

ESQUEMAS DE DERECHO DE FAMILIA

BLOQUE III: RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL: ASPECTOS GENERALES Y SOCIEDAD DE GANANCIALES

**(MATERIAL DIDÁCTICO PARA ALUMNOS DEL GRADO EN DERECHO
Y DE GRADO EN DERECHO Y ADE)**

JOSÉ MANUEL RUIZ-RICO RUIZ
Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Málaga

JOSÉ MANUEL MARTÍN FUSTER
Profesor de la Universidad de Málaga

ACTUALIZADO A OCTUBRE DE 2020

I. EL REGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

- Nos referimos a la esfera patrimonial del matrimonio.
- En todo matrimonio, sea cual sea el REM elegido, incluso en los regímenes de separación de bienes, la convivencia exige resolver una serie de asuntos a los que atiende la regulación legal del REM, y que serían los siguientes:
 - Cargas del matrimonio y forma de contribución de cada cónyuge.
 - Organización de las titularidades sobre los bienes y poderes domésticos de los cónyuges.
 - Necesidad de equilibrar los patrimonios de los cónyuges por contribuciones de uno u otro a la economía familiar.
 - Responsabilidad frente a terceros de los cónyuges por deudas generadas durante la vida matrimonial.
- En comparación con las uniones de hecho no matrimoniales (UH), es uno de sus efectos diferenciadores básicos: en las UH, no hay un REM, y aunque hubiera algún tipo de acuerdo de organización económica o asunción de cargas familiares, no tendría nunca efectos frente a terceros (ni siquiera aunque se otorgara escritura pública notarial al efecto: no serían propiamente unas capitulaciones matrimoniales ni se le aplicarían por analogía sus reglas específicas).
- Principios básicos de la regulación legal del REM en el C.Civil español son:
 - a) Principio de libertad de pacto:

Es el ámbito del matrimonio y la familia donde más facilidades existen para autorregular los propios intereses con muy escasa intervención. Esa libertad o autonomía se manifiesta en:

- Libertad para elegir el REM que se desee de entre los legalmente existentes, o para elegir cualquier otro posible (en este último caso, hay que detallar con cierta precisión su exacto contenido).
- Libertad para alterar o modalizar cualquiera de los regímenes legales.
- En defecto de pacto, la ley prevé (art. 1316 CC) un régimen supletorio de primer grado (el de gananciales), y otro de segundo grado, cuando sólo se pacta la exclusión del REM legal (que es el de separación de bienes: art. 1435.2º CC).
- Esa amplia autonomía se refleja en que son perfectamente posibles las transacciones y la renuncia de derechos (lo cual es menos viable en las relaciones personales entre los miembros de la familia).
- Límites de esa autonomía: Se recogen en el art. 1328 CC, que es el regulador de las Capitulaciones matrimoniales:
 - Leyes (se entiende, leyes imperativas, no dispositivas)
 - Buenas costumbres
 - Igualdad de los cónyuges (lo cual no excluye la posibilidad de cesión de facultades, pero siempre de forma *temporal*, no definitiva, y *con libre revocación de poderes*).
- Además, los cónyuges pueden celebrar contratos entre sí durante la vigencia del matrimonio (art. 1323 CC). Esto plantea algún problema en cuanto a sus consecuencias: posibilidad de ejercitar acciones judiciales entre sí, y cómputo del plazo prescriptivo entre cónyuges durante el período de convivencia normal.
- Exigencia de forma en estos pactos: escritura pública notarial de Capitulaciones matrimoniales (art. 1327 CC). ¿Significa esto que no puedan ser válidos pactos con eficacia interna, sin observar esta forma? Es una cuestión discutible, que depende en buena medida de la “ratio” del art. 1327 CC y la exigencia de forma solemne.

En todo caso, esta exigencia de forma sólo alcanza a los pactos sobre régimen económico en sentido estricto, pero no a otras estipulaciones que se pueden contener en ese formato, que podrían ser modificadas sin necesidad de acudir ante Notario.

b) Principio de mutabilidad del REM:

- La ley autoriza la posibilidad de dar por concluido el elegido al inicio del matrimonio, en cualquier momento, sin limitaciones.

- Por supuesto, esa modificación exige un pacto o acuerdo (unánime) de los dos cónyuges. Para ello, ha de acudir al Notario para otorgar Capitulaciones (incluso aunque en origen no hubiera Capitulaciones, sino aplicación de régimen supletorio).

- La ley no prevé ninguna posibilidad de dar por extinguido unilateralmente o por desistimiento el REM elegido, lo cual puede ser problemático (quizás podía haberse previsto la posibilidad de desistir de un régimen comunitario para pasar a uno de separación de bienes). Tan sólo está prevista la extinción del REM de gananciales en situaciones de crisis matrimoniales (divorcio, separación judicial; ni siquiera está prevista la extinción automática en caso de separación de hecho), o de fallecimiento.

- El art. 1317 CC regula la posibilidad de modificación, y dispone sus efectos: la inoponibilidad frente a terceros.

- Este artículo ha sido objeto de aplicación jurisprudencial en el sentido de afirmar que su efecto no es tanto la nulidad de la modificación del REM, ni tampoco es un caso de fraude de acreedores (que exija el cumplimiento de los presupuestos del art. 1291 ss. CC), sino que es una simple inoponibilidad. Eso significa que el contenido de lo pactado no afecta a terceros, y sigue subsistente frente a éstos el REM anterior, incluso aunque haya sido ya disuelto y liquidado. El tercero no tiene que probar nada.

- En todo caso, podría anularse el pacto, si se probase la simulación, o rescindirse, si se probase el fraude de acreedores.
- Para que se dé esa inoponibilidad es preciso que se trate de derechos ya adquiridos por terceros, antes de la modificación del REM.
- Para hacer eficaz frente a éstos el cambio de REM se precisa no sólo la escritura notarial de Capitulaciones, sino la inscripción en el Registro Civil o de la Propiedad.

II. CAPITULACIONES MATRIMONIALES:

- Naturaleza: Son el acuerdo entre los contrayentes o los ya cónyuges por el que, mediante la forma solemne del otorgamiento de escritura notarial, se estipula la organización económica de los cónyuges, o la modificación de la ya existente.
- Contenidos posibles de las Capitulaciones:
 - a) Estipulaciones sobre REM. (A veces no es fácil deslindar lo que corresponde con este tema).
 - b) Otras estipulaciones sobre matrimonio o convivencia matrimonial: Aquí cabe incluir muchas cosas:
 - Pactos prematrimoniales en previsión de ruptura de la convivencia o del matrimonio.
 - Donaciones entre los cónyuges y de terceros a los cónyuges.
 - Pactos sobre cuestiones sucesorias (por ej. designación de cónyuge con capacidad de mejorar –art.826 CC- o donaciones para el caso de muerte –art.1341 CC-).

- Pactos sobre organización de la convivencia y educación de los hijos.
- Reconocimiento de hijos no matrimoniales (art. 120.2º CC).

A todos estos últimos pactos o estipulaciones no se les aplica la exigencia de forma solemne prevista en la ley, salvo en cuanto al reconocimiento de hijos no matrimoniales (o donaciones de inmuebles: art. 633 CC).

- Límites: Art. 1328 CC: No ser contrarios a las leyes y las buenas costumbres y no ser limitativas de la igualdad de derechos entre cónyuges.

Esto último no excluye los pactos de delegación de funciones en exclusiva a uno de los cónyuges, como un efecto de un reparto de tareas pactado. Habría que pensar en una suerte de reciprocidad o de mutuas concesiones.

- Capacidad: Es la misma que la exigida para contraer matrimonio.

- El art. 1329 CC se refiere al menor no emancipado que con arreglo a la ley pueda casarse. Sin embargo, podría entenderse derogada en parte esta norma, en el sentido de que sólo los ya emancipados pueden otorgar capitulaciones, porque sólo ellos pueden contraer matrimonio. El legislador debería haber previsto la modificación de esta norma, y no lo ha hecho. Queda la duda de si se exige la intervención de padres o tutor en el supuesto de matrimonio de menor previamente emancipado.

- Sí se mantiene lo dispuesto en el art. 1330 CC respecto de los incapacitados.

- El art. 1331 CC exige, para la modificación de las capitulaciones, la intervención de quienes participaron en las primeras o anteriores capitulaciones, básicamente los dos cónyuges. No cabe la modificación unilateral, salvo en los casos legalmente tasados. Si intervinieron otras personas, en calidad de donantes, el art. 1331 CC exige su participación para modificar las capitulaciones (aunque se trata de una exigencia con escaso sentido: sólo en caso de previsión de revocabilidad de la

donación).

- Efectos: Se exige que el matrimonio se celebre en el plazo de un año (cuando se trata de Capitulaciones celebradas antes que el matrimonio mismo). Si no, decaerán en su eficacia (y habría que volver a otorgarlas, en su caso).

- No obstante, la eficacia de las Capitulaciones no decae por el transcurso de ese plazo si se contienen otras disposiciones de contenido diferente como las antes señaladas (por ej., un reconocimiento de hijo: art. 120.2º CC).

- Para la eficacia frente a terceros, será necesaria la inscripción en el Registro Civil (o de la propiedad). No obstante, cabría defender su eficacia si los terceros conocían de su existencia y contenido, aunque no estuvieran inscritas o mencionadas en el Registro Civil.

- Publicidad de las Capitulaciones matrimoniales:

Art. 1333 CC: Mención de las capitulaciones matrimoniales, pero sin constancia completa de las estipulaciones.

No hay perjuicio de tercero mientras no se haga constar en el Registro Civil o de la Propiedad.

La Ley del Registro Civil de 21 de julio de 2011 prevé (art. 60) la constancia registral de la escritura completa de Capitulaciones. Sin embargo, la vigencia de esta norma fue demorada hasta el 30 de junio de 2018, luego hasta junio de 2020 y recientemente ha quedado pospuesta de nuevo hasta abril de 2021.

III. DISPOSICIONES GENERALES SOBRE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. EL LLAMADO REGIMEN MATRIMONIAL PRIMARIO

- El legislador ha previsto unas disposiciones generales aplicables a todo matrimonio, sea cual sea su REM. Por supuesto, habrá que adaptarlas en función de las particularidades de cada régimen, como ahora se verá.
- Son las normas previstas en los arts. 1315 ss. CC: sobre todo los arts.1318, 1319, 1320, 1321 y 1322 CC.
- Se dice que se trata todas ellas de normas imperativas aplicables a todos los regímenes económicos. Lo cierto es que no es del todo así, puesto que algunas de ellas admiten la posibilidad de pacto modificador.

1.- Levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 1318 CC):

- Los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio.
- Concepto y alcance de la expresión “cargas del matrimonio”: remisión al art. 1362 CC sobre gananciales, por su precisión: allí se habla de los gastos son de cargo de la sociedad de gananciales, y se incluyen los gastos siguientes:
 - Sostenimiento de la familia
 - Gastos de los hijos: alimentación y educación de los hijos comunes

- Gastos y atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia.

- Si hay hijos de un matrimonio anterior, ¿se consideran como cargas del matrimonio? Se incluyen en tanto se trata de alguien que convive con los cónyuges (pacto tácito: ambos cónyuges han aceptado que esa persona viva con ellos, por lo que sus gastos son cargas matrimoniales). Si no conviven, sus gastos los cubrirá aquel de los cónyuges que sea su progenitor en exclusiva. Cabe, no obstante, un pacto que modifique la previsión legal.

- En principio, la expresión “familia” debe incluir la familia nuclear, excluyendo a otros familiares (padre de alguno de los cónyuges). No obstante, de nuevo cabe la posibilidad de pacto para incluirlos dentro de las cargas familiares.

- No se dice en la norma cómo se cubren esas cargas del matrimonio: Para ello, nos remitimos a cada uno de los REM vigentes:

a) Si era de gananciales, al existir un patrimonio común, éste es el que debe hacer frente a dichos gastos. No obstante, si los cubre uno de ellos con sus bienes propios, tiene un derecho de reembolso. Respecto de la responsabilidad frente a terceros derivada de deudas correspondientes a cargas familiares, habrá que atender al criterio de quién contrajo la deuda, pero finalmente, deberá ser cubierto por la comunidad ganancial.

No se dice nada en la ley del caso en que sean insuficientes los bienes gananciales: habría que aplicar el criterio de la contribución proporcional (al menos de forma provisional, hasta que aumenten los bienes gananciales), con un subsiguiente derecho de reembolso en el futuro, si se produce un incremento de los gananciales.

b) Si se trataba de un régimen de separación de bienes, el art. 1438 dispone que los cónyuges contribuirán a la cobertura de esas cargas familiares, a falta de convenio, de forma proporcional a sus respectivos recursos económicos.

c) En casos de separación de hecho, se entiende disuelto el régimen de gananciales, y es como si hubiera un régimen de separación. Lo mismo en casos de separación legal o judicial, donde el matrimonio persiste en cuanto a las cargas familiares.

- El párrafo II del art. 1318 CC, regula las consecuencias de que uno de los cónyuges no cumpla su deber de contribuir a dichas cargas.

- Se incluyen dentro de estas cargas las llamadas “*litis expensas*” o gastos por litigios de un cónyuge frente a terceros, y de un cónyuge contra el otro cónyuge (por ej. gastos por separación, divorcio, nulidad). Si uno de los cónyuges no puede prestarlos, los tiene que prestar el otro, si el primero no tiene bienes, pero también puede haber litigios por razones patrimoniales (discusión sobre la propiedad de un bien...).

2.- El ejercicio de la llamada potestad doméstica y los gastos de los cónyuges para atender las necesidades ordinarias de la familia.

- El art. 1319 CC regula la llamada potestad doméstica. Mientras el art. 1318 CC se refiere de las cargas y obligaciones a efectos internos nada más, el art. 1319 CC se sitúa más bien *en el ámbito externo y de gestión*. Se trata de garantizar y proteger la posición de terceros que contratan con alguno de los cónyuges en aquellos ámbitos que se consideran usuales en la gestión de las necesidades básicas de la familia.

- Así pues, sea cual sea el régimen (aunque la norma piensa más en un régimen de comunidad), cuando haya que realizar actos o contratos que afecten a necesidades ordinarias de la familia, la ley considera normal que puedan contraerlos o cumplirlos cualquiera de los cónyuges de forma indistinta.

En un régimen de comunidad, lo normal es la actuación conjunta, con consentimiento de ambos. Pero cuando se trata de gastos *ordinarios* encaminados a las *necesidades básicas de la familia*, aunque no intervengan los dos cónyuges, afectará a

la sociedad: por eso la norma dispone que responderán solidariamente los bienes del que contrajo la deuda y los bienes comunes (es dudoso si se limita a los bienes gananciales); subsidiariamente, esto es, una vez hecha excusión de todos los anteriores, y siendo insuficientes, responderán los del cónyuge que no participó. Por supuesto, en las relaciones internas, habrá que estar al art. 1318 CC, y resolver si son gastos de sostenimiento de la familia o no.

Se refiere a actos ordinarios, no extraordinarios. Si fueran extraordinarios necesitaría autorización.

3.- Actos de administración y disposición: Art. 1322 CC. Consecuencias jurídicas de la necesidad de actuación conjunta de los cónyuges

- El art. 1322 CC se refiere a aquellos casos (sin referirse sólo al REM de gananciales) en que, tratándose de actos de administración o disposición de bienes, la ley exija el consentimiento del otro cónyuge, si no concurre ese consentimiento, podrá ser anulado el acto.

- Se refiere a actos a título oneroso.

- Se trata de anulabilidad, con un plazo 4 años de caducidad, contados desde que se tuvo conocimiento o desde que se disolvió la sociedad de gananciales (art. 1301 CC).

- Si fuesen a título gratuito y se tratase de bienes comunes (por ej. gananciales), será una nulidad de pleno derecho, sin plazo.

4.- En concreto, la vivienda habitual y muebles de uso ordinario: art. 1320 CC.

Art. 1320: Exigencia del consentimiento de ambos cónyuges, o autorización judicial, en caso de no llegar a acuerdo (por ej. se plantea la conveniencia de vender la vivienda).

- Se refiere a cualquier acto dispositivo, sea enajenación (onerosa o gratuita), como constitución de hipotecas o gravámenes o cualquier derecho real sobre dicha vivienda o bienes.
- Incluye tanto derechos de propiedad o derechos reales sobre vivienda habitual, como derechos personales (v.gr. derecho arrendaticio).
- Esta norma se aplica tanto si el REM es de separación de bienes, y la vivienda es *propiedad de uno solo de ellos* (si es de ambos, se exige obviamente el consentimiento de ambos), como si es un régimen de gananciales, pero la vivienda habitual era un *bien privativo de uno de ellos*.
- Vivienda habitual es el lugar donde desarrollan la vida los miembros de esa familia. Por tanto no son vivienda habitual los inmuebles no susceptibles de habitar (garaje, por ejemplo).
- Vivienda habitual puede ser más de una vivienda, si viven separados. En tales casos, cualquier acto de disposición necesita consentimiento.
- En cuanto a disposición a título gratuito de la vivienda habitual, sería un acto nulo de pleno derecho (imprescriptible), si se trataba de un bien ganancial o común. En cambio, si era de uno de ellos solamente, y pretende un acto dispositivo gratuito, se aplica el art. 1320 CC, de modo que sería un acto anulable, que puede ser convalidado por el transcurso del tiempo (cuatro años).

-Tener en cuenta el art. 1321 CC: atribución *mortis causa* del ajuar familiar.

5.- Confesión sobre la condición de los bienes: (art. 1324 CC).

El C.Civil permite, *a efectos probatorios entre los propios cónyuges*, la confesión de privatividad.

Conforme a dicha norma, los cónyuges pueden de forma unilateral confesar que un bien es privativo o exclusivo del otro, a efectos de solventar una duda (por ej. si había pasado mucho tiempo y se carece de título acreditativo de la adquisición), pero esto sólo tiene alcance entre ellos (y a lo sumo sus herederos voluntarios, en cuanto éstos suceden íntegramente al causante en su misma posición jurídica).

Esa confesión no perjudica a terceros: acreedores (incluida Hacienda, como es lógico) ni legitimarios (sería entonces muy fácil burlar las legítimas). Eso implica que estos terceros pueden deshacer la confesión acreditando su verdadera naturaleza según el REM vigente entre los cónyuges.

No es una norma que sólo se aplique en caso de régimen de gananciales, sino que alcanza a cualquier otro REM.

6.- Donaciones por razón de matrimonio (arts. 1336 ss. CC).

- Estudiar arts. 1336 a 1343 CC.

IV. LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

1.- Naturaleza:

¿Es realmente una sociedad, conforme al art. 1665 ss. CC (regulador del contrato de sociedad)? Allí se habla de la sociedad universal de ganancias, por ejemplo (art. 1672 y 1675 CC).

Antes de la reforma del 81: se decía que estaban creando una suerte de contrato de sociedad. Pero en la actualidad, a partir del 81, del vigente artículo 1344 CC se deduce que se hacen comunes los bienes y al disolverse la sociedad de gananciales se atribuirán por mitad a cada uno de ellos.

Eso significa que los gananciales son un régimen de comunidad que tiene su aplicabilidad durante la vida del régimen. La cuestión más importante es saber qué hay dentro del sistema de gananciales. Por lo pronto, no es propiamente una sociedad ni se le aplican supletoriamente las normas del contrato de sociedad. Debe tenerse en cuenta además que el régimen de gananciales normalmente no se constituye mediante contrato o Capitulaciones, sino que generalmente surge *ex lege*, como régimen supletorio de primer grado a falta de acuerdo.

Ahora bien, no siendo propiamente una sociedad, ¿pueden los cónyuges celebrar un contrato de sociedad civil que se registraría por las normas del contrato de sociedad? Sí pueden.

- Dato muy importante en la cuestión de la naturaleza jurídica: la sociedad de gananciales carece de personalidad jurídica.

Hay que tener en cuenta, que su efecto principal es que se hacen comunes las ganancias o beneficios “obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges”. La ganancialidad significa que nace un tipo de comunidad con cualquier beneficio derivado del trabajo, de los frutos de los bienes de cualquiera de los cónyuges, o beneficios o frutos del azar, que pasan a ser gananciales y a crear una masa de bienes separada de los patrimonios privativos de los cónyuges.

- La sociedad de gananciales es un patrimonio separado destinado a un fin. Pero aunque sea un patrimonio separado, es un patrimonio *sui generis*, porque puede haber reembolsos recíprocos entre la masa común y la masa patrimonial privativa de cada cónyuge.

- Pero ¿cómo es esa comunidad de bienes, de tipo romano o germánico? En opinión de la doctrina y de la jurisprudencia (A partir de STS de 1 de septiembre de 2000), es una especie de comunidad germana, porque:

- a) No hay cuota sobre bienes concretos. Los bienes o dinero que se vayan generando durante la vida de la sociedad se ha dicho por la doctrina y la jurisprudencia que *no conforman un derecho de copropiedad ordinaria del art. 392 ss CC por cada uno de los bienes*, sino que se configura una comunidad o cotitularidad **sobre el conjunto**, donde cada cónyuge tiene una cuota global de todo ese conjunto de bienes.
- b) No se puede ceder o transmitir a terceros ni siquiera la cuota de cada cónyuge sobre el conjunto de los bienes, mientras subsista la sociedad (como consecuencia del carácter personal del vínculo).
- c) No hay acción de división ni derecho de retracto, porque no hay posibilidad de vender la cuota.

Es una comunidad que se parece mucho a lo que luego veremos es la comunidad hereditaria.

- Se da también la particularidad de que se puede embargar la parte de gananciales de la sociedad, por parte de los acreedores particulares de cada cónyuge. Así, si los bienes privativos no fueran suficientes para cubrir la deuda, los acreedores pueden embargar la parte de aquél en los bienes gananciales, lo cual podría conllevar la disolución del régimen de gananciales (art.1373 CC).

2.- La composición del patrimonio ganancial.

Bienes privativos o bienes gananciales:

1.- Bienes privativos:

- a) Con carácter general, son privativos los derechos de que eran titulares los cónyuges antes de casarse o de iniciarse el régimen de gananciales.
- b) Los adquiridos con posterioridad a título gratuito (donaciones y herencias a favor de uno de ellos). No obstante, ver art. 1353 CC.
- c) Los adquiridos en sustitución de los que eran privativos (principio de la llamada “*subrogación real*”).
- d) Los adquiridos por derecho de retracto calificado como privativo. (Es indiferente que se haya utilizado dinero o bienes gananciales para su adquisición: sólo habrá un deber de reembolso a la masa común ganancial).
- e) También lo son los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y no transmisibles *inter vivos*.

Este último apartado es muy problemático: ¿Se incluye aquí los derechos de propiedad intelectual como posibles bienes privativos, por ej, creación de un libro y el autor está casado en gananciales: ¿De quién es la propiedad del libro? ¿Y los beneficios derivados del derecho de explotación de las obras intelectuales? Desde luego, los derechos morales derivados de la propiedad intelectual son privativos, mientras que los beneficios serían gananciales (al menos los generados durante el tiempo que dura la sociedad de gananciales).

Otros posibles casos dudosos:

- Indemnización por despido: La jurisprudencia más reciente es favorable a su condición de ganancial.
 - Pensiones de jubilación: Es dudoso, pero seguramente deben calificarse como gananciales.
 - Pensiones o indemnizaciones por incapacidad laboral: Muy probablemente sean privativas, al estar directamente conectadas con la capacidad laboral, que es algo de índole personal. Lo ha dicho recientemente el Tribunal Supremo en sentencia de 14 de diciembre de 2017.
 - Planes de pensiones: el dinero que se aporta al plan de pensiones es ganancial, por lo que el dinero del plan de pensiones sería ganancial. La jurisprudencia parte de que el plan de pensiones no está en función de una actividad profesional, sería una especie de derecho inherente a la persona, por eso lo razonable es, según alguna jurisprudencia, que sean gananciales las aportaciones, y habría derecho a que se computen esas cantidades. La cuestión es más dudosa aún si los cónyuges se divorcian antes de que se cobre esa pensión, de modo que ésta se cobra luego: es discutible si sería privativa en ese caso.
 - En cuanto a la usucapión, si un cónyuge empieza a usucapir, y luego contrae matrimonio, siendo entonces cuando llega el transcurso del plazo, estarían en régimen de gananciales. Sin embargo, en la usucapión, la adquisición de la propiedad es retroactiva, por lo que con el tiempo lo que hace es confirmar la propiedad. No hay una solución definitiva, depende del concepto en que se posea. Pero puede ser que se cambiara el concepto y que se poseyera en copropiedad, por tanto no podría ser ganancial, pero sí una copropiedad ordinaria.
- f) Otros bienes privativos: Los arts. 1354 ss. CC recogen casos singulares de bienes privativos o gananciales.
- Art. 1348 CC: Créditos aplazados: si pertenecían a uno de los cónyuges, no cambia esa calificación de privativos por el

hecho de cobrarse algunos plazos estando vigente la sociedad de gananciales.

- Art. 1352 CC: Nuevas acciones u otros títulos, derivados de otros que eran privativos, serán también privativos.

- Art. 1354 CC: Bienes adquiridos con precio en parte privativo y en parte ganancial, se constituye una comunidad pro indiviso según las aportaciones.

- Bienes adquiridos a plazos (art. 1356 CC): los bienes adquiridos antes del matrimonio, o con un primer plazo privativo, serán bienes privativos, aunque por ser pagado a plazos, esos plazos se paguen en parte con dinero ganancial. Los plazos pagados con dinero ganancial darán derecho al reembolso.

- Art. 1357 CC: Si fueron bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar el régimen de gananciales, serán privativos. Caso típico es el de la vivienda, que a veces es adquirida por uno de los cónyuges antes de casarse. Si fue adquirida por ambos en situación de unión de hecho no matrimonial, habrá una copropiedad ordinaria, pero no un bien ganancial.

- Se exceptúa la vivienda familiar, en cuyo caso se aplica el art. 1354 CC: el inmueble se considerará adquirido en parte como ganancial y en parte como privativo, si después del matrimonio se pagan cuotas con dinero ganancial. (ej: un piso en el que da la entrada uno de los cónyuges, que sería privativo, pero los plazos pagados después serán gananciales, será una cotitularidad).

- Art. 1359 CC: Régimen de las mejoras introducidas en un bien originariamente privativo o ganancial: conservarán como regla esa naturaleza, sea cual sea el origen del dinero invertido.

2.- Bienes gananciales. El activo de la sociedad de gananciales:

- En realidad, lo son los que no son privativos.
- La idea base, en caso de duda, es la de determinar si se trata de una ganancia, renta, salario (o similar), beneficio empresarial o intereses del dinero.
- Son bienes gananciales (art. 1347 CC):
 - a) Bienes obtenidos por el trabajo o industria de cualquiera de los cónyuges.
 - b) Rentas del capital o frutos de los bienes privativos y de los bienes gananciales.
 - c) Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común (principio de subrogación real).
 - d) Los adquiridos por derecho de retracto ganancial.
 - e) Las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno de los cónyuges a expensas de los bienes comunes.
- Casos especiales: Art. 1349 CC: derecho de usufructo y de pensión: seguirán siendo privativos, pero los frutos, pensiones o intereses devengados serán gananciales. / Art. 1350 CC: Ganados, serán gananciales el exceso del número de cabezas originario, computado al final del régimen).
- Art. 1351: Ganancias del juego: serán gananciales.

- Presunción general de ganancialidad: art. 1361 CC. Se aplica cuando no es posible la prueba de la titularidad.

3.- El pasivo de la sociedad de gananciales: las deudas de cargo y de responsabilidad de la sociedad.

Punto de partida:

- La sociedad de gananciales carece de personalidad jurídica (aunque sí constituye un patrimonio separado).

- Eso implica que toda deuda para satisfacer las necesidades de la familia debe ser contraída al menos por uno de los cónyuges: este sería **el cónyuge deudor** (frente al tercero acreedor con el que contrata).

- Ese cónyuge, en la medida en que el acto jurídico tenga repercusión en la familia y entre dentro de lo que serían las cargas familiares (art. 1319 y 1362 CC), no será el responsable último, sino que lo será el patrimonio ganancial, como patrimonio separado destinado a un fin (sostenimiento de las necesidades familiares), junto con el patrimonio privativo de dicho cónyuge que contrajo la deuda.

- Si resulta que ese cónyuge deudor paga con bienes privativos suyos una deuda o carga familiar, tendrá derecho de repercutirlos en la masa ganancial (es el derecho de reembolso, que se produce normalmente al final del régimen, cuando se disuelve y hay que liquidarlo, aunque nada impide el reembolso antes de ese momento).

- Por otro lado, si la deuda contraída no cubre necesidades o cargas familiares, no será responsable el patrimonio común sino el privativo del cónyuge que contrae la deuda. Por tanto, incluso aunque sea contraído por ambos cónyuges, no se podrá repercutir en el patrimonio ganancial. Si se utilizan bienes gananciales para cubrir esa deuda privativa, habrá un derecho de reembolso a favor de la masa ganancial, en el cómputo final, cuando se liquide la sociedad de gananciales.

- Por tanto, hay que distinguir:

a) Un aspecto interno: se trata de determinar cuál es el patrimonio final responsable de cada deuda contraída por los cónyuges en régimen de gananciales.

- A este aspecto interno de las deudas contraídas en el régimen de gananciales lo llamamos **“deudas de cargo de la sociedad de gananciales”**. Aquí se trata de determinar el patrimonio finalmente responsable de las deudas (pasivo definitivo), con independencia de quién sea responsable frente a los terceros acreedores. Estas son las deudas propiamente gananciales, integrantes del pasivo de la sociedad de gananciales.

b) Un aspecto externo: aquí se trata de determinar qué patrimonio o patrimonios van a responder frente a terceros. La regla general es que, frente a terceros, dado que la sociedad de gananciales carece personalidad jurídica, será responsable el cónyuge que contrajo la deuda (los dos si ambos la contrajeron con ese tercero), así como el patrimonio ganancial, cuando así lo señale la ley.

- Es lo que se denomina las **“deudas de responsabilidad de la sociedad de gananciales”**. Aquí se trata de determinar el patrimonio provisionalmente responsable de las deudas (pasivo provisional) frente a los terceros. Los acreedores que se incluyan en alguno de los supuestos que ahora se verán, pueden embargar directamente los bienes gananciales, además de los privativos del cónyuge deudor: hay responsabilidad solidaria de uno y otro patrimonio.

- Este no es el pasivo real de la sociedad, sino sólo el listado de deudas frente a terceros a las que debe hacer frente el activo ganancial, de forma provisional. Si la deuda no se corresponde con las que aparecen en el pasivo definitivo (deudas de cargo de la sociedad), deberá reembolsarse a la masa ganancial lo detrído de ella, por parte de aquel de los cónyuges a quien benefició.

- El patrimonio privativo del cónyuge no deudor queda a resguardo de las acciones de ese tercero acreedor.

- No existe coincidencia total entre los casos en que la sociedad de gananciales (el activo) va a hacer frente a las deudas contraídas frente a terceros, y los casos en que el patrimonio ganancial es finalmente responsable. El listado de las primeras es en general más amplio que el de estas segundas, en aras de la protección de los terceros acreedores.

Ahora se comprueba:

1.- Deudas de cargo de la sociedad de gananciales: (pasivo definitivo)

a) Las recogidas en el art. 1362 CC: Son los supuestos más generales:

- Sostenimiento de la familia (alimentos, atenciones de previsión...)
- Gastos por la adquisición, tenencia y disfrute de bienes comunes: es completamente lógico.
- Administración ordinaria de bienes privativos (lo cual se justifica porque los frutos de éstos pasan a ser gananciales, luego los gastos para su generación se deben cubrir con los bienes gananciales; no se incluyen los extraordinarios).
- Gastos por la explotación regular de los negocios o profesión, arte u oficio de cada cónyuge (por la misma razón anterior).

b) Art. 1363 CC: donaciones o promesas de donación.

c) Art. 1366 CC: Obligaciones extracontractuales de un cónyuge cuando fue contraída en actuación en beneficio de la comunidad, salvo dolo o culpa grave. (Son de cargo y responsabilidad).

d) Art. 1368 CC: Casos de separación de hecho (en realidad, están dentro del 1362 CC, sólo que con el matiz de que es en casos de separación de hecho).

e) Art. 1371 CC: Se incluyen los gastos de juego cuando su importe sea moderado en función del uso y circunstancias de la familia (se refiere a deudas de responsabilidad, pero también de cargo de la sociedad).

2.- Deudas de responsabilidad de la sociedad de gananciales: (pasivo provisional)

a) Art. 1365 CC: Se recogen los casos en que responde frente a terceros los bienes gananciales, junto con los privativos del cónyuge deudor:

- Deudas contraídas por un cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.
- Deudas contraídas en la gestión o disposición de gananciales, cuando por ley o por pacto se haya atribuido a uno solo de los cónyuges (remisión a los arts. 1381, 1384 y 1386 CC).
- Deudas contraídas en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o la administración ordinaria de bienes propios.

b) Art. 1366 CC: Responsabilidad extracontractual.

c) Art. 1368 CC: Separación de hecho.

d) Art. 1370 y 1371 CC: Deudas de juego.

e) Art. 1367 CC: Va de suyo que, si ambos contrajeron la deuda, es responsable de la misma el patrimonio privativo de ambos y el ganancial o común. (Cabe la posibilidad de que la finalidad del contrato o de la deuda contraída no sea una de las que se incluyen en el art. 1362 CC como de cargo final de la sociedad de gananciales: en este caso, debe reembolsarse a la sociedad, al menos contablemente cuando se proceda a la liquidación, lo tomado de ésta para pagar una deuda privativa). Habrá que valorar el hecho de que puede haber habido un pacto expreso o tácito interno.

- Hay que tener en cuenta que la regla general en la actuación de los cónyuges es la cogestión (respecto del patrimonio y deudas gananciales). En los arts. 1376 y 1377 ss. CC se recogen los supuestos de actuación conjunta y las excepciones a la actuación individual. Pero incluso aunque no se trate de uno de esos casos y se haya actuado individualmente “*contra legem*”, habrá responsabilidad de la sociedad de gananciales mientras no se impugne.

4.- Gestión y administración en la sociedad de gananciales:

Regla general: Administración conjunta de ambos cónyuges (art. 1375 CC).

- No está excluido el pacto en Capitulaciones atribuyendo la gestión puntualmente a uno de ellos.

Excepciones a la regla de gestión/administración conjunta:

a) Casos de intervención judicial:

- Art. 1376 CC: Suplencia de uno de los consentimientos por parte del juez, en casos de imposibilidad o negativa injustificada, para actos de administración de bienes gananciales.

- Art. 1377.II CC: Para actos de disposición a título oneroso de bienes gananciales, cuando haya imposibilidad de uno de los cónyuges. No cabe para actos a título gratuito, donde sólo cabe el consentimiento de ambos (art. 1378 CC).

- Art. 1388 CC.

b) Art. 1381 CC: Actos de disposición por un cónyuge de los frutos y productos generados por sus bienes privativos

(aunque son gananciales tales frutos y productos, el cónyuge administrador de los bienes privativos productivos puede gestionarlos por sí solo, rindiendo luego cuentas al otro: art. 1383 CC).

c) Art. 1382 CC: Anticipo de numerario ganancial necesario, según los usos y circunstancias de la familia, para destinarlo al ejercicio de su profesión o administración ordinaria de sus bienes.

d) Art. 1384 CC: Ejercicio individual de derechos de crédito ganancial, cuando los mismos consten a nombre de uno solo de ellos.

e) Art. 1386 CC: Realización de gastos urgentes de carácter necesario, aun cuando sean extraordinarios.

f) Art. 1387 CC: Transferencia *ope legis* cuando uno de los cónyuges sea nombrado tutor o representante legal de su consorte, sin necesidad de intervención judicial.

5.- Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales:

- Causas de disolución:

1.- Causas de disolución automáticas (art. 1392 CC):

2.- Causas de disolución por decisión judicial por petición de uno de los cónyuges (art. 1393 CC):

- Efectos: Deja de existir el REM de gananciales, por lo que, a partir de ese momento, las rentas, salarios y beneficios obtenidos pasan a ser exclusivos de cada cónyuge (salvo que se haya pasado a otro REM de comunidad distinto del de gananciales).

- Referencia especial a la disolución por nulidad matrimonial (art. 1395 CC): Si hubo mala fe por parte de uno de los cónyuges, el otro podrá optar por aplicar las reglas generales o acudir al régimen de participación, no teniendo el de mala fe derecho a participar en las ganancias del otro.

- Debe recordarse que, conforme a cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo, la separación de hecho seria y prolongada en el tiempo constituye también causa de disolución de la sociedad de gananciales, aunque no se haya solicitado la misma conforme al art. 1393.3º CC. No obstante, esta doctrina está siendo revisada por recientes sentencias del Tribunal Supremo de 2019 y 2020 que parecen restringirla.

- **La liquidación de la sociedad de gananciales:**

- No siempre que se disuelve la sociedad de gananciales, se realiza de forma simultánea la liquidación.

- Esto plantea un grave problema no resuelto por el legislador: ¿cuál es el régimen jurídico de la Comunidad disuelta pero no liquidada todavía? A esta se le llama la **comunidad postganancial**.

- No existen normas que la regulen, pero doctrina y jurisprudencia señalan que debe considerarse una suerte de “comunidad ordinaria” aunque recayente sobre un conjunto de bienes. Es obvio que no cabe seguir aplicando las normas sobre sociedad de gananciales, al haberse extinguido la misma, por lo que habría que remitir a las reglas generales de la comunidad de bienes (arts. 392 ss. CC), con particularidades.

- Exponemos a continuación las diferencias entre esta comunidad postganancial y la comunidad ganancial en situación de normalidad:

- a) Al estar ya disuelta la sociedad, cada cónyuge (o sus herederos) puede disponer *inter vivos* y *mortis causa* de su cuota en esa comunidad. (Lo que no se podía hacer en la comunidad ganancial)
- b) Existe posibilidad de ejercitar la acción de división por cualquiera de los dos cónyuges. (Lo que no se podía hacer en la comunidad ganancial)
- c) Existe la posibilidad de estipular pactos de indivisión de dicha comunidad, incluso más allá de los 10 años. (Lo que no se podía hacer en la comunidad ganancial) .
- d) Existe la posibilidad de ejercitar el derecho de retracto por uno de los cónyuges si el otro pretende enajenar a título oneroso su cuota en la comunidad postganancial. (Lo que no se podía hacer en la comunidad ganancial)
- e) Desaparece la posibilidad de hacer comunes las ganancias de uno y otro cónyuge.
- f) Respecto de los frutos generados por los bienes gananciales durante la fase de postganancialidad, se adquieren por ambos cónyuges de forma igualitaria (al 50 %), pero como comunidad ordinaria, sin que queden afectos al pago de las deudas gananciales, al haberse generado con posterioridad a la disolución de la sociedad.
- g) En cuanto a la administración de esa masa de bienes, se aplicarán las reglas generales de la comunidad de bienes (art. 398 CC: exigencia de mayoría de cuotas, lo que puede ocurrir si por ejemplo uno de los cónyuges falleció, y algunos de sus herederos -no todos- dan su consentimiento a la propuesta del cónyuges sobreviviente).
- h) En cuanto a los actos de disposición de los bienes integrantes de esa comunidad postganancial, se aplica la regla general del art. 397 CC, en cuanto a la exigencia de la unanimidad. En caso de no existir unanimidad, aplicaríamos el criterio de la validez a efectos obligacionales del contrato de enajenación entre los que lo celebraron y el tercero, pero sin relevancia jurídico-real, al faltar el consentimiento de uno de ellos (se carece de poder de disposición por el cónyuge contratante).

i) Rige el principio de subrogación real, de modo que pasan a formar parte de dicha comunidad aquellos bienes que sustituyen a los que originariamente la integraban.

- Operaciones de liquidación:

- Es fundamental principiar por la realización de un Inventario de bienes y deudas de la comunidad que incluya el activo y el pasivo (art. 1396 CC).

- En el activo, se incluyen los bienes y derechos que señala el art. 1397 CC:

- a) Bienes gananciales existentes en el momento de la liquidación.
- b) Importe actualizado de los bienes enajenados por negocio ilegal o fraudulento.
- c) Importe actualizado de las cantidades pagadas por la sociedad que fueran de cargo privativo de cada uno de los cónyuges.

- En el pasivo se incluyen las deudas que señala el art. 1398 CC:

- a) Deudas pendientes de pago que sean de cargo de la sociedad.
- b) Importe actualizado del valor de los bienes privativos gastados en interés de la sociedad.
- c) Importe actualizado de las cantidades pagadas por uno de los cónyuges que sean de cargo de la sociedad.

- En cuanto a la forma de hacer el inventario, el art. 1410 CC dispone escuetamente una remisión a las normas hereditarias sobre partición y liquidación de herencias de los arts. 1035 ss. CC). En realidad, debería remitir a las reglas sobre inventario en la aceptación de la herencia a beneficio de inventario.

- La realización del inventario no es una exigencia formal imprescindible, pero puede tener consecuencias muy importantes

su no realización:

Así el art. 1401 CC establece, respecto del cónyuge no deudor, esto es, aquel que no suscribió el contrato con el tercero (quien no es responsable en principio frente a este tercero con sus bienes propios o privativos), que si no se hace inventario, puede tener que responder más allá del patrimonio ganancial, esto es, con sus bienes propios, a pesar de no ser deudor. Es una suerte de sanción, como sucede en la herencia cuando no se acepta a beneficio de inventario, por el hecho de haberse permitido la confusión material de los bienes gananciales con los privativos.

- Debe procederse a continuación al avalúo o tasación de los bienes que quedan en la masa ganancial, atendiendo al que tengan en el momento de la fase de liquidación misma, no al momento de la disolución de la sociedad.

- A la hora de liquidar, lo primero es pagar las deudas.

- Al respecto, el art.1399 CC dispone que se paguen primero las deudas de la sociedad, comenzando por las alimenticias. No queda muy claro en qué consisten. Podría pensarse que se trata de las deudas de las que habla el art. 1362.1º CC (gastos de sostenimiento de la familia y gastos de alimentación y educación de los hijos). Efectivamente, así es, pero con el matiz de que se refiere a las deudas ya contraídas antes de la disolución con terceros para cubrir esas necesidades (deudas por alimentos, por colegios o academias de los hijos ya contraídas, etc.). Respecto de las posteriores, el art. 1408 CC complementa lo anterior con una regla de carácter excepcional que no supone preferencia de cobro.

- Respecto de las restantes, se aplicarán las reglas sobre concurrencia y prelación de créditos del C.Civil (art. 1922 ss. CC). Los últimos créditos que se pagan serán aquellos que cualquiera de los cónyuges tenía por derecho de reembolso (art. 1403 CC).

- Debe recordarse lo previsto en el art. 1401.I CC, en cuanto a la conservación por los acreedores de su crédito contra el cónyuge deudor, aun cuando se trate de deuda de cargo de la sociedad de gananciales.

- Una vez hechos todos estos pagos, si queda remanente, se repartirá por partes iguales entre los dos cónyuges o sus herederos respectivos (art. 1404 CC).

- Ese reparto del remanente ha de hacerse teniendo en cuenta lo previsto en el art. 1406 CC, donde se recoge la preferencia de cada cónyuge para que se incluya en su haber los bienes de uso personal no incluidos en el art. 1346.7 CC (bienes de extraordinario valor de uso personal), la explotación económica de lo que gestione efectivamente, el local donde ejerza su profesión y la vivienda habitual, si el otro cónyuge hubiese fallecido. El art. 1407 CC dispone una matización a la anterior norma.

- El art. 1409 CC regula el supuesto de liquidación simultánea de dos patrimonios gananciales en caso de dos matrimonios contraídos por la misma persona: en caso de duda de cuáles bienes integrarán una y otra masa, se atribuirán de forma proporcional al tiempo de duración de cada matrimonio y a los bienes e ingresos de los respectivos cónyuges.

SENTENCIAS RECIENTES SOBRE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL:

Sentencia del TS de 6 de febrero de 2020:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don Everardo demandó a su madre, doña Lorena, en ejercicio de acción de nulidad -por inexistencia de causa- respecto de dos negocios jurídicos materializados en sendas escrituras públicas otorgadas por ella en fecha 10 de julio de 2008, actuando por sí y también en nombre de su esposo, don Florian, en virtud de poder que le tenía conferido; consistente el primero de dichos negocios en la aportación por el esposo a la sociedad de gananciales de un inmueble de carácter privativo, y el segundo sobre otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, sustituyendo el régimen de gananciales -que había regido el matrimonio durante cuarenta y cinco años- por el de separación de bienes, con liquidación a continuación de dicha sociedad de modo que se adjudicaron a la demandada varios inmuebles por un valor muy inferior al real, mientras que al esposo se hacían una serie de adjudicaciones de bienes muebles que no respondían a la realidad y que, en cualquier caso, estaban notoriamente sobrevalorados. Se alegó en la demanda que el esposo -padre del demandante- se encontraba en la fecha del otorgamiento en estado terminal y de hecho falleció el 15 de julio siguiente, sin haber otorgado testamento, dejando viuda -la demandada- y dos hijos -doña Amalia y el demandante-.

La demandada se opuso a la demanda y, seguido el proceso, el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Cartagena dictó sentencia por la que desestimó la demanda con imposición de costas al demandante. Este recurrió en apelación y la Audiencia Provincial estimó el recurso y declaró la nulidad de la escritura de aportación de bien privativo a sociedad ganancial, así como de la escritura de liquidación de sociedad conyugal, ambas de fecha 10 de julio de 2008, y mandó cancelar las correspondientes inscripciones en el Registro de la Propiedad, continuando los bienes con el carácter que tenían con anterioridad a dicha fecha.

Frente a dicha sentencia ha recurrido la demandada por infracción procesal y en casación.

Recurso de casación

CUARTO.- El primero de los motivos del recurso denuncia la infracción de los artículos 1325, 1326 y 1327 respecto a la disolución de la sociedad de gananciales, en relación con los artículos 1315 y 1317, todos del Código Civil .

No se puede atribuir a la sentencia impugnada la vulneración de ninguno de los preceptos citados, referidos a la posibilidad de modificar constante matrimonio el régimen económico por el que se rige. En ningún momento la sentencia recurrida niega tal posibilidad, pues por el contrario lo que hace es estimar que en el caso enjuiciado se han

realizado determinados negocios jurídicos por la demandada -que actuaba por sí y en representación de su esposo- que no responden a una finalidad lícita, puesto que la causa es distinta de la que legalmente corresponde a tales negocios, ya que se aporta un bien propio del representado a la sociedad conyugal para, a continuación, disolver dicha sociedad - tras establecer un régimen de separación de bienes- en forma claramente perjudicial para el esposo y, por tanto, para sus herederos; siendo además significativo que en la escritura de aportación de bien inmueble propio del esposo a la sociedad de gananciales se dice que "la sociedad conyugal integrada por los otorgantes queda deudora del oportuno reembolso al cónyuge aportante, mediante el reintegro del importe del bien aportado, actualizado en el momento de la liquidación de aquella...", sin que en la escritura de liquidación de la sociedad conyugal otorgada a continuación se incluya en el pasivo de la sociedad dicho concepto.

Por tanto el motivo se desestima.

QUINTO.- El segundo motivo se formula por infracción de lo dispuesto en los artículos 1301 y 1302 del Código Civil .

La parte recurrente pretende reconducir la cuestión litigiosa a la posible anulabilidad de los negocios jurídicos de que se trata, cuando -por el contrario- nos encontramos ante una nulidad derivada de la ausencia de causa válida, sin que se cumplan plenamente los requisitos necesarios para la existencia del contrato (artículo 1261 Código Civil), lo que conduce a la nulidad radical y absoluta. La anulabilidad queda referida a los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1261 del Código Civil, como expresamente establece el artículo 1300 del mismo código. En estos casos es cuando el ejercicio de la acción de nulidad (por anulabilidad) está sujeta a un plazo de ejercicio, lo que no sucede en los supuestos de nulidad radical o absoluta.

Como esta sala ha señalado con reiteración (por todas, la sentencia núm. 654/2015, de 19 noviembre)

"La nulidad se define como una ineficacia que es estructural, radical y automática. Estructural, porque deriva de una irregularidad en la formación del contrato; y radical y automática, porque se produce "ipso iure" y sin necesidad de que sea ejercitada ninguna acción por parte de los interesados, sin perjuicio de que por razones de orden práctico pueda pretenderse un pronunciamiento de los tribunales al respecto. (...) Sin que tampoco sea atendible el argumento de la parte demandada relativo a la caducidad de la acción, puesto que tratándose de nulidad absoluta, la acción es imprescriptible (por todas, Sentencia de esta Sala 178/2013, de 25 de marzo (RJ 2013, 4596) "

No cabe llevar los supuestos de simulación relativa al ámbito de la anulabilidad, pues en este supuesto de simulación es radicalmente nulo el negocio aparente -por inexistente- si bien puede ser válido el subyacente solo si reúne los requisitos necesarios para ello. En definitiva no puede ser compartida la afirmación de la parte recurrente en el sentido de que "la simulación absoluta es la inexistencia del negocio jurídico, y la simulación relativa es la existencia de una causa ilícita , que se disfraza, con otro negocio jurídico", ya que -si la causa es ilícita- el contrato será radicalmente nulo sin posibilidad de subsanación tanto en el caso del negocio aparente como del subyacente.

Por ello también ha de ser desestimado este motivo.

SEXTO.- Igualmente ha de ser desestimado el tercero de los motivos, que se refiere a la vulneración de lo dispuesto por el artículo 1261 del Código Civil , en relación con los artículos 1274 y 1275 del mismo código.

El motivo ha de ser desestimado. El artículo 1275 del Código Civil dice que "los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa

cuando se opone a las leyes o a la moral". La causa constituye un elemento esencial del contrato, que no se cumple si no es verdadera y válida, lo que requiere también su licitud. Pese a las argumentaciones que se contienen en el motivo, la causa que impulsó los negocios jurídicos cuya nulidad se solicitó no puede ser considerada lícita en tanto que se opone a la ley; ya que, al conducir a un resultado de notoria disminución del caudal hereditario de quien falleció pocos días después, es contraria a la norma que concede determinados derechos hereditarios al hijo, reduciéndolos en gran medida.

Sentencia del TS de 3 de julio de 2020:

"En el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales tramitado tras el divorcio de los litigantes, ambos discrepan acerca del carácter ganancial o privativo de dos sumas de dinero ingresadas constante la sociedad de gananciales. La primera es la indemnización por despido cobrada por el esposo y la segunda es una cantidad que fue ingresada por el padre del esposo en una cuenta corriente de la que este último era único titular.

1.- La sentencia del juzgado incluye como crédito de la sociedad de gananciales frente al esposo la "indemnización por despido percibida por D. Jacobo el 20 de septiembre de 2011 por un importe 26.368,03 euros, y ello al ser evidente que debe formar parte del activo de la sociedad de gananciales al ser percibida después de contraer matrimonio y antes de su disolución".

Incluye también en el activo "la cantidad de 10.078,40 euros percibidos por D. Jacobo en su cuenta el 21 de noviembre de 2012 por producirse el ingreso constante matrimonio y por responder y obedecer a una previa disposición patrimonial realizada a favor de su padre el día 25 de junio del 2012, constante matrimonio por tanto, y por desconocimiento de la situación que tenían según reconoció en el plenario".

2.- El esposo interpone recurso de apelación.

Por lo que se refiere a la indemnización por despido, el esposo razona que debe incluirse como privativa la parte de la indemnización correspondiente al periodo anterior al matrimonio. Explica que causó alta en la empresa el día 16 de septiembre de 2002, el matrimonio se celebró el día 16 de octubre de 2010, y la indemnización la percibió el día 20 de septiembre de 2011.

Por lo que se refiere a la cantidad de 10.078,40 euros, el esposo explica que debe considerarse bien privativo suyo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1346.1 CC, que establece que son privativos de cada uno de los cónyuges los bienes y derechos que le pertenecieran al comenzar la sociedad. Dice que el 25 de junio de 2012 ingresó en la cuenta de su padre la cantidad de 12.500 euros procedentes de la cuenta de Bankia, de la que él era el único titular, y que posteriormente, el día 21 de noviembre de 2012, su padre le realizó una transferencia a la referida cuenta bancaria por importe de 10.078,40 euros.

3.- La sentencia de la Audiencia desestima el recurso de apelación. La decisión de la Audiencia se basa en el siguiente razonamiento:

"Debe ser desestimada la pretensión de la recurrente; pues la indemnización por despido percibida constante el matrimonio y estando vigente el régimen económico de gananciales; y por lo tanto aplicable el art. 1347.1 CC ; y por lo tanto no debe restarse de la totalidad de la indemnización percibida la cantidad correspondiente de dicha indemnización de los años en que no existía ni el matrimonio ni la sociedad de gananciales; y ello debido a que la indemnización por despido se debe considerar como un todo indivisible aunque para su cuantificación debe valorarse una serie de circunstancias concurrentes o baremos, entre ellos el tiempo trabajado y otras cuestiones.

"Tampoco puede excluirse del activo de la sociedad de gananciales la cantidad de 10.018,40 euros transferida por el padre del demandando constante el matrimonio y vigente el régimen de gananciales, al no constar el concepto por lo que lo transfirió, como tampoco se hizo reserva alguna, por lo que debe de ser considerada como ganancial y debe ser de aplicación la presunción de ganancialidad del art. 1361 CC al no tener correlación alguna los 12.500 euros previamente ingresados por el demandado a favor de su padre, y sin que haya correlación ni conexión alguna entre una y otra cantidad, y que la transmitida por el demandado se haya acreditado que era privativa".

4.- Recurre en casación el esposo, que denuncia infracción del art. 1346 CC y de la jurisprudencia de esta sala.

SEGUNDO.-

Recurso de casación. Decisión de la Sala

El recurso se dirige a que se declare el carácter privativo de dos sumas de dinero de diferente origen, por lo que debemos referirnos por separado a una y otra.

1.- *Por lo que se refiere a la cantidad de 10.018,40 euros, partiendo de los hechos acreditados en la instancia, la sentencia recurrida, al calificar esa cantidad como ganancial, no infringe el art. 1346 CC. No se ha probado que el dinero le perteneciera al esposo con anterioridad a la vigencia de la sociedad de gananciales (art. 1346.1.º CC) ni tampoco que, por su origen, pueda ser incluido en alguno de los demás apartados del art. 1346 CC . En consecuencia, juega la presunción de ganancialidad establecida en el art. 1361 CC , conforme al cual, "se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges".*

2.- *Por lo que se refiere a la indemnización por despido, la sentencia recurrida considera que debe ser calificada en su totalidad como ganancial por haber sido percibida durante la vigencia del régimen de gananciales, y entiende que no debe restarse la cantidad correspondiente a los años trabajados por el esposo antes del matrimonio. Esta interpretación es contraria a la doctrina de la sala, lo que justifica la apreciación de interés casacional y la estimación del recurso.*

Como recuerda la sentencia 596/2016, de 5 de octubre, esta sala ha mantenido en las sentencias 216/2008, de 18 de marzo, y 429/2008, de 28 de mayo, que la indemnización cobrada en virtud del despido en la empresa donde trabajaba un esposo debe ser considerada ganancial porque tiene su causa en un contrato de trabajo desarrollado a lo largo de la vida del matrimonio, pero solo por los años trabajados durante la vigencia del régimen de gananciales; en consecuencia, no tienen carácter ganancial las cantidades correspondientes a los años en que no existía la sociedad de gananciales.

En el presente caso, D. Jacobo causó alta en la empresa Frimetal el día 16 de septiembre de 2002. D. Jacobo y D.ª Sofía contrajeron matrimonio el 16 de octubre de 2010. La sentencia de divorcio es de 9 de octubre de 2013 . El matrimonio estuvo regido siempre por el régimen de gananciales. La indemnización por despido se devengó

antes de la disolución del matrimonio y se cobró el 20 de septiembre de 2011.

En consecuencia, de acuerdo con lo dicho, debemos casar parcialmente la sentencia recurrida, asumir la instancia, estimar parcialmente el recurso de apelación del marido y declarar que, de la indemnización por despido percibida por D. Jacobo, solo procede incluir dentro del activo del inventario de la sociedad de gananciales la parte que corresponda a los años trabajados durante la vigencia de la sociedad de gananciales, lo que se fijará en ejecución de sentencia.

Sentencia del TS de 5 de octubre de 2016:

PRIMERO

Resumen de Antecedentes.

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que continuación se exponen:

1.- A instancia de don Prudencio se inició un procedimiento dirigido a lograr la liquidación del régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales, que era el que había regido su matrimonio con doña Marcelina y que había quedado disuelto por divorcio.

2.- Habiendo surgido controversia en la fase de formación de inventario, se siguió juicio verbal para la decisión de las cuestiones controvertidas, siendo una de ellas, que es la que afecta a este recurso, la discrepancia en orden a la inclusión de la partida relativa al importe de la indemnización por finalización de la relación laboral recibida por el demandante de la entidad bancaria Banesto.

A juicio de la demandada debe computarse dentro del haber ganancial, mientras que el actor entiende que la indemnización comprende y se retrotrae a un periodo en que no había contraído matrimonio con la demandada.

3.- La sentencia de primera instancia para dar respuesta a tal cuestión aplicó la doctrina de esta Sala recogida en la sentencia de 8 de mayo de 2008 (RJ 2008, 2833), que menciona los criterios que a tal fin contenía la sentencia de 26 de junio de 2007 (RJ 2007, 3448), de forma que «a la vista de que la indemnización por despido se calcula sobre la base del número de años trabajados, no deberían tener naturaleza ganancial las cantidades correspondientes a los años en que no existía la sociedad de gananciales».

4.- Considera probado que el despido se produjo en fecha 8 de noviembre de 2007, percibiendo la indemnización el 3 de diciembre de ese año, vigente, por tanto, las sociedad de gananciales del matrimonio celebrado el 24 de junio de 1995. También considera probado que el contrato de trabajo, toma como antigüedad el 15 de julio de 1992, incluyéndose, pues, años trabajados antes de contraer matrimonio.

5.- Aplicando la doctrina que cita de esta Sala a los anteriores hechos concluye que en la indemnización, que asciende a 49.469, 26 euros, tendrá carácter ganancial en la cuantía de 39.790,49 €, que corresponde proporcionalmente a los años en que estuvo vigente el contrato durante el matrimonio, y carácter privativo en la cuantía de 9.678,77 euros, correspondiente a los 36 meses en que estuvo vigente el contrato antes de que el demandante contrajese matrimonio.

6.- A consecuencia de tal decisión acuerda la sentencia incluir en la letra H del Activo el importe de la indemnización de carácter ganancial ascendente a la cantidad de 39.790,49 €, sin incluir en el pasivo ningún concepto atinente a tal indemnización.

7.- La representación procesal de don Prudencio interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia reclamando la exclusión del activo de la indemnización por despido correspondiente al periodo en el que duró su actividad laboral en el matrimonio, ya que no existen tales fondos en las cuentas o depósitos bancarios ni fueron distraídos en su propio beneficio sino aplicados a cubrir necesidades de la sociedad de gananciales. Además, solicitó que se incluyera en el pasivo ganancial, como crédito a su favor, la parte resultante de dicha indemnización que fue considerada por la sentencia como bien privativo, y ello al amparo del artículo 1398. 3º CC (LEG 1889, 27).

8.- Correspondió conocer del mencionado recurso a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Alicante, que dictó sentencia el 16 de septiembre de 2014 (PROV 2015, 53150) por la que estimaba la primera pretensión del recurso, excluyendo del activo la cantidad percibida por el recurrente por la indemnización por despido de carácter ganancial, y desestimando la segunda relativa a incluir en el pasivo la cantidad percibida por el mismo concepto pero con el carácter de bien privativo.

9.- La sentencia al motivar su decisión, y sin poner en cuestión la doctrina de esta Sala citada y aplicada por la de primera instancia, mantiene lo siguiente: (i) que no existe constancia cierta de que la indemnización por despido recibida por el actor hubiera sido utilizada en su exclusivo beneficio y no para la cobertura de las necesidades de la sociedad de ganancial; (ii) que las pruebas practicadas vienen a reforzar la idea de una gestión compartida de los recursos económicos existentes en ese momento con una finalidad común; (iii) que como consecuencia de lo anterior no puede aceptarse la tesis del apelante de atribuirse la condición de acreedor frente a la sociedad ganancial por la parte de la indemnización del despido que fue calificada de privativa en la instancia, teniendo en cuenta lo ya razonado sobre la gestión compartida de los interesados sobre la referida suma indemnizatoria, sin poder diferenciar crédito alguno a favor del actor en función de la parte correspondiente al trabajo desarrollado antes de contraer matrimonio; (iv) que, sin embargo, si se acepta que se excluya del activo al no haberse justificado que tal indemnización se hubiera distraído para otros fines que no fueran en beneficio de la sociedad ganancial.

10.- Por el actor se presentó recurso de casación por interés casacional al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.3 de la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) , tomando como sentencia de contraste la sentencia dictada por este Tribunal Supremo de fecha 18 de marzo de 2008 (RJ 2008, 2941) , que en esencia establece la siguiente fundamentación:

«De todos modos debería tenerse en cuenta en el cálculo de la concreta cantidad, que tiene la naturaleza de bien ganancial el porcentaje de la indemnización que corresponde a los años trabajados durante el matrimonio. Porque puede ocurrir que el trabajo que se ha perdido por el despido y que ha generado el cobro de la indemnización correspondiente según las reglas de la Ley General de la Seguridad social, haya empezado antes del matrimonio, así como debería tenerse en cuenta en la liquidación la capitalización por posibles indemnizaciones que se generen por despidos por contratos de trabajo vigentes durante el matrimonio y por el periodo de tiempo trabajado durante la sociedad de gananciales. Por ello a la vista de que la indemnización por despido se calcula sobre la base del número de años trabajados, no deberían

tener naturaleza ganancial las cantidades correspondientes a los años en que no existía la sociedad de gananciales. Esta regla estaría de acuerdo con las normas que establecieron la posibilidad de concurrencia de varios cónyuges en la pensión de viudedad cuando hubiesen existido divorcios sucesivos, de acuerdo con lo establecido en la Disposición Adicional 10, 10 de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que modificó la regulación del matrimonio en el Código civil y como ocurre en el artículo 174.2 de la Ley General de seguridad social, redactado de acuerdo con la Ley 40/2007, de 4 diciembre (RCL 2007, 2208), de medidas en materia de la seguridad social.

»Por lo tanto, entiende el recurrente que lo que la sentencia de contraste pone de relieve, es que la indemnización de despido tendrá naturaleza ganancial, en la medida que el periodo de la indemnización, se corresponda con la vigencia de la constitución de la sociedad de gananciales. Es decir, si el periodo de generación de la indemnización por despido, se corresponde en un momento en el que aún no estaba constituida la sociedad de gananciales, dichos ingresos no pueden formar parte de la sociedad, porque su periodo de generación es posterior a su constitución o disolución, por lo tanto en base al principio de devengo, dicha indemnización en la parte que no se corresponda a la vigencia de la sociedad de gananciales, no puede atribuirse a esta.»

11.- La Sala dictó Auto el 13 de abril de 2016 (PROV 2016, 80937) admitiendo el recurso de casación y, tras el oportuno traslado, se opuso a él la parte recurrida.

Recurso de Casación

SEGUNDO

Decisión de la Sala.

1.- Para la adecuada inteligencia de la decisión del recurso se ha de tener en cuenta lo siguiente: (i) que la indemnización se percibió constante matrimonio y vigente, por ende la sociedad de gananciales; (ii) que, en contra de lo que da a entender el recurrente, **las sentencias de ambas instancias distinguen dentro de la indemnización percibida por aquel entre la que tiene carácter ganancial, por corresponder dentro de la liquidación de la indemnización al periodo de existencia de matrimonio, y la que tiene carácter privativo por corresponder a los 36 meses de vigencia del contrato de trabajo anterior a la celebración del matrimonio;** (iii) que para ello se apoyan en las sentencias de esta Sala 715/2007, de 26 de junio, ratificada y matizada, por lo que aquí interesa, por las 216/2008, de 28 de mayo y 429/2008, de 18 de marzo; (iv) al no ser tal distinción la ratio decidendi de la sentencia de apelación, como claramente se desprende del escrito de oposición al recurso de la parte recurrida, no cabe enjuiciar dicha cuestión, que viene siendo tan controvertida en la doctrina; (v) **la sentencia recurrida no niega el carácter de bien privativo a la indemnización correspondiente al periodo prematrimonial de vigencia del contrato de trabajo, por contradecir la doctrina de la Sala que cita la sentencia de primera instancia a la que acabamos de hacer mención, sino porque se destinó toda la indemnización a una gestión compartida de los recursos económicos existentes en ese momento con una finalidad común.**

2.- Es cierto que las indemnizaciones aunque tuviesen naturaleza privativa, serán gananciales si ambos cónyuges así lo convienen (artículo 1323 CC) e igualmente serán gananciales si se invierten en adquisiciones conjuntas en el ámbito del artículo 1355 CC, supuesto este último que es el que decidió la sentencia 373/2005, de 25 de mayo (RJ 2005, 6361), en el que el importe de la indemnización fue empleado en la adquisición de un vehículo por ambos cónyuges, al que se le atribuye naturaleza ganancial, solicitándose en la inclusión del valor en venta del vehículo en el activo de la sociedad por unos bienes que eran gananciales, correspondiendo el pago, pues, a ambos esposos.

3.- Tales supuestos son los que aparecen como sustentadores de la decisión del Tribunal de apelación, y no la naturaleza de la indemnización percibida, por aceptar en tal extremo la sentencia de la primera instancia.

En consecuencia el recurrente lo que debía combatir es la atribución de ganancialidad al bien privativo, citando la norma en que se fundaba y doctrina jurisprudencial infringida por la sentencia recurrida.

Al no proceder en ese sentido, y no hallarse infringida la sentencia de contraste que cita, procede desestimar el recurso de casación

Sentencia del TS de 14 de diciembre de 2017:

PRIMERO. Los antecedentes más relevantes para la decisión del presente recurso son los siguientes:

1. - D.ª Sacramento y D. Rosendo contrajeron matrimonio el 4 de noviembre de 1989.

El 6 de mayo de 2013 se admite a trámite la demanda de divorcio y el 25 de septiembre de 2013 D.ª Sacramento presenta solicitud de formación de inventario al amparo de lo dispuesto en el art. 808 LEC (RCL 2000, 34) .

Citados los cónyuges, en el acto celebrado el 19 de diciembre de 2013, D. Rosendo manifiesta que se opone parcialmente a la propuesta presentada por D.ª Sacramento . En el mismo acto, cada una de las partes solicita la inclusión en el inventario de otras partidas sobre las que tampoco alcanzan un acuerdo. Conforme a lo dispuesto en el art. 809 LEC , se ordena la continuación de la tramitación con arreglo a lo previsto en el juicio verbal.

Por lo que aquí interesa, discrepan los litigantes acerca de la naturaleza, privativa o ganancial, de la indemnización en concepto de incapacidad permanente absoluta percibida por D. Rosendo antes del divorcio. La indemnización fue abonada por la compañía aseguradora Antares, que tenía concertada con la empresa en la que trabajaba D. Rosendo (Telefónica Gestión de Servicios Compartidos SAU) una póliza de seguro colectivo que cubría el siniestro acaecido.

D.ª Sacramento defiende que la indemnización es ganancial, de acuerdo con el art. 1347 CC (LEG 1889, 27) , porque la indemnización se percibe por un beneficio social que concede la empresa a sus trabajadores y no se indemnizan los daños sufridos (art. 1346.6.º CC) ni es inherente a la persona (art. 1346.5.º CC).

D. Rosendo argumenta por el contrario que, de acuerdo con el art. 1346 CC , la indemnización es privativa, pues ha sido abonada por un seguro como consecuencia de haber sido incapacitado para toda profesión, por lo que se trataría de un bien inherente a la persona incluido en el art. 1346.5.º CC .

2. - La sentencia del Juzgado estima parcialmente la demanda y declara, por lo que importa a efectos del presente recurso, que el activo del inventario de la sociedad de gananciales del matrimonio formado por los dos litigantes se encuentra constituido, entre otras partidas, por la «indemnización percibida por D. Rosendo por la póliza de seguro de incapacidad permanente absoluta por el importe bruto de 107.046,27 euros (107.093,79 euros menos 47,52 euros) y líquido de 67.486,67 euros (37% de

retención)».

El Juzgado cita en apoyo de su decisión varias sentencias de esta sala (de 26 de junio de 2007 (RJ 2007, 3448) , 18 de junio de 2008 y 25 de marzo de 1988), así como algunas sentencias de Audiencias Provinciales (de Granada, Sec. 3.ª, de 25 de junio de 1999 , de Sevilla, Sec. 2.ª, de 15 de junio de 2007 (PROV 2008, 17469)).

A continuación, razona de la siguiente manera:

«La indemnización por incapacidad permanente absoluta recibida en base a la póliza de seguro fue percibida por el Sr. Rosendo antes de la sentencia de divorcio y mientras estaba vigente la sociedad de gananciales. Debe ser considerada como activo de la sociedad de gananciales porque la jurisprudencia ha señalado que las cantidades percibidas en concepto de indemnización por un cónyuge por una póliza de seguros que cubra el riesgo de invalidez no constituyen un bien privativo incluido en el artículo 1346.6 CC , sino que se integra en el contenido del artículo 1347.1 CC . El Tribunal Supremo ha establecido que las indemnizaciones obtenidas por uno de los cónyuges por una póliza de seguros que cubría el riesgo de invalidez, no están incluidas en el artículo 1346.6 CC , porque su carácter es totalmente económico o patrimonial, basado en su derecho al trabajo, pero que no se confunde con éste, por ser una consecuencia económica y permanencia que se hace común en el momento en que se percibe por el beneficiario trabajador y, por consiguiente ingresa en el patrimonio conyugal, que al disolverse al sociedad de gananciales ha de liquidarse y repartirse».

3. - D. Rosendo interpone recurso de apelación en el que, además de otras partidas, consistentes en gastos y compras por disposiciones que las sentencias de instancia consideran realizadas exclusivamente por él y en su interés, por lo que interesa a efectos del presente recurso de casación, impugna la calificación de la indemnización como bien ganancial.

Argumenta que la sentencia de primera instancia basa su decisión en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1988 (RJ 1988, 2430) , que aplica el régimen navarro de conquistas, y aporta sentencias de Audiencias Provinciales en las que, por el contrario, se considera que la indemnización por incapacidad permanente percibida por los cónyuges sometidos al régimen de gananciales es un bien privativo. Sostiene que, de acuerdo con esta jurisprudencia, la indemnización trata de paliar la pérdida de aptitud para realizar una actividad laboral, por lo que se trata de un bien personalísimo o un derecho patrimonial inherente a la persona, encuadrable en el art. 1346.5.º CC e, incluso, en el art. 1346.3.º CC . Alega que, en el caso, se le otorgó la indemnización por Antares al cumplir los dos años de incapacidad permanente reconocida por la Seguridad Social (en febrero de 2011), porque hasta entonces la empresa le mantenía el puesto de trabajo por si se le acababa revisando la incapacidad.

La Audiencia desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia de primera instancia. Basa su decisión que no existe diferencia en el supuesto discutido entre el régimen de gananciales del Código civil (LEG 1889, 27) y el navarro de conquistas y en que las otras dos sentencias citadas por el Juzgado (de 26 de junio de 2007 (RJ 2007, 3448) y 18 de junio de 2008) aplican el Código civil (LEG 1889, 27) . Tras transcribir fragmentos de las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo en las que la sentencia del Juzgado basa su decisión, acaba desestimando el motivo.

SEGUNDO. D. Rosendo interpone recurso de casación en su modalidad de interés casacional, que identifica con la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

1.- El recurso sostiene, en esencia, que la indemnización percibida por D. Rosendo afecta a su aptitud o capacidad laboral, por lo que es un bien inherente a la persona y debe calificarse como bien privativo del art. 1346.5.º CC (LEG 1889, 27) y no como bien ganancial del art. 1347.1.º CC .

En el desarrollo del motivo argumenta que, después de la sentencia de esta sala de 25 de marzo de 1988 (RJ 1988, 2430) en la que se apoyan las sentencias de instancia (y que aplicaba Derecho navarro), ha habido un cambio de criterio a partir de la sentencia de 22 de diciembre de 1999 (que se refiere a la indemnización cobrada al amparo de un plan de bajas anticipadas que colocó al esposo en situación de jubilación). Añade que las otras dos sentencias invocadas por la sentencia recurrida (de 26 de junio de 2007 (RJ 2007, 3448) y de 18 de junio de 2008) no se refieren a indemnizaciones por incapacidad sino a indemnizaciones por despido.

También sostiene que la postura mayoritaria de las Audiencias Provinciales es la de considerar que la indemnización por incapacidad absoluta tiene carácter privativo. Aporta las sentencias de las Audiencias Provinciales de Vizcaya, Sec. 4.ª, de 23 de diciembre de 2013 (PROV 2014, 149342) , de Madrid, Sec. 22.ª, de 1 de junio , de Navarra, de 29 de diciembre de 2004 , de Valencia, Sec. 10.ª, de 26 de mayo de 2014 (PROV 2014, 200516) (que a su vez citan otras en el mismo sentido).

Argumenta que no es aplicable la doctrina de las sentencias citadas por las dos sentencias de instancia porque son supuestos diferentes: de una parte, porque en el presente caso el pago de la póliza concertada por la empresa para la que trabajaba el esposo se hacía por la propia empresa, no por el trabajador; de otra parte, porque la indemnización percibida no se calcula en función del salario del trabajador, sino de la cantidad fijada en el contrato de seguro.

2.- D.ª Sacramento presenta escrito de oposición en el que sostiene: que no se cumplen los requisitos propios del recurso de casación y que el recurrente solo pretende revisar la valoración de las sentencias de instancia y alterar los hechos y que no existe interés casacional, lo que justifica mediante la cita de otras sentencias de Audiencias Provinciales que resuelven en sentido contrario a las aportadas por el recurrente (de Asturias, Sec. 5.ª, de 6 de junio de 2012 (PROV 2012, 238165) y Sec. 4.ª, de 26 de mayo de 2010, que a su vez contienen citas de otras sentencias de Audiencias Provinciales).

Argumenta que las sentencias aportadas en el recurso no son aplicables al caso porque se refieren a supuestos de hecho diferentes y que las sentencias citadas en las alegaciones del recurrente frente a la providencia de 22 de marzo de 2017 sobre posibles causas de inadmisión, en las que menciona como norma infringida el art. 1346.5.º CC , tampoco son contradictorias con la doctrina de la sentencia de esta sala de 25 de marzo de 1988 (RJ 1988, 2430) , porque se refieren a supuestos distintos y aplican el art. 1346.6.º CC .

Alega, finalmente, que en el caso no se trata de una indemnización procedente del Instituto Nacional o de la Tesorería General de la Seguridad Social, «donde la concesión de la indemnización determina la imposibilidad de prestar un servicio o actividad, sino ante una cobertura de un seguro que determina única y exclusivamente un monto económico con independencia de la causa para su concesión». Concluye que, de acuerdo con la jurisprudencia mayoritaria, «la indemnización por incapacidad permanente absoluta recibida en base a una póliza de seguros que cubra el riesgo de invalidez no constituye un bien privativo incluido en el art. 1346.6.º CC , sino que se integra en el contenido del art. 1347.1 CC ». Y solicita la confirmación de la sentencia recurrida, con condena en costas al recurrente.

TERCERO. *En primer lugar, debemos dar respuesta al óbice de inadmisibilidad del recurso, para rechazarlo.*

El problema jurídico planteado en el recurso de casación es el de la naturaleza, privativa o ganancial, de la indemnización por incapacidad permanente absoluta cobrada

por un cónyuge durante la vigencia del régimen de gananciales. En el caso concurre el interés casacional suficiente que justifica que la sala se pronuncie sobre esta cuestión, habida cuenta de que no existe jurisprudencia y que está recibiendo respuestas diferentes en las distintas Audiencias Provinciales, como evidencian los escritos de los litigantes, que aportan sentencias en distintos sentidos sobre el mismo problema.

La sentencia recurrida, en ausencia de norma expresa, basa su decisión en la cita de varias sentencias de esta sala. Realmente, sin embargo, no existe una jurisprudencia sobre este tema:

a) La única sentencia de la sala que se ocupa de la indemnización por invalidez permanente absoluta pagada a un cónyuge por un seguro de grupo concertado por la empresa en la que trabajaba es la sentencia de 25 de marzo de 1988 (RJ 1988, 2430) .

b) En otras sentencias, la sala se ha pronunciado sobre la naturaleza privativa o ganancial de pensiones e indemnizaciones de diferente naturaleza y función cobradas por los cónyuges en circunstancias no idénticas:

i) Así, sobre indemnización por despido cobrada durante la vigencia de la sociedad, las sentencias 715/2007, de 26 de junio (RJ 2007, 3448) , 216/2008, de 18 de marzo , 429/2008, de 28 de mayo y 596/2016, de 5 de mayo (RJ 2016, 4772) .

ii) Sobre indemnización por despido cobrada después de la vigencia de la sociedad, las sentencias 541/2005, de 29 de junio y 588/2008, de 18 de junio (RJ 2008, 3224) .

iii) Sobre planes de pensiones contratados por la empresa, la sentencia 1552/2000, de 27 de febrero .

iv) Sobre jubilación anticipada, las sentencias 958/2005, de 15 de diciembre (RJ 2005, 10158) , 1096/1999, de 22 de diciembre y 674/2000, de 29 de junio .

v) Sobre pensión de jubilación, las sentencias 1224/2003, de 20 de diciembre (RJ 2003, 9199) y 1249/2004, de 20 de diciembre . Estas sentencias se ocupan de prestaciones e indemnizaciones reconocidas, por la ley o por acuerdos voluntarios (seguros privados concertados por el cónyuge y seguros colectivos de mejora de las prestaciones sociales contratados por la empresa, con diferente procedencia del dinero empleado para la satisfacción de las primas, aportaciones o cotizaciones), que cubren riesgos o acontecimientos de diferente naturaleza y, por tanto, cumplen distinta función. Además, según los casos, las prestaciones y las indemnizaciones se han devengado, totalmente o solo en parte, durante la vigencia de la sociedad y se han podido cobrar, durante la vigencia de la sociedad de gananciales o con posterioridad a su extinción, bien como pensión o mediante el pago de un capital.

De ahí que, en cada caso, deba analizarse el carácter ganancial o privativo de las indemnizaciones y de las pensiones en función de su naturaleza sustitutiva del salario o del carácter compensatorio que de un bien privativo deba atribuírseles.

En consecuencia, ante la riqueza y heterogeneidad de los supuestos que pueden suscitarse en la realidad práctica, a efectos de no oscurecer el razonamiento, conviene precisar que, dada la naturaleza del recurso de casación, esta sentencia se pronuncia exclusivamente sobre el problema jurídico debatido en el presente recurso: la indemnización por incapacidad permanente absoluta cobrada por un cónyuge durante la vigencia del régimen de gananciales en virtud de una póliza concertada por la empresa en la que trabajaba.

CUARTO. Para un caso semejante, la citada sentencia de 25 de marzo de 1988 (RJ 1988, 2430) confirmó la sentencia de la Audiencia que, en un pleito entre la esposa y la herencia yacente del esposo fallecido, calificó como bien de conquistas la indemnización por invalidez permanente absoluta abonada al esposo por la aseguradora con la que la empresa en la que trabajaba había concertado un seguro colectivo que cubría tal riesgo.

El razonamiento de esta sentencia era el siguiente:

«Debe distinguirse, al efecto de atribuir dicha suma indemnizatoria el concepto de bien de conquistas, entre capacidad laboral como derecho integrado en la personalidad del trabajador, y que se incluye en sus bienes inherentes a dicha personalidad, y las consecuencias o productos de su trabajo, es decir, el rendimiento económico del trabajo, que tanto la Compilación de Derecho Foral Navarro (RCL 1973, 456) (ley 83-1), como el Código Civil (LEG 1889, 27) (art. 1347-1.º) incluyen entre los bienes de conquista o gananciales, y en tal concepto estas ganancias no son bienes inherentes a la persona y no transmisibles inter vivos , excluidos de la consideración de gananciales por el art. 1346, n.º 5.º del Código civil (LEG 1889, 27) . Y tampoco son bienes inherentes a la personalidad las indemnizaciones que, como la discutida, proceden de la relación de trabajo y se generaron al amparo de la misma, de modo que no tendrían explicación si se prescindiera de tal relación laboral, y toda vez que su carácter es totalmente económico o patrimonial basado en su derecho al trabajo, derecho personalísimo, pero que no se confunde con éste por ser una consecuencia económica y pecuniaria que se hace común en el momento en que se percibe por el beneficiario trabajador y, por consiguiente, ingresado en el patrimonio conyugal, integrado al disolverse la sociedad de conquistas parte de estos bienes a liquidar y repartir entre ambos cónyuges o sus herederos. Al no tener la indemnización discutida su fundamentación en un resarcimiento de daños, sino en una póliza de seguro contra el riesgo de invalidez permanente absoluta para el trabajo, no puede acogerse al n.º 6.º del art. 1346 del Código Civil , referido como su texto indica "a los daños inferidos a la persona" de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos, todo ello aun considerando que la normativa del Código civil (LEG 1889, 27) tiene en este punto aplicación supletoria a Navarra por virtud de lo dispuesto en la ley 91 de la Compilación de Derecho Foral Navarro (RCL 1973, 456) de dicha región foral. De todo lo cual se deduce que no hubo infracción de la ley 83 del Fuero Nuevo o Compilación de Derecho Foral Navarro (RCL 1973, 456) , ni de la ley 91 del mismo Cuerpo Legal, pues ni consta la pertenencia privativa de la indemnización litigiosa, y por tanto se presume de conquistas, ni hay inconveniente para acudir como criterio interpretativo a las normas del Código civil (LEG 1889, 27) siguiendo el mandato de la ley citada 91».

QUINTO. Esta sala, por el contrario, apartándose del criterio de este precedente, entiende que concurren razones para sostener que la indemnización por incapacidad permanente absoluta cobrada por un cónyuge durante la vigencia de la sociedad en virtud de una póliza colectiva de seguro concertada por la empresa para la que trabajaba tiene carácter privativo.

Ello por las razones que se exponen a continuación.

*1 .º) En ausencia de norma expresa sobre el carácter privativo o ganancial de determinado bien o derecho, la resolución de los conflictos que se susciten **debe atender a la naturaleza del derecho y al fundamento por el que se reconoce, aplicando los criterios que la ley tiene en cuenta para supuestos semejantes.***

*2 .º) **La invalidez permanente es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral.***

En la legislación de la Seguridad Social, la incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasifica en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado. En particular, lo característico de la incapacidad permanente absoluta es que el trabajador está inhabilitado por completo para toda profesión u oficio, con independencia de que la situación sea revisable y de que el cobro de la pensión vitalicia sea compatible, hasta la edad de acceso a una pensión de jubilación, con actividades lucrativas compatibles con la incapacidad absoluta (arts. 136 , 137 , 139 y 141 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, objeto de modificaciones puntuales en varias ocasiones y de desarrollos reglamentarios y, en la actualidad, de lo dispuesto en los arts. 193 , 194 , 196.3 , 198 y disposición transitoria vigésima sexta del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social).

En consecuencia, por su propia naturaleza y función, la titularidad de esta pensión guarda una estrecha conexión con la personalidad (es inherente a la persona, art. 1346.5.º CC) y con el concepto de resarcimiento de daños personales (art. 1346.6.º CC , con independencia de que hayan sido «inferidos» por otra persona, sean consecuencia de un accidente o procedan de una enfermedad común).

Atendiendo, por tanto, a los criterios presentes en los apartados 5 .º y 6.º del art. 1346 CC , la titularidad de la pensión derivada de una incapacidad permanente debe ser calificada como privativa. En efecto, la pensión derivada de una incapacidad permanente dispensa protección a quien ve mermada su capacidad laboral como consecuencia de una enfermedad o de un accidente: se dirige a compensar un daño que afecta a la persona del trabajador, la ausencia de unas facultades que tenía y que ha perdido, lo que en el futuro le mermará las posibilidades de seguir obteniendo recursos económicos por la aplicación de esas facultades.

El reconocimiento del carácter privativo de la pensión tiene como consecuencia que, después de la disolución de la sociedad, el beneficiario no debe compartir la pensión con su cónyuge (ni, en su caso, con los herederos del cónyuge premuerto).

Cuestión distinta es que, en ausencia de norma específica que diga otra cosa, las cantidades percibidas periódicamente durante la vigencia de la sociedad tienen carácter ganancial, dado que el art. 1349 CC no distingue en función del origen de las pensiones y atribuye carácter común a todas las cantidades devengadas en virtud de una pensión privativa durante la vigencia de la sociedad, a diferencia de lo que hacen otros derechos, como el aragonés (arts. 210.2.g . y 212 del Código del Derecho foral de Aragón).

3 .º) Junto a las prestaciones de la Seguridad Social básica o pública, son posibles mejoras voluntarias implantadas por la iniciativa privada , dirigidas a incrementar las coberturas. Una de las fórmulas para instrumentar los compromisos asumidos por las empresas es la del seguro. Así sucede en el presente caso, en que Telefónica tenía concertada con Antares una póliza de seguro colectivo.

La indemnización pagada por la aseguradora que cubre la contingencia de incapacidad permanente se dirige, al igual que el reconocimiento de la pensión derivada de la incapacidad, a reparar el daño que deriva de la merma de la capacidad laboral y sus consecuencias económicas respecto de los eventuales ingresos derivados del trabajo. Con independencia de que el pago de las cuotas del seguro lo realizara la empresa para la que trabajaba el beneficiario, el hecho generador de la indemnización es la contingencia de un acontecimiento estrictamente personal, la pérdida de unas facultades personales que en cuanto tales no pertenecen a la sociedad. Que la sociedad se aproveche de los rendimientos procedentes del ejercicio de la capacidad de trabajo no convierte a la sociedad en titular de esa capacidad.

El contenido económico de la indemnización y que, una vez percibida, resulte transmisible, no hace perder a la indemnización su carácter privativo e inherente a la persona. Puesto que la indemnización está destinada a asegurar una utilidad personal al cónyuge beneficiario no sería razonable, dada su función, que al disolverse la sociedad correspondiera una parte al otro cónyuge (o incluso, en su caso, a los herederos del cónyuge).

SEXTO. Aplicando lo anteriormente expuesto al caso litigioso, debe concluirse que la indemnización percibida por D. Rosendo tiene carácter privativo y, al no entenderlo así la sentencia recurrida, infringe el art. 1346 CC y debe ser casada.

En su lugar, asumiendo la instancia, y en virtud de todo lo razonado, procede dictar sentencia por la que se estima parcialmente el recurso de apelación de D. Rosendo (en el que discutía otras partidas del inventario que no han sido objeto de impugnación en el presente recurso) y declaramos que es privativa la Indemnización que percibió por la póliza de seguro de incapacidad permanente absoluta en el importe bruto de 107.046,27 euros (líquido de 67.486,67).

Sentencia del TS de 7 de julio de 2016 (Bienes gananciales: Vivienda adquirida antes del matrimonio con pago de hipoteca durante la vigencia del régimen de gananciales):

PRIMERO. Resumen de Antecedentes.

Son hechos relevantes de las instancias para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- Doña Leticia promovió solicitud de formación y aprobación de inventario para la liquidación de la sociedad de gananciales contra don Ignacio y, suscitando controversias sobre una serie de partidas, se acomodó el procedimiento a los trámites que prevé el artículo 809. 2 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892).

2.- El 28 de enero de 2014 dictó sentencia el Juzgado de Primera instancia número 8 de Donostia por la que acordó que se incluyese en el activo de la sociedad de gananciales el 73,24% de la que fue vivienda familiar, sita en 20013 de San Sebastián (Guipúzcoa), CAMINO000 , número NUM003 , NUM001 NUM004 (en lo sucesivo la vivienda) inscrita en el Registro de la Propiedad número 1 de San Sebastián, finca número NUM005 , de San Sebastián, Sección NUM009 , Tomo NUM006 , Libro NUM007 , Folio NUM008 . Asimismo que se incluyese en el pasivo una deuda de la sociedad de gananciales a favor del esposo y de la esposa por los soportes abonados del IBI de la vivienda en un 73,24%.

3.- La vivienda fue adquirida por ambas partes mediante escritura pública otorgada el día 5 de febrero de 1999, encontrándose solteros los adquirentes, en un porcentaje de participación de 23, 25% para el señor Ignacio , y de 76,75% para la Señora Leticia . El mismo día y ante el mismo Notario se constituyó por las partes préstamo

hipotecario, estableciéndose como garantía la referida vivienda, por un importe de 102.172,06 € a amortizar en 25 años. Las partes contrajeron matrimonio el día 1 de mayo de 1999.

4.- La sentencia de primera instancia motiva su decisión, tras valorar la prueba practicada, entendiendo que resulta un porcentaje ganancial del 73,24%, esto es, constante ya matrimonio, en proporción a las amortizaciones realizadas por ambas partes (77.034,80 €), estando vigente éste todavía.

5.- Doña Leticia interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, correspondiendo su conocimiento a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, que dictó sentencia el 26 de junio de 2014 (PROV 2014, 266918) por la que, estimando el recurso en tal extremo, acordó:

(i) Excluir la vivienda del activo ganancial por ser privativa de los litigantes en el porcentaje establecido en la escritura pública de adquisición.

(ii) Incluir en el activo ganancial un crédito de la sociedad frente a cada uno de los esposos por las cuotas de préstamo hipotecario pagadas constante la sociedad, que eran a cargo de los prestatarios al 50%.

(iii) Incluir en el activo ganancial un crédito por las cantidades pagadas por la sociedad por los impuestos de IBI que gravan la vivienda, y que eran a cargo de cada uno de los esposos conforme a su porcentaje de participación privativo.

6.- La sentencia (PROV 2014, 266918) de la Audiencia, valorando el documento público de adquisición de la vivienda y el de préstamo hipotecario, así como acudiendo a las presunciones, sin citarlas, alcanza la conclusión de que dicha vivienda se adquirió por los litigantes en estado de solteros, por el porcentaje mencionado, como bien privativo, abonándose por la actora con dinero propio y de sus padres y con el 50% del préstamo hipotecario, y por el demandado con el 50% del citado préstamo, y de ahí el porcentaje de cotitularidad en el bien.

Añade que el hecho de que el préstamo haya sido abonado con dinero ganancial no permite entender que estemos ante el supuesto del artículo 1354 CC, porque en este caso todo el precio se pagó con dinero privativo de ambos adquirentes, aportando la señora Leticia el 76,75% y aportando el señor Ignacio el 23,25%. A juicio de esta sentencia (PROV 2014, 266918) dichas participaciones son privativas porque se abonaron con dinero privativo y no ganancial.

Corolario de ello es que se concluya que si el préstamo, que es deuda privativa, se abono, una vez casadas las partes, con dinero ganancial, lo abonado será un crédito de la sociedad frente a cada uno de los esposos, pero sin que afecte a la naturaleza de la vivienda, que es privativa, conforme a la participación de cada uno de los litigantes.

7.- Don Ignacio interpuso recurso de casación contra la anterior resolución por interés casacional al oponerse la sentencia (PROV 2014, 266918) recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, en virtud de lo dispuesto por los artículos 477. 2.3 ° y 477.3 LEC, como más adelante se expondrán.

8.- La Sala dictó auto el 2 de marzo de 2016 (PROV 2016, 46301) admitiendo el recurso y, tras el oportuno traslado, se opuso a él la parte recurrida.

Recurso de Casación.

SEGUNDO

Motivo Único. Enunciación y Planteamiento.

Se alega infracción de lo dispuesto en el artículo 1357, párrafo segundo, y al artículo 1354, ambos del Código Civil (LEG 1889, 27) .

En el desarrollo argumental expone que la sentencia (PROV 2014, 266918) recurrida se inclina porque la vivienda familiar fue abonada en su totalidad cuando se otorgó la escritura pública de compraventa en 1999, antes de contraer matrimonio, obviando que se suscribió préstamo hipotecario abonándose parte del mismo constante la sociedad de gananciales, generándose una copropiedad entre la esposa y el esposo y la sociedad de gananciales, según las correspondientes aportaciones. Atendiendo a que el precio abonado por la vivienda fue de 105.177,11 euros, y la cantidad abonada constante el matrimonio fue de 77.034,80 euros, el porcentaje ganancial de la vivienda familiar es del 73,24%, por lo que en el activo ganancial debe incluirse el 73,24% de la vivienda familiar. En consecuencia alega se contraviene la doctrina del TS, al no aplicar en este caso el párrafo 2º del art. 1357 que remite al 1354 del CC , al equiparar la adquisición de vivienda familiar mediante crédito hipotecario a una compra a plazos, lo que implica la aplicación del art. 1354 CC . En definitiva solicita se case y anule la sentencia (PROV 2014, 266918) recurrida en casación y se confirme íntegramente la sentencia dictada en primera instancia.

Puntualiza que el porcentaje o cuota inicial de titularidad privativa de cada uno de los esposos será el mismo, pero no sobre el 100% de la vivienda, ya que el 73,24% pertenece a la sociedad ganancial, sino en el porcentaje de cuota restante. Cita como sentencias de contraste las SSTS de 31 de octubre de 1989 (RJ 1989, 7038) , 7 de junio de 1996 (RJ 1996, 4826) , 18 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 10396) y 16 de marzo de 2007 (RJ 2007, 1861) .

TERCERO

Decisión de la Sala.

1.- Para la adecuada inteligencia de la decisión de la Sala es conveniente hacer dos consideraciones:

(i) La parte interpone recurso de casación y no el extraordinario por infracción procesal, si es que pretendía combatir los hechos probados de la sentencia (PROV 2014, 266918) recurrida; con la consecuencia lógica de que, por ende, tales hechos quedan incólumes y sobre ellos ha de decidir la Sala. Sin embargo la recurrente incurre en petición de principio o supuesto de la cuestión cuando parte, para la resolución del recurso de la casación, de hechos distintos de los que la Audiencia ha considerado probados, naturalmente, y no es el caso, salvo que se hubiese resuelto lo contrario al conocer del recurso extraordinario por infracción procesal y se hubiesen tenido por acreditados hechos diferentes a los considerados en la instancia, como ya hemos adelantado (SSTS de 5 de abril de 2011, 6 de marzo de 2008, 9 de noviembre de 2009, 3 de enero de 2010[sic] y 23 de noviembre de 2015, entre otras).

Por tanto, se tiene por acreditado que la vivienda la adquirieron los litigantes en estado de solteros, abonando la señora Leticia con dinero propio y de sus padres, al otorgamiento de la escritura de compra-venta, el 53,50% del precio y el 46,50% restante se abonó con el préstamo hipotecario concertado el mismo día por ambos litigantes, que irían amortizando al 50%. De ahí que en la escritura de compra-venta se establezca la cotitularidad de la vivienda con una cuota de 76,75% a favor de la señora Leticia y otra de 23,25% a favor del señor Ignacio . A partir de que contrajeron matrimonio las amortizaciones del préstamo hipotecario se hicieron con dinero de la sociedad de gananciales.

(ii) La sentencia (PROV 2014, 266918) recurrida, partiendo de los anteriores hechos, que tiene como probados, niega que sea de aplicación el artículo 1354 CC por la

remisión que hace a él el párrafo segundo del artículo 1357 del mismo Texto legal . La ratio decidendi (razón de decidir) de tal negativa radica, a su juicio, que todo el precio se pagó con dinero privativo y, por tanto, la vivienda es privativa. No considera relevante que se amortizase el préstamo hipotecario con dinero de la sociedad de gananciales, pues la deuda seguía siendo privativa y la única consecuencia sería que lo abonado constituiría un crédito de la sociedad frente a cada uno de los esposos.

Por tanto la Sala, por motivos de congruencia, sólo podrá revisar el anterior argumento, sin examinar el debate doctrinal y su reflejo jurisprudencial sobre la atribución voluntaria de ganancialidad (artículo 1355 CC) o eficacia de la confesión de privatividad (artículo 1324 CC), como manifestación del principio de autonomía de la voluntad, por no haber sido objeto de debate.

2.- El artículo 1357.1 CC dispone que «los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, aún cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial». Pero en su párrafo segundo añade que «se exceptúan la vivienda y ajuar familiares, respecto de los cuales se aplicará el artículo 1354». Este artículo preceptúa que «los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y el parte privativo, corresponderán por indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas».

Se aprecia que cuando se compra la vivienda y el ajuar familiar antes del inicio de la sociedad de gananciales, por precio total o parcialmente aplazado, no se aplica la regla establecida en el párrafo primero del artículo 1357 CC , que determinaría la privación de tales bienes, sino la norma general del artículo 1354, de suerte que aún cuando se hayan comprado antes de comenzar la sociedad de gananciales, corresponderán pro indiviso al cónyuge comprador y a la citada sociedad en proporción al valor de las aportaciones respectivas.

Tal normativa surge tras la reforma operada por la Ley 11/1981, y aunque mereció críticas por algún sector de la doctrina, otro la justificó por acudir a remediar las situaciones poco equitativas que resultarían de una calificación de privatividad en los casos más corrientes en que tales bienes se compran antes de la boda por precio aplazado y después se pagan los plazos con bienes gananciales. Algún autor fundamenta tal previsión en la necesidad de proteger la titularidad común de determinados bienes encaminados a satisfacer las necesidades primarias de la familia, como son la vivienda y ajuar familiares, y como medio para evitar que se eluda la comunidad si en parte ha abonado con fondos comunes y en parte con fondos privativos, persiguiéndose una finalidad tuitiva.

El supuesto se circunscribe a que los futuros esposos hagan aportaciones privadas antes de casarse, para la adquisición de la vivienda que va a ser familiar, y una vez casados paguen los plazos restantes, constante matrimonio, con dinero ganancial.

3.- La Sala viene afirmando, como más adelante citaremos, que cuando la vivienda ha sido comprada conjuntamente por ambos esposos, antes de contraer matrimonio por precio aplazado, de forma que una parte del precio se pagó cuando aún eran solteros, con dinero privativo de ellos, y el resto durante el matrimonio y con dinero ganancial, corresponde pro indiviso a la sociedad de gananciales y a los dos esposos en proporción al valor de las respectivas aportaciones, naturalmente si se trata de la vivienda familiar, por aplicación del artículo 1354 CC en relación con el párrafo segundo de 1357 del mismo Texto legal .

4.- Así se pronunció la Sala en sentencias de 23 de marzo de 1992, 7 de junio 1996, 9 de marzo 1998, 3 de abril de 1998 y 18 de diciembre de 2000. Incluso se llegó a aplicar tal normativa, habiéndose acreditado que sólo se pagó durante el matrimonio un solo plazo, en la sentencia de 16 marzo 2007, pues aunque las circunstancias fuesen muy singulares «no puede conducir más que a una crítica del modo en que el legislador ha regulado el sistema... no a prescindir del precepto».

Sin embargo, no parece que tal doctrina la contradiga la sentencia (PROV 2014, 266918) recurrida para negar la aplicación del artículo 1354 CC . La razón de aplicar este descansa en que todo el precio se pagó con dinero privativo, por entender que tiene esta naturaleza el abonado con origen en el préstamo hipotecario, siendo esta deuda privativa, aunque luego se pagase en todo o en parte, constante matrimonio, con dinero ganancial.

5.- Lo anteriormente expuesto enlaza a juicio de la Sala con el problema nuclear del recurso, cual es, determinar si el pago, vigente la sociedad y con dinero de ésta, del préstamo hipotecario solicitado para abonar el precio de la compra-venta del inmueble se equipara al pago aplazado del precio.

Este tema se sometió a enjuiciamiento de la Sala, que ofreció respuesta en sentencia de 31 de octubre 1989, pues el recurrente, sostenía que el inmueble pertenecía en su totalidad al marido ya antes de contraer matrimonio, por aplicación de lo establecido en el artículo 1346 CC , negando la aplicabilidad de los artículos 1357.2 ° y 1354 CC al no tratarse de adquisición a plazos, pues el precio, aunque fuese acudiendo al préstamo hipotecario, se pago al contado, como sucede en el supuesto del presente recurso, y, como también sucede en éste, se pagó después del matrimonio con dinero ganancial. El Tribunal de la sentencia citada, reiterada en la de 23 de marzo de 1992 , sentó doctrina en el sentido de que, a efectos y aplicación de lo dispuesto en los artículos 1357 y 1354 CC , son plenamente equiparables las amortizaciones de la hipoteca solicitada para el pago del precio y los pagos de una compraventa a plazos. Así se infiere de la sentencia de 18 diciembre 2000 que hace mención al pago de «[a]lgunos de los plazos del crédito hipotecario».

Con cita de la doctrina de esta Sala se pronuncia, haciendo aplicación de ella, la DGRN en resolución de 24 de noviembre 2015 (RJ 2015, 6475) .

6.- Por todos lo expuesto se ha de convenir que las cantidades del préstamo hipotecario abonadas constante matrimonio conllevan que se le atribuya a dicho bien, en esa parte, el carácter ganancial, perteneciendo en pro indiviso por esa cuota al activo de la sociedad de gananciales, lo que tendrá efecto a la hora de incluir en el inventario los abonos efectuados por el IBI de la vivienda.

Sentencia del TS de 28 de febrero de 2017: (Régimen de separación de bienes)

“...PRIMERO. 1.- El recurso de casación se formula por infracción del artículo 1438 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo interpreta en las sentencias de 14 de julio 2011, 31 de enero de 2014 y 26 de marzo 2015 (Pleno).

Este artículo dice lo siguiente:

«Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio, lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación».

En su interpretación, esta sala, a partir de la sentencia 534/2011, de 14 de julio, ha fijado la siguiente doctrina:

«El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge».

Y ante las posibles dudas interpretativas que esta doctrina podía haber suscitado en la decisión de algunas Audiencias Provinciales, señaló en las sentencias de 135/2015, de 26 de marzo, 136/2015, de 14 de abril y 614/2015, de 15 de noviembre SIC, lo siguiente:

«Por un lado, ha excluido la exigencia del enriquecimiento del deudor que debe pagar la compensación por trabajo doméstico. **De otro, exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente**, ("solo con el trabajo realizado para la casa"), **lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa, y no excluirla, de otro, cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, o con ayuda externa, pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento. El trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen - STS 14 de julio de 2011 -**».

2. La sentencia recurrida declara probada «la colaboración y dedicación de la esposa en la sociedad y actividad empresarial que desarrollaba el marido».

Obsérvese, añade, «que el domicilio social de dicha mercantil "Comercial Digital" SL se encontraba en la propia vivienda familiar, donde la Sra. Martina compaginaba esa labor de colaboración de tipo administrativa y contable de la referida sociedad, con el desempeño de las usuales tareas domésticas. **Hemos de tener en cuenta además que el hecho de que la Sra. Martina desarrollara al mismo tiempo una determinada actividad laboral por cuenta ajena, no excluye la viabilidad de su derecho a la percepción de la compensación del artículo 1438 Código Civil. De un lado, porque ello no resulta incompatible con tal indemnización, y de otra parte porque ese trabajo por cuenta ajena estuvo vigente con anterioridad a que los cónyuges acordaran el actual régimen de separación de bienes**».

3. La sentencia contradice la doctrina de esta sala puesto que la actividad laboral de la esposa, como administrativa y contable, se desarrolló también por cuenta ajena antes y después de que ambos cónyuges pasaran de un régimen de gananciales a otro de separación de bienes, realizada un año antes de que el esposo abandonara el domicilio familiar (tiempo único que debería computarse), pues no de otra forma se entiende la sentencia, **trabajando asimismo desde la ruptura matrimonial. Es más, la sentencia niega a la esposa el derecho a percibir una pensión compensatoria de su esposo porque «La relación conyugal no le ha impedido el desempeño de ningún puesto de trabajo y tampoco la pérdida o merma de expectativas de tal naturaleza**», y porque consta acreditado igualmente que la esposa «desempeña actualmente una concreta

actividad laboral, que goza de cualificación universitaria y que cuenta con 39 años de edad. Además la relación matrimonial ha sido de corta duración, 8 años, sin hijos y en el momento de la interposición de la demanda en el mes de enero de 2014, los cónyuges llevaban separados de hecho un año y medio».

*SEGUNDO. En virtud de lo expuesto, procede estimar el recurso de casación, así como el de apelación deducido en su día, con el efecto de **desestimar la demanda y la sentencia de la primera instancia en cuanto reconoce a la esposa el derecho a la compensación económica discutida.***

De conformidad con lo previsto en los artículos 394.1 y 398.1 LEC, se imponen a la parte recurrente las costas causadas en la 1ª instancia y no se hace especial declaración de las de la apelación ni de las de este recurso de casación.