerán a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento inicial del mismo y los que después adquiriera por cualquier título. Asimismo corresponderá a cada uno la administración, goce y libre disposición de tales bienes”.

En el caso de la sociedad legal de gananciales, MARTÍN MELÉNDEZ¹⁰ pone de manifiesto como una de las características de las operaciones de liquidación en esta sociedad es su complejidad que ya no sólo proviene de las relaciones que los cónyuges han mantenido con terceros, sino a las relaciones que se producen entre los patrimonios privativos y común, debido a la convivencia de los cónyuges, sin que en la mayoría de las veces se haya dejado constancia de las mismas.

Existen Comunidades Autónomas que han adoptado el régimen de separación de bienes como régimen legal supletorio de primer grado. Así, Cataluña en virtud de la *Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia*, se configura como régimen económico matrimonial, en defecto de pacto o en caso de capítulos matrimoniales ineficaces (art.231-10 Código Civil de Cataluña). En Baleares, el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el *Texto Refundido de la Compilación de Derecho Civil de Baleares*, regula los distintos regímenes matrimoniales de las Islas Baleares en sus artículos 65 para la Isla de Mallorca y Menorca y 66 a 68 para Ibiza y Formentera. En Navarra se regula en la *Ley 1/1973, de 1 de Marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil de Navarra* modificada por la *Ley Foral de 1 de Abril de 1987*, concretamente en su *Ley 103*.

En Valencia el régimen económico de separación de bienes que regía como supletorio de primer grado, ha sufrido una modificación en virtud de la sentencia del Tribunal Constitucional, nº82/2016 de 28 de abril de 2016 que declaró inconstitucional la *Ley de la Comunidad Valenciana 10/2007, de 20 de marzo, reguladora del Régimen Económico Matrimonial Valenciano*, reformada por la *Ley 8/2009, de 4 de noviembre*. Declarada su

¹⁰ MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa. *La liquidación de la sociedad de gananciales: restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*. Madrid: McGraw-Hill, 1995/ pp. 5 y 6.

inconstitucionalidad, si no se pacta ningún régimen económico se aplicará de manera subsidiaria el de la sociedad legal de gananciales.

Frente a posturas que consideran que la separación de bienes en el fondo no es un régimen económico matrimonial, dado que cada cónyuge es titular de los bienes que le pertenecían antes de contraer matrimonio, como los posteriores adquiridos por cualquier título, siendo cada cónyuge titular con capacidad para administrar y disponer de sus bienes con absoluta libertad e independencia del otro cónyuge, MONTES PENADÉS¹¹ considera que “La vida en común produce la necesidad de verificar aportaciones para atender a las cargas que se generan introduciendo un elemento asociativo que ya impide de por sí una absoluta independencia patrimonial, pero además la convivencia en el ámbito de la intimidad familiar puede provocar un estado de confusión respecto de la titularidad de determinados bienes hasta la injerencia de un cónyuge en la administración o gestión de los bienes del otro, lo que en el terreno del cumplimiento de los deberes de convivencia y mutuo auxilio (arts. 67 y 68 CC) ha de parecer lógico y en ocasiones inevitable”.

De ahí que este autor considere que “se han de admitir la existencia de límites mínimos a la iniciativa de los cónyuges en aras a la protección del interés de la familia, así como de la vivienda y de la contribución exigida por la legislación para el levantamiento de las cargas del matrimonio (arts. 67, 1320, 1318 y 1438 del Código Civil)”. Este estado de confusión al que se hace referencia se produce frecuentemente en el caso de los bienes muebles de la casa ya que en ocasiones han transcurrido muchos años desde que fueron adquiridos, sin perjuicio en todo caso que los cónyuges puedan en sus capitulaciones matrimoniales incluir alguna cláusula que fije la titularidad y propiedad de algunos bienes concretos evitando la confusión que se pueda producir en el futuro.

A mi entender y pese a las ventajas que la separación de bienes ofrece a simple vista, y en comparación con la sociedad legal de gananciales, ello no supone que estemos en absoluto ante un sistema perfecto y carente de problemática ya que tal y como señala MONTES PENADÉS “para ser justo requeriría una situación de equilibrio entre los patrimonios iniciales de los cónyuges, así como unos rendimientos de sus actividades profesionales que fueran equilibradas, además de un sistema sucesorio en el que se proteja

¹¹ MONTES PENADÉS, Vicente Luis. *Comentarios a las reformas del derecho de familia Volumen II*. Madrid: Técnos, 1984/ p. 1919.

el derecho del cónyuge viudo a heredar a su difunto en una cuota sustancial de la herencia que le preserve de la calamidad y del infortunio”.

GARRIDO DE PALMA¹² va más allá señalando que “el régimen económico de separación puede intentarse utilizar para defraudar, lo que por otra parte no se puede descartar en el régimen de gananciales”. Es claro que no puede perderse de vista cómo, en la práctica, se realizan cambios de régimen económico matrimonial en fraude de acreedores, lo que se evidencia con la profusa jurisprudencia que existe al respecto. Así, llama la atención que en la búsqueda de sentencias se pone de manifiesto que es una materia estudiada ampliamente en las diferentes jurisdicciones de los tribunales, no sólo en el ámbito civil, sino que es enjuiciada y objeto de doctrina también en las salas de lo penal, contencioso administrativo e incluso social tanto de las Audiencias Provinciales como del Tribunal Supremo. Así se constata a título ejemplificativo en las siguientes sentencias:

La STS, nº853/2005 de 30 de Junio de 2005 que señala: “La posibilidad de cometer el delito de alzamiento de bienes mediante la modificación del régimen económico matrimonial constante el matrimonio, que conforme el artículo 1317 no perjudicará los derechos ya adquiridos por terceros, con lo cual el que resulte perjudicado por una modificación del régimen económico matrimonial no tendrá que demostrar otra cosa que el hecho del perjuicio y la fecha de la alteración, sin necesidad de acudir a probar situaciones de fraude. La alteración del régimen matrimonial hecha en un primer paso, con el propósito de ocultar bienes y colocarse en situación de insolvencia, transmitiendo a continuación bienes que les son adjudicados...ya que el acusado enajenó sus mitades indivisas a su cónyuge dificultando cuando no imposibilitando que responda de una deuda”.

Hay que tener en cuenta que es importante la fecha en la que se realiza el cambio del régimen de gananciales al de separación, en la relación de los cónyuges con terceros y las posibles deudas que con ellos tuvieran. Así la STSJ de Castilla y León, nº 50/2015 de 6 de marzo de 2015 señala: “Para resolver esta cuestión jurídica, hemos de recordar el régimen que otorga el Código Civil y la Jurisprudencia a las deudas de la sociedad legal de gananciales en el momento de la liquidación de dicho régimen y con posterioridad y lo hacemos transcribiendo el criterio legal y jurisprudencial recogido por esta sala en la Sentencia 19-1-2007: “mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad,

¹² GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel. *El matrimonio y su régimen económico en el nuevo derecho de familia español*/ pp. 163 y ss. 186 y ss. Recogido por MONTES PENADÉS, Vicente Luis. *Comentarios a las reformas del...* ...op. cit.

los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor. El cónyuge no deudor responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiera formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial. La consecuencia de no haber practicado las operaciones de liquidación de la sociedad legal de gananciales, con la práctica de inventario, supone que el cónyuge no deudor responde “ultra vires” también con sus propio bienes,” Es decir, si la deuda que en este supuesto era de la Seguridad Social, era anterior a las nuevas capitulaciones matrimoniales en que se cambia de régimen económico matrimonial, ambos cónyuges responderán de la misma, no pudiendo alegar que ahora se encuentran en separación de bienes y que por ello el marido, que es el titular de la empresa, es el único que puede responder de la misma.

El Tribunal Supremo, en Sentencia nº 1792/1991 de 13 de Octubre de 1994 señala: “ha declarado esta sala (Sentencias entre otras de 30 de enero de 1986, 10 de setiembre de 1987 y 18 de julio de 1991), sin decretar la nulidad de las capitulaciones, se trata de evitar el posible fraude a los terceros derivado de la modificación de las capitulaciones matrimoniales, las que pierden su eficacia cuando fueron destinadas a defraudar al acreedor...”.

La SAP de Pontevedra, nº 302/2016 de 7 de Junio de 2016 recoge la doctrina jurisprudencial en este sentido, así señala: “La jurisprudencia ha declarado que el artículo 1317 del Código Civil se aplica independientemente de cual sea la causa de la modificación y de cómo se haya realizado...o dicho de otra manera a los terceros les bastará alegar la protección del artículo 1317 del CC para lograr, si concurren los requisitos legalmente establecidos, que la modificación no les sea oponible, sin que sea necesario entablar la acción necesaria para destruir la eficacia del negocio....Más concretamente ante la posibilidad de que la modificación del régimen económico pueda entrañar un fraude de acreedores, el Tribunal Supremo ha descartado la necesidad de ejercitar la acción rescisoria del artículo 1111 CC...(STS de 5 de octubre de 2007 y STS de 21 de noviembre de 2005). Doctrina que la jurisprudencia ha extendido a acciones de otra naturaleza como las de nulidad o anulabilidad, como declara la STS de 25 de setiembre de 2007”.

3. LOS DERECHOS DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE EN EL MARCO DE LA LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

3.1 LOS DERECHOS DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE Y LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD LEGAL DE GANANCIALES

Los derechos de atribución preferente regulados en los artículos 1406 y 1407 del Código Civil se encuentran dentro de la Sección V (“De la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales”), en el capítulo IV (“De la sociedad de gananciales”), Título III (“Régimen económico matrimonial”). Se encuentran enmarcados, por tanto, dentro de la sociedad de gananciales, en la fase de liquidación de la misma.

Tras la reforma operada en virtud de la Ley 11/1981 de 13 de mayo, la liquidación de la sociedad legal de gananciales aparece recogida en los artículos 1395 y siguientes del CC, aplicando en los casos de disolución por separación o divorcio lo establecido en los artículos 90 a 101 del CC.

Tenemos que partir de que la sociedad de gananciales surge por la voluntad de los esposos manifestada por capitulaciones con arreglo al artículo 1315 CC, o por Ley en defecto de ellas, provocando que en su disolución se hagan comunes y divisibles por mitad entre los cónyuges, tanto las ganancias como los beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges durante el tiempo que duró el matrimonio.

Con arreglo a lo señalado en el artículo 1396 del CC toda disolución llevará aparejada la liquidación, es decir, para que sea posible la liquidación deberá haberse disuelto la sociedad legal de gananciales.

Tal y como señala KARRERA EGIALDE.¹³, “La sociedad postganancial surgida de la previa disolución, es en definitiva, una comunidad en liquidación”.

La disolución se produce de pleno derecho con arreglo a lo señalado en el artículo 1392 del CC: “1º Cuando se disuelva el matrimonio 2º Cuando sea declarado nulo 3º

¹³ KARRERA EGIALDE, Mikel M. “Régimen jurídico de la sociedad postganancial: óptica jurisprudencial”, *Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Vizcaya*, nº 13 /pp. 42-94.

Cuando se acuerde la separación legal de los cónyuges 4º Cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código”. Con arreglo a lo señalado en el artículo 1393 del CC, se produce la disolución a petición de uno de los cónyuges: “1º Haber sido el otro cónyuge judicialmente incapacitado, declarado pródigo, ausente o en quiebra o concurso de acreedores, o condenado por abandono de familia 2º Venir el otro cónyuge realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad 3º Llevar separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar 4º Incumplir grave y reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimientos de sus actividades económicas”.

Tal y como señala DÍEZ PICAZO¹⁴, “El efecto inmediato de la disolución es la entrada en la fase de liquidación. Ambas partes, los cónyuges, los ex cónyuges, y en su caso, los herederos de uno u otro tienen el derecho a que la liquidación se practique y tienen el deber de practicarlo llevando a cabo aquéllos comportamientos necesarios para ello, colaborando en ella de buena fe”.

MARTÍN MELÉNDEZ¹⁵ señala que “una de las notas características de estas operaciones liquidatorias-particionales es su complejidad”, poniendo de manifiesto cómo ésta se acentuó después de la reforma de la Ley 11/1981 de 13 de mayo, puesto que se añaden nuevas causas de disolución, con una gran conflictividad cuando se realiza en los supuestos de divorcio. Establece que “son tres los objetivos cuya consecución persiguen las operaciones liquidatorias: 1º La satisfacción de las necesidades de la familia y demás cargas de la sociedad que restan por saldar a su disolución, 2º Hacer realidad el equilibrio interpatrimonial, de modo que un patrimonio no resulte enriquecido a costa de otro, 3º Que los bienes comunes que sobren, una vez que con el patrimonio ganancial se haya satisfecho el fin para el que el régimen nació y que cada masa patrimonial haya quedado configurada con el contenido que realmente le corresponde, pasen, desde el estado de comunidad en que se encontraban, a integrarse con carácter exclusivo en los patrimonios privativos de los partícipes..”.

¹⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia Volumen II*. Madrid: Técnos, 1984/ p.1789.

¹⁵ MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa. *La liquidación...op. cit / pp. 5 y 6*.

Así, pues, la liquidación no supone una simple división de un caudal común sino que es una operación más compleja, ya que habrá que convertir todo el patrimonio en líquido y determinar cuál ha sido la ganancia a repartir y adjudicar. Por otro lado, hay que tener en cuenta que cuando la disolución se produce por la muerte de uno de los cónyuges es preciso realizar dos liquidaciones: 1ª: La de la sociedad legal de gananciales y 2ª: La de la herencia, aunque en la práctica se suelen hacer a la vez, de modo que en la parte de la herencia del cónyuge superviviente se incluyen los bienes que se le adjudicaron en la liquidación.

La operación inicial de la liquidación consiste en elaborar un inventario donde se detalle el activo de la sociedad en los términos señalados en el artículo 1397 del CC, para a continuación detallar el pasivo con las partidas que se regulan en el artículo 1398 del CC. El inventario ha sido definido por MARTÍN MELÉNDEZ¹⁶ 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”. Señalando GOMÁ SALCEDO¹⁷ que el inventario o relación de bienes, derechos y obligaciones que componen el activo y el pasivo, supone también el avalúo, es decir la tasación en dinero de todos y cada uno de los elementos patrimoniales.

Una vez terminado el inventario, el artículo 1399 CC señala que se pagarán: 1º Las deudas de la sociedad, comenzando por las alimenticias que tendrán preferencia 2º Respecto a las demás a favor de terceros, si el caudal inventariado no alcanzase para ello se observará lo dispuesto para la concurrencia y prelación de créditos 3º En último lugar, si hay activo tras liquidar las deudas anteriores, se pagan las existentes a favor de los cónyuges.

DÍEZ PICAZO Y GULLÓN¹⁸ señalan que “solamente será necesario respetar el orden de prelación señalado en este artículo cuando el caudal inventariado no alcance para

¹⁶ MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa. *La liquidación de...* op. cit / p. 175.

¹⁷ GOMÁ SALCEDO, José Enrique. *Instituciones de derecho civil...* op. cit / p. 323.

¹⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis/ GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de derecho civil IV Tomo I Derecho de Familia*. Madrid: Técnos, 1982/ p.278.

pagar a todos los acreedores, es decir cuando el pasivo sea superior al activo. Si la hipótesis fuera la contraria, es decir activo superior a pasivo, los créditos pueden pagarse sin especial sujeción a orden.”

A este respecto GUILLARTE GUTIÉRREZ ¹⁹ pone de manifiesto cómo uno de los grandes males del sistema ganancial viene producido por lo que la doctrina denomina “la responsabilidad interna y externa de dichos bienes”. Es decir como consecuencia del sistema de gestión de la sociedad de gananciales que permite que uno de los cónyuges tenga actuaciones individuales que lleguen a tener trascendencia para la sociedad, habrá que precisar si de esa deuda se responsabilizan los bienes comunes gananciales para luego en la esfera interna valorar si la deuda era de la sociedad de gananciales o atribuible al cónyuge que la asumió. Es más, en aquellos supuestos en los que la liquidación provenga de una crisis, va a resultar casi imposible determinar, sobre todo a efectos de deudas con terceros acreedores, el pasivo de la sociedad legal de gananciales, por la dificultad de fijar los gastos concretos realizados por los cónyuges desde hace años y sin dejar rastro contable alguno.

Por todo ello, el patrimonio ganancial, siguiendo lo preceptuado en los artículos 1362 a 1372 del CC, hará frente a sus deudas y para el caso de que no exista metálico suficiente para el pago de los acreedores se aplicará lo dispuesto en el artículo 1400 del CC de forma que podrán ofrecerse en pago adjudicaciones de bienes gananciales, aunque si cualquier partícipe o acreedor lo pide se procederá a su enajenación y al pago con su importe.

Una vez pagadas las deudas y cargas de la sociedad, con arreglo al artículo 1403 del CC, se abonarán las indemnizaciones y reintegros debidos a cada cónyuge hasta donde alcance el caudal inventariado, haciendo las compensaciones que sean necesarias cuando el cónyuge sea deudor de la sociedad.

Finalmente, señala el artículo 1404 CC: “Hechas las deducciones en el caudal inventariado que prefijan los artículos anteriores, el remanente constituirá el haber de la sociedad de gananciales, que se dividirá por mitad entre los cónyuges o sus respectivos herederos”.

¹⁹ GUILLARTE GUTIÉRREZ, Vicente. “Capítulo 1. La necesidad de reformar el régimen económico matrimonial vigente en el Derecho Común: propuestas” en *Aspectos civiles y penales...* op. cit / pp. 38 y 39.

Tal y como señala MARTÍN MELÉNDEZ²⁰ la partición conlleva grandes dificultades “al deberse de respetar los principio de igualdad cuantitativa y cualitativa, y especialmente la que supone el ejercicio de los derechos de atribución preferente (Arts. 1406 y 1407CC), que si bien justifica que se excepcione, a favor de uno de los cónyuges, este último, no puede hacer quebrar el primero de ellos”.

Con la liquidación, por tanto, se trata de hacer compatibles los derechos de atribución preferente, la satisfacción de terceros acreedores, el restablecimiento del equilibrio entre las masas conyugales y el máximo de igualdad cualitativa en la partición. De ahí la importancia de los derechos de atribución preferente, objeto de este trabajo, dado que pone de manifiesto como la legislación ha previsto una preferencia a favor de los cónyuges en la sociedad, de modo que puedan incluir en su haber los bienes que se describen en la regulación contenida en los artículos 1406 y 1407 del CC, en aras de un interés personal, por encima de los principios generales que imperan en la sociedad legal de gananciales.

Tal y como señala DÍEZ PICAZO²¹, la regla general en la partición social da por supuesta que “las adjudicaciones satisfactivas del haber deben realizarse conservando entre los partícipes la posible igualdad, haciendo lotes con cosas de la misma naturaleza, calidad y especie. Si se tiene en cuenta esto, el artículo 1406 aparece como una excepción al principio de igualdad cuantitativa y cualitativa de los lotes”.

3.2 EL ÍTER LEGISLATIVO DE LOS DERECHOS DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE

Tal y como señala GARRIDO DE PALMA²², entre la reforma del CC de 2 de mayo de 1975 y la del 13 de mayo de 1981, algunos sectores doctrinales comenzaron a observar la necesidad de una regulación de los derechos de adjudicación preferente, en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, siguiendo el modelo francés que

²⁰ MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa. *La liquidación de la sociedad...*op. cit / p.6.

²¹ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Comentarios a las reformas...*op. cit / p.1789.

²² GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel. *La disolución de la sociedad conyugal: estudio específico de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil*. Madrid: Reus, 1985/ p.1.

ya lo contemplaba a través del *prélèvement*, en virtud del cual en la fase de liquidación de la sociedad de gananciales, existía una preferencia a favor de los cónyuges de los elementos patrimoniales que sirvieran a los fines empresariales de la familia o a la actividad profesional o empresarial de uno de los cónyuges.

Así, la reforma operada en virtud de la *Ley 13 de mayo de 1981 de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad, y régimen económico del matrimonio*, introdujo los artículos 1406 y 1407, en sede de sociedad legal de gananciales, y dentro de la fase de liquidación de la misma.

Posteriormente, en virtud de la *Ley 7/2003 de Sociedad Limitada Nueva Empresa*, se modifica el número 2 del artículo 1406, y le da su redacción actual.

La nueva *Ley Concursal 22/2003 de 9 de julio*, en su artículo 78.4, introduce un derecho especial de atribución preferente en relación con la regulación prevista en el Código Civil y que será objeto de estudio más adelante.

3.3 LA NATURALEZA JURÍDICA Y FUNDAMENTO DE LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE

En el ámbito de las crisis matrimoniales es claro que los derechos de atribución preferente han sido concebidos y regulados con el fin de proteger el interés de la familia, como interés superior por encima de cualquier otro.

De los diferentes apartados recogidos en el artículo 1406 CC, y así lo pone de manifiesto la Jurisprudencia del TS se deduce que, para que exista y se configure esa especial protección, es necesario un vínculo que se haya mantenido en el tiempo. Así la STS, n°1256/1998 de 30 de Diciembre de 1998, haciendo referencia al apartado 3° del artículo 1406 del CC, señala: “Este precepto contiene una efectiva adjudicación preferencial a fin de satisfacer y proteger los intereses personales-profesionales y preservar los consecuentes económicos que podrían verse afectados, si por consecuencia de la partición ganancial se priva a los cónyuges de continuar en el ejercicio de la actuación profesional desarrollada en el espacio físico construido en que se venía practicando”.

La naturaleza jurídica de los derechos de atribución preferente, presenta diferentes matices, y ha sido una cuestión controvertida, tanto en los diferentes sectores doctrinales como en la jurisprudencia puesto que, como señala GARRIDO DE PALMA²³ “los derechos de atribución preferente regulados en el CC suponen una excepción al principio de igualdad de los lotes al conferir a un cónyuge un derecho, una prerrogativa renunciable que no es un legado legal, ni una atribución gratuita”, añadiendo que los autores que han estudiado la importancia de estos derechos, han puesto de manifiesto cómo el legislador ha protegido, a través de los diferentes supuestos recogidos, “la vinculación de la persona a sus cosas...o a satisfacer las necesidades del cónyuge supérstite, así como a proteger la actividad empresarial y profesional de uno de los cónyuges”.

Citando a Lacruz señala que estamos ante un derecho de caracterización jurídica que actúa mediante una declaración unilateral, recepticia e irrevocable dirigida a la otra parte. Es un derecho que según García Cantero pertenece a los derechos de adquisición preferente de carácter real y dentro de ellos al grupo de los derechos de opción, legal por su origen.

Por todo ello, aparte de configurarse como un derecho legal, es personalísimo y renunciable.

Por tanto, la posibilidad de que uno de los cónyuges pueda incluir en su haber un bien determinado en aras a un interés superior y digno de protección, supone una excepción clara al principio de igualdad y equidad que rige en la partición y liquidación de la sociedad legal de gananciales. MARTÍN MELÉNDEZ²⁴ recoge el sentir de la doctrina, señalando que el derecho de atribución preferente “se busca satisfacer intereses personales o de afección que podrían verse gravemente vulnerado con una partición formalmente igualitaria, con el fin de favorecer la continuidad de la vida personal o profesional de los cónyuges, aunque ello pueda suponer una excepción al principio de igualdad cualitativa de la partición”.

²³ GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel. *La disolución de la sociedad conyugal...*op. cit / pp. 12 y 15.

²⁴ MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa. “Artículo 1406” en *Comentarios al Código Civil*, DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (Coord.). Valladolid: Lex Nova, 2010/ p. 1549.

Tal y como señala MARTOS CALABRUS²⁵, la posible igualdad cuantitativa y cualitativa de la partición tiene también excepciones. Hay que partir de que la igualdad cualitativa tiene además carácter facultativo, corroborado por la Jurisprudencia en virtud de sentencias, entre otras, de 21 de Junio de 1986 y 7 de Enero de 1991, que ponen de manifiesto cómo los cónyuges pueden llegar a pactar en capitulaciones matrimoniales la preferencia de bienes en alguno de los lotes, una vez que se disuelva la sociedad legal de gananciales, y a su vez, en el principio de igualdad cuantitativa de la partición existen también excepciones cuando los cónyuges pactan un reparto desigual, que está reconocido por Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN) de 8 de julio de 1991.

DÍEZ-PICAZO²⁶ fundamenta esta figura jurídica por su finalidad de satisfacer intereses personales o de afección que el ordenamiento jurídico considera dignos de tutela y que podrían verse lesionados con una partición que fuera igualitaria. Es más, considera que como derecho que se le atribuye a los cónyuges, puede ser renunciable de forma expresa, con una simple declaración de voluntad, o bien de forma tácita, cuando el cónyuge por ejemplo, acepta lotes diferentes. Por otro lado, la adjudicación preferencial “se paga” y no puede ser considerado ni un legado, ni una atribución gratuita.

3.4 TITULARES DE LOS DERECHOS DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE

La doctrina en este punto no ha seguido una línea unánime. Un sector doctrinal considera, con carácter general, que son los cónyuges los titulares de tales derechos. Así CASTÁN TOBEÑAS²⁷ señala que “la facultad atribuida bien sea a ambos cónyuges, bien sólo al sobreviviente en el caso del número 4º (art.1406) de que se incluyan en su haber o parte, y, en principio hasta donde éste alcance, determinados bienes o derechos”.

²⁵ Base de datos V-Lex, Artículo 1404/pp. 209 y 210.

²⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Comentarios a las reformas...* op. cit/ p.1.801.

²⁷ CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español...* op. cit/ p.474.

Por el contrario, RAMS ALBESA²⁸ integra no sólo a los cónyuges, como beneficiarios de este derecho, sino también a los herederos del cónyuge fallecido en los supuestos de los apartados 2º y 3º del artículo 1406 CC, señalando que “sólo podrían ser titulares de un derecho de atribución preferente, en el caso y en la medida en que ellos mismos fueran partícipes, es decir, únicamente cuando la disolución de la sociedad de gananciales se hubiera producido por la muerte de uno de los cónyuges”.

Según este autor, “el heredero del cónyuge premuerto puede ejercitar el derecho de atribución en las siguientes circunstancias:

1º.-Cuando ha venido colaborando con el premuerto exclusivamente, sin colaboración con el cónyuge superviviente.

2º.-Cuando ha compartido con el premuerto el ejercicio de la profesión u oficio en inmueble ganancial.

3º.-Cuando ha llevado la gestión de la empresa ganancial, en el seno de la empresa familiar, actuando no como asalariado sino como colaborador.”

Sin embargo, REBOLLEDO VARELA²⁹ considera que tanto el artículo 1406 CC como el artículo 1407 CC se refieren única y exclusivamente a los cónyuges como titulares que son de los derechos de atribución preferente. Considera asimismo que son derechos que no se pueden transmitir mortis causa por lo que una vez que ha fallecido uno de los cónyuges, éste derecho decae y los herederos no pueden exigirlos, ni por ejemplo exigir que se les adjudique la explotación económica o bien el local donde hubiese ejercido su profesión.

4. LOS DERECHOS DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE REGULADOS EN EL ARTÍCULO 1406 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 1406 del Código civil señala: “Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber hasta donde éste alcance:

²⁸ RAMS ALBESA, Joaquín José. “Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad legal de gananciales (régimen y naturaleza)”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año nº61/ pp.727 y ss.

²⁹ REBOLLEDO VARELA, Angel Luis. *Comentarios al Código Civil Tomo VII*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ, Rodrigo (Coord.). Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013 /p. 9937.

1º.- Los bienes de uso personal no incluidos en el número 7 del artículo 1346.

2º.- La explotación económica que gestione efectivamente.

3º.-El local donde hubiere venido ejerciendo su profesión.

4º.-En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual.”

4.1 LOS BIENES DE USO PERSONAL NO INCLUIDOS EN EL NÚMERO 7 DEL ARTÍCULO 1346 DEL CÓDIGO CIVIL

En primer lugar y para fijar el contenido de dicho apartado, hay que señalar que los bienes que se regulan en el artículo 1346.7 del CC son: “Las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor”.

Sobre qué ha de entenderse por “bienes de uso personal”, existe cierta controversia en la doctrina, habiendo sido materia ampliamente estudiada no sólo por aquélla, sino también por la Jurisprudencia tanto de las Audiencias como la del Tribunal Supremo. Así, GARRIDO DE PALMA³⁰, siguiendo a Díez-Picazo, conecta la noción “uso personal” de los bienes, empleada en el artículo 1406 del CC, con el de “ropas y objetos” del apartado 7º del artículo 1346 CC, entendiéndolo que el precepto se refiere única y exclusivamente a “Bienes de utilización y disfrute personal exclusivo, dedicados a atenciones estrictamente personales”. Por ello hay que considerar bienes como puede ser un equipo individual que comprende ropas de uso, pasando por objetos de carácter ornamental y decorativo como pueden ser joyas y pieles, así como juegos o incluso instrumentos artísticos.

El problema doctrinal surge tras la utilización del legislador del término “bienes” dado que en este sentido la doctrina se plantea que cabrían elementos inmuebles o semovientes o incluso los vehículos del matrimonio, de ahí que este autor considera que para el caso de un inmueble “en una valoración objetiva general no es tan personal” de ahí su no inclusión. REBOLLEDO VARELA³¹ se opone a la inclusión de los inmuebles

³⁰ GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel. *La disolución de la sociedad conyugal...* op. cit/ pp. 22 y ss.

³¹ REBOLLEDO VARELA, Angel Luis. *Comentarios al Código Civil...* op. cit/ p. 9939.

señalando que los preceptos hacen referencia a bienes muebles que sean considerados de uso personal de uno de los cónyuges.

Por otro lado, siguiendo a MARTÍN MELÉNDEZ podríamos considerar que hay dos posturas en relación con la inclusión de los bienes inmuebles:

Una corriente doctrinal, seguida entre otros por SÁNCHEZ GONZÁLEZ³² que incluye los bienes inmuebles, para supuestos poco comunes, y que no se dan con frecuencia, siempre que el lugar sirva para “la satisfacción de necesidades personales”, como puede ocurrir en el caso de una vivienda o piso ganancial destinado única y exclusivamente por uno de los cónyuges para la meditación o la oración.

En el mismo sentido, nos podríamos plantear el supuesto de un pequeño estudio, que se encuentra totalmente insonorizado y adaptado para tocar el piano, y que es usado única y exclusivamente por uno de los cónyuges.

Según esta corriente doctrinal, a la vista del tenor literal del apartado 1º del artículo 1406 del CC, el cónyuge podría ejercitar el derecho de atribución preferente sobre el inmueble.

La postura contraria, conecta el artículo 1406.1 del CC con el artículo 1346.7 del CC y considera que la referencia que hace éste último a “ropas y objetos” excluye claramente los bienes inmuebles y además, a la vista de la escasa Jurisprudencia que hay en relación con este tema, es razonable dudar que el Juez, en el caso de un procedimiento judicial al respecto, le concediera el derecho de atribución preferente sobre el inmueble al cónyuge.

Si atendemos a la Jurisprudencia hay sentencias, como la de la Audiencia Provincial de Cáceres de 30 de Enero de 2004, que señala que los animales domésticos pueden ser considerados como bienes de uso personal. Estima que deberá de tenerse en cuenta que el artículo 335 del CC no excluye dentro del término muebles a los animales, por ello el Tribunal considera que los animales domésticos que se encuentran inventariados dentro del apartado de semovientes, “podrán calificarse, según el caso de que se trate, como bienes de uso personal de uno de los cónyuges, y ser objeto de atribución preferente”.

³² SÁNCHEZ GONZÁLEZ, José Carlos. *Instituciones de derecho privado Tomo IV Familia*, DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco (Coord.). Madrid: Civitas, 2001-2005/ pp. 253 y ss.

En este sentido SÁNCHEZ GONZÁLEZ³³, a título ejemplificativo señala que de uso cabría incluir el automóvil si no es de uso familiar compartido, es decir que siendo exclusivo de uno de los cónyuges no suponga una imposibilidad absoluta del otro cónyuge a utilizarlo.

DÍEZ-PICAZO³⁴ entiende por bienes de uso personal “los bienes dedicados a atenciones estrictamente personales, en los cuales se produce una cierta inherencia con la persona...y tales bienes no son los del número 7 del artículo 1346 CC, ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor”.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA³⁵ entiende que los objetos deberían ser clasificados en función del valor que éstos tengan y pone el ejemplo clarificador de un abrigo, que estará dentro del tipo del nº 7 del artículo 1346 CC, para el caso de que se trate de un simple abrigo de paño, y por tanto sería privativo, pero si por el contrario hablamos de un abrigo de visón se encuadraría dentro del 1406.1º CC. La explicación es clara dado que en el primer supuesto al cónyuge le pertenece por derecho propio sin necesidad de obtener compensación, y en el caso del abrigo de visón el cónyuge, en cambio, tendría preferencia para incluirlo en su haber compensando su valor con el que tengan otros bienes.

YZQUIERDO TOLSADA³⁶ claramente señala que el apartado 1º del artículo 1406 CC, se refiere a “Los bienes de uso personal que sean de extraordinario valor, ya que los de valor ordinario son bienes privativos y el cónyuge propietario no está obligado a reintegrar a la comunidad de gananciales lo invertido en ellos”.

Sin embargo el concepto “extraordinario valor” de los bienes a los que aluden muchos autores, es objeto de discusión por la imprecisión que supone, ya que todo dependerá de la posición económica y social de la familia, de ahí que a título ejemplificativo, un yate o joyas y objetos artísticos de gran valor en familias de un nivel económico importante, si llegase a acreditarse su uso y disfrute personal, podrían quedar incluidos dentro del apartado primero del artículo 1406CC.

³³ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, José Carlos. *Instituciones de derecho privado...* op. cit/ p. 256.

³⁴ DIEZ-PICAZO, Luis. *Comentarios a las reformas...* op. cit/ p.1802.

³⁵ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. *Administración y liquidación...* op. cit/ p. 677.

³⁶ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Tratado de derecho de familia Volumen III Los regímenes económicos matrimoniales*. Pamplona: Aranzadi, 2011/ p. 1410.

En el marco Jurisprudencial, como decimos, existen abundantes sentencias, así la SAP de Orense, nº 440/2012 de 27 de Noviembre de 2012 que contempla este supuesto de hecho y señala: “Cuando la norma alude a los bienes de uso personal se está refiriendo a aquéllos con los que el cónyuge interesado haya tenido un estrecho contacto, que incluso pertenezca al ámbito de su intimidad y que no hayan sido usados por el otro consorte, lo que no es el caso, durante el período de convivencia conyugal.”

En el mismo sentido la jurisprudencia es clara en cuanto al momento de valoración de dichos bienes, dejando a un lado su aumento de precio o depreciación, dado que ateniéndonos a las normas de la liquidación de gananciales, arriba reseñadas, la fecha en la que se producen las operación de liquidación es la fecha en la que se producirá la valoración, criterio aplicable a todos los supuestos del artículo 1406. Así MARTÍN MELÉNDEZ³⁷, definiendo el avalúo como operación pre preliquidatoria y preparticional, a través de la cual cada uno de los elementos del inventario se le asigna una cifra representativa el día de la liquidación (o en su caso de la partición), pone de manifiesto que es en este momento cuando se realizará la valoración con los aumentos y depreciaciones que se hayan producido lo que supondrá en algunas ocasiones una ventaja o bien desventaja para uno de los cónyuges, ya que como es lógico a lo largo de la vida de la sociedad legal de gananciales los bienes pueden sufrir una depreciación importante como puede ocurrir con las pieles cuando no están de moda o bien en el caso de las joyas de oro o por el contrario encontrarse en un momento económico donde alcancen gran valor.

Este criterio es corroborado por la Jurisprudencia tanto del TS como la menor de las Audiencias. Así la SAP de La Coruña, nº 307/2011 de 6 de Julio de 2011 señala: “Es reiterado criterio de la Sala 1ª de nuestro más Alto Tribunal, que el momento que ha de ser tenido en cuenta, para proceder al avalúo de los bienes y derechos correspondientes del activo de la sociedad legal de gananciales, no ha de ser el de la disolución de dicho régimen matrimonial, sino el de la liquidación, pues antes de procederse a la misma aquéllos se encuentran sometidos a un régimen de comunidad, en el cual las plusvalías o incrementos de valor, así como las minusvalías o pérdidas del mismo, son de cuenta y riesgo de cada uno de los comuneros, de esta forma cabe citar las SSTS de 21 de noviembre de 1987, 8 de octubre de 1990, 17 de febrero de 1992, 23 de diciembre de 1993, entre otras muchas.

³⁷ MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa. *La liquidación de la sociedad...* op. cit/ p. 435.

4.2 LA EXPLOTACIÓN ECONÓMICA QUE GESTIONE EFECTIVAMENTE

La redacción actual del artículo 1406.2 fue introducida por la Disposición Final 1ª de la *Ley 7/2003 de 1 de abril de la Sociedad Limitada Nueva Empresa*. Antes de la reforma, dicho artículo se refería en su antigua redacción a “la explotación agrícola, comercial o industrial que hubiera llevado con su trabajo”.

Tal y como señala GARRIDO DE PALMA³⁸, nos encontramos ante un claro reconocimiento del derecho al trabajo profesional y a sus consecuencias patrimoniales. El objetivo del legislador es doble: por un lado, favorecer la conservación de una unidad económica, y por otro, facilitar la continuidad de la actividad empresarial. De ahí que se entienda que el legislador tenga una preocupación de tipo social, en el sentido de permitir que el cónyuge continúe con la explotación económica que venía gestionando.

En palabras de VAZQUEZ IRUZUBIETA, es importante que el cónyuge que trabaje en una determinada actividad y tenga cierta experiencia para ejercerla, siga trabajando en ella, sin que se le prive de los instrumentos apropiados, ya que con ello se causaría un perjuicio injusto.

Para SÁNCHEZ GONZÁLEZ³⁹, nos encontramos ante un verdadero reconocimiento al derecho al trabajo profesional, entendiendo éste en un sentido amplio, que incluya la actividad empresarial de cada uno de los cónyuges, así como sus consecuencias patrimoniales. Por ello entiende que el objetivo de este precepto es por un lado conservar la unidad económica y además facilitar la continuidad en la actividad empresarial.

MIGUÉLEZ DEL RÍO⁴⁰ pone de manifiesto cómo la modificación de este apartado operado por la *Ley 7/2003* ha supuesto una importante transformación en la legislación civil, tanto en el ámbito de la sucesión de la unidad productiva, dotándola de instrumentos que permitan al emprendedor la sucesión más adecuada de su empresa.

³⁸ GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel. *La disolución de la sociedad conyugal...*op. cit/ p. 30.

³⁹ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, José Carlos. *Instituciones de Derecho...*op. cit/ p. 256.

⁴⁰ MIGUÉLEZ DEL RÍO, Carlos. “La empresa familiar y la sociedad legal de gananciales y su sucesión”, *Revista PECVNLA Universidad de León*, nº 12/ pp. 71-89.

Asimismo con la regulación del apartado 2º del artículo 1406, se pretende claramente proteger la empresa familiar con dos finalidades: Por un lado, conservar la empresa como unidad económica y por otro facilitar que el cónyuge empresario pueda continuar con la explotación que ha gestionado durante la existencia de la sociedad legal de gananciales.

Así señala: “Para que el cónyuge pueda ejercer este derecho potestativo, que se considera una opción legal, se requiere:

- a) Que la empresa tenga naturaleza jurídica ganancial, incluidas las empresas que recoge el artículo 1347.5 CC y que fueron fundadas por uno de los cónyuges, a expensas de bienes comunes cuando estaba vigente la sociedad legal de gananciales.

- b) Que constituya una explotación en sentido amplio, por tanto se incluirán cualquier tipo de empresas y explotaciones, siempre que el cónyuge hubiese gestionado efectiva y realmente, la explotación con anterioridad a la liquidación de la sociedad”.

Desgranando los conceptos empleados en este apartado, nos encontramos:

4.2.1º *La explotación económica*

En cuanto a la explotación económica, siguiendo a LACRUZ, ha de entenderse la misma como una unidad económica susceptible de ser gestionada de forma separada respecto del patrimonio consorcial, quedando incluidos la empresa y los establecimientos del artículo 1347.5 CC.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ⁴¹ define la explotación en un sentido amplio como la “unidad económica dedicada al aprovechamiento de las fuentes de riqueza o a su distribución”, sin embargo, señala que deberá delimitarse si el concepto de explotación es equivalente al de empresa o por el contrario son conceptos diferentes. Entiende que son diferentes dado que la empresa es una unidad económica y la explotación es una organización técnica, de ahí que haya empresas que sólo tengan una explotación y otras que cuenten con varias. Sin embargo, entiende que a los efectos de los derechos de atribución

⁴¹ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, José Carlos. *Instituciones de Derecho...* op. cit/ p. 257.

preferente ambos conceptos podrían considerarse como equivalentes dado que el concepto de empresa deberá de ser entendido no desde un punto de vista subjetivo, como “actividad del empresario”, sino desde un punto de vista objetivo como explotación, negocio o industria. Sin embargo en el caso de que una empresa cuente con diferentes explotaciones, en ese caso el cónyuge beneficiario del derecho de atribución preferente podrá reclamar su derecho en relación a la totalidad de la empresa, si ésta fuese una unidad económica única, pero si estuviésemos hablando de diferentes explotaciones independientes entre sí, sólo podrá ejercitar su derecho sobre la explotación que gestione.

Llama la atención en esta materia, la STS, nº 313/2008 de 9 de mayo de 2008, la cual, enjuiciado un supuesto en aplicación de este apartado, concedió el derecho de atribución preferente a favor de la esposa, frente a la reclamación de su exmarido que se consideraba titular de ese derecho dado que él directamente había venido gestionando el negocio de carnicería anteriormente. La Audiencia Provincial de Segovia, ratificó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Cuéllar, por la que se adjudicaba a la esposa la explotación del negocio, confirmando el Tribunal Supremo dicha resolución, dado que la esposa, desde la separación, siguió asumiendo la explotación de dicho negocio.

GARRIDO DE PALMA⁴², por su parte, incluye en el término empresa: “El conjunto de elementos organizados por su titular para conseguir un fin económico y que contribuye al proceso productivo.”, considerando igualmente que el legislador en el apartado 2º, equipara explotación y empresa a la vista del concepto económico de esta última como “el conjunto de elementos heterogéneos debidamente organizados por su titular, destinado a la producción o mediación de bienes o servicios para obtener una ganancia ilimitada”, señalando que la explotación a la que se refiere la norma deberá ser siempre una “unidad económica y de gestión”.

En esta equivalencia de términos señala que quedarán incluidos en la explotación tanto los bienes inmuebles como elementos que están destinados a la producción, por ejemplo las máquinas, instalaciones fijas, servidumbres o arrendamientos.

Es ilustrativa, aunque en sentido contrario, la SAP de Sevilla, nº 428/2014 de 29 de setiembre de 2014 donde se considera que no existe explotación, ni unidad económica independiente que faculte a uno de los cónyuges a reclamar un derecho de atribución

⁴² GARRIDO DE PALAMA, Víctor. *La disolución de la sociedad conyugal...* op. cit/ pp. 33 y ss.

preferente sobre la misma. Así señala “que la actividad profesional del cónyuge, como socio trabajador autónomo de la cooperativa no puede ser calificado como empresa, como unidad patrimonial con vida propia e independiente de sus integrantes, con cartera de clientes, que ni siquiera consta que exista y sin que pueda deducirse que el esposo haya concertado un seguro de responsabilidad civil en su actividad profesional”. De ello se deduce que la explotación deberá estar definida claramente como tal en el tráfico jurídico y económico.

DE LOS MOZOS⁴³ señala que “hay que dar a la adjetivación de la explotación el significado más amplio posible, puesto que los términos que utiliza lo son como para comprender cualquier actividad industrial, desde la investigación privada hasta una agencia de marketing”.

En este sentido SÁNCHEZ GONZÁLEZ⁴⁴ acude al artículo 8.2 de la *Ley Hipotecaria* y 44 del RH entendiéndolo que se inscribirán en el registro todo lo que constituya una unidad económica y de gestión, de ahí que queden encuadrados no sólo inmuebles sino todo lo que constituye la explotación entendida en sentido amplio.

Deberá partirse de que para que entren en juego los derechos de atribución preferente en general es necesario que se trate de bienes de naturaleza ganancial, puesto que como ya se ha manifestado, esta norma opera en el marco de la liquidación de gananciales. En el caso que nos ocupa habrá que estar a lo regulado en el artículo 1347.5 CC que señala que “son gananciales las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno de los cónyuges a expensas de los bienes comunes.”. Como señala GARRIDO DE PALMA⁴⁵, esto pone de manifiesto que existen supuestos en los que parte de la empresa sea ganancial y otra privativa ejerciendo el cónyuge el derecho de atribución preferente en la parte ganancial proporcional que gestione efectivamente. Y para el caso de que el cónyuge que gestiona la empresa sea titular de la parte privativa, será a éste a quien pasará la titularidad de la explotación.

Es claro, por tanto que la explotación deberá ser ganancial, aunque sólo sea en parte, siendo privativa, con arreglo al artículo 1346.1º cuando la explotación ya existiera con

⁴³ DE LOS MOZOS, José Luis. *Comentarios al Código Civil...* op. cit/ p. 8.

⁴⁴ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, José Carlos. *Instituciones de Derecho...* op. cit/ p. 258.

⁴⁵ GARRIDO DE PALMA, Víctor. *La disolución de la sociedad conyugal...* op. cit/ pp. 57 y ss.

anterioridad a la sociedad legal de gananciales o bien se hubiera constituido a cuenta de bienes privativos de uno de los cónyuges. Sin embargo, y para el supuesto de que la explotación hubiera sido creada parte con capital privativo y parte con ganancial, entrará en juego lo dispuesto en el artículo 1354 del CC, en virtud del cual, “los bienes adquiridos corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas”, y por ello podrá ejercitar el derecho de atribución preferente el cónyuge que gestione efectivamente la explotación en la parte proporcional que le corresponda en la sociedad legal de gananciales. Sin embargo si la gestión efectiva como decimos la ejerce quien posee el capital privativo, será éste quien continúe con la explotación.

La SAP de Barcelona, nº 93/2013 de 15 de febrero de 2013 señala cómo la previsión que se contiene en el artículo 1406.2 del CC deberá ser aplicada a la vista de que el marido durante más de 25 años ha estado gestionando un negocio del que se ha beneficiado la sociedad de gananciales, y que tras la separación siguió haciéndolo, por lo que como es lógico será el titular del derecho de atribución preferente sobre el mismo.

Tal y como señala GARRIDO DE PALMA⁴⁶ no es preciso que el que sea titular de una empresa sea propietario de todos y cada uno de los elementos patrimoniales que lo conforman ya que puede ocurrir que los inmuebles por ejemplo sean alquilados o que las patentes tengan una concesión temporal, en cuyo caso deberá entenderse la explotación como una organización en la que el empresario los dedica en su conjunto a la explotación económica. Es decir “lo que es objeto de atribución preferente no es la propiedad de la empresa, sino su titularidad o ese derecho o poder de disposición”.

YZQUIERDO TOLSADA⁴⁷ señala al respecto cómo lo normal que el derecho de arrendamiento sobre el local de negocio se le adjudique al cónyuge que sea el arrendatario, en virtud del derecho de atribución preferente de este apartado. Sin embargo, si ya se le han adjudicado más bienes en la liquidación de gananciales y ya ha sido cubierta su parte, se plantea si estamos ante una cesión de contrato no consentida por el arrendador, debiendo acudir en este supuesto al artículo 4.3 de la LAU en el que se señala que los arrendamientos

⁴⁶ GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel. *La disolución de la sociedad...* op. cit/ pp. 62 y 63.

⁴⁷ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Tratado de derecho de...* op. cit/ pp. 1410 y 1411.

para uso distinto a la vivienda se rigen por la voluntad de las partes, y en su defecto por lo dispuesto en el Título III de esta Ley y supletoriamente por lo dispuesto en el Código Civil.

Así, si las partes en el contrato no establecieron que se debiera contar para una cesión del mismo con la voluntad del arrendador, en ese caso el derecho arrendaticio puede adjudicarse a un partícipe diferente al arrendatario y deberá ser comunicado al arrendador quien con arreglo al artículo 32 de la LAU podrá elevar la renta. Sin embargo, si en el contrato sí se señaló la necesidad de contar con el consentimiento del arrendador para cualquier modalidad de cesión, en cuanto no haya consentimiento del arrendador cualquier cesión incontestada le dará derecho a resolver el contrato de arrendamiento.

4.2.2º *Gestión efectiva*

La explotación económica ha de tratarse de una actividad de la que se obtenga un rendimiento económico y no una mera tenencia de bienes.

Tal y como afirma REBOLLEDO VARELA⁴⁸ con acierto, con la nueva redacción se exige, ya no sólo que se hubiera trabajado, sino que la gestión efectiva implica una actividad organizativa y de dirección empresarial, aunque no tenga que ser de dedicación exclusiva, no bastando por tanto una mera titularidad formal. Con ello se pone de manifiesto, las situaciones empresariales de las que desgraciadamente se hacen eco los medios de comunicación y en las que un cónyuge aparece como titular formal, en los papeles, nombrado como administrador simplemente a efectos tributarios, cuando la realidad no es otra que el que verdaderamente lleva la explotación económica es el otro cónyuge, con una gestión que conlleva actos de decisión, y por ello con arreglo a los derechos de atribución preferente, será éste el que podrá ejercitar este derecho y no el titular formal. Es más, el Tribunal Supremo en sentencia nº 313/2008 de 9 de mayo de 2008 en su Fundamento de derecho tercero, señala el supuesto en el que el cónyuge que participó en la constitución de la explotación no podría ejercitar este derecho si no tuvo durante su andadura una gestión efectiva de la misma:

"...De la prueba practicada se desprende que es la demandada la que sigue asumiendo desde la separación el negocio, sin que en la propia demanda se alegue circunstancia alguna que permita sustentar la atribución del negocio al Sr. Paulino salvo su

⁴⁸ REBOLLEDO VARELA, Angel Luis. *Comentarios al Código Civil...* op. cit/ p. 9939.

participación en la creación de la comunidad, apareciendo por ello correcta la valoración de la prueba y la atribución realizada."

Sin embargo no se excluiría la posibilidad de ejercitar este derecho por parte de uno de los cónyuges cuando en la explotación participe un tercero ajeno a la sociedad de gananciales, en cuyo caso es lógico que se exija que el cónyuge tuviera una gestión efectiva y no formal.

Es decir este aspecto requiere una prueba plena de que se está gestionando el negocio, puesto que de lo contrario no entrará en juego el derecho de atribución preferente.

MARTÍN MELÉNDEZ⁴⁹ plantea el supuesto en el que los dos cónyuges hubieran gestionado la explotación en cuyo caso "ninguno se verá favorecido por la atribución preferente" aunque en el caso de que uno de ellos hubiera fallecido, el supérstite podrá ejercitar su derecho de atribución preferente frente a los herederos del cónyuge fallecido.

Sin embargo la gestión puede dar lugar a diferentes problemas puesto que las figuras jurídicas que pueden intervenir en la misma son variadas.

Siguiendo a GARRIDO DE PALMA⁵⁰ se pueden plantear situaciones tales como:

-“Un cónyuge es auxiliar de su consorte empresario”, en cuyo caso es el titular formal de la empresa quien a su juicio podría ejercitar el derecho de atribución preferente.

-El empresario nombra a su cónyuge apoderado general o factor con amplias facultades. En este caso pese a las disquisiciones que puedan plantearse, es claro que el titular del derecho de atribución preferente será el empresario, que además asuma las funciones de coordinación, organización, planificación y control. Sin embargo, el autor considera que no es oportuno adoptar posturas excesivamente rígidas puesto que puede darse el caso del cónyuge titular que se haya desentendido de la empresa, siendo el cónyuge apoderado el que lleve la gestión efectiva de la misma, por lo que en este supuesto estaría plenamente justificado que este último pudiera ejercitar su derecho de atribución

⁴⁹ MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa. “Artículo 1406” en *Comentarios al Código Civil...* op. cit/ p. 1550.

⁵⁰ GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel. *La disolución de la sociedad...* op. cit/ pp. 38 y ss.

preferente, o al menos que esta situación pudiera equiparse al supuesto siguiente en el que se contempla la posibilidad de que ambos cónyuges lleven la explotación conjuntamente.

-Los cónyuges llevan conjuntamente la gestión efectiva de la explotación económica, en cuyo caso y a priori no cabría el derecho de atribución preferente, como más arriba se ha señalado. Sin embargo, en este caso tampoco cabe una postura rígida ya que puede darse el supuesto de fallecimiento de uno de los cónyuges, en cuyo caso el cónyuge superviviente podría ejercitar el derecho de atribución preferente frente a los herederos del finado, ya que en todo caso deberán ser respetados los intereses empresariales del que dedicó con su trabajo a la llevanza de la explotación. La SAP de Castellón, nº102/2016 de 13 de setiembre de 2016 recoge este supuesto, considerando el Tribunal que la simple titularidad de la actividad profesional, en este caso la licencia de taxi, no implica por sí mismo que se considere que el titular lleve la gestión de la explotación, cuando de la prueba practicada se pone de manifiesto que los dos esposos llevaban la gestión efectiva de la explotación económica del taxi, encontrándose por tanto los dos cónyuges en la misma posición en cuanto a la titularidad y ejercicio de los derechos de la explotación ganancial.

Para RAMS ALBESA⁵¹ para ser titular del derecho de atribución preferente el cónyuge “deberá estar dedicado profesional y personalmente a la gestión de la explotación; este supuesto de hecho a mi juicio, hace nacer en su favor el derecho de atribución preferente. Si falta uno de los datos, no puede haber atribución frente a la oposición del otro cónyuge o sus herederos”.

En este sentido, la SAP de Lugo, nº 480/2016 de 2 de diciembre de 2016, donde el Tribunal aprecia, a los efectos de lo señalado en el artículo 1406.2 del CC, que el titular de la adjudicación de la explotación ha llevado su gestión y el control de la misma, sin que sus ahora problemas de salud le impidan continuar en dicha gestión, lo que en todo caso no imposibilita para mantener a su favor el derecho de atribución preferente de la explotación, que se le ha adjudicado en este supuesto por el contador partidor en el cuaderno particional.

4.2.3º *La Empresa Familiar*

⁵¹ RAMS ALBESA, Joaquín José. “Las atribuciones preferentes en la liquidación...op. cit/ p. 786.

Tal y como señala REYES LÓPEZ⁵², la *Ley 7/2003 de 1 de abril de la Sociedad Limitada Nueva Empresa*, en su reforma del apartado 2º del artículo 1406 del CC, ha supuesto una defensa importante del patrimonio empresarial familiar, “con la finalidad de la conservación y continuidad de la actividad empresarial, con independencia de los avatares económicos que se puedan producir a lo largo del matrimonio”. Pese a estimar que se siguen utilizando conceptos poco claros, dado que no se conceptualiza los términos empresa y explotación, es sin embargo evidente que la Ley ha reconducido el concepto de empresa al de explotación, aunque, según la autora, recurriendo a valoraciones de carácter meramente económico y no jurídico, lo que planteará en el futuro multitud de problemas. Sin embargo, la reforma ha mantenido el presupuesto básico del titular del derecho preferencial y es que lleve a cabo la explotación con su propio trabajo, es decir que “esté en posesión de la condición de empresario”.

Esta defensa del patrimonio empresarial que apunta la doctrina, se ha hecho a la vista de que en nuestro país, el 85% de las empresas tienen carácter familiar, según el trabajo publicado en 2015 sobre la Empresa Familiar en España realizado por el Instituto de la Empresa Familiar, conjuntamente con la Red de Cátedras de la Empresa Familiar y el Banco Santander (Vid. anexo 3).

Según un estudio realizado por El Retail Institute Insights Advisor, la relevancia de la empresa familiar en España viene determinada porque:

- 1- El 85% de las empresas en España son empresas de carácter familiar. En total 2.8 millones de empresas.
- 2- Generan el 70% del PIB español.
- 3- La fotografía generacional sería:
 - *65% de estas empresas son de primera generación
 - *25% son de segunda generación
 - *9% son de tercera generación
 - *1% son de cuarta generación

⁵² REYES LÓPEZ, María José. “Actualidad civil, legislación comentada”, *Revista La Ley*, nº28/ p. 771.

La Jurisprudencia también en este tema es profusa, en el sentido de reiterar que “la norma estudiada tiene como finalidad la conservación de la empresa como unidad familiar”, tal y como señala la SAP de La Coruña, nº 77/2009 de 20 de febrero de 200 “En tal sentido la sentencia del TS de 20 de noviembre de 2000, con cita entre otras muchas, señala que el precepto encuentra su razón de ser en que la explotación se entiende como un bien diferente que surge de la organización del empresario de un conjunto de bienes de diversa índole”.

El problema jurídico surge cuando la explotación familiar, objeto de protección, adquiere forma societaria, de ahí que se planteen dudas acerca de las participaciones sociales a los efectos de si cabe la atribución preferente de dichas participaciones a favor de alguno de los cónyuges.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ⁵³ en principio considera que no puede aplicarse por analogía el apartado 2º del artículo 1406.2 del CC a las participaciones sociales de carácter ganancial, dado que entiende que en algunas sociedades no se incluyen las participaciones en la liquidación de la sociedad legal de gananciales, y en las que se pueden incluir, como son las sociedades anónimas o limitadas, falta identidad de razón y motivos de equidad para que pueda entrar en juego este derecho.

Hay que tener en cuenta que, por ejemplo, tanto la sociedad colectiva prevista en el artículo 125 y ss. del CCom, o la Sociedad regulada en los artículos 1665 y ss. del CC tienen un carácter personalista y por ello no puede transferirse la condición de socio a un tercero.

Sin embargo, este autor considera que sería ejercitable el derecho de atribución para el caso de que se trate de “participaciones sociales dominantes, el denominado paquete mayoritario, siempre que hayan podido ser incluidas en la liquidación del consorcio”, en base a los siguientes argumentos:

-La importancia económica y jurídica que la conservación del poder de dirección de la empresa pueda tener para el socio e incluso la familia.

⁵³ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, José Carlos. *Instituciones de Derecho...* op. cit/ pp. 258 y ss.

- El socio que es titular de las participaciones mayoritarias tiene el poder de dirección de la empresa.

- El artículo 1056.2 habla también de explotación, en virtud del cual “el testador para preservar indivisa una explotación económica o mantener el control de una sociedad de capital podrá usar de la facultad concedida en este artículo para que se pague la legítima en metálico”, lo que pone de manifiesto, que podría ejercitarse este derecho.

GARRIDO DE PALMA⁵⁴ aplica los mismos argumentos añadiendo además en apoyo de la solución afirmativa que “el velo jurídico de la forma social no debe impedir que lleguemos hasta la realidad que encubre”, citando además a autores como Vallet de Goytisolo, Espinosa Anta, Vallet Mas, que siguen esta solución, así como la STS de 28 de mayo de 1958.

Tengamos en cuenta, tal y como señala IRIARTE IBARGÜEN⁵⁵, que el Texto Refundido de la *Ley de Sociedades de Capital* (TRLSC) ha tratado de proteger las empresas familiares, especialmente facilitando su continuidad, una vez que fallece alguno de sus titulares. Así la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de enero de 2014, señala que hasta la disolución de la sociedad familiar por circunstancias personales puede ser objeto de diseño y de regulación: “No existe cuestión estructural que impida que su duración se condicione a la vida de sus socios o de otras personas. El principio de autonomía de la voluntad, salvado el imprescindible contenido imperativo, permite que los socios de la compañía adecúen su contenido al conjunto de sus necesidades negócias (vid. Resolución de 17 de enero de 2009)”.

Como decimos esta materia ha sido objeto de amplio estudio por la doctrina a la vista de la importancia de la continuidad de la empresa señalando RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA⁵⁶ cómo, pese a las insuficiencias del artículo 1406.2 del CC, la doctrina mayoritaria ha seguido una línea que aplique de forma analógica el precepto comentado con la regulación del artículo 1056.2 del CC, de forma que pueda en el caso de transmisión

⁵⁴ GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel. *La disolución de la sociedad...* op. cit/ pp. 47 y ss.

⁵⁵ IRIARTE IBARGÜEN, Ainhoa. “Empresa familiar”, Wolters Kluwer, nº323.

⁵⁶ RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel. “Doctrina, Abogados de Familia”, *Revista La Ley*, nº36.

de paquetes mayoritarios de acciones o participaciones, entrar en juego el derecho de atribución preferente. Este autor sin embargo, va más allá, considerando que para salvar el problema de la sucesión como consecuencia del fallecimiento de uno de los cónyuges propietarios integrantes del matrimonio, “debería acudir a la aplicación del artículo 1406.2 CC (La Ley 1/1889) por virtud del cual y mediante un acto inter vivos de liquidación del patrimonio ganancial, los cónyuges hagan una atribución de la empresa familiar a uno de ellos, con efectos desde luego para después de la muerte de cualquiera de ellos, y a la vez una adjudicación hereditaria de dicha empresa de forma unitaria”.

BERROCAL LANZAROT⁵⁷ incluso se plantea la posibilidad de que en una partición *inter vivos* puedan intervenir los hijos, firmando el cuaderno particional, citando a Vallet de Goytisolo para quien esta intervención de los hijos constituye una tradición proveniente de la vieja *divisio inter liberos*, si bien no parece atribuirle el autor ningún efecto específico. Hay que tener en cuenta que este pacto entre padres e hijos de la partición de los bienes de una herencia futura del padre, carece de eficacia frente a éste, dado que en cualquier momento podría llegar a revocar la misma, realizando una partición nueva o bien un testamento posterior que llegue a ser incompatible con dicha partición.

4.3 EL LOCAL DONDE HUBIESE VENIDO EJERCIENDO SU PROFESIÓN

El fundamento del precepto recogido y regulado en el apartado tercero del artículo 1406 del CC no es otro, como recoge tanto GARRIDO DE PALMA⁵⁸, así como SÁNCHEZ GONZÁLEZ⁵⁹, que “proteger el estatuto profesional”, evitando que los avatares que puedan acontecer a la sociedad legal de gananciales perjudiquen los intereses, especialmente económicos, que todo profesional tiene sobre su sede física de trabajo y actuación.

Tal y como señala RAMS ALBESA⁶⁰ este precepto, al menos desde un punto de vista teórico plantea menos problemas, ya que la casuística que se puede plantear aparece

⁵⁷ BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel. “Derecho de Familia”, *Revista La Ley*, nº6.

⁵⁸ GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel. *La disolución de la sociedad...* op. cit/ pp. 78 y ss.

⁵⁹ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, José Carlos. *Instituciones de Derecho...* op. cit/ pp. 262 y ss.

⁶⁰ RAMS ALBESA, Joaquín José. “Las atribuciones preferentes en la liquidación...” op. cit/ pp. 804 y ss.

enmarcada dentro del elemento objetivo de esta norma y que es “el destino del inmueble al ejercicio de la profesión”.

Hay que destacar que a diferencia del apartado 2º del artículo 1406, nos encontramos no ante una explotación entendida en los términos arriba explicados de unidad económica, sino ante un local donde existe un profesional (médico, arquitecto, artista, abogado...) que desarrolla su actividad, entendida como “empleo, facultad u oficio” y por el que recibe una retribución, sin que el Código ponga de manifiesto de qué profesión se trate y a la vista de las nuevas tecnologías, entiendo que englobaría el término profesión en sentido amplio. SÁNCHEZ GONZÁLEZ⁶¹ define, siguiendo el diccionario, profesión como “acción y efecto de profesar, ejercer una ciencia de modo público”, señalando que en tal concepto deberán integrarse varios elementos tales como la exigencia de preparación técnica, aunque no sea titulada, independencia en el ejercicio, así como el factor personal que es lo que le diferencia de las formas empresariales.

A ello ha de unirse la habitualidad en el ejercicio profesional, de ahí que en ningún caso cabrá el derecho de atribución preferente sobre el local que se viniera utilizando, cuando no fuera posible continuar con la actividad profesional.

El primer problema que se plantea de la redacción dada por el precepto es el alcance y hasta dónde abarca el concepto de local profesional y deberá delimitarse si quedan incluidos o excluidos en el derecho de atribución preferente los bienes muebles o instrumentos de la actividad, incluso si queda incluido para el caso de que exista un arrendamiento de dicho local.

4.3.1º *El local profesional y la habitualidad*

SÁNCHEZ GONZÁLEZ⁶² define el local profesional, a los efectos de la atribución preferente como “un inmueble urbano, en el sentido amplio del término que comprende no solo al local de negocio sino también al piso, al escritorio u oficina, e incluso al anejo, en la forma a que se refiere el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal. No es necesario que se trate de un departamento independiente, en los términos del artículo 396 del CC, puesto que puede coincidir con la vivienda familiar, y a veces, con alguna

⁶¹ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, José Carlos. *Instituciones de Derecho...* op. cit/ p. 264.

⁶² SÁNCHEZ GONZÁLEZ, José Carlos. *Instituciones de Derecho...* op. cit/ pp. 262 y ss.

empresa”. Se trata en definitiva de un espacio cerrado donde uno de los esposos haya venido ejerciendo su actividad profesional con el consentimiento, ya sea expreso o bien tácito, del otro.

RAMS ALBESA ⁶³ considera que deberá tratarse de la profesión ejercida por uno de los cónyuges, ya que el derecho de atribución preferente no nace para el caso de que los dos hayan venido ejerciendo en el mismo espacio la misma o diferente actividad. Sin embargo, Sánchez González añade que si bien no será de aplicación el derecho de atribución preferente en este caso, sí será sin embargo aplicable cuando la disolución de la sociedad legal de gananciales sea consecuencia de la muerte de uno de los cónyuges.

La Jurisprudencia en este aspecto es clara en cuanto a la finalidad del precepto. Así la STS, nº 1256/1998 de 30 de diciembre de 1998, donde se señala que el artículo 1406.3º contiene una “efectiva adjudicación preferencial a fin de satisfacer y proteger los intereses personales y profesionales y preservar los consecuentes económicos que podrían resultar gravemente afectados si a consecuencia de la partición se priva a los cónyuges de continuar en el ejercicio profesional”.

En este sentido, el Tribunal Supremo exige para que la atribución preferente opere, que se trate de un local donde se hubiere venido ejerciendo la profesión, es decir que exista la nota de “habitualidad profesional”, y se excluye el derecho de preferencia para aquellos supuestos de “ocupaciones accidentales o profesionales”. En el supuesto enjuiciado ante el incendio del despacho profesional del ático, se trasladó al piso 5º donde estaba la vivienda, entendiéndose el Alto Tribunal que pretender después una adjudicación preferencial sobre esta vivienda de la pareja donde se instala la actividad profesional de forma transitoria, incurre en una conducta cuando menos alejada de la buena fe. Se trata, por tanto, de impedir que situaciones transitorias sean utilizadas, en el momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, en beneficio de uno de los cónyuges para atribuirse un derecho de atribución preferente sobre un bien que no le corresponde.

En cuanto al contenido del local profesional, existe controversia doctrinal ya que GARRIDO DE PALMA ⁶⁴ contradice la opinión de DIEZ PICAZO ⁶⁵ que entiende que el

⁶³ RAMS ALBESA, Joaquín José. “Las atribuciones preferentes en la liquidación...op. cit/ p. 805.

⁶⁴ GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel. *La disolución de la sociedad...*op. cit/ p. 85.

⁶⁵ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Comentarios a las reformas...*op. cit/ pp. 1801 y ss.

derecho de atribución preferente se limita única y exclusivamente al inmueble, ya que el precepto estudiado deberá ser considerado una excepción que rompe la igualdad que se contempla en el artículo 1404 CC, considerando además que los instrumentos inherentes a la profesión de uno de los cónyuges deberán ser considerados como privativos de acuerdo con lo estipulado en el artículo 1346.8. Sin embargo Garrido de Palma entiende excesivamente restrictiva esta interpretación ya que considera que dentro de un local profesional se albergan diferentes bienes que se pueden catalogar como:

-Bienes de uso personal

-Bienes de uso profesional

-Instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión

-Bienes de uso común

-Bienes accesorios vinculados al local de forma circunstancial, ya que pueden ubicarse en otras dependencias, como viviendas o residencia común, cuya inclusión entiende que dependerá de los acuerdos de los cónyuges

Por tanto quedarán incluidos dentro del derecho de atribución preferente no sólo los instrumentos que son precisos para el ejercicio de una profesión, sino los bienes que se encuentran afectos al ejercicio profesional y que se encuadran dentro de lo que denomina “ajuar profesional”.

RAMS ALBESA⁶⁶, por su parte, considera que “la profesión se entiende ejercida a través del establecimiento u explotación y el profesional o sus servicios se incorporan al aspecto organizativo del ente, de tal forma que constituyen en lo económico una unidad”. De ahí que considera que los instrumentos deberán incorporarse al establecimiento, ya que son “partes integrantes del mismo”. Es más la idea del local va unida a otras acepciones como instalaciones, clientela, de forma que el derecho del trabajo como derecho constitucional deberá protegerse evitando que la disolución de la sociedad legal de gananciales impida un trabajo adecuado y sin dificultad para su ejercicio, considerando carente de todo fundamento el hecho de excluir a los instrumentos profesionales como partes integrantes del local, del que son inseparables. Sin embargo y siguiendo la doctrina

⁶⁶ RAMS ALBESA, Joaquín José. “Las atribuciones preferentes en la liquidación...op. cit/ pp. 809 y ss.

italiana considera que los “elementos ornamentales especialmente valiosos de un local profesional son de titularidad común”. Es decir se aplicaría a lo que viene denominándose ajuar profesional el principio de que no pueden ser objeto de atribución preferente los objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor que adornen el local, como por otra parte es lógico dado que no existe vinculación económica entre ellos y lo que es el trabajo que en el local se desarrolla.

Hay que tener en cuenta que cuando el problema de la inclusión se plantea judicialmente, habrá que examinar si el bien o instrumento es imprescindible para el ejercicio de la profesión o de la actividad que en el local se desarrolle, debiendo el Juzgador valorar la prueba en orden a determinar si el instrumento o bien guardaba una relación inmediata con el ejercicio de la profesión así como con las posibilidades económicas que tenía la pareja.

La SAP de Murcia, nº 140/2001 de 8 de marzo de 2001 a la vista del caso enjuiciado falla a favor de la esposa donde “se atribuye con preferencia en su haber y hasta donde éste alcance, la nave industrial, que constituye el local donde ha venido ejerciendo y ejerce su profesión y que sirve de sustento a la misma y a sus hijos. Al mismo tiempo, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 1407 CC y dado que el valor de la nave industrial supera al del haber del cónyuge adjudicatario, viene éste obligado a abonar al otro cónyuge la diferencia en dinero o mediante otros bienes”. Entiendo, a la vista del contenido de la sentencia, que la nave industrial como local de ejercicio de la profesión en modo alguno puede limitarse a un inmueble, debiendo a mi juicio, permitirse con la adjudicación, la continuación en el ejercicio de la profesión. Así entiendo se desprende del tenor literal “ha venido ejerciendo y ejerce su profesión”.

4.3.2º Titularidad del local profesional

Tal y como señala MARTÍN MELÉNDEZ⁶⁷ es preciso que la actividad del profesional vaya a seguir desarrollándose después de la liquidación, sin embargo “este local ganancial puede pertenecer a los cónyuges en propiedad y también en arrendamiento en cuyo caso la atribución preferencial al cónyuge no titular formal de éste conllevaría la aplicación del artículo 32 de la LAU”. Existen por tanto diversos supuestos de titularidades.

⁶⁷ MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa. “Artículo 1406” en *Comentarios al Código Civil...* op. cit/ p. 1550.

GARRIDO DE PALMA⁶⁸ parte de la necesidad de relacionar el apartado 3º del artículo 1406 CC con el artículo 1407CC que permite al cónyuge pedir a su elección que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre el local profesional a su favor un derecho de uso o habitación. Sin embargo, el local profesional puede encontrarse en cualquiera de las siguientes situaciones:

-Se trate de un local ganancial, en cuyo caso será atribuido en propiedad o bien optando por el derecho de uso al cónyuge en el que concurran los requisitos para el ejercicio de tal derecho. Así, es el caso mencionado anteriormente y en el que la AP de Murcia falla a favor de la esposa en su derecho de atribución preferente sobre la nave industrial en la que venía ejerciendo su profesión. Por otra parte, tal y como señala este autor: “El Código Civil no condiciona la atribución preferente a que se haya adquirido de forma definitiva por los cónyuges, sino que uno de los cónyuges hubiese venido ejerciendo en el mismo su profesión”.

-Local adquirido en virtud de contrato de leasing o contrato de carácter mixto de compraventa y arrendamiento, en virtud del cual tras los pagos parciales de una serie de cuotas, el arrendador transcurrido el tiempo estipulado, se compromete a vender el bien por el valor residual, teniendo por tanto el usuario contratante la opción de compra. De entenderse en este sentido, es decir como contrato de carácter mixto (arrendamiento-compraventa) es lógico, tal y como señala este autor que “el bien se conceptualice por la naturaleza del primer desembolso”, es decir si la primera entrega fue con dinero privativo de uno de los cónyuges, este bien tendrá la consideración de privativo, aunque los desembolsos siguientes fuesen con dinero ganancial, y por eso y en este supuesto no operará el derecho de atribución preferente a favor de ninguno de los cónyuges.

-El local se encuentre arrendado.

-En este caso, si el arrendamiento fuese anterior al matrimonio y por tanto al nacimiento de la sociedad legal de gananciales, es claro que no opera el derecho de atribución preferente dado que no se sujeta a la partición como bien ganancial, en la partición inter vivos.

-Para el caso de que hubiera fallecido el cónyuge titular del arrendamiento del local y éste fuese privativo e incluso ganancial, “la transmisión al cónyuge que

⁶⁸ GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel. *La disolución de la sociedad...* op. cit/ pp. 94 y ss.

hubiese ejercido su profesión se producirá, no ya en virtud del artículo 1406.3 CC, sino por las propias normas arrendaticias”, con los oportunos trámites en la subrogación en tal derecho arrendaticio.

-Para el caso de que el arrendamiento pueda calificarse de ganancial, operará el derecho de atribución preferente recogido en este precepto. En este sentido es ilustrativa la SAP de Córdoba de 10 de febrero de 1996 que contempla el supuesto del local que se encontraba arrendado por el esposo, casado en régimen de sociedad legal de gananciales, por lo que el arrendamiento era ganancial, aunque sólo el marido ejerciera en el mismo la actividad profesional. En el caso que se enjuicia, el marido sin contar con el consentimiento de su mujer, renuncia al arrendamiento del local de negocio y realiza un posterior contrato, sobre dicho local, realizando a juicio del Tribunal “una disposición fraudulenta” sobre un bien ganancial, declarando la Audiencia Provincial la nulidad del acto del esposo, declarando la plena vigencia del contrato anulado, con la recuperación física del local. El Tribunal señala que “no es lícito pretender que la conexión entre el destino del local y la profesión del arrendatario convierta ese derecho en privativo y no ganancial; otra cosa distinta es que en el momento de la liquidación se le atribuya con preferencia (artículo 1406 CC) por tratarse del local en que se hubiera venido ejerciendo la profesión, siendo este precepto, un argumento clarísimo demostrativo precisamente de que tal derecho es ganancial y no privativo”. Es decir el marido no puede disponer del local a su antojo, sin contar con el consentimiento de su esposa, alegando que en el mismo ejerce exclusivamente su actividad profesional, sin perjuicio de que en caso de liquidación de la sociedad de gananciales pueda ejercer su derecho de atribución preferente sobre el mismo.

-El local donde se desarrolle la actividad profesional esté situado y coincida con la vivienda familiar. En este sentido ante la concurrencia de los diferentes usos SÁNCHEZ GONZÁLEZ⁶⁹ señala la posibilidad de división del inmueble, y en su defecto, y a la vista de la jurisprudencia al respecto, entiende que primará el interés de la familia sobre el profesional, en base a los artículos 91 y 96 del CC. Tengamos en cuenta que este arrendamiento será ganancial, dado que el pago del arriendo tiene como fin el sostenimiento de la familia y en todo caso se sufraga con caudal

⁶⁹ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, José Carlos. *Instituciones de Derecho...* op. cit/ p. 263.

común de la sociedad, y a mayor abundamiento, como recoge GARRIDO DE PALMA⁷⁰, habrá que aplicar la *Ley de Arrendamientos Urbanos* y en este sentido el artículo 32 señala la posibilidad de subarrendar sin necesidad de contar con el consentimiento del arrendador. En su defecto y a veces de forma simultánea con los anteriores criterios, siguiendo a Sánchez González, habrá que atender al destino principal del inmueble, señalando el autor la posibilidad de que a uno de los cónyuges se les pueda adjudicar un piso que sea a la vez vivienda y el local donde ejerce de forma habitual su profesión.

-Local en usufructo, uso o habitación. Siguiendo a GARRIDO DE PALMA⁷¹, requisito imprescindible y presupuesto que se considera necesario para el nacimiento del derecho de atribución preferente es que este usufructo pueda ser calificado como ganancial. Así se pueden dar los siguientes supuestos:

-El usufructo adquirido por uno de los cónyuges o por ambos, pero antes del matrimonio, en cuyo caso al no ser ganancial, es imposible la adjudicación preferencial a ninguno de los cónyuges.

-El usufructo adquirido por uno sólo de los cónyuges durante el matrimonio pero a costa de su caudal privativo, tampoco entraría en juego el derecho de atribución preferente.

-El usufructo adquirido por uno de los cónyuges a costa del caudal común, en cuyo caso, si la disolución es inter vivos, cabrá el derecho de atribución preferente a favor del cónyuge que ejerza su profesión en el local, salvo, como en el supuesto del arrendamiento, si se trata a su vez de vivienda familiar, pues entonces en vía contenciosa podrá alegarse el interés más necesitado de protección a los efectos de la atribución a cónyuge cuya situación sea más vulnerable. En el caso de que la disolución sea mortis causa, cabrá la atribución al que fuera el titular de la profesión, siempre que no se dé el supuesto que contempla el artículo 521 del CC que señala: “el usufructo constituido en provecho de varias personas vivas al tiempo de su constitución, no se extinguirá hasta la muerte de la última que sobreviviere”.

⁷⁰ GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel. *La disolución de la sociedad...* op. cit/ pp. 97 y ss.

⁷¹ GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel. *La disolución de la sociedad...* op. cit/ pp. 104 y ss.

-El usufructo constituido a favor de ambos cónyuges con posterioridad al matrimonio sin que conste el carácter privativo a favor de ninguno de ellos. En este caso si se disuelve la sociedad inter vivos, el derecho de atribución preferente podrá atribuirse al profesional. Si se tratase de la disolución por fallecimiento de uno de los cónyuges, en este caso se aplica el artículo 521 del CC arriba mencionado y no cabrá el ejercicio del derecho de atribución preferente.

-El usufructo pactado durante cierto tiempo a favor del cónyuge no profesional. En este caso, si tiene naturaleza ganancial dará derecho al cónyuge profesional para atribuirse el derecho de atribución preferente, ya sea la disolución inter vivos como mortis causa.

Todas estas soluciones serán de aplicación para el caso de que el local se encuentre en uso o habitación, sin embargo con la especialidad de que estos derechos son personalísimos e intransferibles, por lo que en la mayoría de los supuestos no cabrá el derecho de atribución preferente.

-Local en precario. Es decir para el caso de que el local profesional se encontrase en un inmueble que se les haya prestado a los cónyuges, habrá que distinguir diferentes situaciones:

-Si es de un tercero, es claro que éste decidirá sobre el mismo cuando se disuelva la sociedad legal de gananciales y por tanto aquí no se puede hablar de derecho de atribución preferente.

-El problema surge cuando la actividad profesional se ejerza por un cónyuge en el local propiedad del otro, pues aunque parece lógico que debería desalojarse el local cuando se disuelva la sociedad legal de gananciales, el autor recurre a la jurisprudencia francesa considerando la posibilidad de que se obligue al titular del local a otorgar un contrato de arrendamiento a favor del profesional, solución que creo poco ajustada a nuestra práctica jurídica, dado que entiendo que si no hay un bien o un interés superior de protección, como puede ser el de la familia, no se puede impedir al cónyuge titular que disponga lo conveniente sobre el bien que le pertenece.

Este apartado, sin embargo deberá ponerse en relación con lo señalado en el artículo 1407 del CC: “Podrá el cónyuge pedir, a su elección, que se le atribuyan los bienes

en propiedad o que se constituya sobre ellos 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”.

4.4 EN CASO DE MUERTE DEL OTRO CÓNYUGE, LA VIVIENDA DONDE TUVIESE LA RESIDENCIA HABITUAL

Tal y como señala DE LOS MOZOS⁷² este derecho, aparte de ser una regla fundamentada en el “*officium pietatis*”, ya que sólo entrará en juego para el supuesto de la muerte del otro cónyuge, supone la prolongación de la protección que se otorga en la legislación a la vivienda habitual de los cónyuges.

RAMS ALBESA⁷³ comparando esta regulación con la europea, como la francesa o la belga, considera que este derecho en modo alguno puede fundamentarse sobre la literalidad de su texto debiendo ser encuadrado en un contexto social, ya que si bien se ha concebido para proteger intereses individuales del cónyuge supérstite. Hay que tener en cuenta que para el cónyuge que sobrevive, la atribución de la vivienda no puede estar desligada de sus deberes familiares y de las funciones que le corresponde como *pater familiae*, especialmente cuando han quedado hijos menores a su cargo, lo que a su entender supone que estos intereses, pese a que nada se diga en el precepto, están presentes y con igual protección que los intereses individuales del cónyuge viudo.

MARTÍN MELÉNDEZ⁷⁴ considera que la *ratio* del precepto es la protección del hogar familiar, completando la que el régimen matrimonial ya le presta con base en el artículo 1320 del CC: “Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos, o en su caso, autorización judicial”.

Al igual que hemos señalado en el apartado anterior, este precepto deberá ponerse en relación con el artículo 1407 arriba mencionado, a la vista de que el cónyuge podrá pedir

⁷² DE LOS MOZOS, José Luis. *Comentarios al Código Civil...* op. cit/ p. 8.

⁷³ RAMS ALBESA, Joaquín José. “Las atribuciones preferentes en la liquidación...” op. cit/ pp. 819 y ss.

⁷⁴ MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa. “Artículo 1406” en *Comentarios al Código Civil...* op. cit/ p. 1550.

que se le atribuyan los bienes en propiedad o bien que se constituya un derecho de uso o habitación sobre los mismos.

GARRIDO DE PALMA⁷⁵, siguiendo la definición de “vivienda” según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, considera como tal, en un sentido amplio, como “sinónimo de morada o habitación (en sentido no jurídico)”, la vivienda como lugar donde se ejercen las funciones más elementales de la vida humana, y fundamentalmente, la convivencia en grupo, en este caso, el grupo familiar. Sin embargo, el concepto de residencia habitual supone un concepto más amplio, ya que la residencia exige “la existencia más o menos continuada de una persona en un punto del espacio”, concluyendo, a la vista de la regulación que se ha otorgado en el derecho comparado, que la residencia habitual deberá de constituir “el centro de intereses de la persona, donde ésta ejercita sus derechos y acciones y cumple con sus obligaciones”.

Se considera importante matizar estos términos ya que queda por ejemplo excluido el local exclusivamente profesional, puesto que no es vivienda, o aquélla vivienda que no está habitada.

Son requisitos necesarios para que opere este derecho de preferencia: 1º Que se trate de una vivienda ganancial. 2º El carácter habitual de la misma. 3º El fallecimiento de un cónyuge o la declaración de fallecimiento con anterioridad al reparto del activo ganancial.

4.4.1º *La muerte del cónyuge*

Este derecho preferente, a diferencia de los tres supuestos mencionados anteriormente, sólo se aplica cuando se da la circunstancia de la muerte de uno de los cónyuges. La muerte deberá ser entendida en los términos fijados en el Código Civil que comprenderá asimismo la declaración de fallecimiento en los supuestos que se contemplan en el artículo 193 y ss. del CC. Así, el artículo 195 del CC señala que “por la declaración de fallecimiento cesa la situación de ausencia legal” y, por tanto, y con arreglo al artículo 85 del CC, se disuelve el matrimonio, por lo que entraría sin duda en juego el derecho de atribución preferente a favor del cónyuge viudo.

⁷⁵ GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel. *La disolución de la sociedad...* op. cit/ p. 140.

Tal y como señala GARRIDO DE PALMA⁷⁶, el Derecho español trata de proteger al cónyuge viudo, en el marco de la Recomendación del Consejo de Europa de 25 de agosto de 1981 que contemplaba diferentes opciones a los efectos de dicha protección del cónyuge viudo, optando el legislador español por la atribución preferente, frente a otras como prorrogar la liquidación del matrimonio o la copropiedad de la vivienda del viudo con los herederos. Esta opción, a la vista de las reguladas en la recomendación, entiendo que puede llegar a evitar muchos problemas judiciales del viudo con los herederos, siendo además de más fácil aplicación, una vez se produce el fallecimiento del cónyuge.

4.4.2º *El carácter ganancial de la vivienda*

YZQUIERDO TOLSADA⁷⁷ considera que este apartado está pensado única y exclusivamente para viviendas familiares que sean gananciales en su totalidad, puesto que se puede dar el supuesto de que la vivienda familiar sea en parte privativa de uno de los cónyuges y en parte sea ganancial. Este autor se fundamenta en la Jurisprudencia del TS (STS 354/2007 de 7 de marzo) y de la sentencia representativa que resolvió aplicando criterios de carácter procesal.

Para el caso de que la vivienda sea en parte privativa del cónyuge fallecido y parte ganancial, el apartado 4º no concede al cónyuge viudo el derecho de atribución preferente, aunque plantea el autor la posibilidad de que se le conceda al viudo este derecho, pero en el porcentaje que representa la participación ganancial en la vivienda, lo que llevaría a mi juicio a numerosos problemas jurídicos dado que ello constituiría una comunidad ordinaria entre el viudo y los herederos y cualquiera de ellos, en cualquier momento podrían ejercitar la acción de división de cosa común.

4.4.3º *Carácter habitual de la vivienda*

Para SÁNCHEZ GONZÁLEZ⁷⁸, la habitualidad se deriva del espíritu de la norma en relación con los artículos 1320, 1321, y 1357.2 del Código Civil, considerando habitual la que constituye la residencia de la familia. El requisito de la habitualidad que “implica la

⁷⁶ GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel. *La disolución de la sociedad...* op. cit/ pp. 135 y 136.

⁷⁷ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Tratado de derecho de...* op. cit/ p. 1414.

⁷⁸ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, José Carlos. *Instituciones de Derecho...* op. cit/ p. 267.

realización de las funciones propias de la entidad familiar, efectividad, centro de intereses” excluye a su juicio lo que es la vivienda de recreo o segunda residencia de recreo, reconociendo, sin embargo, que el carácter de habitualidad puede darse simultáneamente en dos o más viviendas, en cuyo caso puede darse el derecho de preferencia legal sobre las mismas e incluso se plantea el caso de que el modo de vida del viudo pueda entenderse como un interés a proteger de forma que se pueda dar a esas viviendas el mismo uso que se venían dando antes del fallecimiento del otro cónyuge. De ahí que se admita la posibilidad, que entiendo plenamente justificable y acorde a la ley, de incluir en el derecho de preferencia varias viviendas, atendiendo a las circunstancias de cada familia puesto que no será lo mismo en ningún caso, una familia de clase media con una o dos viviendas que una acomodada con diferentes viviendas habituales y con un estilo de vida determinado.

RAMS ALBESA⁷⁹, por su parte, considera que la residencia habitual deberá referirse a lo que constituye el domicilio, sin embargo, no deberá entenderse en sentido tan estricto que no puedan incluirse diferentes viviendas, como en el caso de que los padres por razón de su profesión vivan en un domicilio en una ciudad y los hijos donde cursan sus estudios. Sin embargo, considera que si bien el derecho de preferencia podrá ejercerse sobre cualquiera de las viviendas, en el caso que exista más de una, no podrá ejercitarse sobre ambas a la vez.

Se parte en todo caso de que la reforma del derecho de familia de 1981, sufre de importantes lagunas así como de indeterminaciones en esta materia, lo que hace que se evidencie la necesidad de una interpretación lo más abierta posible.

CANIZARES LASO⁸⁰, por su parte, señala que esta adjudicación preferente a favor del viudo exige que éste resida en la vivienda de forma habitual “en el momento de la liquidación y de la adjudicación de los bienes”.

Así lo pone de manifiesto la SAP de La Coruña, nº 55/2011 de 8 de febrero de 2011, donde la pretensión del apelante de que se incluya en su haber en la partición de la herencia la vivienda donde residió el matrimonio, es desestimada por el tribunal, en base en

⁷⁹ RAMS ALBESA, Joaquín José. “Las atribuciones preferentes en la liquidación...op. cit/ pp. 820.

⁸⁰ CANIZARES LASO, Ana. *Código Civil comentado Volumen III De las obligaciones y contratos*. Navarra: Civitas, 2016/ p. 1101.

que el artículo 1406.4º se aplica en el momento de la liquidación de los gananciales, sin que exista un derecho de estas características cuando se trata de un reparto de una herencia y en el supuesto enjuiciado por el Tribunal, los gananciales ya se habían liquidado anteriormente, por lo que no cabe la aplicación del derecho preferencial recogido en este artículo.

En este sentido la Jurisprudencia del Tribunal Supremo acoge la habitualidad como requisito imprescindible a los efectos de que opere el derecho de preferencia del cónyuge viudo. Así la SAP de Madrid, nº 722/2012 de 21 de Noviembre de 2012, señala: “Dado que el número 4 del artículo 1.406 del Código Civil, constituye una norma que trata de completar la especial protección de la vivienda familiar, recogida, entre otros, en los artículos 90 y 1.320 del mismo texto legal. Por ello no podemos desconocer el deseo o preferencia del cónyuge viudo, que reconoce el art. 1406.4 del CC al otorgarle la posibilidad de incluir en su haber como cónyuge adjudicatario, la vivienda donde tuviese la residencia habitual, hasta donde su haber alcance”. Este recurso procedía de un procedimiento conjunto de liquidación de gananciales y partición de la herencia, por lo que el Tribunal señaló “debemos aplicar lo establecido en el artículo 1406 del CC, de forma que deberán respetarse los derechos que le corresponden al viudo en la liquidación de gananciales”. Así, frente a la oposición de los herederos al realizar la partición de la herencia, a que al cónyuge viudo se le atribuyera la vivienda, el Tribunal dio la razón a la Juzgadora de la primera instancia, adjudicando al cónyuge superviviente la vivienda que compartió con su cónyuge fallecido al ser su residencia habitual y hasta donde alcanzaba su haber.

Sin embargo, tal y como recoge FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL⁸¹, precisamente la exigencia de que el cónyuge superviviente tenga en la vivienda objeto de atribución preferente su residencia habitual, plantea importantes problemas en aquellos casos en los que existe una separación de hecho conyugal entre la pareja. Puede darse la situación en la que uno de los cónyuges, una vez que se ha roto la relación entre ellos, abandona el domicilio familiar y se traslada a otra residencia. Entiende que “de haber querido el legislador que fuesen ambos cónyuges los que ocupasen la vivienda, la dicción literal del precepto hubiera sido *Tuviesen* y no *Tuviere*. Por lo que lo determinante es que el cónyuge sobreviviente ocupe habitualmente la vivienda, independientemente de que fuera o no ocupada por el premuerto e independientemente también que entre ellos

⁸¹ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, María Ángeles. “La pedetracción viudal y el derecho de adjudicación preferente de la vivienda familiar a favor del cónyuge viudo”, *Revista La Ley*/ p. 6.

existiesen relaciones maritales. Es más, para el caso de que ambos vivan en el domicilio aunque de hecho hagan vidas independientes el uno del otro, fallecido uno de ellos operará este derecho de atribución preferente en el cónyuge supérstite, ya que como decimos nada tiene que ver que hagan vida marital entre ellos mientras convivan de forma habitual en su residencia familiar”.

El problema surge cuando el que abandona el domicilio familiar no lo hace voluntariamente, sino por circunstancias tan graves como la existencia de malos tratos inferidos por el otro cónyuge. En este caso, aplicar la literalidad del precepto lleva a soluciones claramente injustas, por lo que en casos como éste y de existir conflicto con los herederos del premuerto, es claro que el Juez deberá atender al “interés más necesitado de protección” y entiendo que sería el del cónyuge que tuvo que salir de su domicilio.

Puede asimismo darse el supuesto de que ambos cónyuges decidan separarse, abandonando a la vez el que hasta entonces ha sido su domicilio conyugal y fijando cada uno su residencia habitual de forma independiente. En este caso ninguno de ellos mantendría sobre la misma atribución preferente alguna, por mucho que se cumpla el requisito de que la vivienda es ganancial, ya que no se dan ni la residencia ni la habitualidad exigida.

Otro supuesto que plantea FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL podría también plantear problemas es el de que fallecido uno de los cónyuges, existiese una separación conyugal judicialmente declarada, en cuyo caso se entiende que no podría entrar en juego el derecho de atribución preferente, dado que con la separación ya ha quedado disuelta de pleno derecho la sociedad legal de gananciales. Otra cosa es que el fallecimiento se produjera durante la sustanciación del procedimiento de separación o divorcio y uno de ellos, bien en las medidas provisionales, bien a lo largo del pleito hubiera abandonado el domicilio. En este caso si el supérstite es el que continuó en la vivienda familiar podrá ejercitar el derecho de atribución preferente sobre la misma; y al contrario, si el supérstite fue el que fijó su residencia fuera de la vivienda familiar no podrá ejercitar tal derecho, ya que la “residencia familiar no constituye su esfera de vida íntima y privada”.

A mi entender tal solución es injusta dado que durante la sustanciación del procedimiento pueden existir medidas provisionales que adjudican “provisionalmente” la residencia a uno de los cónyuges, momento en el que éste fallece privándose al supérstite

del ejercicio de ese derecho, cuando la decisión definitiva por medio de sentencia no se ha dictado. Hay que tener en cuenta que puede ocurrir el caso que durante el procedimiento ambos cónyuges acuerden convivir bajo el mismo techo en tanto se solucione el pleito y se dicte sentencia, y durante este tiempo si fallece uno de ellos, el otro sí podrá ejercitar el derecho de atribución preferente, provocando a mi entender por ello una situación comparativa a todas luces injusta.

Así la atribución preferente al supérstite, en el caso de fallecimiento de su cónyuge, no sólo la contempla el Código Civil en el artículo 1406.4, sino también en el artículo 232.38.2 del Libro segundo del Código Civil Catalán, así como en el artículo 85 de la *Ley de Régimen Económico Matrimonial (LREM) de Aragón* y en el artículo 91 de la Compilación Navarra.

En la legislación Valenciana, en el artículo 21 de la LREM se establece un derecho de uso preferente, para el caso de fallecimiento del cónyuge que sea titular o bien cotitular de la vivienda.

5. EL DERECHO DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE RECOGIDO POR LA LEY CONCURSAL 22/2003 DE 9 DE JULIO, ARTÍCULO 78.4

La reforma de la Ley Concursal ha incluido un precepto en virtud del cual se articula un derecho de atribución preferente a favor de uno de los cónyuges, fuera de los supuestos recogidos en las disposiciones estudiadas en los anteriores puntos.

Tal y como señala CUENA CASAS⁸², con arreglo al artículo 77 de la LC la declaración de un cónyuge en concurso, no supone automáticamente la disolución del régimen económico matrimonial. La nueva Ley concede al cónyuge “no concursado” la facultad de disolver el régimen conyugal, con el fin de que se concrete el derecho que el no concursado tiene sobre el patrimonio común y para salvaguardar la parte que él tiene en los bienes gananciales.

⁸² CUENA CASAS, Matilde. “La coordinación de la liquidación de la sociedad de gananciales con el convenio o la liquidación del concurso”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2010, nº12/ p. 4.

Ello se deriva de la especial naturaleza de la que goza la sociedad legal de gananciales como comunidad germánica, en la que no existen cuotas embargables sobre los bienes comunes, de ahí la necesidad de liquidar previamente para concretar los bienes que les corresponden a cada uno de los cónyuges y fijar los bienes sobre los que pueden actuar los acreedores, ya que en tanto no queden concretados, con la liquidación, los bienes que le corresponde a cada cónyuge, los acreedores no podrán embargar ninguno de los bienes de la sociedad de gananciales.

La Ley Concursal, con su nueva regulación, ha tratado de proteger a la vivienda habitual de la familia, dado que ésta podrá integrar la masa activa del concurso, respondiendo por tanto de las deudas del concursado, ya sea la vivienda de carácter privativa del concursado o ganancial. De ahí la constitución a favor del cónyuge no concursado de un nuevo derecho de atribución preferente, facultándole para exigir la adjudicación en su lote de dicha vivienda, hasta el límite que le corresponda, y si tuviera un valor superior deberá abonar la diferencia en metálico a la masa activa del concurso.

Tal y como recoge CUENA CASAS⁸³, si bien pudiera parecer que este derecho juega en beneficio de los cónyuges, sin embargo la práctica mercantil ha puesto de manifiesto cómo los acreedores están legitimados para promover la intervención de la masa e “impedir que se haga la entrega de bienes que la componen mientras no queden a salvo sus intereses”. El principio de “antes es pagar que partir” va en todo caso dirigido a que se mantengan las garantías que la masa ganancial ofrece a los acreedores.

Así el artículo 78.4 de la LC señala: “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”.

Al igual que ocurría en el último supuesto del artículo 1406.4 CC (para el caso de fallecimiento de uno de uno de los cónyuges), este precepto diseña una nueva atribución preferente a favor de uno de los cónyuges, cuyo hecho desencadenante y generador es “el concurso del consorte”.

⁸³ CUENA CASAS, Matilde. “La coordinación de la liquidación de la sociedad de gananciales con el convenio o la liquidación...op. cit / pp. 8 y ss.

La finalidad de este precepto es proteger la vivienda habitual del cónyuge o de la familia del concursado, considerando la vivienda habitual como interés superior frente a los acreedores, ya que el cónyuge no concursado podrá incluir la propiedad de la misma en su haber. Es decir el interés superior de la familia y sus necesidades de vivienda, frente a la situación concursal del otro cónyuge, constituyen de nuevo, el marco de protección de este precepto.

Sin embargo la Ley Concursal deberá respetar en todo momento la normativa del régimen económico matrimonial. En primer lugar, la liquidación de la sociedad de gananciales se realizará ante el Juez del concurso y con la intervención de la administración concursal y, como ordena el artículo 77 LC, deberán incluirse todos los bienes gananciales en la masa activa y la adjudicación deberá ser meramente formal y contable, no material, es decir sólo cuando se hayan hecho efectivas las deudas comunes (lo que lógicamente se producirá en la fase de liquidación del concurso o en su caso en el convenio) y a continuación se procederá la adjudicación material al cónyuge del concursado de la parte que le corresponde en el patrimonio común.

MARTÍN MELÉNDEZ⁸⁴ señala que al acreedor social lo que le interesa es “cobrar íntegramente de su deudor, sin necesidad de acudir a otros ex partícipes, titulares del resto de los bienes ex gananciales”. Es lógico tratar de evitar que existan reclamaciones contra el cónyuge no concursado, y dejar al margen sus bienes, de ahí el procedimiento que entiendo especialmente garantista para todas las partes en conflicto.

Todo ello en aras a proteger a la vez los intereses del cónyuge “no concursado” y a los acreedores del cónyuge concursado, respetándose el artículo 1373 CC. En el marco de este procedimiento, por tanto, se le concede al cónyuge no concursado el derecho a que su vivienda quede incluida en su haber, con las mismas particularidades que los demás derechos de atribución preferente, es decir cuando el valor de la vivienda exceda la cuota, abonando la diferencia en dinero.

Por ello el cónyuge no deudor podrá ejercitar este derecho de atribución preferente siempre que concurren tres requisitos:

A) Que la vivienda sea la habitual de la familia, al igual que ocurriría en los supuestos arriba estudiados.

⁸⁴ MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa. *La liquidación de...* op. cit / p. 186.

B) Que la vivienda sea de carácter ganancial. En este supuesto se plantea el problema cuando parte de la vivienda es privativa y parte es ganancial, o en aquéllos supuestos en los que los cónyuges la poseen en copropiedad por encontrarse en régimen de separación de bienes. En este último caso la doctrina considera que no podrá el cónyuge no concursado ejercer el derecho de atribución preferente, dado que no puede aplicarse el precepto a esta situación.

C) Es necesario que el cónyuge no deudor solicite la disolución de la sociedad legal de gananciales. Hay que tener en cuenta que la declaración del concurso por sí misma en ningún momento produce la disolución, sino que deberá ser solicitada por el cónyuge del concursado.

D) El derecho de atribución preferente regulado, en ningún caso, podrá ser oponible a acreedores hipotecarios, que ostenten un derecho de garantía hipotecaria sobre dicha vivienda, ya que éstos podrán ejecutar sus derechos sobre el bien con anterioridad a la liquidación de gananciales.

La necesidad de la concurrencia de los requisitos ha sido recogida por la Jurisprudencia a los efectos de la posibilidad de la atribución de la vivienda familiar al cónyuge no concursado. Así todo el proceso a seguir, así como los requisitos y principios a tener en cuenta en esta materia ha sido recogido en la SAP de Madrid, nº 60/2012 de 20 de abril de 2012 que señala: “El programa liquidatorio se atiene a las siguientes pautas:

- (1) Se propone acometer en primer lugar la venta de la vivienda para pagar el meritado crédito.
- (2) Como primer hito del programa para la realización de la vivienda, se señala el ofrecimiento de la misma a la ex esposa para que esta pueda ejercitar el derecho de adjudicación preferente que se le reconoce en el artículo 78.4 de la Ley Concursal (RCL 2003, 1748), abonando "el exceso que resulte de la liquidación" (esto presupone la liquidación de la sociedad de gananciales).
- (3) Para el caso de que la ex esposa decidiese no ejercitar dicho derecho, se propone proceder a la venta de la vivienda mediante una empresa especializada.

- (4) En el caso de que con el precio obtenido por la venta de la vivienda no se alcanzase a pagar el crédito de BBVA, habría de procederse a la de los demás bienes reflejados como bienes comunes en el inventario de la masa activa acompañado con el informe del artículo 74 de la Ley Concursal.
- (5) Una vez satisfecho el crédito con privilegio especial, se procedería a la realización de los bienes propios del concursado, para hacer frente con su producto y, en su caso, con la parte del remanente de los bienes gananciales que le pudiera corresponder, a los restantes créditos concursales”.

El propio Tribunal pone de manifiesto la finalidad que tiene alguno de los preceptos de la ley concursal: “...El apelante invoca en apoyo de sus pretensiones el artículo 77.2 de la Ley Concursal. Lo que se persigue con este precepto es dar al cónyuge del concursado casado en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes la oportunidad de proteger su patrimonio, facultándole para solicitar la disolución de la sociedad o comunidad conyugal, toda vez que, de otro modo, los bienes consorciales entrarán íntegramente en el concurso y servirán, si es preciso también en su integridad, para la satisfacción de créditos (sin perjuicio de las compensaciones que procedieran a favor del cónyuge del concursado cuando a posteriori se liquide la sociedad de gananciales, si con el patrimonio común se hubiese hecho pago de deudas privativas del concursado, de las que aquel responde solo subsidiariamente - artículo 1373 del Código Civil)...”.

ÁLVAREZ OLALLA⁸⁵ se plantea si este precepto “invade competencias autonómicas”, concluyendo que la mayor parte de la doctrina sostiene un criterio afirmativo al respecto, ya que el artículo 78.4 “no es una norma destinada a regular las relaciones económicas de los cónyuges entre sí, sino las relaciones de un cónyuge con los acreedores del otro en el seno de un procedimiento concursal”.

Se trata de una norma que regula las relaciones del cónyuge no concursado con la administración concursal, otorgando una atribución preferente, protegiendo la vivienda habitual.

⁸⁵ ÁLVAREZ OLALLA, Pilar. “La incidencia de la Ley Concursal en los regímenes económicos matrimoniales de Derecho Foral, a la luz del reparto competencial establecido en la Constitución”, *Revista de Derecho Privado y Constitución*, 2010, nº24/ pp. 91 y ss.

Así lejos de conculcarse principios de los derechos forales que regulan la materia en el territorio español, lo que hacen es reforzar los principios de derecho foral, ya que los derechos de atribución preferente se hallan presentes en la mayoría de los regímenes forales, si bien restringidos para el caso de que hubiere fallecido uno de los cónyuges, lo que pone de manifiesto a juicio de la autora que existe una inclinación de los legisladores, incluyendo los forales, a otorgar una especial protección al cónyuge en sus relaciones frente a terceros, concretamente frente a los herederos del fallecido en lo relativo a la adjudicación de la vivienda familiar.

Por tanto “al no tratarse de una elección entre uno u otro cónyuge, sino entre un cónyuge y terceros, se opta por posibilitar la atribución de la vivienda, dada la importancia de este bien y la función fundamental que el mismo cumple en el seno de la familia, al cónyuge superviviente o in bonis”.

Toda esta protección que el Legislador ha otorgado al cónyuge superviviente y sobre todo al domicilio que constituye la vivienda familiar, ha venido provocada por la especial situación de crisis económica que se viene viviendo en el país y cuyos datos, sobre todo en el momento álgido de la crisis, ha sido de especial alarma.

Así si vemos la gráfica de la evolución del número de concursados en España (Vid. anexo 4), que tuvo cuotas muy preocupantes, con unos picos alarmantes en los momentos más altos de la crisis, con las consecuencias no sólo económicas que ellos conllevaba sino de carácter social. De ahí la protección que el legislador se ocupó de procurar en esta materia a la familia y más concretamente a la vivienda familiar.

Del mismo modo se constata de los datos publicados por el INE y recogidos por el diario El País el 28 de enero de 2014 (Vid. anexo 5) donde la situación de las empresas ha sido especialmente grave en materia de concurso.

Actualmente se observa sin embargo una evolución favorable, en el sentido que el número de concursos ha bajado considerablemente, de ahí el descenso de las solicitudes que se han presentado, con una situación que los analistas sitúan a la baja.

Es por ello que los legisladores forales, en Comunidades como Cataluña, Comunidad Valenciana, Aragón o Navarra donde la incidencia de la crisis afectó especialmente, recogieran en su legislación foral, una serie de preceptos con el fin de proteger las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, y en definitiva al amparo de la competencia legislativa exclusiva del estado en materia concursal.

Tema importante es la valoración de la vivienda que se adjudique el cónyuge no concursado y que el legislador regula en el apartado 3º del artículo 78: «Los bienes adquiridos por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia se considerarán divisibles en el concurso de cualquiera de ellos, integrándose en la masa activa la mitad correspondiente al concursado. El cónyuge del concursado tendrá derecho a adquirir la totalidad de cada uno de los bienes satisfaciendo a la masa la mitad de su valor. Si se tratare de la vivienda habitual del matrimonio, el valor será el del precio de adquisición actualizado conforme al índice de precios al consumo específico, sin que pueda superar el de su valor de mercado. En los demás casos, será el que de común acuerdo determinen el cónyuge del concursado y la administración concursal o, en su defecto, el que como valor de mercado determine el juez, oídas las partes y previo informe de experto cuando lo estime oportuno».

6. EL EJERCICIO DEL DERECHO DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE

Tal y como señala SÁNCHEZ GONZÁLEZ⁸⁶ el derecho de adjudicación preferente “ha de hacerse efectivo al practicar la partición de la masa común” siguiendo lo recogido en el artículo 1406 del CC donde se recoge el derecho a que se incluyan en su haber, hasta donde éste alcance. Por tanto requiere un acto de declaración de voluntad de carácter unilateral y recepticia, es decir dirigido al otro cónyuge o bien a los herederos. Por ello es lógico que se trate de una notificación expresa y a mi entender que se deje constancia de la misma, y de forma fehaciente, a los efectos de su prueba. Para el caso de que exista negativa a la petición del cónyuge, es claro que deberá acudir a la vía judicial.

Para el caso de que exista una notificación fehaciente y ésta en la partición no se haya tenido en cuenta, el cónyuge podrá solicitar su anulabilidad, cosa que no ocurrirá para el caso de que no pueda probar que ha existido dicha notificación.

⁸⁶ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, José Carlos. *Instituciones de Derecho...* op. cit/ pp. 267 y ss.

GARRIDO DE PALMA⁸⁷ se plantea el supuesto de notificación, por parte del cónyuge, del ejercicio del derecho de atribución preferente, pero sin especificar el contenido de dicho derecho, es decir, sin precisar por ejemplo en los supuestos de los artículos 1406 3º y 4º si se trata de un derecho de uso, habitación o propiedad. En este supuesto el cónyuge podrá manifestarse mientras dure la liquidación de la sociedad legal de gananciales, presumiéndose que será la propiedad la elegida para el supuesto de que el valor del bien no supere el del haber del cónyuge adjudicatario.

Se trata además de una atribución revocable, dado que en tanto en cuanto no se produzca la adjudicación definitiva será revocada y quedará sin efecto.

Más problemático resulta el tema de la posibilidad de admisión de la renuncia a la atribución solicitada. Tal y como señala RAMS ALBESA⁸⁸, para la mayor parte de la doctrina europea la manifestación de voluntad del cónyuge le vincula y por tanto es irrevocable (Alemania, Suiza, Italia, Bélgica). Sin embargo en nuestra legislación declarar irrevocable la declaración en todos los casos y sin excepción, podría llegar a ser muy perjudicial además de injusto. Por ello, considera que sólo podría ser considerado como irrevocable cuando se formule al tiempo de proceder a la partición, ya se tenga conocimiento del montante a que asciende el haber atribuido, y se conozca la valoración del bien.

El Código Civil, sin embargo, no señala plazo alguno para el ejercicio del derecho de atribución preferente, por lo que deberá practicarse una vez que se disuelva la sociedad legal de gananciales, y antes de que se finalice la liquidación.

Al tratarse de un derecho potestativo, no cabrá la figura de la prescripción.

En cuanto al momento del ejercicio, habrá que distinguir los dos supuestos que se plantean:

-Para el supuesto de la disolución “inter vivos”, la acción podrá ejercitarse desde la interposición de la demanda de medidas provisionales en el Juzgado o en cualquier escrito dirigido al Juez en el procedimiento y antes de la sentencia en la que se solicite la disolución y liquidación de la sociedad legal de gananciales. En otro caso, junto con el escrito en el

⁸⁷ GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel. *La disolución de la sociedad...* op. cit/ pp. 169 y ss.

⁸⁸ RAMS ALBESA, Joaquín José. “Las atribuciones preferentes en la liquidación...” op. cit/ p. 834.

que se solicite el incidente de ejecución de sentencia o bien en cualquier escrito que sea anterior a la conclusión de dicho incidente. Cuando se trata de disolución “mortis causa”, es decir cuando la disolución tiene su origen en el fallecimiento del cónyuge deberá ser comunicada, bien a los herederos una vez sean declarados como tales, al contador-partidor, o para el caso de la herencia yacente, al administrador.

En este sentido la Jurisprudencia es unánime a la hora de reconocer no sólo la preferencia del cónyuge en el ejercicio del derecho de atribución preferente, sino en cuanto al modo y momento de su ejercicio. Así, la SAP de La Coruña, nº 193/2012 de 20 abril de 2012: “Por todo ello, y sin desconocer el deseo o preferencia del cónyuge viudo - manifestado tras las operaciones particionales, que no con anterioridad, al igual que la opción del artículo 1407 CC - la solución viene impuesta no tanto por la naturaleza de los bienes a partir sino por las circunstancias concurrentes (la importante deuda que el cónyuge viudo mantiene con la sociedad de gananciales) unido todo ello a que la preferencia que el art. 1406.4 del CC otorga de incluir en el haber del cónyuge adjudicatario la vivienda donde tuviese la residencia habitual, lo es hasta donde el haber del cónyuge adjudicatario alcance (aquí el del cónyuge viudo es evidente que no alcanza), sin que, por lo demás, y como queda señalado, la partición realizada vulnere los principios de igualdad y proporcionalidad que recomienda la ley, de ahí que el recurso deba ser desestimado y la sentencia confirmada, debiéndose mantener las operaciones divisorias tal y como las llevó a cabo el contador partidor”.

7. EL ARTÍCULO 1407 DEL CÓDIGO CIVIL

7.1 INTRODUCCIÓN

Completando los derechos de atribución preferente regulados y recogidos en el artículo 1406 del CC, el artículo 1407 CC señala: “En los casos de los números 3 y 4 del artículo anterior, podrá el cónyuge pedir, a su elección, que se le atribuyan 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 el del haber del cónyuge adjudicatario, deberá éste abonar la diferencia en dinero”.

Como ya se manifestó al abordar el artículo 1406 CC, se trata de otorgar una especial tutela al cónyuge en relación al local de negocio que regenta, así como a la vivienda familiar y por extensión a la familia.

Tal y como señala GUILLÉN CATALÁN⁸⁹ este precepto ofrece “una combinación de soluciones al artículo precedente” cuando se produce una adjudicación que puede llegar a superar el haber del cónyuge adjudicatario, de ahí que a éste se le dé la facultad de pedir a su elección que se le atribuyan en propiedad o bien un derecho de uso o habitación, debiendo abonar el metálico la diferencia para el caso de que se superase la cuantía de su haber.

Existe importante jurisprudencia al respecto que recoge los derechos a favor del cónyuge, así la SAP de Pontevedra, nº 83/2016 de 18 febrero de 2016 señala: “...por las razones que expone, que, de acuerdo con el art. 1407 CC, se le adjudique la referida vivienda, como cónyuge supérstite que es, constituyendo sobre ella un derecho de uso y habitación y salvaguardando el derecho el resto de las particiones que correspondan a los herederos hasta su fallecimiento... como se infiere del el art. 1406.4 en relación con el art. 1407, ambos del CC, pues aun cuando es cierto que el primero otorga al cónyuge un derecho de preferencia en su haber de la vivienda donde tuviese la residencia habitual, ello únicamente es factible, tal establece el segundo, hasta donde el haber del cónyuge adjudicatario alcance (aquí el del cónyuge viudo es evidente que no alcanza), pues, el citado precepto, continua estableciendo que si el valor de los bienes o el derecho superara el del haber del cónyuge adjudicatario, deberá éste abonar la diferencia en dinero, precepto que poco difiere del art. 257 *Ley Derecho Civil de Galicia* (LG 2006, 218 y 312) , dado que el derecho del cónyuge viudo de hacer efectiva la cuota usufructuaria sobre la vivienda habitual se condiciona al hecho de que no exceda de tal cuota...”.

7.2 EL DERECHO DE OPTAR ENTRE EL DERECHO DE PROPIEDAD Y EL DERECHO DE USO Y HABITACIÓN

El presupuesto de hecho que se contiene en este precepto única y exclusivamente va referido a los supuestos número 3 y 4 del precepto anterior por lo que quedan excluidos los relativos a bienes de uso personal recogidos en el punto primero del artículo 1406 CC y la explotación económica que gestione uno de los cónyuges, sin perjuicio, sin embargo de

⁸⁹ CAÑIZARES LASO, Ana. *Código Civil comentado...* op. cit/ p. 1102.

que las partes pacten otra cosa, lo que supondría estar a lo que ellos hayan convenido. Por ello, en los dos primeros supuestos del artículo anterior el cónyuge podrá ejercitar o no su facultad, sin embargo cuando se trata del local o vivienda, además de poder optar, el beneficiario podrá pedir la propiedad o exigir que se constituya sobre el bien el uso o la habitación.

Estará por ello legitimado única y exclusivamente el cónyuge, y como es lógico deberá de tratarse de bienes sobre los que la sociedad legal de gananciales ostente un derecho de propiedad, dado que si lo que ostenta es un arrendamiento, usufructo etc., será imposible solicitar un derecho de propiedad.

Tal y como señala REBOLLEDO VARELA⁹⁰ la opción del cónyuge de constituir un derecho de uso o habitación podrá hacerla aunque pueda adjudicarse el bien en propiedad porque por su valor se encuentre dentro de su haber, optando por tanto por algo de un valor económico inferior.

MARTÍN MELÉNDEZ⁹¹ señala que el fin de este artículo no sólo es otorgar una mayor protección a los supuestos que se contemplan, sino posibilitar el ejercicio del derecho de atribución preferente, perimiendo optar entre la atribución en concepto de propiedad o bien como derecho de uso o habitación “haciendo desaparecer el límite cuantitativo del artículo 1406 del CC, admitiendo el pago del saldo en dinero”.

Existen por tanto dos formas de atribución:

- A) En propiedad, en cuyo caso tal y como señala GARRIDO DE PALMA⁹², no existirá más problema que el que suponga la titularidad ganancial o no del bien, debiendo valorarse el bien de común acuerdo ente los cónyuges o en su defecto judicialmente. El problema vendrá derivado de la calificación fiscal que se dé al exceso.

⁹⁰ REBOLLEDO VARELA, Angel Luis. *Comentarios al Código Civil...* op. cit/ p. 9949.

⁹¹ MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa. “Artículo 1406” en *Comentarios al Código Civil...* op. cit/ p. 1551.

⁹² GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel. *La disolución de la sociedad...* op. cit/ pp. 176 y ss.

B) Uso y Habitación. Este derecho deberá constituirse a instancia del cónyuge beneficiario contra el otro esposo, el Juez o los herederos, según los casos. Este derecho se encuentra regulado en los artículos 523 a 529 del CC.

Así con arreglo al artículo 524 CC: “El uso da derecho a percibir los frutos de la cosa ajena los que basten a las necesidades del usuario y de su familia aunque ésta aumente. La habitación da a quien tiene este derecho la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia”.

El derecho de habitación deberá aplicarse cuando se trate de viviendas, siendo el objeto del mismo una casa o construcción habitable, destinada al alojamiento de las personas que tienen este derecho, lo que excluye al local profesional, de ahí que se concluye que el derecho de habitación sólo será aplicable al apartado 4º del artículo 1406 CC.

Sin embargo el derecho de uso “implica todo goce que esté en línea con el destino del bien”.

Existe un tratamiento jurídico diferente en cuanto a la posibilidad de transmisión de los bienes sobre los que se ejerce el derecho de atribución preferente, dado que si se recibe un bien en propiedad, podrá transmitirse; por el contrario, los derechos de uso y habitación, con arreglo a lo estipulado en el artículo 525 CC “no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título”.

El artículo 529 del CC regula la extinción de los derechos de uso y habitación: se extinguirán por las mismas causas que el usufructo, es decir tras la muerte del beneficiario del derecho, así como por el abuso grave de la cosa y de la habitación.

GUILLÉN CATALÁN⁹³, se plantea si es necesario elegir el pleno dominio o puede realizarse diferentes combinaciones, como parte del bien en propiedad y parte en uso e

⁹³ CAÑIZARES LASO, Ana. *Código Civil comentado...* op. cit/ p. 1102.

incluso primero uno y luego el otro, en cuyo caso el problema que se plantea es el de su cuantificación económica.

Para el caso de que el cónyuge no se pronunciase sobre su opción, se entenderá que se realiza en propiedad. Y para el supuesto de que ésta, no se realizase de forma expresa, la mayoría de la doctrina entiende que no cabrá el derecho de elegir entre la propiedad y el uso, aunque algún autor entiende que se considera expresa para el caso de que por ejemplo el adjudicatario continúe utilizando el local sin que la otra parte se oponga y en una posterior liquidación se le adjudique el mismo.

7.3 EL ABONO DE LA DIFERENCIA EN METÁLICO

El último inciso del artículo 1407 señala: “...si el valor de los bienes o el derecho superara al del haber del cónyuge adjudicatario, deberá éste abonar la diferencia en dinero”. Este precepto sólo recoge la posibilidad de entregar en dinero el exceso de adjudicación, pero única y exclusivamente para los supuestos de los apartados 3 y 4 del artículo 1406 CC, guardando silencio respecto a los demás, lo que, como hemos manifestado anteriormente, es objeto de debate en la doctrina y en la jurisprudencia.

REBOLLEDO VARELA⁹⁴ señala que de la misma forma que existe una protección al local de negocio, del mismo modo deberá extenderse tal protección para el supuesto de la explotación económica del apartado 2º del artículo 1406 CC ya que cuando se trata de una empresa, por ejemplo, indivisible se pueden aplicar diferentes preceptos del Código Civil que aplicados en su conjunto “persiguen la no disposición de las cosas cuando con ella se ocasionen dificultades prácticas o inconvenientes económicos, como son los artículos 821, 822, 829, 401, 1056, 1062.1 CC”. Y todo ello permitiría que en el supuesto de la explotación económica al cónyuge se le de la facultad de pagar la diferencia o suplemento en metálico si la división de la explotación económica no fuera posible. Hay que tener en cuenta además que la posibilidad de abonar la diferencia en dinero no tiene ninguna limitación en relación a la cuantía del bien, por lo que no tiene que haber proporcionalidad entre la cuantía del haber que le corresponde al cónyuge y el valor del bien sobre el que éste ejercita su derecho de atribución preferente.

⁹⁴ REBOLLEDO VARELA, Angel Luis. *Comentarios al Código Civil...* op. cit/ p. 9950.

En este sentido GARRIDO DE PALMA⁹⁵ zanja la cuestión poniendo de manifiesto que no puede realizarse una interpretación estricta ya que de forma indirecta los supuestos contemplados en los apartados 1º y 2º del artículo 1406 CC podrán gozar de las previsiones que se contemplan en este artículo.

El exceso, en cuanto se trata de una operación liquidatoria, deberá ser satisfecho en el momento en que se concluye la liquidación y se realice la entrega de la posesión de los bienes. Hay que tener en cuenta que se habla en el precepto expresamente de pago del exceso en metálico, pero ello no impide el acuerdo entre los cónyuges o con sus herederos de que se satisfaga de otro modo, aunque no cabe otra forma de no existir tal acuerdo. Así el contador en una liquidación de gananciales contenciosa no puede establecer más que el pago en metálico porque así se lo exige el precepto.

Respecto al plazo para el pago de la diferencia en metálico, el Código Civil no señala plazo alguno, pero tal y como señala Garrido de Palma, de la aplicación del artículo 1113 CC: “será exigible desde luego toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro o incierto, o de un suceso pasado, que los interesados ignoren”, se desprende que en principio no cabe el aplazamiento, por lo que habrá que estar a los acuerdos de las partes o a la decisión del Juez, cuando ésta se solicite.

Si bien no existe término legal regulado, sin embargo es lógico que de concederse tal aplazamiento deberán presentarse todo tipo de garantías para el pago, desde la hipoteca sobre el bien o estipular una condición resolutoria, en virtud de la cual vencido el plazo si el adjudicatario no hubiese hecho efectiva la deuda se resolvería la adjudicación.

En este sentido la jurisprudencia ha reconocido el pago en metálico de los excesos no sólo en el ámbito del ejercicio del derecho de atribución preferente, sino también en los excesos en el haber del cónyuge cuando, por ejemplo, el bien es indivisible y sin otra opción que compensar la diferencia de su valor al otro cónyuge, eso sí siempre respetando los posibles derechos de atribución preferente.

En este sentido es significativa la SAP de Salamanca, nº 485/2010 de 17 diciembre de 2010 que señala: “La formación de los dos lotes debe, pues, ajustarse en principio a las reglas de la partición, previstas en los artículos 1061 y 1062, relativos a la obligación de guardar la posible igualdad, haciendo lotes adjudicando a cada uno de los herederos cosas

⁹⁵ GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel. *La disolución de la sociedad...* op. cit/ pp. 181.

de la misma naturaleza, calidad y especie, y cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, se adjudique a uno a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero, pero respetando la reglas especiales que confieren a un cónyuge derecho preferente a la adjudicación de bienes concretos”. Para a continuación señalar el obligado cumplimiento de las normas del artículo 1407 del CC: “la ley reconoce la preferencia de un cónyuge a la adjudicación de determinados bienes, muchos de los cuales son indivisibles, de manera que si su valor excede de lo que le corresponde a dicho cónyuge, no queda más remedio que establecer la obligación de que compense al otro cónyuge en metálico, como expresamente se prevé por artículo 1407 último inciso del CC”.

El exceso en metálico conlleva además un problema añadido y es el problema fiscal, ya que la Hacienda Pública puede considerar la diferencia en metálico que paga el cónyuge como precio de una compraventa. Así el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la *Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, en su artículo 7.2.b señala: “Se considerarán transmisiones patrimoniales a efectos de liquidación y pago del impuesto:

B) Los excesos de adjudicación declarados, salvo los que surjan de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 821, 829, 1.056 (segundo) y 1.062 (primero) del Código Civil y Disposiciones de Derecho Foral, basadas en el mismo fundamento”.

Por ello se considera que cuando ha existido una transmisión patrimonial inter vivos, como tal tributa y deberá ser tenido en cuenta por parte del adjudicatario. Sin embargo a los efectos del IRPF, con arreglo a lo señalado en el artículo 33.2.b de la *Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio*, señala:

1. “Son ganancias y pérdidas patrimoniales las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél, salvo que por esta Ley se califiquen como rendimientos.

2. Se estimará que no existe alteración en la composición del patrimonio:

b) En la disolución de la sociedad de gananciales o en la extinción del régimen económico matrimonial de participación”.

8. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LAS ATRIBUCIONES PREFERENTES

8.1 EL DERECHO FRANCÉS

Toda la regulación estudiada a lo largo de este trabajo no es una materia de cuño nuevo que se haya instaurado en los últimos tiempos. De ahí la necesidad de dar, como colofón al trabajo, una visión histórica de sus antecedentes y de las fuentes, que se tuvieron en cuenta a la hora de regular una figura jurídica que ya anticipaba los posibles conflictos que se producirían en el momento de liquidar un régimen económico matrimonial, que ha sido el mayoritario durante décadas, como es el de la sociedad legal de gananciales.

Tal y como señala RAMS ALBESA⁹⁶ “se hace necesario el estudio de los antecedentes extranjeros” poniendo de manifiesto que a lo largo de las regulaciones de la materia en nuestro país, no sólo se ha tenido en cuenta como modelo un único sistema de los que se ofrecen en el derecho comparado, sino varios, destacando especialmente el sistema Francés y Belga.

Es especialmente interesante conocer las razones por las que nuestro sistema tardó más de medio siglo en importar una figura jurídica de tal relevancia como ésta. Así en la Francia del siglo XIX donde los poderes políticos apenas tuvieron en cuenta a la población agrícola de los pueblos, la normativa en materia de sucesiones provocaba una fragmentación de las explotaciones agrarias, ya de por sí pequeñas y que obligaban a los campesinos a emigrar hacia las grandes urbes y a las Colonias, hecho que se trató de fomentar desde los poderes políticos.

Sin embargo a finales del XIX y especialmente a principios del siglo XX, surgió una tendencia en Francia, influida tanto por la literatura como por la sensación de desarraigo en la población, que emigraba de los pueblos a las ciudades, que destacó la necesidad de salvaguardar a la muerte del cabeza de familia la explotaciones familiares. De ahí una regulación legal en materia de sucesiones.

Todo ello unido a los avatares del principio de siglo, como la Primera Guerra Mundial y las crisis políticas y sociales de la III República Francesa, cambian el rumbo y la percepción sobre la importancia del trabajo en el campo y de ahí la necesidad de una

⁹⁶ RAMS ALBESA, Joaquín José. “Las atribuciones preferentes en la liquidación...op. cit/ pp. 728 y ss.

regulación que proteja la explotación agraria familiar en su unidad y como conjunto, sin fragmentar. La Ley de 7 de febrero de 1938 y el Decreto Ley de 17 de junio de 1938 son el resultado de la nueva tendencia política y social.

La Ley de 7 de febrero, sin embargo fue especialmente criticada dado que permitía al padre de familia una libertad de testar y permitía dejar a un solo heredero toda la propiedad, con el fin de evitar su fragmentación. De ahí que las principales fuentes que llegan de aquella época a través de la Jurisprudencia, ponen de manifiesto los conflictos existentes en la familia, llegando a considerar algunos autores que la regulación en el decreto de 1938 de las atribuciones preferentes tienen una connotación antisocial.

Este sistema fue copiado en la legislación Suiza con su Ley de 12 de diciembre de 1940, con algunas reformas que mejoraron la institución. Sin embargo esta solución es claro que en los años 30 en España, era de difícil importación, dado que nuestra política agraria no iba dirigida precisamente a conservar las estructuras agrarias sin fragmentar, sino más bien lo contrario.

En la legislación Francesa a lo largo de las diferentes reformas, la doctrina ha ido configurando esta figura con el fin de que se garantice la continuidad profesional del heredero atributivo o bien del cónyuge o de aquéllos que igualmente propugnan la necesidad de que exista una indivisión de las explotaciones y unidades de producción de la familia.

Tras la reforma del Código Civil Francés de 13 de julio de 1965, se regula en el momento de la partición de la comunidad legal la posibilidad de que los cónyuges lleguen a unos pactos que en todo caso derogan el principio de la igualdad de la partición que regía en el momento. Así bajo el término “prélèvement” se establece un derecho de atribución preferente sobre determinados bienes comunes, pero que debía de pactarse entre las partes es decir de origen convencional, no legal como así señala GARRIDO DE PALMA⁹⁷ de forma que el titular del derecho, una vez pactado deberá pagar el valor de lo atribuido, según el valor que tuviera en la fecha de la partición, pudiendo en el contrato matrimonial establecer las modalidades de pago, con posibilidades de pacto acerca de las indemnizaciones entre los cónyuges, así como la obligación de satisfacer el exceso en dinero. Se estableció además, la obligación de que el beneficiario notificase al otro cónyuge o en su caso a los herederos, en el plazo de un mes desde que se le requiere para el acto de

⁹⁷ GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel. *La disolución de la sociedad...* op. cit/ pp. 6 y ss.

la partición, su intención de ejercitar la facultad como beneficiario del derecho de atribución preferente, caducando en el caso de que en este plazo no lo ejerciera.

En la actualidad el Código Civil Francés regula los derechos de atribución preferente en el Libro III, Capítulo VIII, en los artículos 831 a 834, siendo el contenido de los mismos la fuente en la que se ha inspirado la regulación de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil Español, de ahí la importancia del derecho francés en esta materia en relación con la regulada por nuestro sistema.

El artículo 831 legitima al cónyuge supérstite o a cualquier heredero para solicitar una adjudicación preferente dentro de la partición, pudiendo compensar el exceso que pudiera haber de adjudicación “mediando el pago compensatorio que pueda proceder, de cualquier empresa, o parte de empresa, de carácter agrario, mercantil, industrial, artesanal o liberal, o parte alícuota indivisa de dicha empresa, incluso en el supuesto de que estuviese parcialmente constituida por bienes de los que ya fuese propietario o copropietario antes del fallecimiento, y en cuya explotación participe o haya participado de forma efectiva”.

Los artículos 831. 1 y 2 entiendo que han sido especialmente tenidos en cuenta en nuestra regulación dado que establecen que “El cónyuge supérstite o cualquier heredero copropietario podrá asimismo solicitar la adjudicación preferente:

1.- De la propiedad o del derecho de arrendamiento del local que utilice de forma efectiva como vivienda, cuando residiese en él en el momento del fallecimiento, así como del mobiliario que contenga;

2.- De la propiedad o del derecho de arrendamiento del local de uso profesional que utilice de forma efectiva para el desempeño de su profesión, así como de los bienes muebles de uso profesional que contenga;

3.- Del conjunto de los bienes muebles necesarios para la explotación de una finca rústica cultivada por el causante en calidad de colono o aparcerero, cuando el arrendamiento continúe en beneficio del solicitante o se consienta a este un nuevo arrendamiento”.

Señalándose en el apartado 3º que la adjudicación a la que se refiere el punto primero, es decir de la propiedad del local y del mobiliario será preceptiva para el caso de que se trate del cónyuge supérstite.

El artículo 832 del Código Francés, establece un derecho de atribución preferente sobre explotaciones agrícolas que no excedan de una extensión determinada, estableciendo diferentes titulares, entre otros el cónyuge o herederos, dándose la facultad de constituir grupos financieros agrícolas o incluso arrendamientos sobre los elementos de una explotación. Así el artículo 832.3 señala como pueden conjuntamente varios sucesores solicitar una adjudicación preferente “con el objetivo de conservar el bien indiviso en su conjunto”. Respecto a las compensaciones que pudieran existir el artículo 832.4 señala que salvo que existiera acuerdo entre los partícipes, el pago compensatorio deberá realizarse al contado, sin embargo para el caso de tratarse de la vivienda y de los muebles que se recogen en el artículo anterior así como para el caso de la explotación agraria recogida en este artículo se podrá exigir aplazamientos que no pueden exceder de 10 años en relación al “pago compensatorio equivalente como máximo a la mitad”. Pero para el caso de que se proceda a la venta de la totalidad de los bienes adjudicados, la fracción de pago compensatorio es exigible de una forma inmediata.

Esta regulación, como he señalado, pone de manifiesto como el Código Francés, no sólo es uno de los más conocidos del mundo, sino que en materias como la estudiada se observa, de la simple lectura de sus artículos, como el legislador detalla y realiza una regulación exhaustiva de la materia, con diferentes apartados extensos que contemplan las diferentes situaciones que pueden producirse, dando soluciones que dejan poco a la improvisación o a la interpretación, a diferencia de nuestros dos artículos que como se pone de manifiesto a lo largo del trabajo, dada la generalidad con la que se trata esta materia, y que ha dado lugar a diferentes corrientes doctrinales y a jurisprudencia dispar en la interpretación en los dos artículos en los que se regula el derecho de atribución preferente.

8.2 EL DERECHO ITALIANO

El legislador español, al igual que ha tenido en cuenta la legislación francesa en la regulación de los derechos de atribución preferente, ha mantenido presente lo legislado en el derecho italiano al respecto. Así en el Códice italiano, tras la reforma de 1975, regula “el

régimen de la empresa familiar” de forma que en caso de división hereditaria o transmisión de la empresa familiar, hay un derecho preferente (Prelazione) a favor del familiar que realiza su actividad en la misma de forma continuada. Y asimismo se regula el derecho de habitación a favor del cónyuge viudo, sobre la casa que constituía la vivienda familiar, así como sobre el uso del mobiliario ya fuera propiedad del difunto o común de ambos cónyuges.

8.3 EL DERECHO BELGA

La legislación Belga, con una clara influencia de la Ley Francesa, regula los derechos de atribución preferente, al igual que ocurre en el CC Español, en dos de sus artículos: el artículo 1446 y el artículo 1447 del Código Civil. En ellos se estipula:

- El titular de los derechos de atribución preferente es el cónyuge, ya sea por muerte del otro cónyuge o bien para los casos de divorcio.
- Para el supuesto de disolución por causa de muerte del cónyuge, el superviviente tendrá preferencia para atribuirse el inmueble destinado a residencia familiar, incluyendo además todos los muebles, ya sean los que lo amueblan, como los de uso profesional.
- Para el supuesto de disolución por causa de divorcio, cualquiera de los cónyuges, durante la liquidación, podrá solicitar del Juez la atribución preferencial anteriormente mencionada y establecida en el artículo 1446 del CC, teniendo el Juez la potestad discrecional de otorgársela o no.
- Par el caso de que fuese necesario, el cónyuge adjudicatario deberá pagar en dinero el exceso compensando al otro cónyuge.

Por todo ello es claro que la regulación comparada constituye una fuente importante en la regulación del Código Civil Español actual, tanto en la forma como en el contenido de los artículos 1406 y 1407, poniéndose de manifiesto como en su primitiva configuración, la legislación comparada inició su andadura en esta materia en el campo del derecho de sucesiones para evitar la fragmentación de las primitivas explotaciones agrarias, para pasar posteriormente al derecho de familia, dentro de la partición de la sociedad legal de gananciales.

8.4 LA REGULACIÓN DE LAS ATRIBUCIONES PREFERENTES EN ESPAÑA

Sin restar la importancia y la influencia que ha marcado la regulación extranjera comentada, en esta materia, sin embargo no sería justo no valorar la regulación que dentro de una parte del territorio español fue llevada a través de La Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967, pasando posteriormente por una regulación general a través de la primera Ley de Reforma del Derecho de Familia de 13 de mayo de 1981, hasta el Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Agricultores Jóvenes de 24 de diciembre de 1981, éste último derogado por la Ley 19/1995 de 4 de julio de Modernización de las Explotaciones Agrarias.

8.4.1º *La Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967*

Tal y como señala RAMS ALBESA⁹⁸ la regulación que contiene La Compilación está inspirada en el Derecho Francés, pero además simplifica la materia e incluso la supera, teniendo “una proyección eminentemente práctica” que se ajusta perfectamente a la situación social, personal y familiar imperante en la época, encuadrándose la materia dentro del régimen económico matrimonial y dejando de extenderla, como así se hacía en el derecho extranjero al régimen de sucesiones.

La Compilación Aragonesa fue la primera en introducir en nuestra Patria la institución de las Atribuciones Preferentes, encuadrándolas en la fase de liquidación y división del régimen económico matrimonial. Así en su primitivo artículo 58 se señalaba: “El cónyuge sobreviviente podrá hacer incluir en su lote los bienes de uso personal o profesional que no constituyan ventajas, la explotación industrial, comercial o agrícola que dirigiera, así como los bienes que hubiera aportado al consorcio. Todo ello sin perjuicio de las compensaciones que procedan”. Se entendía por ventajas los bienes comunes de los cónyuges, pero que no se incluían en su haber.

Así el sistema Aragonés de atribuciones preferentes se caracterizaba:

- Aplicarse y ser una forma de partición del consorcio conyugal, exclusivamente para el caso de muerte de uno de los cónyuges.
- Su finalidad es exclusivamente la continuidad profesional del cónyuge supérstite.

⁹⁸ RAMS ALBESA, Joaquín José. “Las atribuciones preferentes en la liquidación...op. cit/ pp. 745 y ss.

- Constituirse como un derecho, dando lugar a una compensación, para el caso en los que proceda la misma, pudiendo hacerse en metálico o por dación de otros bienes, respetando por tanto la libertad de los partícipes.

8.4.2º *La primera Ley de Reforma del derecho de Familia de 13 de mayo de 1981*

La Constitución Española de 1978 puso de manifiesto la necesidad de una urgente reforma en materia de matrimonio y regímenes económicos matrimoniales, en aras especialmente de equiparar los derechos del marido y la mujer. De ahí que la regulación que contiene el CC en el Libro IV, Título III dedicado a los regímenes económico matrimoniales haya sido valorado positivamente tanto desde el punto de vista doctrinal, como práctico por la Jurisprudencia, y en particular la introducción de los derechos de atribución preferente en los artículos 1406 y 1407 del CC, tal y como a lo largo del trabajo así se ha reiterado.

8.4.3º *La regulación de las atribuciones preferentes en el Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Agricultores Jóvenes de 24 de diciembre de 1981, derogado por la Ley 19/1995 de 4 de julio de Modernización de las Explotaciones Agrarias*

Pese a las críticas y la valoración tan negativa que sobre este Estatuto realizó en su momento la doctrina desde RAMS ALBESA⁹⁹ haciéndose eco además de las críticas de De los Mozos o Luna Serrano, y pese a su derogación posterior, me parece interesante hacer referencia al mismo en cuanto en un ámbito tan importante como el agrícola en nuestro país, en fechas recientes como es el año 1981 el legislador utilizase argumentos que pese a chocar con el resto de la legislación, mantiene las raíces primitivas y la finalidad con la que nació en siglos pasados la institución de las atribuciones preferentes.

Entiendo por ello que pese a las deficiencias en la regulación de esta figura jurídica, sin embargo es interesante observar cómo se pretende institucionalizar una atribución preferente para la explotación agrícola familiar, otorgando una clara preferencia sucesoria a favor del legitimario que hubiera sido el colaborador más antiguo. Es decir y al hilo de la evolución histórica de esta figura jurídica en Francia, aquí también se prima como un interés social y familiar superior a cualquier otro, que se mantenga la unidad de la

⁹⁹ RAMS ALBESA, Joaquín José. “Las atribuciones preferentes en la liquidación...op. cit/ p. 746.

explotación, aunque sea dejando a un lado al resto de los legitimarios que también hubieran colaborado aunque en fechas más recientes.

Es más el resto de los hijos no sólo se quedarían sin las tierras de sus padres, sino que además se regulaba que “El sucesor en la titularidad de la explotación deberá efectuar el pago del haber hereditario correspondiente a los demás coherederos en la explotación, en el plazo máximo de diez años, contados desde la apertura de la sucesión, debiendo abonar, al menos, el sesenta por ciento, del haber durante los primeros cinco años. Las cantidades aplazadas devengarán el interés legal”.

Es lógico que este Estatuto, pese a su vigencia durante años, no se tuviera en cuenta, y fuera de escasa o nula aplicación por la clara confrontación de sus disposiciones no sólo con la legislación civil, sino con la propia constitución.

9. CONCLUSIÓN

Antes de finalizar el presente trabajo, resulta procedente exponer las conclusiones que he podido extraer de la materia estudiada, agrupando las mismas en tres puntos que considero necesarios, a los efectos de poner de manifiesto la entidad e importancia que dos artículos del Código Civil pueden llegar a tener no sólo en el ámbito del Derecho de Familia, sino extrapolado a materias de Derecho Mercantil y Concursal, Derecho de Sucesiones o Derecho Fiscal, llegando, en su problemática, a ser temas enjuiciados tanto en la Jurisdicción Civil, Penal, Laboral o Contencioso Administrativa, como se ha puesto de manifiesto en la Jurisprudencia aportada a lo largo de dicho trabajo.

1.-Finalidad y fundamento de la Regulación.

La regulación de los derechos de atribución preferente enmarcados dentro de la sociedad legal de gananciales y dentro de ella en la liquidación del régimen económico matrimonial, ha puesto de manifiesto la necesidad, apreciada por el legislador, de satisfacer intereses no sólo personales de los cónyuges a lo largo de estos procedimientos, sino extendiéndola a la Familia nuclear, como bien jurídico necesitado de especial protección, por encima de cualquiera de los avatares que tanto en el ámbito personal, como financiero puedan sufrir los cónyuges, a lo largo de su vida matrimonial.

Por ello el cónyuge y la familia ostentan intereses de especial protección que deben ser regulados, de forma que se proteja a la persona en las cosas de su uso personal, en su vivienda o en su local, explotación económica o negocio y por extensión, en algunos de los supuestos, a la propia familia, cuya vivienda, por ejemplo, está por encima de cualquier interés económico ajeno a la misma, incluso por encima de terceros, en orden a satisfacer las necesidades de la familia y evitar que los miembros de la misma se vean arrastrados en algunos casos a situaciones de dificultad económica grave.

Todo ello sin perjuicio de que en la regulación de tales derechos, se tengan en cuenta y se traten de proteger intereses de terceros, como acreedores, que en todo caso, la legislación sitúa en una esfera de seguridad jurídica, como así ha sido regulado en los últimos años en casos de concursos de acreedores, donde se han tenido en cuenta estos derechos de atribución a favor de los cónyuges, sin menoscabar los derechos de terceros perjudicados por la situación en la que se ha podido encontrar un cónyuge o una empresa de carácter familiar.

2.-Naturaleza jurídica y ejercicio de los derechos de atribución preferente.

Si bien entiendo que se trata de regular en dos artículos, poco extensos, derechos con un ámbito de aplicación amplia y que da lugar en muchos casos a interpretaciones dispares, sin embargo se trata de derechos bien definidos, de carácter personalísimo cuya opción sólo puede ejercitar su titular, a fin de que determinados bienes se incluyan, con carácter obligatorio, si así es su voluntad, en su haber ganancial en el momento de la liquidación de gananciales.

De ahí su importancia, ya que tienen plenos efectos frente a terceros con una declaración de voluntad unilateral y recepticia del titular del derecho de opción.

3.- Cuestiones de Lege Ferenda.

Como se ha manifestado la parquedad con la que se ha regulado esta materia ha llevado a una amplia Jurisprudencia al respecto, dado los conflictos que se han podido ocasionar a la hora de la interpretación de cada uno de sus apartados, para el caso del artículo 1406 del Código Civil, y por la imprecisión, valorada como tal por la mayoría de la doctrina, para el caso del artículo 1407 del Código Civil.

Al respecto, considero importante, cómo la Jurisprudencia, tanto la de las Audiencias Provinciales, como la del Tribunal Supremo, ante casos de interpretaciones

disparos sobre la inclusión de bienes o el concepto jurídico de alguno de los términos utilizados en ambos artículos, ha integrado los mismos y relacionado su sentido con otras disposiciones del propio Código Civil, lo que en determinados casos ha resuelto el problema con una línea jurisprudencial que pone fin a la discusión sobre cualquier interpretación.

Así, se ha puesto de manifiesto a lo largo del trabajo en casos como cuando la norma alude a “los bienes de uso personal” se está refiriendo a aquéllos con los que el cónyuge interesado haya tenido un estrecho contacto, que incluso pertenezca al ámbito de su intimidad y que no hayan sido usados por el otro consorte; o en la interpretación que realiza el Tribunal Supremo cuando exige para que la atribución preferente opere, que se trate de un local donde se hubiere venido ejerciendo la profesión, es decir que exista la nota de “habitualidad profesional”, y se excluye el derecho de preferencia para aquellos supuestos de “ocupaciones accidentales o profesionales”.

Sin embargo, existen lagunas que debieran haberse evitado como así se ha reflejado en el trabajo, a la hora de regular el artículo 1407 del CC, ya que el exceso de adjudicación, no se entiende por qué sólo puede producirse en los supuestos contemplados en los apartados 3º y 4º del artículo 1406 y no en los dos primeros supuestos, a la vista de que todas las economías familiares no son iguales y un objeto de uso personal o una explotación económica puede alcanzar un gran valor y no existe razón por la que superado el valor del haber del cónyuge adjudicatario, no pueda éste abonar la diferencia en dinero.

Es por ello que la casuística jurisprudencial que se ha producido a consecuencia de dichas interpretaciones deberá ser tenida en cuenta por el legislador en futuras reformas, aunque como he manifestado el Tribunal Supremo en algunas de las interpretaciones ha creado una pauta a aplicar.

Sin embargo, y dados los campos en los que como decimos se extiende esta materia, debería seguirse una regulación que se complemente, dado que cuando se legisla en materia fiscal, de empresa, sociedades, sucesiones o arrendamientos, deberán tenerse en cuenta las materias a las que afecta, evitando contradicciones que se contrapongan a los principios que inspiraron al legislador cuando reguló los derechos de atribución preferente.

10. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVAREZ OLALLA, Pilar. “La incidencia de la Ley Concursal en los regímenes económicos matrimoniales de Derecho Foral, a la luz del reparto competencial establecido en la Constitución”, *Revista de Derecho Privado y Constitución*, 2010, nº24.

ANDRÉS SANTOS, Francisco J. “Capítulo 8. Efectos patrimoniales de la crisis matrimonial en la experiencia histórica: el caso romano” en *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina (Coord.). Valladolid: Lex Nova, 2009.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ, Rodrigo. *Comentarios al Código Civil. Tomo VII*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel. “Derecho de Familia”, *Revista La Ley*, nº6.

CAÑIZARES LASO, Ana. *Código Civil comentado Volumen III De las obligaciones y contratos*. Navarra: Civitas, 2016.

CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español, común y foral Tomo V Derecho de familia*. Madrid: Reus, 1994.

CUENA CASAS, Matilde. “La coordinación de la liquidación de la sociedad de gananciales con el convenio o la liquidación del concurso”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2010, nº12.

DE LOS MOZOS, José Luis. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales Volumen II Artículos 1344 a 1410 del Código civil*. Madrid: Editoriales De Derecho Reunidas, 1984.

DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco. *Instituciones de derecho privado Tomo IV Familia*. Madrid: Civitas, 2001-2005.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Comentarios a las reformas del derecho de familia Volumen II*. Madrid: Técno, 1984.

DÍEZ-PICAZO, Luis/ GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de derecho civil Volumen IV Derecho de Familia*. Madrid: Técnos, 1982.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *Comentarios al Código Civil*. Valladolid: Lex Nova, 2010.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M^a Ángeles. “La pedetracción viudal y el derecho de adjudicación preferente de la vivienda familiar a favor del cónyuge viudo”, *Revista La Ley*.

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

GOMÁ SALCEDO, José Enrique. *Instituciones de derecho civil común y foral Volumen III Derecho de Familia*. Barcelona: Bosch, 2007.

GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente. “Capítulo 1. La necesidad de reformar el régimen económico matrimonial vigente en el Derecho Común: propuestas” en *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*. Valladolid: Lex Nova, 2009.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*. Valladolid: Lex Nova, 2009.

KARRERA EGIALDE, Mikel M. “Régimen jurídico de la sociedad postganancial: óptica jurisprudencial”, *Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Vizcaya*, nº 13.

MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa. *La liquidación de la sociedad de gananciales: restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*. Madrid: McGraw-Hill, 1995.

MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa. “Artículo 1406” en *Comentarios al Código Civil*, DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (Coord.). Valladolid: Lex Nova, 2010.

MIGUÉLEZ DEL RÍO, Carlos. “La empresa familiar y la sociedad legal de gananciales y su sucesión”, *Revista PECVNIA Universidad de León*, nº 12.

MONTES PENADÉS, Vicente Luis. *Comentarios a las reformas del derecho de familia Volumen II*. Madrid: Técnos, 1984.

RAMS ALBESA, Joaquín José. “Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales (régimen y naturaleza)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1985, nº 568.

REYES LÓPEZ, María José. “Actualidad civil, legislación comentada”, *Revista La Ley*, nº28.

ROCA SASTRE, Ramón María. *Derecho Hipotecario*. Barcelona: Bosch, 1997.

RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel. “Doctrina, Abogados de Familia”, *Revista La Ley*, nº36.

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

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

11. RELACIÓN DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS

Tribunal Supremo:

- STS 30 Diciembre 1998, JUR. 1256\1998
- STS 19 Octubre 2015, JUR. 572\2015
- STS 30 Junio 2005, JUR. 853\2005
- STS 13 Octubre 1994, JUR. 1792\1991
- STS 9 Mayo 2008, JUR. 313\2008

Tribunales Superiores de Justicia:

- STSJ 6 Marzo 2015, JUR. 50\2015

Audiencias Provinciales:

- SAP 13 Septiembre 2016, AC 102\2016
- SAP 2 Diciembre 2016, AC 480\2016
- SAP 21 Noviembre 2012, AC 722\2012
- SAP 20 Febrero 2009, AC 77\2009
- SAP 27 Noviembre 2012, AC 440\2012
- SAP 12 Julio 2013, AC 154\2013
- SAP 8 Junio 2016, AC 302\2016
- SAP 6 Julio 2011, AC 307\2011
- SAP 15 Febrero 2013, AC 93\2013
- SAP 8 Marzo 2001, AC 140\2001
- SAP 29 Septiembre 2014, AC 428\2014
- SAP 8 Febrero 2011, AC 55\2011
- SAP 18 Febrero 2016, AC 83\2016
- SAP 20 Abril 2012, AC 193\2012

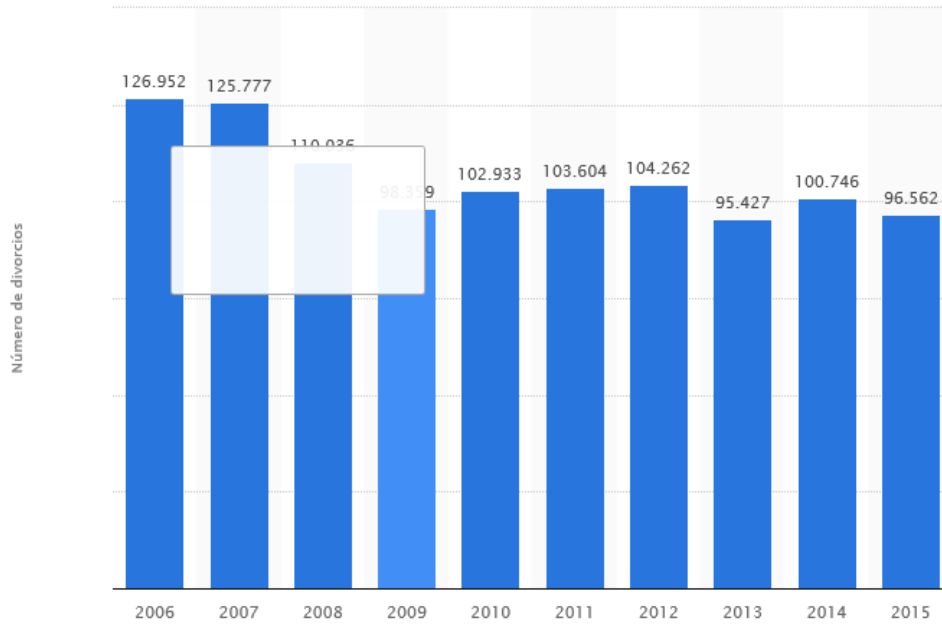
Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado:

- R. DGRN de 8 de julio de 1991
- R. DGRN de 13 de enero de 2014

- R. DGRN de 5 de junio de 2003
- R. DGRN de 8 de junio de 2009

12. ANEXOS

ANEXO 1



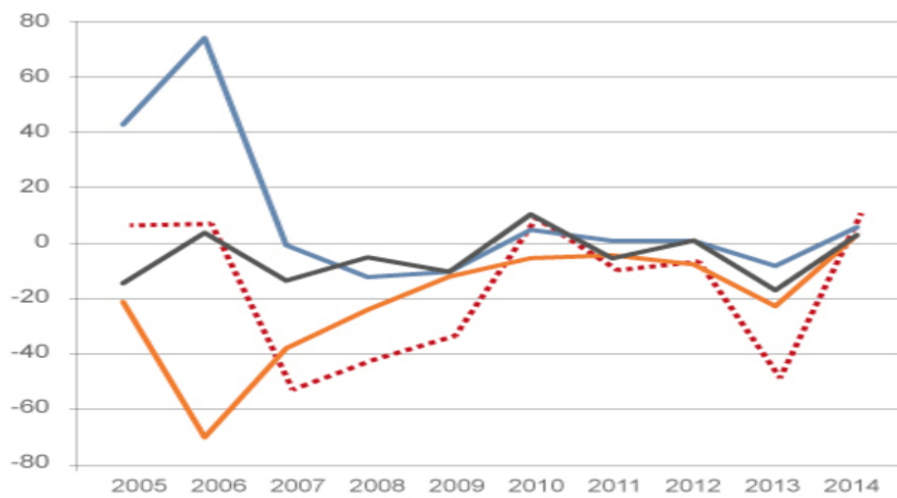
Fuente: INE

ANEXO 2

Nulidades, separaciones y divorcios

Variación interanual, valores absolutos.

..... Total — Divorcios — Nulidades — Separaciones

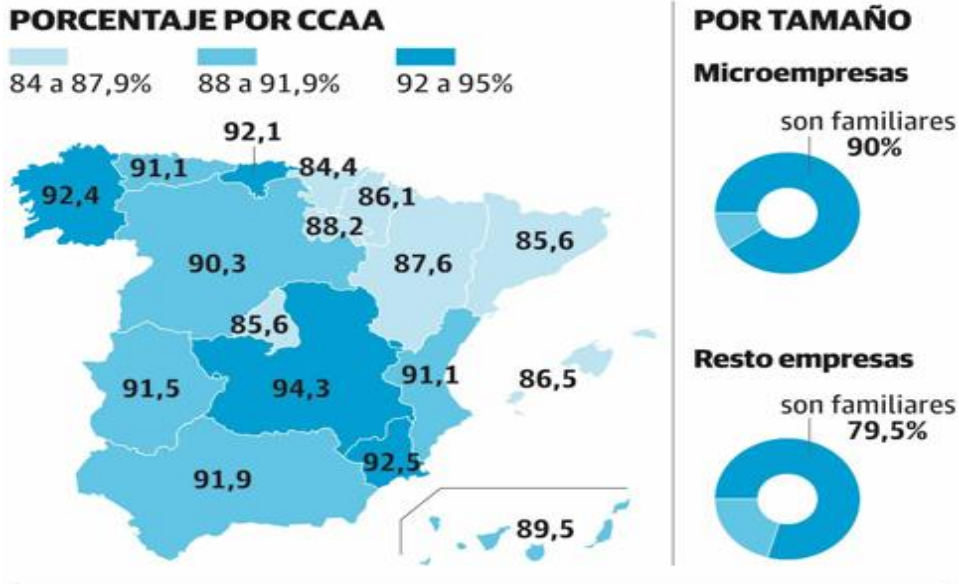


Fuente: INE

EL MUNDO.es

ANEXO 3

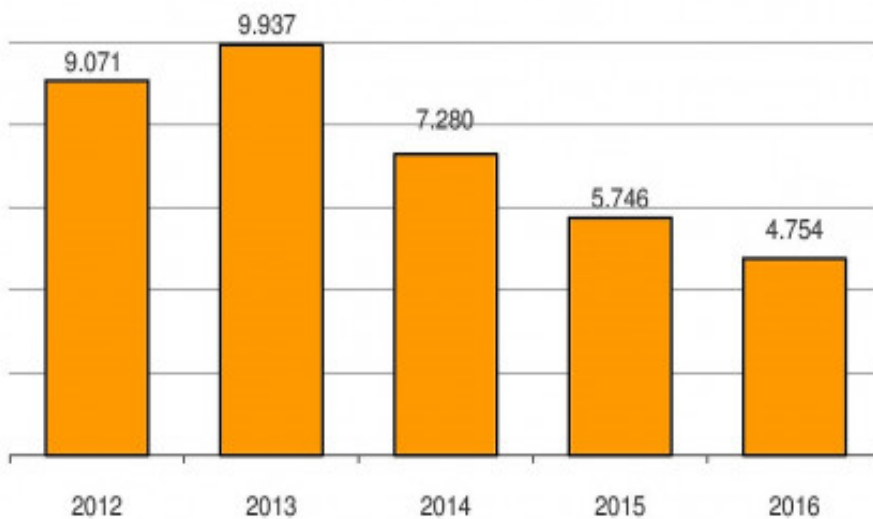
Mapa de la empresa familiar en España



Fuente: Instituto de la Empresa Familiar

ANEXO 4

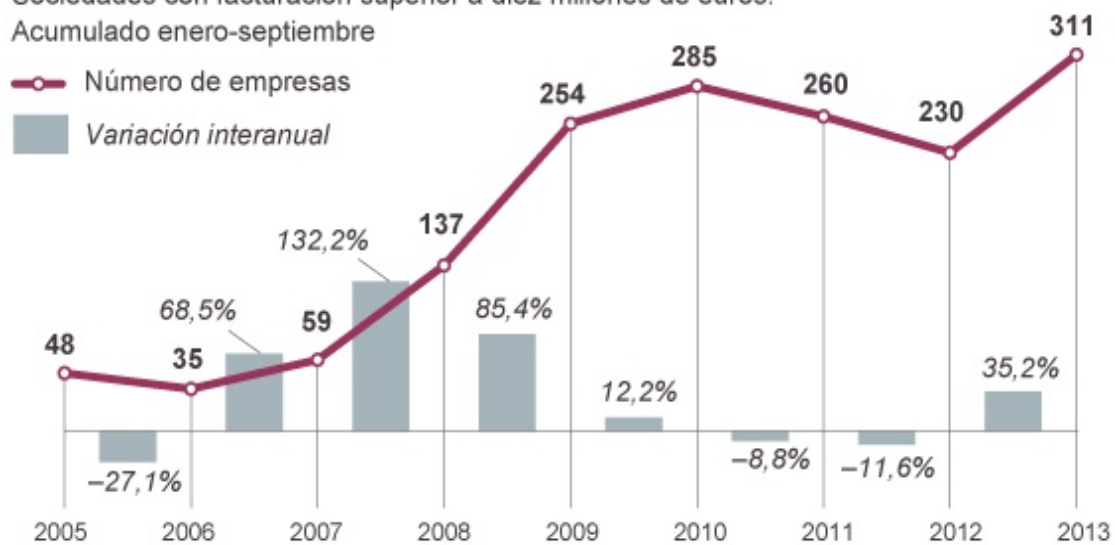
Evolución del número de deudores concursados



ANEXO 5

EMPRESAS EN CONCURSO DE ACREEDORES

Sociedades con facturación superior a diez millones de euros.
Acumulado enero-septiembre



Fuente: INE